



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MÉXICO**

**Facultad de Derecho
División de Estudios de Posgrado**

TESIS:

*"Derechos Humanos, Salud y
Genoma Humano, en el
Contexto Bioético y Jurídico"*

Presenta:

María de Jesús Medina Arellano

Para obtener el grado de
Maestra en Derecho

TUTOR

Dr. Napoleón R. Conde Gaxiola

Ciudad Universitaria, México, D.F.; Diciembre de 2007.



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

A mis padres,

Ernesto Octavio Medina López,

Alma Rosa Arellano Rafael,

*Por el apoyo constante y su ejemplo de fortaleza,
pero sobre todo por la confianza que depositan en mi.*

A mis hermanos,

Alma Judith y Ernesto Octavio

Por ser inspiradores del arduo camino que decidí recorrer.

A mi ahijada,

Alma Valeria

Por ser la luz que llena de dicha y esperanza mi vida.

A José Ramón

Con todo mi amor, caminando junto a él todo es posible.

A todos los amo profundamente

A mi maestro Napoleón Conde

Por la enseñanza significativa no solo en el saber jurídico

Sino también el invaluable saber humano.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la Universidad Nacional Autónoma de México, la posibilidad de abrir los horizontes del conocimiento no solo a mi persona, sino a los pasados, presentes y futuros jóvenes como la que escribe, los cuales hemos llegado de diversas partes de la república y del mundo entero, sedientos de aprendizaje, de curiosidad por la creación de nuevos senderos de sapiencia, no solo en el ámbito intelectual, sino también en el humano y cultural. Es sin duda, nuestra puerta a la universalidad.

Con profundo compromiso a la Universidad Autónoma de Nayarit, sin esta institución la cual llevo en el corazón ninguna evolución intelectual y personal hubiera sido posible, agradezco la confianza depositada en mi, de personas que forman parte y creo son depositarias del sentimiento que con regocijo poseo, me refiero al Mtro. Omar Wicab Gutiérrez, Héctor López Santiago, Daniel Maldonado Felix, Mtro. Ignacio Peña González, Mtro. Salvador Madrigal Martínez y Maestra Amelia Gascón, gracias por su apoyo incondicional, me faltaran años para retribuir el invaluable apoyo y la calidez humana con la que siempre se conducen y constituye la esencia de su ser.

A mis abuelitas, a mi abuelo que ya descansa y nos cuida a todos con su admirable sentido del humor, a mis tíos y tías, que siempre han depositado cariño y ejemplo de fortaleza, lucha, trabajo y entrega, con profundo respeto y admiración agradezco su confianza.

Agradezco infinitamente a mi queridos y verdaderos amigos Gerardo, Fernanda y Martín, ya que ellos la conclusión de la maestría y este trabajo no hubiera sido posible, su paciencia, confianza y tiempo han fortalecido el espíritu luchador y de entrega que llevo en mi, gracias no solo por contribuir con sus

consejos para afrontar las dificultades que nos pone la vida, sino también por ser los amigos que siempre estaban ahí en los peores y mejores momentos.

A mi maestro Leonel, que sin duda fue uno de los mejores, la enseñanza de la vida que siempre aportó a lo largo de mi estancia en la maestría se queda grabada en el corazón y en la praxis que de la vida misma hago, gracias maestro por su sabiduría y calidez humana y espiritual única.

No podía dejar de agradecer a uno de los más grandes impulsores de mi vida académica en el Distrito Federal, agradezco con profundo admiración y respeto al Maestro Javier Romo Michaud, no le dijo doctor, sino maestro, porque solo puedo llamar así a mis profesores que han dejado una verdadera enseñanza significativa en mi.

A la maestra Ana Eloísa Heredia García, gracias por toda la enseñanza personal y humana a lo largo de todo el semestre, pero sobre todo porque sin su guía en la elaboración de una tesis paso a paso la presente no fuera posible e indudablemente por el hermoso ser humano que siempre dio de ella.

Gracias mis amigos en la vida Sofia, Orlando, Eduardo, Marisol y Carmen, junto a ellos he compartido momentos mágicos, los sinsabores de la vida y también las delicias que nos brinda, sin ellos mi espíritu estaría en agonía, puesto que siempre lo han alimentado, haciendo posible la felicidad, gracias amigos por su apoyo incondicional, siempre estaré en cualquier lugar, en cualquier momento u hora para ustedes; sin duda, no me alcanzaría este trabajo para agradecer a todos las luces que hay en mi vida, no descarto a todos los amigos que llevo en el corazón y me disculpo de no mencionarlos aquí, se lo comprenderán porque es la esencia de su luz.

3.1.3. Desarrollo de la Ética Médica.....	95
3.2. Bioética Contemporánea.....	97
3.2.1. Sobre la experimentación humana vista por la Ética.....	98
3.2.2. Nuevo escenario para la Clínica Médica.....	100
3.3. Bioética Actual.....	103
3.3.1. Centros de investigación.....	103
3.3.2. Comisiones Públicas.....	103
3.3.3. Asociaciones profesionales.....	104
3.3.4. Grupos Internacionales.....	105
3.4. Naturaleza de la Bioética: <i>multidisciplinariedad</i>	105
3.5. Fuentes de la Bioética actual.....	107
3.6. Los Principios de la Bioética.....	116
3.7. Comisión Nacional de Bioética e Instituto Nacional de Medicina Genómica en México (INMEGEN).....	122
Capítulo IV. EL GENOMA HUMANO EN EL CONTEXTO JURÍDICO.....	124
4.1. Complejidades del Genoma Humano.....	124
4.1.1. El determinismo Genético y los mitos Genéticos.....	125
4.1.2. La Razón Última: la Persona Humana.....	127
4.2. El Status Jurídico del cuerpo humano en el Derecho mexicano...	130
4.2.1. Sobre Genética y Biotecnología.....	133
4.2.2. Sobre el control sanitario de la disposición de Órganos, Tejidos, Células y Cadáveres de seres Humanos.....	137
4.2.3. Límites, Libertades de la Investigación Genética: El Consentimiento Informado.....	140
4.3. El Genoma Humano y las áreas para su posible normatividad en México.....	142
4.3.1. Derecho Público.....	144
4.3.2. Derecho Privado.....	166
4.3.3. Derecho Social.....	177
Conclusiones.....	180
Anexo. Glosario.....	184
Fuentes de Consulta.....	185



Planteamiento del Problema

Sin duda alguna, el adelanto de la ciencia en el ámbito genético ha convulsionado al ámbito normativo.

El problema principal y la interrogante fundamental de esta investigación es la siguiente: ¿De qué manera debe responder el Sistema Jurídico en México para la protección y salvaguarda de los Derechos del ser humano, salud y su genoma en las nuevas aplicaciones genéticas?

El Sistema Jurídico podrá responder, al espíritu de protección y salvaguarda de los intereses del ser humano. Una realidad es que los adelantos científicos siempre han tomado un paso más adelantado que el de la Ciencia del Derecho, a consecuencia sucede igual en la legislación. Es necesario que el sistema jurídico mexicano se replantee seriamente el hecho de transformarse con el fin de poder protegerse en forma más adecuada a los impactos de la Ciencia Genética sobre el ser humano, además, de actualizarse en una serie de renglones normativos que deben pretender cumplir con este objetivo.

Hipótesis

1ª. El Sistema Jurídico mexicano, los operadores jurídicos, legisladores, médicos, filósofos y demás personas involucradas con avances científicos y tecnológicos, deben revisar los planteamientos de las convenciones internacionales que reglamentan la protección a los Derechos Humanos respecto de las nuevas aplicaciones de las terapias génicas, así como en los ámbitos de Bioética y Biomedicina.

2ª. Es necesario elevar a nivel constitucional la protección del material genético del ser humano, que se obtiene a través del desarrollo de nuevas tecnologías en la Medicina y por lo general en las Biociencias en la obtención de la información genética del ser humano, puesto que es necesario garantizar los Derechos Humanos a un medio ambiente sano, el derecho de la paz, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad, esto para evitar las futuras violaciones a estos derecho y encontrar una efectiva protección y cumplimiento de los mismos.

- Variables

- Las funciones de las variables en cuestión al estudio de la protección que se ha hecho en otros países sobre la información Genética, el uso y aplicación de las nuevas terapias génicas, determinarán la viabilidad de elevar a nivel constitucional la protección de la información genética, o bien, la regulación en las leyes secundarias *prima facie*.

- Indicadores

- Como un indicador de ésta hipótesis, es importante mencionar que no bastará el reconocimiento constitucional de este derecho en el ámbito de la información genética, también tendrá que instaurarse una instancia que proteja y tutele específicamente dicha información.

Tabla de Abreviaturas, Latinismos, Siglas y Anglicismos¹

1. Abreviaturas

Cfr.	Compare, consulte
ed.	Edición
edt.	editorial
edts.	editores
etc.	etcétera
no./núm.	número
p./pág.	página
pp.	total de páginas y páginas
trad.	traducción
vol.	volumen
Op. cit., supra.	Obra citada arriba
T.	Tomo

2. Latinismos

Ibidem	En el mismo lugar
Ídem	El mismo o lo mismo
In Vitro	Producido en laboratorio por métodos experimentales
Ius	Derecho
A priori	lo que precede. Conocimiento que se considera verdadero y universal.
Strictu Sensu	Sentido estricto
Status	condición de una persona (ya sea social, económica o en relación a la ciudadanía o al derecho)
Per se	por si mismo

3. Siglas

ADN	Acido Desoxirribonucleico
CNAM	Comisión Nacional de Arbitraje Médico
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
FCE	Fondo de la Cultura Económica
IIJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
INMENGEN	Instituto Nacional de Medicina Genómica
IMPI	Instituto Mexicano de Propiedad Industrial
OAU	Organización de África Unida
ONG	Organismos no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas

¹ Todas las abreviaturas, latinismos y anglicismos, han sido consultados en el sitio Web respaldado por el Diccionario electrónico de la Real Academia Española (RAE), en: www.wordreference.com.mx, fecha de consulta: 30 de mayo de 2007.

OPS	Organización Panamericana de la Salud
TLC	Tratado de libre comercio
UNAM	Universidad Nacional Autonomía de México
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, ciencia y cultura
UCLA	Universidad de California de los Ángeles

4. Anglicismos

Common Law Derecho de tradición anglosajona

Introducción

El objetivo del presente en principio es dar a conocer la evolución conceptual que ha llevado a constituir el paradigma de los Derechos Humanos y la Salud, es así como nos proponemos mostrar la conformación del mismo. Es esta la intención de la primera parte de la investigación en la cual analizaremos el concepto de los modernos Derechos Humanos, desde un punto de vista filosófico, las diversas teorías en torno a su contenido y la justificación de los mismos, para enseguida mostrar como se conforman a nivel internacional y como estos han sido recepcionados en México.

Es de esta manera como pretendemos vincular a los Derechos Humanos con la salud del hombre, partiendo de la idea fundamental de que toda violación a un derecho humano tendrá una afectación en la salud humana y, correlativamente, todo atentado en contra de la salud, será necesariamente un quebrantamiento de un derecho humano, en esta parte resulta importante para nuestro trabajo establecer argumentos en torno a la obligación por parte del Estado de garantizar el derecho de atención a la salud como una garantía de respeto a los Derechos Humanos.

Algunas personas podrían afirmar que el movimiento moderno de defensa, protección y promoción de los Derechos Humanos en México, comienza con la recepción en nuestro país de los modelos europeos de Instituciones Protectoras de los mismos, como es el caso en nuestro país de la creación de la CNDH en los 90's, con la aparición de un sistema no jurisdiccional de los Derechos Humanos en México, se transforma un poco la visión que de ellos se tenía y se amplía el catálogo de estos Derechos, no sólo protegiendo los que están consagrados como garantías constitucionales, sino todos aquellos expresamente reconocidos en las Declaraciones Internacionales celebradas por nuestro estado. De esta manera identificamos un cambio de cultura hacia una nueva Institución Protectora de los *Derechos Humanos*, concibiéndola en algunos aspectos como un proceso educativo

y conformado en torno al respeto y promoción de los principios que se postulan, defienden y promueven. Es así como resulta interesante también analizar cómo a partir de la figura de nuevas Instituciones protectoras de Derechos Humanos en México, podemos hablar de nuevos movimientos de institucionalización de estos Derechos.

Con esta descripción de la evolución de los modernos Derechos Humanos se pretende mostrar el surgimiento filosófico de los mismos, sus teorías en torno al contenido y a las diversas categorías reconocidas doctrinalmente, además de la evolución y consolidación a nivel internacional.

En el segundo capítulo, nos dedicaremos al análisis de los vínculos y relaciones de la Ética humana aplicada a las nuevas tecnologías, puesto que no podemos pasar por alto el importante elemento ético dentro de las conductas relativas a la práctica médica y por consiguiente relativas a la atención de la salud, en este caso, en cuanto al planteamiento del uso de nuevas tecnologías genéticas. Es así como se explicará el surgimiento de la Bioética como principio vector de la conducta humana, que nos servirá para estudiar los conflictos que generan la genética humana y sus aplicaciones prácticas.

Al abordar esta problemática siguiendo el desarrollo de nuestra investigación, fue importante aplicar los conocimientos e ideas que se proponen al inicio del trabajo, de esta forma revisando los fundamentos éticos desde los cuales partimos, podremos proceder a conocer con más detalle los riesgos que enfrentamos, las implicaciones, consecuencias y las proyecciones de los avances de la genética humana.

Las cuestiones de terapias génicas aplicadas a los seres humanos constituyen un punto de trascendental interés y discusión en el ámbito científico, político, económico, filosófico, religioso y social. En buena medida los avances tecnológicos, desde siempre han producido impactos que van más allá de su ámbito de acción, sin

embargo, ahora nos encontramos con posibles consecuencias y modificaciones sociales y humanas, que no parecen tener precedente alguno. Es por ello que en la tercera parte de la investigación nos detenemos a analizar las preocupaciones existentes sobre la idea de modificar al ser humano, la idea de la evolución del ser humano, lo cual constituye tanto un deseo como temor. Las preguntas que nos planteamos aquí son: ¿Debemos hacerlo? ¿Quién debe hacerlo? Pretendemos sugerir al final algunas propuestas al respecto, más no soluciones, de igual manera posibles repercusiones en el ámbito jurídico. Es importante expresar en esta introducción que la idea de dignidad humana desde la cual muchos proscriben la investigación sobre las nuevas tecnologías nos parece poco clara e indefinida. Sin embargo, estamos cierto que el cuerpo humano es consustancial a la persona, por lo tanto nuestra información Genética es más que un sustrato temporal necesario para nuestra existencia y, consecuentemente, forma parte de nuestra dignidad humana.

Dentro del último capítulo, nos detendremos a analizar concretamente las posibles repercusiones que tendría el uso de nuevas tecnologías genéticas en relación al ser humano en nuestro lenguaje normativo. Se harán algunas referencias respecto de las cuales consideramos existe cierto estancamiento sobre las discusiones del genoma humano en nuestro país, que no solo aqueja a este, sino que es un problema de discusión normativa mundial, deficiencia que no sólo se encuentra en la regulación jurídica, sino también en su conceptualización práctica dentro de la sociedad.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizaron técnicas de Investigación documental, consistente en la consulta de información internacional sobre el tema, una revisión detallada de las convenciones internacionales reglamentarias en la materia, tratados y declaraciones internacionales, así como libros, tesis y ponencias en congresos internacionales.

Se ha realizado una búsqueda heurística en Internet, como es la información bibliográfica automatizada, mediante el acceso a bases de datos publicas, con la

posibilidad de resolver las necesidades de información científica que este trabajo requiere, estas bases internacionales han sido: PubMed², en Medicina y Bioética, y en la base de datos del SSRN Social Science Research Network³, donde se ha encontrado bastante información respecto del binomio que constituye esta nueva área paradigmática de salud y derecho.

El método de investigación utilizado ha sido el deductivo-inductivo, puesto que la investigación requiere en primera instancia la búsqueda y análisis de datos generales y fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos aterrizándolos en el derecho a la salud como fundamento para la investigación del genoma humano dentro del contexto bioético y jurídico, este análisis primero en documentos internacionales, para finalmente concretarnos a la legislación mexicana.

Es así pues, como el presente trabajo pretende ser tanto expositivo, descriptivo, científico y propositivo, dentro de esta nueva área paradigmática que es ampliamente fecunda para enfocar y desarrollar distintas líneas de investigación en torno a la misma.

² Base de datos disponible en el sitio Web: <http://www.pubmedcentral.nih.gov/>

³ Base de datos disponible en el sitio Web: <http://www.ssrn.com/>

CAPÍTULO I

MARCO FILOSÓFICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El espacio de los Derechos Humanos que nos interesa, es el que se ha denominado Derechos Humanos en la actualidad. Entendemos como Derechos Humanos actuales aquellas pretensiones jurídicas alusivas a los hombres, consagradas en documentos internacionales, que encuentran su reconocimiento en el siglo XVIII y que se han venido desarrollando con mayor fuerza en el siglo pasado y por supuesto en el presente. Estamos convencidos que gracias a este origen de documentación internacional el movimiento de los Derechos Humanos ha podido irse consolidando en gran medida debido a la presión que ejerce la comunidad internacional y, por lo tanto, a pesar de todas las críticas sobre su ineficiencia podrán llegar a instituirse en “laicos y universales” entre todas las naciones.

La mayoría de los trabajos sobre los Derechos Humanos, dedican al inicio de sus reflexiones un capítulo sobre la terminología o su conceptualización. Si bien es acertada dicha reflexión, en nuestra opinión no podemos establecer la terminología sin ver precisamente el origen de los Derechos Humanos y su desarrollo, para luego entonces hablar de una conceptualización determinada.

En nuestra opinión, el origen de los Derechos Humanos se encuentra en dos niveles, el primero de ellos enfocado al desarrollo filosófico y la evolución de los Derechos Naturales a los actuales Derechos del Hombre y, el segundo nivel, a su incorporación en los organismos internaciones mundiales y en los textos que han sido promulgados por éstos.

1. 1. Desarrollo Histórico de los Derechos Humanos

La idea de “Derechos” (-“Derechos Humanos” específicamente-), es un concepto de origen reciente. A diferencia de lo que algunos especialistas han

propuesto, no existe mención específica sobre “Derechos” en Platón ni Aristóteles¹, no existe el concepto en la Biblia o en los escritos o Filosofía hindú o china, ni en otras culturas mayores. Nosotros nos inclinamos por la idea de que lo que ahora conocemos como *Derechos Humanos* fueron acuñados y referidos por los filósofos de la Ilustración, además de la concepción clásica del siglo XVIII en el concepto de “Los Derechos del Hombre”. Esta denominación vincula su origen en la escuela escolástica del derecho natural, que a su vez, encuentra sus orígenes intelectuales en las enseñanzas de Aristóteles y los griegos estoicos, así como en las enseñanzas morales del judaísmo y del cristianismo².

En su *Ética Nicomaquea*, Aristóteles argumentaba que la justicia se encontraba entre aquellos hombres que compartían una vida en común y cuya asociación les proporcionaba un estado de autosuficiencia, además de remarcarles su libertad y su igualdad³. Como sabemos, la sociedad en Aristóteles estaba dividida en clases, excluyendo a los esclavos, de tal forma que no todos los Humanos eran considerados como iguales, la “justicia” era determinada por los fines naturales y universales de la sociedad humana, es decir, la libertad y la autonomía. En la concepción de Aristóteles, a pesar de que algunas de las leyes que gobernaban a los individuos existían sólo por acuerdos o convenios, la naturaleza humana era universal. Entonces, lo que era justo por naturaleza, lo era independiente de la consideración sobre justicia.

La idea de que el “derecho natural” es el que gobierna las relaciones en la sociedad, esta íntimamente vinculada, en primer lugar, con los pensadores del

¹ TRUYOL Y SERRA, A.; *Historia de la Filosofía del Derecho y el Estado. Desde los orígenes de la Edad Media*, 6ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1978, p. 181.

² Para un estudio del origen sobre el desarrollo de las doctrinas del derecho natural y los Derechos naturales; TUCK, Richard; *Natural Rights Theories: their origin and development*, Edt. Cambridge, University Press, New York, 1979; MINOQUE, Kenneth; *The history of the idea of Human Rights Reader*, Walther Laquer and Barry Rubin eds., Edt. New American Library, New York, 1977, GOLDING, Martin P.; *The concept of Rights: an Historical Sketch*, en *Bioethics and Human Rights*, B. Bandman y E. Bandman eds., Boston, Little Brown, 1978, pp. 44-50.

³ Los Clásicos, trad., Lilia segura; *Obras filosóficas ARISTOTELES en de la Ética a Nicómaco*, libro quinto, capítulo 6, 5ª ed., ed. W.M. Jackson, Inc., EUA, 1973, pp. 219-221.

estoicismo griego y, en segundo término, con la escuela Escolástica cristiana, es ahí donde tenemos un trascendental movimiento evangelizador que transformó radicalmente la concepción del hombre en sociedad con San Agustín y la Escolástica con Santo Tomás; ambas escuelas profundizaron en la defensa de la dignidad del hombre y en la fraternidad humana. Debemos destacar que fue Santo Tomás de Aquino, quien sostuvo que “la ley natural” es aquella gracias a la cual todos adquirimos conciencia de nosotros mismos y de lo que es correcto e incorrecto. Para Santo Tomás, Dios dirige a las criaturas racionales proporcionándoles ciertas inclinaciones naturales y capacidades que les permiten conducirse así mismas al igual que a otros individuos⁴.

Probablemente, el primer filósofo que utilizó el concepto de “derecho”, *ius*, en el sentido moderno fue William of Ockham (1290-1349), quien propuso al derecho natural “como un poder personal para conformar la justa razón sin que mediara un pacto o un acuerdo”⁵. El término *ius* está relacionado con el concepto de *justicia*, y ya había sido utilizado para expresar la noción de lo que es justo o correcto o adecuado, en este sentido.

Sin embargo, la noción de los Derechos naturales adquirió una más amplia difusión y aceptación hasta que fue utilizada por los filósofos más importantes de la Ilustración, como John Locke (1632-1704) y Jacobo Rousseau (1712-1778)⁶. De acuerdo a los postulados de la Ilustración relativos a los Derechos del hombre, los seres Humanos poseen ciertos Derechos inherentes o naturales en un estado hipotético previo a la formación de los gobiernos y los estados. La legitimación de los poderes de gobierno se deriva de estos Derechos naturales, en virtud de un contrato social o acuerdo social entre los ciudadanos y el gobierno.

⁴ DE AQUINO, Tomás; *Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia, opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, trad. Carlos Ignacio González, S. J., ed. Porrúa, México, 1985, pp. 8-9.

⁵ GOLDING, P. Martin; *The concept of Right: A Historical Sketch*, *op. cit.*, *supra*, p. 45.

⁶ Véase, CASSIRER, Ernest; *Filosofía de la Ilustración*, FCE España, Madrid, 1990, p. 15.

Las ideas del derecho natural relativas a los Derechos naturales con la teoría del contrato social del Estado, nacen como una idea necesaria previa a la Teoría del Estado. En este sentido, los Derechos naturales marcan y a la vez delimitan tanto el origen como los alcances de la autoridad gubernamental legitimada. En la obra de Locke *Dos tratados de Gobierno*, declaró que el estado de naturaleza era un “estado de perfecta libertad de acción y disposición sobre posesiones personales... un estado de igualdad donde el poder y la jurisdicción son recíprocos”⁷.

Otros filósofos revolucionarios del siglo XVIII, adoptaron las ideas filosóficas de Locke y Rousseau⁸, argumentando que la noción sobre la idea de los derechos naturales eran evidentes en sí mismas; además, declararon que era inaceptable y moralmente incorrecto que ciertas tiranías violaran los principios de “*igualdad y justicia natural*”. En esta misma línea, los autores de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789⁹, argumentaron que los derechos de “libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión” eran naturales, inalienables y sagrados.

Posteriormente, en la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo XX, se inicia el desarrollo contemporáneo de la doctrina de los Derechos Humanos, especialmente a raíz del conocimiento de las atrocidades practicadas por los nazis durante el holocausto judío. Cabe mencionar que en 1945, se instituyó el Organismo de las Naciones Unidas¹⁰ con la esperanza de crear un marco internacional de valores denominados “crímenes contra la humanidad”, practicados por el régimen de Hitler.

⁷ MELLISO, Carlos; *Introducción a John Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Carlos Mellizo trad., Alianza Editorial, Buenos Aires, 1990, p. 24.

⁸ CASSIRER, Ernest; *op. cit., supra*.

⁹ Disponible en línea en: <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789Derechos.htm>; fecha de consulta: 30 de octubre de 2007.

¹⁰ Para consultar la historia, organización, fines y función de la ONU, acudir al sitio Web oficial en español en: <http://www.un.org/spanish/http>

Estas acciones dieron lugar, en 1948, a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*¹¹. En este documento los miembros de las Naciones Unidas se comprometieron a la “promoción y respeto universal de la observancia de los Derechos Humanos y libertades fundamentales”, además de prescribir que tanto individuos como los gobiernos de las naciones deberían “educar y promover el respeto de los derechos y libertades, a través de medidas progresivas a nivel internacional y nacional, a fin de asegurar su reconocimiento y observancia universal”.

A cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, podemos decir que hubo un importante progreso en relación con el compromiso de promoción de los Derechos Humanos adquirido. A pesar de las múltiples críticas, los Derechos Humanos son actualmente reconocidos como un parámetro moral fundamental que sirve de referencia en la calificación del comportamiento de los Estados. La convicción sobre la promoción y defensa de los Derechos Humanos se ha reflejado en un interés mundial y en el reconocimiento de los derechos específicos en tratados internacionales y convenios que ahora tienen la fuerza propia del derecho internacional¹².

Sin embargo, a pesar de la amplia difusión que han tenido los Derechos Humanos y de su reconocimiento de facto por parte de los gobiernos, es cuestionable su respeto. Puesto que muchos de estos derechos, incluyendo algunos de los más básicos, suelen ser violados o simplemente carecen de respeto. Precisamente, la propuesta de vincular a los Derechos Humanos con la salud del

¹¹ Disponible en línea, en el sitio Web: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>, fecha de consulta: 31 de octubre de 2007.

¹² La declaración europea de los Derechos del Hombre de 1950; la convención para la prevención y castigo de crímenes de genocidio de 1948; La Convención Internacional contra la Esclavitud (1926 reformada en 1953); La Convención sobre los Refugiados de 1951; La Convención sobre los ciudadanos sin ciudadanía de 1954; La Convención sobre la eliminación de discriminación racial de 1966; La Convención sobre los Derechos económicos, sociales y culturales de 1966; la Convención americana sobre los Derechos humanos de 1970; la Convención africana sobre los Derechos humanos de 1986, entre otros; A continuación incluimos el sitio de Internet donde podremos consultarlos en: <http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2007.

hombre, pretende proporcionar una nueva y poderosa manera de hacer respetar los valores que se defienden, además de alcanzar un compromiso político para articular mecanismos de respeto de esos derechos.

Así mismo, la efectividad o no efectividad de los Derechos Humanos, muy particularmente aquellos relacionados con los de la salud humana, merecen un análisis especial sobre su naturaleza, debido a que, en cierta medida, las discrepancias en torno a las diversas concepciones sobre la misma induce también a cierta ineficacia de aquellos, por lo cual deben seguirse líneas de investigación que nos lleven a homogeneizar estos conceptos y, por ende, a aclarar los bienes a proteger en el ámbito jurídico.

1.1.1. Naturaleza de los Derechos Humanos

En general, cuando hablamos de un *Derecho Humano* entendemos un tipo de derecho universal moral que pertenece a todas las personas por el hecho mismo de tratarse de seres humanos. Esta concepción merece un análisis profundo, puesto que indirectamente establece condiciones específicas necesarias y esenciales en la idea de los Derechos Humanos.

En primer lugar, los Derechos Humanos son Derechos Morales, en contraposición a los Derechos legales o a los Derechos Civiles; es decir, aquellos derechos que son reconocidos y protegidos por ciertas constituciones, de una política en particular o de un gobierno. Tal es el caso, por ejemplo, de Canadá¹³, además de muchos otros países, donde sus constituciones nacionales contienen un capítulo de derechos, en que reconocen ciertos *derechos morales* a sus ciudadanos y protegen su ejercicio y vigencia a través de leyes específicas el ejercicio de los mismos. Los ciudadanos de esos Estados, se dice que gozan de Derechos civiles. El tener derechos civiles normalmente implica que el sistema legal de un Estado puede ser

¹³ Para consultar la constitución de Canadá acudir al sitio Web: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones-engeneral.html>, fecha de consulta: 15 de noviembre de 2007.

invocado para proteger ciertos derechos cuyos tenedores argumentan que han sido violados.

Sin embargo, para los individuos que viven en países donde no existen aquellas leyes civiles, no quiere decir que carezcan de Derechos Humanos. En la noción actual de los Derechos Humanos, lo más importante a destacar es que los individuos gozan efectivamente de estos derechos, a pesar de que no existan leyes específicas que los reconozcan o que los hagan respetar.

En segundo lugar, los derechos morales no siempre son protegidos por una ley ó constitución, incluso en aquéllos países donde son reconocidos y protegidos ciertos Derechos Humanos. En este sentido, Morton E., Wiston argumenta, en un ejemplo, que los padres pueden tener el derecho moral de atender a sus hijos y correlativamente la mayoría de las sociedades podrán reconocer una especie de obligación moral para con los padres. En este caso, el derecho moral de los padres hace nacer una obligación moral para la contraparte, en este caso los hijos, e incluso los terceros, a pesar de no estar explícitamente reglamentada en una ley. Si un hijo se rehúsa a atender a un padre en estado de necesidad, éste no podrá acudir ante un juez a reclamar el respeto de las obligaciones filiales, sin embargo, si existiera esa ley, el padre podría hacer efectivas esas obligaciones; el hecho de que no exista ese recurso civil no quiere decir que no exista ese derecho moral¹⁴.

Las obligaciones filiales sirven para ilustrar, en el caso de los derechos de paternidad, el tipo de sujetos poseedores de un derecho; aquí se trata de un grupo reducido, puesto que no todos los individuos son padres, por lo tanto un individuo que no ha tenido un hijo no podrá ostentarse como poseedor de los derechos de paternidad. En este sentido, se dice que los derechos que involucran a cierto de tipo de sujetos específicos son denominados *Derechos especiales*, y que en contraste con aquellos derechos reclamaban u ostentables por todos los individuos, sin

¹⁴ WISTON, Morton E.; *Understanding Human Rights*, en *The philosophy of Human Rights*, Edt. Waldsworth Publishing Company, 1990, pp. 1-43.

importar sus cualidades o características especiales, denominados *derechos generales o derechos universales*.

En tercer lugar, se dice que los individuos que tienen ciertas obligaciones que surgen de derechos de otros, comúnmente son denominados objeto de esos derechos. En el caso de los derechos especiales, tanto los poseedores como los sujetos deudores o responsables de ese derecho son un cierto tipo de grupo restringido de individuos.

El derecho moral de los padres a recibir la atención por parte de sus hijos existe, en cierto sentido, y es invocado bajo ciertas condiciones; por ejemplo, cuando los padres adquieren una enfermedad y ya no pueden atenderse por sí mismos; momento en el que el derecho moral en cuestión se convierte en un derecho real que puede proponerse como la base de un reclamo legal de los padres hacia sus hijos.

En cuarto lugar, tenemos que los Derechos Humanos son derechos *universales*: todos los individuos son tenedores de estos derechos, y la clase de sujetos poseedores de este derecho no tienen ningún tipo de supuesto jurídico o restricción en sus características, capacidades, propiedades o estado específico.

La *universalidad* de los Derechos Humanos es la cualidad que trasciende para el efectivo reclamo, ya sea que estén reconocidos o protegidos por una ley específica o no, o bien, que para su reclamo frente al Estado resulte necesaria la condición de ser ciudadano de un *status* específico como la de ser un país o nación, es decir, en contraste con los derechos civiles, que sólo pueden ser ostensibles por aquellos ciudadanos de un determinado país dentro de sus fronteras o jurisdicciones, para la aplicación de los Derechos Humanos no existen fronteras, ni jurisdicciones.

Por otro lado, en virtud de que los poseedores de los Derechos Humanos son todos los seres humanos, podemos establecer que la clase de sujetos-objeto, son también universales. En consecuencia, todos los individuos tienen la obligación de

respetar y proteger los Derechos Humanos de otros individuos. Sobre esta reflexión existen algunas críticas, debido a que tradicionalmente es el gobierno, es decir, el Estado, el sujeto deudor de los Derechos Humanos. En este sentido, Wiston opina que mientras los individuos son los primeros sujetos-deudores responsables de los Derechos Humanos, cuando éstos entran en el complejo social creado por los gobiernos, éstos ya han confiado en sus funcionarios la obligación de proteger los Derechos Humanos en su representación¹⁵. Esto explica por qué comúnmente son los gobiernos los sujetos-deudores responsables de los Derechos Humanos, y por qué al momento en que han sido incapaces de protegerlos, la responsabilidad de hacerles efectivos regresa a los individuos.

Ahora bien, cuando se dice que los Derechos Humanos tienen la característica de la igualdad, quiere decir que todos los individuos tienen los mismos derechos independientemente de sus características particulares, sea raza, nacionalidad, religión, género, propiedad, idioma u otro *status*.

En este sentido, el derecho humano que tiene un individuo, lo tienen igualmente todos los individuos. Los seres humanos poseen estos derechos igualitarios, universales y morales, simplemente porque son humanos o porque son personas. Los seres humanos poseen lo que se denomina *dignidad*, que es un valor intrínseco, y todos tenemos estas características morales inherentes en virtud de nuestra naturaleza.

La dignidad humana y el *status* moral que confiere, es la estructura base de aquellos derechos universales e igualitarios que denominamos *Derechos Humanos*. Es así como la dignidad humana y la igualdad son la médula del concepto contemporáneo de los Derechos Humanos.

¹⁵ Idem, *op. cit. supra*, p. 9.

Finalmente, los Derechos Humanos son *Derechos*. El reclamar algo bajo la tutela de un derecho no es lo mismo que un deseo o un valor. Los Derechos Humanos fundamentales, como el derecho a no ser torturado o el derecho a no ser arbitrariamente juzgado, tienen un carácter perentorio, es decir, expresan un requerimiento moral importante que toma precedente en casi todas las demás razones para una acción moral o no moral. Al reclamar un hecho bajo la esfera de un derecho humano es reconocer su supremacía y su nivel de importancia. El rechazo al respeto de un derecho humano constituye en sí mismo una grave y peligrosa injusticia.

A manera de resumen, podemos concluir que:

1. Los Derechos Humanos representan las demandas tanto del individuo como de los grupos cuya presencia establece el límite del poder estatal;

2. Los Derechos Humanos se refieren a un amplio espectro de demandas de valor, que van desde las más justas a las más aspiradas, por lo que los Derechos Humanos forman parte tanto del orden moral como del legal, expresan lo que “es” y lo que “debe ser” de la conducta humana;

3. Los Derechos Humanos no son privilegios de ciertas categorías de seres humanos, por el contrario son esencialmente generales y universales, igualmente poseídos por todos los humanos, y;

4. Los Derechos Humanos son derechos de naturaleza *prima facie*, y no pueden ser pensados en términos absolutos, debido a que en ciertas circunstancias pueden ser limitados¹⁶.

¹⁶ WESTON, Burns; *Human Rights* en *Enciclopedia Británica*, 15a ed., T. 20, 1990, pp. 713-721.

1.1.2. Tipología de los Derechos Humanos

Cuando se argumenta que todos los seres humanos tienen derechos morales en forma igualitaria, se expresa en verdad moral, pero es necesario precisar, ¿Qué es un derecho? Y, en particular, ¿Qué estamos implicando cuando hablamos de Derechos Humanos? A continuación analizaremos lo que algunos teóricos han tratado de proponer en relación a los Derechos Humanos, como espacios o categorías de defensa.

1.1.2.1. Derechos como intereses

Joseph Raz¹⁷, pretende enmarcar una definición de *Derechos*, que incluye de manera teórica y neutral la forma en que este concepto es utilizado en el discurso legal, político y moral. El autor distingue entre los derechos básicos y los derivados. Los derechos básicos están basados en el reconocimiento de que existen, mientras que los derechos derivados se fundamentan en los derechos básicos. Además, precisa que los derechos básicos son por lo general derechos abstractos, como el derecho de expresión, mientras que los derechos derivados pueden referirse a derechos específicos, como derecho de expresión política, religiosa, artística.

Siguiendo a este autor, hace un análisis de la teoría sobre la correlatividad de los derechos y las obligaciones, y termina rechazándola, argumentando que si alguna persona tiene un derecho a frente a otro, si y solamente si ésta persona se encuentra en una posición de deber para con la que se siente con *derecho a*, en el sentido de que, no todos los derechos surgen a partir de un derecho. Sin embargo, sí acepta la teoría más débil que sostiene que todos los derechos dan lugar a ciertos deberes, es decir, que si una persona posee un derecho hacia otra, produce que ésta persona esté en la obligación hacia la que posee ese derecho. Por lo tanto,

¹⁷ RAZ, Joseph; *About morality and the nature of rights*, en *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, pp.12-14, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1008801>, fecha de consulta: 15 de enero de 2007.

argumenta que el tener un derecho no necesariamente garantiza que el sujeto tenedor del derecho lo tenga garantizado o que tenga protegido su interés, puesto que no todos los deberes asociados con un derecho pueden ser reclamados por el sujeto tenedor del derecho. Por otro lado, precisa que un solo derecho puede dar lugar a diversos deberes, además de que pueden nacer nuevos deberes, dependiendo de las circunstancias en donde se ejerza el derecho.

En este sentido, los derechos tienen un aspecto dinámico, que impide la enumeración exhaustiva de todos los deberes e ilustra esta reflexión con el derecho de promesa, especificando que diversos deberes están fundamentados en este derecho que tiene por finalidad la de proteger los intereses de las personas para establecer vínculos normativos con otros.

Ahora bien, el mismo autor menciona que existe una importante controversia entre aquellos que defienden la tesis de la reciprocidad, según la cual sólo los miembros de la comunidad moral tienen derechos, y aquellos que sostienen que el grupo de tenedores de derechos es más amplio, es decir, que es para todos los agentes morales. También habla de los valores instrumentales, y los valores intrínsecos o los últimos valores. Raz¹⁸ estima que para que algo posea un interés o valor último, debe tener valor por su propio derecho, independientemente que pueda satisfacer o no los intereses de otros. Por otro lado, los bienes tales como los alimentos tienen un valor instrumental por su relación con los intereses del ser humano, pero carecen de un valor intrínseco. Por esto se dice que los valores dependen de la relación con el bienestar del ser humano. Por otro lado, argumenta que los derechos hablan, en el sentido de que los derechos son el requisito para la acción de los intereses particulares, por lo tanto son la base de los deberes de otros; es decir, que los derechos establecen ciertos requerimientos para la acción en virtud de los intereses de otros.

¹⁸ Ibidem, *op. cit, supra*, p. 13-17.

1.1.2.2. Derechos como demandas o solicitud

Esta noción implica estar en la posibilidad de actuar de cierta manera: en el sentido de que tener un derecho es tener la oposición de algo y en contra de alguien; el reconocimiento de esta circunstancia se presenta en virtud de una norma legal, o en el caso de los derechos morales por los principios de una conciencia ilustrada¹⁹. El tener un derecho en términos de solicitud, es estar en una posición tal de reclamar a alguien o demandar algo para sí.

Para Feingerg, lo más importante de los derechos como una demanda, es que te permiten actuar en cierto forma, es decir, el poder reclamar algo para ti mismo te concede un valor moral especial, él autor señala que tener derechos nos habilita como hombres, para poder vernos de cara a cara y sentirnos de un forma especial iguales a cualquiera²⁰.

Para este autor, los derechos deben tener por lo menos cuatro elementos:

1. Contenido, es decir, un cierto valor que es el objeto del reclamo;
2. Un tenedor, que es aquel quien tiene el derecho;
3. Un obligado, que es aquel frente al cual tenemos el derecho de demandar el beneficio;
4. Una fuente de fundamentación, es decir, algo al cual podemos apelar para justificar el reclamo de un individuo como válido.

Por otro lado, el autor denomina un *derecho manifiesto*, cuando el derecho carece de obligado a quien podamos reclamarle nuestro bien; este tipo de privilegios son posibilidades permanentes de convertirse en derechos, son la semilla de donde

¹⁹ FEINGERG, Joel; *The nature and Value of rights*, en HAYDEN, Patricia, *The Philosophy of Human Rights*, edt. Paragon House, EUA, 2001, pp. 174-186.

²⁰ Ibidem, p. 176.

puede surgir un derecho, pero no son derechos completamente. Para Feinberg, los derechos, es decir, las demandas son algo que se puede oponer frente a otros y que son justificados frente a un sistema legal de normas.

La postura de derechos como demanda puede servir para ejemplificar los derechos legales o civiles, es decir, aquellos derechos que específicamente son garantizados por leyes del Estado y para los que existe un mecanismo institucionalizado para reclamar su cumplimiento o respeto. Sin embargo, esta postura no es lo suficientemente clara para explicar los derechos morales y específicamente los Derechos Humanos²¹.

1.1.2.3. Derechos como entitlements o privilegios

En esta postura Rex Martin²², estima que los Derechos Humanos no son imperfectos como un reclamo, sino como un derecho. Para el autor, los Derechos Humanos son privilegios, que además deben contar con el reconocimiento social apropiado. Por esto, cuando un derecho humano no cuenta con el reconocimiento es tan sólo un reclamo, que puede ser moralmente válido, pero que logra ser considerado como un derecho humano.

Bajo esta visión lo que hace distintivo a los Derechos Humanos, en contraposición con los derechos morales universales, es el sujeto al que se dirige el derecho que los gobiernos reconocen. Por su parte, los Derechos Humanos requieren de ser ratificados y reconocidos como privilegios en las normatividades específicas por las sociedades. En aquella sociedad donde no existen los derechos (reconocidos por una norma) no existen los Derechos Humanos, tan sólo acepta la existencia de un reclamo moral presumiblemente válido de que algo puede ser un derecho civil.

²¹ Idem, pp. 180-186.

²² REX, Martin; *Human Rights and Civil Rights*, en *The Philosophy of Human Rights*, editado por Morton E. Wiston, ed. Waldsworth Publishing Company, 1989, 75-86.

Según las ideas de Martin²³, existe un patrón de evolución en las etapas en la conformación de los Derechos Humanos. En una primera etapa, los derechos se inician (-como lo planteaba Feingerg-), con los *derechos manifiestos*, cuando se acepta como válida la existencia de un bien o una necesidad humana, reconociendo que el bien manifestado tiene un atributo moral especial. En este punto, el derecho en cuestión es reconocido por lo que denomina *la conciencia moral* de un número reducido de individuos (-ese pudo haber sido el *status* de la esclavitud, cuya prohibición es ahora reconocida como un derecho humano universal-). En una segunda etapa, el derecho reclamado adquiere un mayor reconocimiento social y una amplia aceptación por un mayor número de individuos que lo conciben como un derecho válido. En este estado de cosas, pueden iniciarse ciertos movimientos políticos o sociales a fin de terminar con las violaciones de ese derecho.

En una tercera etapa, el derecho en cuestión es formalmente reconocido en una ley civil o internacional, además de que se instituyen procedimientos de protección del mismo. Para el autor, sólo cuando los derechos alcanzan el último período del reconocimiento social explícito, es cuando se convierten efectivamente en un derecho positivo.

1.1.2.4. Derechos como esferas de protección jurídica

En la teoría de Wesley Hohfeld sobre los derechos, argumenta que son cuatro elementos de los derechos legales:

1. Un reclamo;
2. Una libertad;
3. Un poder, y;
4. Una inmunidad.

²³ Idem.

En este sentido, una libertad para “X” es hacer determinada cosa “A”; la libertad es la ausencia del deber de “X” de no hacer “A”. El poder de “A” consiste en la competencia legal para actuar de determinada forma y producir ciertas acciones. La inmunidad de “A” significa la ausencia de poderes de otros para obligar a “A” de hacer ciertas cosas, y finalmente el reclamo es correlativo a la obligación de alguien²⁴.

Carl Wellman²⁵, argumenta que el patrón de los Derechos Humanos de Hohfeld puede encontrarse tanto en los derechos morales como en los legales. El autor retoma este patrón de derechos para analizar los Derechos Humanos. En su análisis utiliza la concepción del derecho legal como un “conjunto de libertades legales, privilegios, poderes e inmunidades”, aplicándolo a un concepto análogo en torno al concepto de un derecho ético.

Entonces, un derecho ético es “un conjunto de libertades privilegios, poderes e inmunidades”. Así como en el caso de los derechos legales, sus elementos pueden contribuir a identificar el núcleo del contenido del derecho. En este orden de ideas, Wellman define a los Derechos Humanos como el conjunto de libertades éticas, privilegios, poderes e inmunidades, en cuyo conjunto constituyen un sistema de autonomía Ética que posee un individuo en tanto ser humano frente al Estado²⁶. Se reconoce entonces al Estado como el sujeto frente al cual se ostenta y reclama el derecho.

²⁴ Véase, HOHFELD, Wesley; *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad., Genaro R. Carrió, ed. Fontamara, 2ª ed., México, 1992, p. 40-90.

²⁵ Véase, WELLMAN, Carl; *a Theory of rights: persons under Laws, Institutions and Morals*, ed. Romand & Allanheld, NJ, 1985. p. 25-72.

²⁶ Ídem.

1.1.2.5. Derechos como comodines

Ronald Dworkin²⁷ argumenta en su interesante obra, que los gobiernos enmarcan ciertas políticas sociales para promover el bienestar de la sociedad, para maximizar el bien común o para establecer las preferencias de las mayorías. Por otro lado, en una sociedad donde no se han reconocido los derechos desde ningún punto de vista, los individuos y las minorías no tienen ninguna garantía sobre dignidad e igualdad, ya que debe ser sacrificada para promover el bien social general o para establecer los deseos de las mayorías.

Sin el reconocimiento expreso de ciertos derechos, cierto grupo de individuos puede ver afectada su dignidad, en términos de efectividad. Los derechos existen para proteger a los individuos de ser utilizados indiscriminadamente, como medios para alcanzar un fin social o político. El derecho a un juicio justo, provee al individuo de un reclamo ético y legal real frente al proceso de convertirse en un instrumento de una política social. En casos como éste, la simple consideración de una utilidad social no puede constituirse en un argumento para sobrepasar los derechos de los individuos en un juicio legal. Los derechos de los individuos son comodines frente al bien de la sociedad en general.

Sin embargo, la anterior postura no quiere decir que los derechos son absolutos y que nunca pueden ser disminuidos. En relación con este punto, el mismo autor argumenta que, efectivamente bajo ciertas circunstancias se justifica la limitación de ciertos derechos, porque éstos constituyen en sí mismos una especie de privilegios *prima facie* que implican, en principio, la presunción de que el derecho en cuestión debe ser respetado, salvo que otro derecho o justificación moral pueda ser presentado como justificante a la limitación de un derecho en un caso determinado. Por ejemplo, el derecho de expresión no puede abarcar el derecho de un individuo a gritar “fuego” como una broma en un auditorio repleto. Aquí los

²⁷ Véase, DWORKIN, Ronald; *Los Derechos en serio*, ed. Ariel Derecho, 5ª reimpresión, abril, Barcelona, 2002.

derechos de los otros individuos a su protección personal entran en conflicto con el derecho individual de expresión. En este caso, el derecho colectivo de los individuos a la seguridad rebasa el interés individual de gritar “fuego”, por lo tanto, se justifica limitarle al individuo su derecho de expresión.

Sin embargo, la determinación de las circunstancias que justifican la limitación de los derechos son difíciles de establecer. Por ejemplo, en el caso del aborto legal se presenta el debate frente a dos derechos: en primer lugar, el derecho reproductivo y de libertad de decisión sobre su cuerpo argumentado a favor de la mujer, frente al derecho a la vida del feto o embrión. En estos casos, el problema es encontrar el equilibrio entre los privilegios en cuestión y decidir cuál de los dos debe prevalecer, dependiendo de cada circunstancia.

Se habla, entonces, de la fuerza o del peso de un derecho como la medida para determinar su importancia en relación con otras normas²⁸. Un derecho de mayor peso tendrá precedencia sobre un derecho de menor peso, cuando ambos entren en conflicto. Un derecho absoluto, será aquel cuyo extraordinario peso o reclamo moral sea suficiente para ser respetado. En este sentido debemos mencionar que son pocos los derechos absolutos, ya que un derecho en particular puede entrar en conflicto con otros derechos, pues cada uno podrá expresar su característica *prima facie* en igual manera.

En igual forma, si hablamos del ámbito de un derecho para distinguirlo del *peso y contenido*: el ámbito se refiere al caso particular al que el derecho se aplica. En el ejemplo, de gritar “fuego” se está limitando el ámbito del derecho, justificando la excepción a su limitación.

²⁸ Véase, NICKEL, James W.; *The human right to a Safe Environment: Philosophical Perspectives on Its Scope and Justification*, ed. Paragon House, EUA, 2001, pp. 601-617.

En relación con los derechos de interés social, Dworkin²⁹ estima que cuando éstos entran en conflicto el mecanismo de solución no puede ser aplicado debido a que, precisamente, los derechos que se ubican en el ámbito social son los más importantes. Entonces, los derechos funcionan principalmente como privilegios en contra de los gobiernos, están diseñados para proteger a los individuos de ser utilizados como instrumentos de una política o decisión de gobierno. En esta lógica, cuando los gobiernos otorgan mayor peso a sus intereses y entran en conflicto con aquellos de los individuos o las mayorías, sería difícil pensar que los gobiernos están “tomando en serio los derechos”. Sin embargo, los gobiernos no pueden permitir que los derechos individuales se expandan en tal grado que lleguen a lesionar el bien común de la sociedad. En estos casos, el gobierno deberá delimitar claramente las instancias donde exista la efectiva protección de un derecho y donde no; es decir, que es el gobierno quien habrá de precisar el ámbito de aplicación y vigencia de un derecho.

Frente a los problemas de la efectividad del derecho frente a los diversos conflictos de intereses, Dworkin³⁰ argumenta, como base fundamental que la norma de derecho requiere del respeto del derecho, en este sentido, dice que el derecho no puede ser respetado, si éste no protege la dignidad y la igualdad de los individuos y las minorías, precisamente en aquellos casos en donde la defensa de sus derechos es más requerida.

Después de estas reflexiones, podemos observar los problemas que surgen en torno al equilibrio, a los límites, o a las extensiones o a la preexistencia de ciertos bienes sociales como Derechos Humanos. Entonces ¿Cuál o cuáles son los derechos que deben ser reconocidos y respetados por los gobiernos?, en pocas palabras, ¿Cuáles son los intereses que deben proteger los Derechos Humanos? En nuestra opinión, este es un problema fundamental en la teoría contemporánea de los Derechos Humanos y se debe ubicar con precisión el contenido de los mismos.

²⁹ Cfr., DWORKIN, Ronald; *op. cit.*, *supra*.

³⁰ *Idem*.

1. 2. Contenido de los Derechos Humanos

En la actualidad se invocan diversos tipos de derechos. Se habla del derecho a la salud, el derecho a la educación, del derecho a la vivienda, del derecho a la seguridad social, del derecho a un medio ambiente limpio, del derecho al aborto, etc.; por otro lado, también se habla de derechos de los pobres frente a los ricos, del derecho de los arrendadores frente a los arrendatarios, de los derechos de las mujeres frente a los hombres, de los derechos de los ciudadanos frente a la policía. ¿Cómo podemos determinar cuáles intereses merecen el reconocimiento dentro de una sociedad?, ¿Cómo podemos decidir cuáles derechos debemos incluir dentro del catálogo de Derechos Humanos?

El autor Morton E. Winston, elabora un interesante estudio sobre el reporte presentado por la UNESCO en 1947, respecto al análisis sobre la creación de un catálogo internacional de Derechos Humanos, cuyo contenido pudiese homologar las diferentes concepciones políticas, económicas y culturales de los países miembros. En ese entonces, la UNESCO estableció un Comité sobre los Principios Filosóficos de los Derechos del Hombre, cuyo objetivo era examinar “las modificaciones intelectuales e históricas de la concepción clásica de los Derechos Humanos emergida en el siglo XVIII y la idea del catálogo de los Derechos Humanos”. Dicho comité preparó un cuestionario enviado a distinguidos especialistas y diplomáticos, quienes reunidos del 26 de Junio al 2 de Julio de 2000, emitieron el reporte sobre las bases de una Declaración Internacional de los Derechos Humanos³¹.

El preámbulo de su reporte decía “una declaración internacional de los Derechos Humanos debe ser la expresión de una fe sostenida, un programa de acciones a seguir”³². El reporte continuaba diciendo que dicho Comité no debía tratar de resolver todos los desacuerdos filosóficos ni tratar de llegar a un consenso

³¹ Cfr., WISTON, Morton E.; en *Understanding Human Rights*, en *The Philosophy of Human Rights*, *op. cit.*, *supra*, pp. 1-43.

³² Ídem, p. 1.

doctrinal sobre el concepto de los Derechos Humanos, pero en cambio debía “tratar de descubrir las diversas formas intelectuales para asegurar los derechos fundamentales y remover las dificultades en torno a su eficaz implementación”. Para poder llevar a cabo esta estrategia el Comité recomendó que por razones de pragmatismo las definiciones básicas de “Derechos”, “libertad” y “democracia” fueran intencionalmente ambiguas.

Sin embargo, el Comité llegó a expresar el acuerdo entre los miembros sobre la importancia de la dignidad humana y el desarrollo de quince derechos específicos agrupados dentro de tres categorías:

1. Derecho a vivir;
2. Derecho a vivir bien, y;
3. Derecho a una participación social.

Este compromiso histórico estuvo basado en el acuerdo general de que las demandas protegidas por los Derechos Humanos derivaban de la *dignidad humana*, sin precisar la forma como debía asegurarse.

A raíz de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Comisión de las Naciones Unidas en Derechos Humanos³³, empezó a establecer ciertas convenciones cuya finalidad era precisar el *status* de los derechos mencionados incorporándose como parte del derecho internacional.

No puede negarse que como todas las tradiciones normativas, los Derechos Humanos son un producto de su tiempo, necesariamente refleja un proceso de historia continua y cambio, cuya evolución ha venido dándole contenido y forma. Por lo tanto, para comprender y entender el contenido y ámbito de legitimidad de los Derechos Humanos, así como las prioridades argumentadas dentro de los mismos,

³³ Información disponible en el sitio Web: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>, fecha de consulta: 31 de octubre de 2007.

debemos conocer las opiniones de la doctrina en torno a esta cuestión.

En este sentido es fundamental analizar la teoría de las generaciones de los Derechos Humanos propuestas por el francés Keral Vasak, quien inspirado en los tres temas normativos de la revolución francesa, propuso:

1. Primera generación de derechos civiles y políticos (*liberté –libertad-*);
2. Segunda generación de derechos económicos, sociales y culturales (*égalité-igualdad-*);
3. Tercera generación de los derechos de la solidaridad (*fraternité-fraternidad-*).
4. Cuarta generación en relación con las nuevas tecnologías de la información³⁴.

Esta teoría fue utilizada por la Comisión de los Derechos Humanos al enfrentarse con diversas facultades para establecer la normatividad de los mismos. En un primer momento, había oposiciones en torno al poder del derecho internacional para establecer ciertas obligaciones específicas dentro del derecho local y, en un segundo momento, se cuestionaron las diferencias que otorgaban ciertas naciones a diversas categorías de derechos; esta cuestión quedó resuelta con la teoría de las generaciones de derechos.

La cuestión en torno a la coexistencia del derecho nacional frente al derecho internacional representa un reto importante para la efectividad de los Derechos Humanos, reto evidentemente compartido por el derecho internacional. Efectivamente, la definición sobre las cuestiones de soberanía y jurisdicción doméstica juegan un papel trascendental tanto en la efectiva aplicación del derecho internacional como para los Derechos Humanos.

³⁴ Citado por O'DONNELL, Daniel; *Protección internacional de los Derechos humanos*, en *Comisión Andina de Juristas*, 2ª ed., Lima Perú, 1989, p. 31.

La dinámica de la soberanía de un Estado está expresado en términos de independencia (soberanía externa), y autodeterminación de las naciones (soberanía interna). Estas figuras en la práctica pueden representar un obstáculo en el respeto de los derechos del hombre. Sin embargo, hoy día es tan fuerte y severa la convicción internacional sobre su existencia y la convivencia de los mismos, que las naciones forman parte de un foro mundial donde son calificados o descalificados como naciones o Estados de derecho, defensores o propulsores de los mismos. Efectivamente la desaprobación internacional en muchos de los conflictos internos de los países es un factor muy poderoso para el establecimiento de un marco real y efectivo de defensa y protección de los Derechos Humanos³⁵.

De ahí que se hable de la universalidad de los Derechos Humanos, puesto que en cierta forma han desbordado ya el terreno del derecho internacional y en ocasiones, más no en la mayoría, es mucho más amplia la convicción de cómo se conciben en el derecho interno. Es así que los Derechos Humanos se presentan como un modelo normativo que no tiene su sede propia en ninguna rama específica del derecho, ni de los nacionales ni del internacional, sino que tiene, la misma autoridad en todas ellas y en todos los países³⁶.

1. 3. Generaciones de Derechos Humanos

Los defensores de la primera generación de los Derechos Humanos, le conceden prioridad a la libertad y a los poderes que protegen al individuo de cualquier injerencia en su autonomía. Esta concepción, como vimos anteriormente, proviene de las ideas reformistas del siglo XVII y XVIII, asociadas con la revolución francesa, que influida por la Filosofía política liberal del individualismo y la doctrina

³⁵ El caso de Chiapas en México representa un ejemplo de cómo la comunidad internacional ha desaprobado las políticas aplicadas para resolver el conflicto, sobre todo en torno a la expulsión de extranjeros bajo el argumento de la participación en la política local del país; para mayor investigación en este tema se puede consultar: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art14.htm, fecha de consulta: 20 de enero de 2007.

³⁶ HATCH, Elvin; *teorías del hombre y la cultura*, trad. de A.G. Leal, edt. Prolam, Buenos Aires, 1975, p. 15.

económica-social de *laissez-faire*³⁷ concibe a los Derechos Humanos como derechos negativos, es decir, que favorece la abstención sobre la intervención del gobierno en el respeto de la dignidad del hombre.

Dentro de la primera generación se encuentran los derechos preestablecidos en los artículos 2 a 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que incluyen: derecho a la libertad, derecho a la vida, derecho a la seguridad de las personas, derecho a la libertad de esclavitud, derecho contra el arresto o detención o exilio arbitrario, derecho a un juicio justo, derecho a la no intervención de la intimidad en la correspondencia, derecho de asilo en caso de persecución, derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho de libertad de expresión y opinión, derecho a la reunión pacífica, derecho a participar en el gobierno a través de elecciones, además del derecho a la propiedad privada.

Debemos mencionar que evidentemente no todos los derechos de la primera generación son de naturaleza negativa, es decir, que implican la no acción del Estado, como sucede el caso del derecho a un juicio justo o del derecho de asilo donde el Estado tiene que participar para el efectivo respeto del mismo. Sin embargo, lo importante es resaltar que dentro de los derechos de la primera generación, la noción de libertad es la base de su conceptualización. Esta visión se encuentra en la mayoría de las constituciones de los países y también prevalece en la mayoría de las declaraciones y convenios firmados desde la Segunda Guerra Mundial.

En contraste, la denominada segunda generación de derechos le concede un peso menor o desconoce la importancia de la libertad y establece los derechos económicos, sociales y culturales, esta idea tiene su origen en la tradición socialista del siglo XIX. En gran medida es una respuesta a los abusos del desarrollo capitalista, además de la abusiva justificación y legitimación de la libertad absoluta de

³⁷ “Dejar - hacer”

explotación para con las clases trabajadoras. Históricamente representa el punto de vista contrario a los derechos de la primera generación, ya que estos Derechos Humanos son concebidos como derechos positivos “derechos a”, que requieren la intervención y no la abstención del Estado para alcanzar la equitativa participación y distribución de los bienes y valores involucrados.

Los Derechos de la segunda generación les corresponde los artículos 22 a 27 de la Declaración Universal, donde se incluye: el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y la protección contra el desempleo, el derecho al descanso, el derecho a condiciones de vida de dignidad humana mínima, derecho a la educación, el derecho a la protección científica y literaria.

Los innovadores derechos de la cuarta generación, no fueron consagrados en esta declaración, puesto que estos son consecuencia de la aparición de otras formas de comunicación en la sociedad, así es como actualmente se han agregado a los ya existentes al entorno de las nuevas sociedades de la información y del conocimiento, y estos actualmente cobran relevancia en diversos temas de discusión, los cuales incluyen los derechos al acceso a las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación. Es aquí donde podemos darnos cuenta que los mencionados derechos de la primera a la tercera generación han sido reconocidos en nuestra carta fundamental, pero es fundamental también ahora, consagrar los derechos de la cuarta generación.

Sin embargo, podemos decir que los Derechos de la primera generación no son completamente derechos negativos, los derechos de la segunda generación son esencialmente positivos, salvo casos como el del derecho a establecer sindicatos o el derecho a participar libremente de la vida cultural no requieren de la intervención del Estado. Sin embargo, la mayoría de los derechos de la segunda generación requieren de la intervención estatal en la distribución de los recursos de acuerdo a un criterio de justicia distributiva. Los derechos de la segunda generación son fundamentalmente reclamos de igualdad social.

Por su parte, los derechos de la tercera generación, se refieren a derechos pertenecientes a grupos e individuos, a su autodeterminación, así como la participación cultural y económica en el desarrollo. Son también denominados derechos de la solidaridad y están incluidos en el artículo 28 de la Declaración Universal que establece todos tienen derecho a un desarrollo social e internacional. Los especialistas identifican como derechos de la tercera generación: de derecho al desarrollo económico y social; el derecho a participar del beneficio de la “herencia común...” y el derecho a la ayuda humanitaria.

Si observamos, la división de los derechos en primera, segunda y tercera generación corresponde dramáticamente a una división convencional de las naciones en países de primer mundo (liberales, democráticos y desarrollados), países del segundo mundo (socialistas, autoritarios, desarrollados), y países del tercer mundo (con economía e ideología mixta, pero en desarrollo).

La concepción de los países del primer mundo está fundamentada en la doctrina clásica liberal de los derechos del hombre, que concebía a una persona como un individuo autónomo poseedor de derechos individuales. En el mundo socialista, la concepción dominante es la idea marxista sobre la naturaleza humana y la sociedad, donde la autonomía individual es un mito. Para la mentalidad socialista la naturaleza humana es una comunidad social o comunitaria cuyas características están formadas tanto por condiciones sociales, económicas e históricas de la sociedad. Para esta concepción no existen los derechos naturales, es el Estado quien reconoce los derechos del individuo. Por su parte, los países del tercer mundo, cuyas historias son en la mayoría de los casos el producto de una dominación colonial de las culturas europeas, se hace énfasis en los llamados *derechos de grupo* y *derechos a la autodeterminación nacional*. Desde este punto de vista, los derechos no son ni una posesión natural de los individuos ni un otorgamiento de los estados, aquí los derechos derivan de la relación entre los individuos y la interacción entre sus culturas.

En virtud de que tradicionalmente las sociedades del tercer mundo han definido en términos de comunidades étnicas, raciales o lingüísticas, el énfasis sobre los Derechos Humanos se ha hecho en dos niveles: en un primer nivel, por la relación del individuo para con su comunidad y, en un segundo nivel, el derecho de estos grupos a su autodeterminación cultural³⁸.

Una de las innovaciones de la Declaración de los Derechos Humanos fue combinar las dos categorías tradicionales de Derechos Humanos, además de darle importancia a los derechos de la tercera generación (-derechos culturales-), que no habían sido mencionados anteriormente en los documentos sobre la materia. Se dice que una de las razones por las que se incluyeron los derechos culturales en la Declaración Universal tiene su origen en una interesante declaración propositiva elaborada por la Asociación Iberoamericana de Antropología³⁹, en torno a la formación de la noción de los Derechos Humanos para que pudieran ser aceptados como verdaderamente universales y no fueran consideradas declaraciones de derechos concebidos en términos de los valores prevalecientes en Estados Unidos y en Europa Occidental.

Dicha Asociación explicaba que los Derechos Humanos de los individuos deben estar basados en el reconocimiento del hecho de que la personalidad del individuo puede desarrollarse en términos de la cultura en su sociedad, por lo que propone que el respeto hacia las diferencias culturales se convirtiera en el principio base de la declaración. En este orden de ideas, la Asociación Iberoamericana de Antropología declara que, entre las conclusiones de la antropología, se había encontrado que los marcos éticos de valores eran relativos en cada cultura. Concluye diciendo que cualquier intento de calificar ciertas conductas y valores culturales de una cultura a otra sería contraproducente, con lo cual se aleja de la idea de los Derechos Humanos universales. Finalmente, la Asociación afirma diciendo que lejos

³⁸ WESTON, Burns; *op., cit., supra*, pág. 21, pp. 713-721.

³⁹ Para ampliar la información, acudir a: <http://www.aibr.org/antropologia>, fecha de consulta: 28 de octubre de 2007.

de imponer un patrón único y rígido de valores éticos y políticos, la declaración debería tomar al relativismo ético, al pluralismo y la tolerancia cultural como un marco universal para los Derechos Humanos⁴⁰.

El problema del relativismo cultural constituye uno de los grandes retos en el movimiento de los Derechos Humanos universales, ciertamente difícil de abordar, ya que involucra conceptos de soberanía, jurisdicción, independencia cultural. Los defensores del relativismo cultural en los Derechos Humanos defienden estas ideas y conceptos argumentando las sólidas nociones de la autonomía estatal. El relativismo cultural argumenta que los derechos y las normas morales están determinadas con base en el contexto cultural, donde el término cultura es utilizado para designar estructuras más allá de las tradiciones indígenas, tales como estructuras, instituciones e ideologías políticas, sociales y religiosas⁴¹. En este sentido, la noción de derecho y las normas morales necesariamente serán diferentes dependiendo de las culturas en donde nos encontremos.

Por su parte, los partidarios del universalismo de los Derechos Humanos argumentan que éstos deben tener una protección igual tanto para la seguridad física, como para la libertad de expresión de asociación, es decir, que los Derechos Humanos deben ser iguales en cualquier parte del mundo. Para los relativistas, la pretensión de los universalistas es vista como una arrogancia o un imperialismo cultural, del Occidente (-movidos por la ideología política del liberalismo y la fe religiosa del cristianismo-), ciertamente de reconocer sus propias formas de ser y creencias como universales al pretender universalizarlas⁴².

En su mayoría, los relativistas han sido antropólogos que propugnan por la tolerancia⁴³, además, de la coordenada espacio-temporal para la emisión de juicios

⁴⁰ Idem.

⁴¹ STEINER, Henry J., y ALSTON, Philip; *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals*, ed. Oxford, Oxford, 2000, pp. 192-254.

⁴² Idem, p. 193.

⁴³ HATCH, Elvin; *teorías del hombre y la cultura, op. cit., supra, pág. 32, p. 15.*

sobre los Derechos Humanos. Uno de los casos de gran preocupación es el lugar de las mujeres dentro de ciertas culturas religiosas (-como el Islam-), e indígenas, donde por cuestiones de religión y costumbres, la mujer guarda un lugar en segundo plano o bien es objeto de mutilación⁴⁴. La mutilación genital femenina esta inserta en los países islámicos dentro de tradiciones y costumbres muy específicas. En nuestro país, la mujer indígena también guarda un lugar específico dentro de sus comunidades, aunque, esta situación empieza a modificarse, como lo demuestran las peticiones hechas en la Consulta Nacional sobre los Derechos Indígenas realizada en el año de 1996. Los Derechos Humanos de las minorías son actualmente el reto más importante dentro del movimiento de consolidación de los mismos.

1.4. Teoría Relativista sobre los Derechos Humanos

Como hemos visto, la situación histórica y social de un individuo, de una sociedad puede condicionar la concepción de los Derechos Humanos, sin embargo, desde el punto de vista filosófico, ¿cuál sería la forma adecuada de interpretar a los Derechos Humanos?

En primer lugar, podemos decir que es probable que no exista una forma adecuada de concebir a los Derechos Humanos, que la diversidad de concepciones refleja simplemente los diversos valores culturales, económicos y sociales de una sociedad. Esta concepción “relativista” sobre los Derechos Humanos, dispone que no existe un método racional para determinar una concepción exclusiva de los mismos. En otras palabras, todas las interpretaciones sobre los Derechos Humanos son válidas en sí mismas para la sociedad que los defiende y postula. La actitud a tomar frente a estas diversas interpretaciones deberá ser la tolerancia. Podemos decir que frente a las variadas formas de valores y Derechos Humanos, no existe una posición que pueda calificarse como correcta. Entonces ¿no existen individuos o gobiernos legitimados para criticar las creencias morales y culturales en diversas sociedades?

⁴⁴ *Memoria Informe de Resultados de la Consulta Nacional sobre Derechos y Participación Indígenas*, Talleres gráficos de la Nación, México, 1996, pp. 1-119.

Este nivel de argumentación denominado “*relativismo prescriptivo*” establece como conclusión que el relativismo cultural y la diversidad moral de una norma particular debe ser aceptada, es decir, que debe prevalecer la tolerancia universal de las creencias morales individuales y locales. Si bien es cierto que existe una virtud en la tolerancia, según Wiston⁴⁵ se corre el riesgo de ir demasiado lejos, ¿debemos tolerar cuando un gobierno decide cometer genocidio en contra de una minoría étnica? Ciertas inconsistencias del “*relativismo prescriptivo*” han originado el rechazo de la mayoría de los filósofos en aceptar a esta teoría como una teoría Ética válida. Sin embargo, si rechazamos la postura relativista, ¿cómo es que podemos justificar precisamente las normas morales contenidas dentro de los Derechos Humanos?

Por otro lado, es importante mencionar que también algunos especialistas creen que las justificaciones seculares y filosóficas sobre la dignidad humana y Derechos Humanos (convencionalista, deontológico, utilitarias e interdependentista), también están apoyadas en las enseñanzas religiosas (-judaísmo y cristianismo-), que fundamentan la existencia de los Derechos Humanos en el valor sagrado de la vida humana. Independientemente de la conceptualización de la existencia de los Derechos Humanos a través de la razón o la religión, la sola creencia en la existencia de los mismos, independientemente de sus perspectivas y orígenes, une a todos los seres humanos en una creencia universal.

1.5. Contenido de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional

Durante los últimos cuarenta años, el esfuerzo por transformar *Derechos manifiestos* en verdaderos Derechos e implementar efectivas garantías sociales para los Derechos Humanos, han dado lugar a los tratados y convenios internacionales, que al ser ratificados por las naciones soberanas, adquieren el *status* del derecho

⁴⁵ WISTON, Morton E.; *Understanding Human Rights*, en *The Philosophy of Human Rights*, *op. cit, supra*, pp. 1-43.

internacional. El especialista Louis Henkin⁴⁶ se refiere a los “*Derechos Humanos internacionales*” como el movimiento que pretende inducir a los Estados a asegurar a todos los individuos el goce de cierto tipo de bienes y valores civiles reconocidos internamente por el derecho constitucional y sistemas legales locales.

La incapacidad de los gobiernos nacionales en asegurar estos derechos, ya sea por la dificultad de plasmarlos en una legislación de manera adecuada, o bien, por la ineficacia al pretender hacerlos valer, coloca a dichos gobiernos en una posición de incumplimiento para con sus obligaciones internacionales. Esta situación expone al Estado en cuestión a una situación de crítica internacional y, en casos extremos, a sanciones económicas y políticas de mayor importancia.

Los instrumentos internacionales de mayor importancia para la protección de los Derechos Humanos son, como sabemos el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, ambos de 1966⁴⁷. Dichos documentos especifican los Derechos Humanos a los que todos los seres humanos tienen derecho. Además, determinan ciertas condiciones en las que puede ser justificada la derogación o limitación de los mismos por parte de los gobiernos. Dentro de los derechos específicamente consagrados en los mencionados documentos están: el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a la tortura o tratos inhumanos, o degradantes; el derecho a la no esclavitud; el derecho en contra de arresto y juicio arbitrario; el derecho de tránsito; el derecho a la libertad de conciencia, de expresión y de asociación, dentro de los derechos civiles y políticos.

Por su parte, el Convenio sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales protege, entre otros Derechos: el derecho al trabajo; el derecho a un salario justo; el derecho de formar sindicatos; el derecho a un estilo de vida digno, incluyendo el

⁴⁶ Cfr., HENKIN, Louis; *International Human Rights as “rights”*, en *The Philosophy of Human Rights*, op. cit. supra, pp. 129-148.

⁴⁷ Disponible en línea en: <http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2007

derecho a la vivienda; derecho a la educación gratuita, y, el derecho de todos los miembros de la familia humana, sin importar la raza, el sexo, la lengua, la religión y origen social o nacional, a tomar parte de los beneficios científicos.

Si bien es cierto, la mayoría de los Derechos Humanos ya son formalmente reconocidos por el derecho internacional, el problema de la ratificación implica una laguna importante, puesto que, en primer lugar, no existe una interpretación universal de lo que significa la ratificación, es decir, no se sabe expresamente cómo es que están obligados los estados a reforzar los Derechos Humanos y, en segundo lugar, los casos como el de Estados Unidos, que ha firmado ambos convenios pero cuyo Senado aún no emite la ratificación a la fecha, dejando así al descubierto las impotencias, frustraciones y realidades que esconde el derecho internacional.

En relación a la manera en que puede juzgarse el contenido de la ratificación, Henkin⁴⁸ propone tres procesos, en primer lugar, establece que estos acuerdos crean ciertos derechos y obligaciones entre las naciones, a los que los gobiernos locales están obligados frente a sus partes (-otros gobiernos-), de comportarse como lo han acordado. En este caso, los individuos son simplemente “beneficiarios incidentales” de aquellos derechos y obligaciones entre los gobiernos signatarios. Desde este punto de vista, los ciudadanos no tienen ningún tipo de derecho humano internacional y están sujetos a que los otros gobiernos vigilen el cumplimiento de su propio gobierno de las obligaciones internacionales consignadas.

En segundo lugar, argumenta en sentido contrario que estos tratados de derecho internacional sí otorgan al individuo vías de defensa cuando sus derechos son violados y se puede entonces recurrir a cuerpos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para su protección. Un tercer punto de vista implica que la ratificación de este tipo de tratados y convenios crea ciertos Derechos Humanos, se proporciona una legitimación positiva, se le concede un reconocimiento

⁴⁸ HENKIN, Louis; *International Human Rights as “rights”*, en *The Philosophy of Human Rights*, op. cit., supra, pp. 129-148.

social. Esto implica que la subsistencia del contenido de este derecho será protegido y universalmente gozado por los seres Humanos. El mismo autor señala que el hecho de que los derechos mencionados en ambos documentos no sean universalmente protegidos y que, por lo tanto, no sean disfrutados por todos los seres Humanos, no quiere decir que no exista una justificación racional para reclamar que estos derechos sean reconocidos y protegidos por una norma.

Para Martin⁴⁹ y Henkin, los gobiernos funcionan como los primeros sujetos responsables de los Derechos Humanos, sin embargo, es universalmente aceptado que todos los individuos tenemos el deber de respetar y proteger los Derechos Humanos. Esto obedece no sólo porque en las sociedades democráticas los individuos tienen una responsabilidad sobre las acciones de sus gobiernos, sino fundamentalmente porque los intereses protegidos por los Derechos Humanos pueden ser gravemente violados o altamente beneficiados por las acciones tanto de los individuos como de los grupos no gubernamentales⁵⁰.

Por ejemplo, la tortura es un acto reprochable cuando es ejercida por un sujeto a otro, incluso en los ámbitos privados, como cuando es practicada por los agentes estatales en el ámbito público. El decir que los seres humanos tenemos un derecho a no ser torturados este derecho impone un deber ético en todos los agentes morales para abstenerse a la tortura, así como una especial responsabilidad por parte de los gobiernos para proteger a los individuos de ese tipo de abuso. Podemos decir que en aquellos casos cuando los Derechos Humanos de un individuo o un grupo de individuos son violados y el gobierno responsable no actúa eficazmente para protegerlos, la responsabilidad de protección de los Derechos Humanos se devuelve a los individuos, a los organismos no gubernamentales y, bajo los principios del derecho internacional, a otros gobiernos.

⁴⁹ MARTIN, Rex; *Human Rights and Civil Rights*, en *The Philosophy of Human Rights*, *op. cit.*, *supra*, pp. 75-86.

⁵⁰ *Idem*, p. 132.

Dentro del reciente desarrollo del movimiento de los Derechos Humanos, tenemos que destacar el importante suceso del surgimiento de organismos no gubernamentales defensores de los Derechos Humanos, tales como Amnistía Internacional⁵¹, la cual se ha propuesto el importante papel de exponer ante la opinión pública internacional los abusos y violaciones de los Derechos Humanos. Si bien es cierto, que las Organizaciones No Gubernamentales no pueden imponer otro tipo de sanciones en contra de los gobiernos irrespetuosos sino una simple condena moral, sus bien documentadas denuncias están jugando un papel importante y trascendental en la conformación de una opinión pública mundial en torno a los abusos contra los Derechos Humanos.

Hasta ahora hemos analizado la evolución, contenido, fundamentación, teoría y cómo se han conformado los Derechos Humanos a nivel internacional a lo largo de la historia, cómo es que *aparentemente* pueden hacerse respetar, pero aún quedan ciertas dudas sobre la efectiva necesidad de su existencia. De esta manera, señalando la importancia de los mismos, nos gustaría analizar el vínculo ineludible y necesario de la salud y los Derechos Humanos, si bien es cierto, la salud constituye un derecho humano, y pareciera obvio tratar de enunciarlo, nos parece importante realizarlo en este trabajo para aterrizar la idea desde donde se debe comenzar a legislar en torno al genoma humano en el derecho, la base fundante para este estudio comienza con la Consagración del derecho a la salud en el artículo 4 constitucional, para de ahí desprenderse su regulación dentro de la Ley General de Salud, que como veremos en capítulos más adelante, muestra un importante atraso y rezago en nuestro tema de investigación que constituye el objeto del presente trabajo.

⁵¹ Para ampliar información acudir a: <http://www.amnistiainternacional.org/>, fecha de consulta: 25 de enero de 2007.

CAPÍTULO II

SALUD DEL SER HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Una vez que hemos estudiado la estructura, evolución filosófica y reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, podemos atrevernos a proponer la necesaria fundamentación de los Derechos Humanos a través de la procuración de la salud en el hombre. Esto nos sugiere crear una convicción de convertir a los Derechos Humanos en reales, eficaces y universales.

La propuesta de una metodología de Derechos Humanos no apartada, sino siempre vinculada con el respeto a la salud, tiene como fundamento la percepción de que una violación a un derecho humano (-sea cual fuere su naturaleza, su generación o su agente-) representará necesariamente un daño a la salud del individuo, es decir, un trastorno a la integridad física y emocional del hombre. Se tiene la certeza de que al vincular la salud del hombre, como esfera de atentado en violación a los Derechos Humanos, se ampliará la esfera de protección sobre los mismos, además de concederles mayor fuerza en su defensa. Además, al realizar esta vinculación entre el derecho y la salud se le concede mayor fuerza a su defensa como veremos a continuación.

2.1. Regulación a Nivel Constitucional

En nuestro país la recepción del derecho humano a la salud tiene su antecedente desde el porfiriato (1876-1911)⁵², es aquí cuando el estado centralizo las funciones en cuestiones de políticas publicas en materia de salud, a través del Consejo Superior de Salud, dependiente del Ministerio Interior e implementaron algunas políticas al respecto. Posteriormente, en 1891, el Congreso federal inició la legislación de la salud y la higiene con la aprobación del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵² Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, "Antecedentes", en *Salud*, en el sitio web: www.diputados.gob.mx/cesop/, fecha de consulta: 28 de Agosto de 2006.

Posteriormente con nuestro poder constituyente tenemos la consolidación constitucional de este derecho en el actual artículo 4º constitucional, en el párrafo cuarto, el cual establece:

“Toda persona tiene derecho a la protección de salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación en las entidades federativas en materia de salud general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución”⁵³.

De esta manera podemos observar que el derecho a la salud, lo tenemos consagrado en nuestro país como un derecho individual y de naturaleza social, creemos que sólo de esta manera podemos argumentar la obligación y responsabilidad del Estado de su protección y efectiva cobertura.

A nivel internacional, el derecho a la salud y/o la responsabilidad del Estado en protegerla ha sido consagrado en por lo menos 20 de las 35 Constituciones en América Latina. El derecho a la salud o a la protección de la salud está incluido en 13 Constituciones expresamente: Bolivia, Cuba, Chile, Guatemala, Guayana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La responsabilidad del Estado de proteger la salud se encuentra en los once países, que hablan de un derecho a la salud y, finalmente, se refieren al derecho de los otros seis: Brasil, Ecuador, El Salvador, Haití, Panamá y República Dominicana. En comparación, todos los países de corte socialista proponen tanto el derecho como la obligación para con el derecho a la salud. En comparación con los países del *common law* que no contienen referencia constitucional sobre el derecho a la salud.

⁵³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultada en la página web: www.juridicas.unam.mx, fecha de consulta: noviembre de 2007.

De los países de Europa que han reconocido el derecho a la salud, tenemos a: España, Grecia, Portugal e Italia⁵⁴.

Por su parte, las constituciones japonesa y francesa, sin utilizar el término derecho a la salud, contienen ciertas disposiciones relativas al mismo. Por ejemplo en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, conformada en 1958 dispone el Estado francés garantizará a todos los menores, las madres y los trabajadores mayores la protección de la salud. La constitución japonesa de 1946, en su artículo 25 determina que todas las esferas del Estado se habrán de utilizar para promover la salud pública⁵⁵.

Debemos enfatizar que la consagración constitucional del derecho a la salud es ciertamente simbólica y demuestra un interés por parte del Estado en proteger la salud de sus ciudadanos; sin embargo, el establecimiento de una política de salud pública no es suficiente, el derecho a la salud debe desarrollarse a través de reglamentaciones específicas, programas y servicios públicos y privados. Pero el establecimiento constitucional del derecho a la salud sirve para: mostrar a los ciudadanos que ese derecho forma parte de una política oficial del gobierno. El discurso o lenguaje utilizado por los Derechos Humanos representa ciertas consideraciones específicas, por lo que los aspectos de salud humana adquieren dimensiones especiales.

En términos generales, tenemos dentro del discurso de los Derechos Humanos: a. El establecimiento de un derecho como un *status* especial; b. La dignidad de la persona como fundamento de los Derechos Humanos; c. El principio de igualdad y no discriminación como fundamento principal de los Derechos Humanos; d. La participación de los individuos como sujetos afectados en la violación del derecho; e. Los derechos implican *entitlements*; f. La interdependencia

⁵⁴ GRODIN, Michael, A., *Meta ethics: the philosophical foundations of bioethics*, ed. Kluwer Academic Publishers, Boston, 1995, p. 34.

⁵⁵ Idem.

de los derechos; g. Los derechos no son absolutos y algunos pueden ser limitados, pero con ciertas previsiones; analicemos esto más detalladamente para observar cual es la relación con el derecho a la atención de la salud.

2.2. Derechos Humanos en México

El movimiento moderno de defensa, protección y promoción de los Derechos Humanos en México tiene una historia peculiar, acompañada incluso de ilicitudes jurídicas en su consolidación como lo veremos a continuación. Como vimos en el apartado anterior, no podemos decir que los Derechos Humanos en México no existían, sino más bien creemos que encontramos a un concepto del que antes no se hablaba demasiado, concebíamos a los Derechos Humanos como Garantías, ya que podemos hablar de protección a los Derechos Humanos como garantías desde la Constitución de Cadíz, posteriormente tenemos reconocidos a estos en la constitución del 57 en el llamado capítulo de los Derechos del Hombre y es como hasta el 17 los encontramos como Garantías Individuales⁵⁶.

En este sentido parece ser que el concepto de Derechos Humanos como lo concebimos en la actualidad comienza a ser más usado en nuestro lenguaje común a partir de la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en junio de 1990 y con esto no queremos decir que antes de esta fecha no existieran en México Derechos Humanos, más bien nos referimos al concepto tácito de Derechos Humanos⁵⁷ y a las nuevas instituciones creadas para la protección a los mismos, como lo es la CNDH. Entonces, nos referimos no solo al uso conceptual, sino también, a la idea de que partir de esta fecha contamos con la institución de nuevos

⁵⁶ Véase, MARTINEZ, BULLE-GOIRY, Víctor, Manuel; *Protección a los Derechos Humanos en México*, en *Cuadernos de la Judicatura. Ciclo de conferencias magistrales en torno a los Derechos Humanos*, Tribunal del Estado de Zacatecas, México, 2001, pp. 13-34.

⁵⁷ Puesto que, más adelante analizaremos la diferencia doctrinal y filosófica que existe entre los conceptos: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.

mecanismos por los cuales los Derechos Humanos pueden ser tutelados⁵⁸, protegidos y como una “*realidad*” para la sociedad. De esta manera nos parecería aventurado afirmar que es hasta la aparición de un sistema no jurisdiccional de los Derechos Humanos que en México que inicia la consolidación de la *cultura de los Derechos Humanos*, como un proceso educativo y conformado en torno al respeto y promoción de los principios que postulan, defienden y promueven como institución⁵⁹, sin embargo, consideramos que es hasta estos días que son debatidos, analizados y reflexionados con mayor vigor y cuidado.

2.2.1. Distinción entre Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Garantías Individuales

Derechos Humanos

Iniciemos éste apartado, analizando lo que algunos autores doctrinalmente consideran como Derechos Humanos, es así como de acuerdo a Jesús Rodríguez y Rodríguez, los Derechos Humanos pueden definirse como un:

“Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”⁶⁰.

⁵⁸ Nos referimos a nuevos mecanismos, porque no podemos negar la existencia, ni restar la trascendental importancia que representa hasta nuestros días la Institución por excelencia protectora de nuestras garantías individuales, como lo es el “*Amparo*”, desde la época de Vallarta.

⁵⁹ LARA PONTE, Rodolfo; *Los Derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 2ª ed., ed. Porrúa, 1997, pp. 195-210.

⁶⁰ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús; *voz Derechos Humanos, en Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. T. II, ed. Porrúa IIJ-UNAM, México, 2005, p. 1063

Por su parte Rodolfo Piza, nos dice que los Derechos Humanos:

“Se han definido como determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que se suponen derivadas de su intrínseca dignidad y necesarias para el desarrollo pleno de su personalidad y que, por lo tanto, se reclaman como Derechos fundamentales frente a todos los demás hombres y, de modo especial, frente al Estado y el poder”⁶¹.

En el libro “Los Derechos Humanos al Alcance de Todos”, Tarciso Navarrete, Salvador Abascal y Alejandro Laborie establecen que los Derechos Humanos pueden conceptualizarse como:

“El conjunto de atributos y facultades inherentes a la naturaleza de la persona humana – reconocidos o no por la ley -, que requiere para su pleno desarrollo personal y social”⁶².

Finalmente podemos mencionar que para Salvador Vergés los Derechos Humanos son:

“Aquellas exigencias que brotan de la propia condición de la persona humana, y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de quienes estén constituidos en autoridad”⁶³.

La característica común de las diversas definiciones que hemos citado, es el respeto a la dignidad del hombre, toda vez que los Derechos Humanos se basan en

⁶¹ PIZA, Rodolfo, citado por NAVARRETE, Narciso; *Los Derechos Humanos al alcance de todos*, 2ª ed, ed. Diana, México, 1992, pp. 18-19

⁶² Idem.

⁶³ VERGÉS, Salvador; *Derechos Humanos: Fundamentación*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 16

ese principio fundamental, en tanto es razón y esencia de la sociabilidad de la persona humana.

Asimismo, podemos observar que los Derechos Humanos son en principio, una idea política y moral como ya lo hemos venido señalando en apartados anteriores, esta es expresada en la exigencia del respeto irrestricto del Estado a la libertad, igualdad y seguridad del hombre. Estas exigencias, al convertirse en facultades, prerrogativas o Derechos del individuo, constituyen la protección del gobernado contra el abuso del poder de los gobernantes.

El liberalismo filosófico considera que:

“Los Derechos Humanos son el elemento por el que el liberalismo plantea las limitantes al poder, a través de la suma de asentimientos individuales que conviene fincar las relaciones necesarias para una convivencia estable”⁶⁴.

Rodolfo Lara Ponte ha mencionado que:

“En esencia, el objeto de los Derechos Humanos es poner un dique a la acción estatal, en el marco de la aplicación de la ley, estableciendo un espacio mínimo de facultades, posibilidades y oportunidades que propicien la vida social del ser humano. De tal suerte, el respeto a los Derechos Humanos bien puede ser el indicador para medir en qué grado las formas de organización social están a la altura del espíritu del hombre”⁶⁵.

⁶⁴ LARA PONTE, Rodolfo; *op. cit. supra*, p. 6

⁶⁵ Idem, p. 3

Coincidimos con Lara Ponte, pues consideramos que en los Estados democráticos, el reconocimiento, respeto, tutela y promoción de los Derechos Humanos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad tanto jurídica, como social dentro del poder público democráticamente conquistado.

Finalmente Miguel Carbonell, en uno de sus ensayos: “Los Derechos en la Era de la Globalización” nos dice que:

“Los Derechos Humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad; quizá son su signo distintivo, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar, que por el momento – pese a los avances innegables que se han sucedido – todavía permanece inalcanzado”⁶⁶.

Es así como mostramos la esencia de lo que para muchos autores constituyen los Derechos Humanos, y que sin duda alguna no son vistos en la misma medida por algunos autores, puesto que otros los consideran Derechos Fundamentales, pasemos ahora a analizar el concepto de Derechos Fundamentales.

Derechos Fundamentales

Luigi Ferrajoli, considera que en el Estado constitucional de derecho, los ordenamientos en los que los poderes están sujetos a la ley no sólo en cuanto a la forma, sino también en lo referente al contenido, es así que el actuar de los poderes están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales como la división de poderes y los Derechos Fundamentales.

⁶⁶ CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo. (comp.); *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª ed, ed. Porrúa-UNAM, México, 2001, p. 325

Los Derechos Fundamentales del individuo como derechos innatos e imprescriptibles del hombre, esencialmente encuentran su origen en la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en los artículos 1º y 2º:

“1º. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común;

2º. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los Derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

Este nivel, corresponde a una definición dogmática, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, por ejemplo, en éste caso la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Conforme a lo anterior, el autor Luigi Ferrajoli, de una manera dogmática expresa: “son fundamentales los Derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”⁶⁷.

Es así como el autor concibe que aun estando estipulada una definición de Derechos Fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en algún ordenamiento, e incluso que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo.

Conforme a las reflexiones anteriores dentro del paradigma Teórico-Filosófico, desarrollado por Luigi Ferrajoli, como lo es el neoconstitucionalismo señala lo siguiente: “Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de <Derechos fundamentales>: son <<Derechos fundamentales>> todos aquellos

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías, La ley del Más Débil*. Edt. Trotta, 4ª ed., Madrid, 2004, p.37.

derechos subjetivos que corresponden universalmente a –todos- los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁶⁸.

Para concluir este punto, es importante mencionar que existe cierto consenso de algunos autores y teóricos del Derecho Constitucional, en denominar indistintamente a los Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, muy a pesar de las diferencias teóricas que aquí señalamos encuentran motivos y puntos de encuentro para concebirlos de esa manera⁶⁹. Finalmente, pasemos a establecer lo que en nuestro orden jurídico mexicano concebimos como garantía individual, y ya no desde la teoría filosófica del estado moderno neoconstitucionalista.

Garantías Individuales

Una concepción de garantías⁷⁰ señala que podemos considerarlas como las exigencias éticas mínimas otorgadas al hombre por un determinado orden jurídico para su pleno desarrollo y que el Estado y sus autoridades deben respetar. En este sentido podemos decir que son aquellas exigencias éticas o morales mínimas, como lo son los *Derechos Humanos* y los *Derechos Fundamentales*, ya analizados, que el estado otorga a través de su carta fundamental para garantizar su protección y respeto y por ende lograr el pleno desarrollo del ser humano dentro del estado que se trate.

Evidentemente en la conformación de un concepto de garantías individuales, de manera simple, debemos destacar los siguientes elementos:

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Véase, BURGOA, Ignacio; *Las garantías individuales*, 41 ed., ed. Porrúa, México, 2005.

1. Las garantías individuales son exigencias éticas o valores mínimos para el pleno desarrollo del ser humano;

2. Todo ser humano, sin importar nacionalidad, sexo, religión, raza, etc., es titular de las garantías individuales, excepcionalmente pueden ser titulares de garantías las personas colectivas o morales públicas y privadas (ver art. 8 y 9 de la Ley de Amparo)⁷¹;

3. Las garantías individuales sólo pueden ser violadas o vulnerada por el Estado y sus autoridades;

4. Las garantías individuales tienen como fuente primaria a la Constitución, es decir, sólo están establecidas en la Constitución como máxima ley del Estado.

Podemos concluir que las garantías individuales, Derechos Humanos o Derechos Fundamentales, entre otros conceptos, esencialmente se refieren a lo mismo, es decir, a determinadas exigencias éticas o valores esenciales para que el ser humano pueda desarrollarse plenamente como tal. Todos éstos derechos tienen como contenido esencial la protección de la dignidad humana. Tenemos que aclarar también que la diversidad conceptual existente, se fundamenta igualmente en las diferentes perspectivas que los estudiosos de estos temas han adoptado, y que ya hemos mencionado algunas, como pueden ser: una perspectiva ética, histórica, sociológica o de derecho natural, incluso religiosa o netamente jurídico-constitucional.

En este punto creemos prudente señalar como lo hicimos al inicio del presente capítulo, que el medio protector por excelencia del respeto a nuestras garantías individuales los constituye el Juicio de Amparo, institución legitimada y de amplia eficacia en nuestro Sistema Jurídico Mexicano, es así como nos referimos a la creación de nuevas instituciones para estatales que buscan la protección, promoción y educación y formación en los Derechos Humanos, no así en las garantías individuales, puesto que como ya lo apuntamos estas constituyen la positivación de

⁷¹ Ordenamiento legal disponible en el sitio web: www.ordenjuridico.gob.mx, fecha de consulta: noviembre de 2007.

las primeras en las cartas fundamentales de cada país. Es así, como consideramos la creación del Ombudsman en México, como un nuevo organismo de salvaguarda de los Derechos Humanos motivos del presente trabajo de Investigación, analicemos ahora con más detalle la creación y desarrollo de esta institución en nuestro país.

2.2.2. Creación Constitucional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

El artículo 102 constitucional, que se refiere a la organización y funcionamiento del Ministerio Público, fue reformado con un apartado “B”, para conformar la instalación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el cual señala:

“El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos Derechos. Se elaborarán las recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados”.

Como antes señalamos en nuestro país contamos con diversos mecanismos de protección a los Derechos Humanos, constituidos como garantías individuales. En

este punto Fix Zamudio, propone una clasificación de los medios de defensa de los Derechos Humanos, antes de la creación de la CNDH y habla de:

- a) *Remedios procesales indirectos*, a través del proceso ordinario civil, penal, laboral y justicia administrativa;
- b) *Remedios procesales complementarios*, que se utilizan para sancionar la violación de los Derechos Humanos, consagrados en el juicio político y en el juicio de responsabilidad económica del Estado o sus funcionarios;
- c) *Remedios especiales específicos*, creados expresamente para la protección rápida y eficaz de los Derechos Fundamentales, concretados en el juicio de amparo y el control de constitucionalidad de las leyes, además, de una institución jurisdiccional el *Ombudsman* creada para la tutela y la defensa de los Derechos Humanos⁷².

El legislador mexicano ha ido incorporando al texto constitucional ciertos Derechos Humanos básicos como: la igualdad jurídica de la mujer y el hombre (como y lo señalamos dentro del artículo 4 constitucional, el 31 de diciembre de 1974); la protección legal en cuanto a la organización y desarrollo de la familia (artículo 4 constitucional, el 31 de diciembre de 1974); el derecho a decidir de manera libre e informada, responsablemente el número y espaciamiento de los hijos (artículo 4 constitucional, el 31 de diciembre de 1974); el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades de la salud física y mental (artículo 4 constitucional, el 18 de marzo de 1980); el derecho a la protección de la salud (artículo 4 constitucional, el 3 de febrero de 1983); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa (artículo 4 constitucional, el 7 de febrero de 1983); el derecho a la información (artículo 6 constitucional, el 6 de diciembre de 1977); el derecho de que los tribunales emitan sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial (artículo 17 constitucional, el 17 de marzo de 1987); el derecho al respeto

⁷² FIX ZAMUDIO, Héctor; *La protección procesal de los Derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 123.

de los usos y costumbres de los pueblos indígenas (artículo 4 constitucional, el 28 de enero de 1992), entre otros Derechos Humanos⁷³.

Cabe hacer la aclaración que la vigente Constitución Mexicana de 1917 ha sido reconocida como el primer documento que consagra los derechos sociales en el mundo, inaugurando lo que se conoce como *constitucionalismo social*, que incluye principios básicos de justicia social y ciertas garantías y derechos para la clase trabajadora⁷⁴.

Si bien es cierto que con la existencia de medios clásicos de protección procesal, se trataba de dar protección a los derechos y garantías violadas en cada caso concreto, podemos darnos cuenta que posiblemente el movimiento sistémico de educación, defensa y de protección de los Derechos Humanos era de distinta a como la concebimos en la actualidad con la creación de mecanismos distintos de protección bajo un sistema no jurisdiccional en la modalidad de *Ombudsman* y la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

2.2.3. El Ombudsman en México

En esta lógica, resulta interesante observar cómo a partir de la figura del *Ombudsman* se inicia este movimiento de institucionalización de los Derechos Humanos, puesto que es un proceso que viene desde dentro del Estado Mexicano. Dentro de la estructura estatal, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tiene su antecedente en la Dirección General de los Derechos Humanos de la Secretaría

⁷³ Para consultar todas las reformas al citado artículo en el sitio Web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio>, fecha de consulta: 14 de Marzo de 2007.

⁷⁴ MADRAZO, Jorge; *Temas y Tópicos de Derechos Humanos*, CNDH, México D.F., Diciembre, 1995, p. 40. El autor menciona el contenido del artículo 123 que consagra las garantías de la clase trabajadora: jornada máxima de trabajo de 8 horas, salario mínimo, tutela a los menores trabajadores, reparto de utilidades, protección a la salud y a la vida de la familia del trabajador, derecho de huelga, acceso a la justicia laboral, derecho a la seguridad social. Además del artículo 27 donde se establece a la propiedad como una función social.

de Gobernación, cuya función era la atención de las reclamaciones por violaciones a las garantías y prerrogativas fundamentales por parte de la administración pública⁷⁵.

De alguna forma, la Comisión Nacional de Derechos Humanos inició sus funciones sin estar ni jurídicamente ni constitucionalmente reglamentada. Finalmente, el 29 de junio de 1992 se publicó la Ley de la CNDH y el 12 de noviembre de 1992 su Reglamento Interior. Independientemente de estas irregularidades la sociedad mexicana aprobó su creación.

La figura del *Ombudsman* proviene del derecho escandinavo, surgió a principios del siglo XIX en Suecia y está firmemente arraigado en Dinamarca, Noruega y Finlandia. En los últimos decenios, sin embargo, se ha establecido el cargo de *Ombudsman* o negociador en diversos países fuera de Escandinava. Australia, Austria, Barbados, Canadá, España, Francia, Ghana, Guyana, India, Jamaica, Japón, Mauricio, Nueva Zelanda, Portugal, el Reino Unido, Trinidad y Tobago y en ciertos estados de Estados Unidos han utilizado todos ellos el sistema del *Ombudsman* en una u otra forma. Además, varios países africanos como Nigeria, Sudán, Tanzania y Zambia han establecido órganos colegiados o comisiones que funcionan con las atribuciones y competencia del *Ombudsman*⁷⁶.

En otros países recibe la denominación en castellano de Defensor del pueblo como en España y en Perú; en Guatemala recibió el nombre de Procurador de los Derechos Humanos; el de *Mediateur* (mediador) en Francia y de Promotor de la Justicia en Portugal. Dentro de la Unión Europea, en el Tratado de Masstrich de 1992,

⁷⁵ También destacan como antecedentes del Ombudsman en México: la Procuraduría de Poderes de 1847; la Dirección para la defensa de los Derechos Humanos de Nuevo León, de 1979; la Procuraduría de Vecinos de Colima, de 1983; la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM, de 1985; la Procuraduría para la Defensa Indígena en Oaxaca, de 1986; la Procuraduría Social de la Montaña de Guerrero, de 1987; la Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes, de 1988; la Defensoría de los Derechos de los Vecinos de Querétaro, de 1988; la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal, de 1989; la mencionada Dirección General de Derechos Humanos de Gobernación, de 1989; la Comisión de Derechos Humanos de Morelos, de 1989; Cfr., LARA PONTE, Rodolfo, *op. cit., supra*, pp. 201-203.

⁷⁶ *La institución del Ombudsman*, en *Gaceta de la CNDH*, México, Mayo de 1991, p. 144, disponible en línea en: <http://www.cndh.org.mx/cenadeh/bibliot>, fecha de consulta: 30 de octubre de 2007.

se consagró la figura del Defensor del Pueblo, cuya función es recibir las reclamaciones elaboradas por cualquier ciudadano dentro de la Unión, relativas a la mala administración de las instituciones, así como de los problemas entre las mismas y de los conflictos entre el Consejo Europeo y la Comisión Europea. Para Lara Ponte, la singularidad de este organismo estriba en ser el órgano gubernamental ante el cual los gobernados pueden acudir para denunciar cualquier abuso o incumplimiento por parte del poder público, respecto a los Derechos Humanos legalmente reconocidos⁷⁷.

El *Ombudsman* en México ha servido como un instrumento jurídico que previene los conflictos entre los ciudadanos afectados y las autoridades de la administración pública, sin necesidad de acudir a la vía judicial. La CNDH se ha consagrado como un organismo autónomo cuya función fundamental es la de tutelar los Derechos Humanos de los ciudadanos dentro del territorio del país, a través, de su actividad de fiscalización de las autoridades administrativas. La eficiente labor de la Comisión la ha consagrado como un instrumento, como una institución reinstitucionalizadora de los Derechos Humanos.

De igual manera, las comisiones estatales de los Derechos Humanos le han dado una real importancia a la necesidad de hacerlos respetar los valores que proponen en nuestro país, independientemente de las carencias económicas o crisis políticas. La figura del *Ombudsman* en México, a través de la CNDH, ha llegado a contribuir al equilibrio entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, al constituirse como un mecanismo adicional de control de los gobernados para con sus gobernantes⁷⁸.

Por otro lado, debemos apuntar que la Comisión Nacional de Derechos Humanos también ha servido de censor en los errores y virtudes del desempeño de la administración pública. El sistema de quejas, pone en evidencia a los sectores con mayor incidencia de violación de los Derechos Humanos. Por lo tanto, las funciones

⁷⁷ LARA PONTE, Rodolfo; *op. cit.*, *supra*, pp. 195-210.

⁷⁸ *Idem*, p. 197.

de la CNDH también han dado lugar a reformas administrativas y legislativas dentro del funcionamiento de la administración pública. La eficacia de la actuación del *Ombudsman* reside en la fuerza moral que ante la opinión pública tengan las personas encargadas de encabezarlo. Su fuerza prescinde de los elementos coactivos; es más bien propositiva y de recomendación y, dado el prestigio público de su personal, constituye un llamado de autoridad moral⁷⁹.

2.3. La responsabilidad objetiva por violaciones a los Derechos Humanos

Sin embargo, precisamente por la importancia que ha tenido la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en el año de 1994 importantes reglamentaciones nacionales fueron reformadas, en el caso del Código Civil fue reformado en el artículo 1916⁸⁰, estableciendo:

“El estado tiene la obligación de responder del pago de daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de sus atribuciones que les estén encomendadas”.

El mismo artículo precisa los tipos de responsabilidad estatal:

“a... responsabilidad solidaria: por actos ilícitos dolosos, b. responsabilidad subsidiaria: todos los demás casos, sólo podrá hacerse efectiva cuando el servidor responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos”.

⁷⁹ Idem, p. 198.

⁸⁰ Todos los Códigos y Leyes que se han mencionado y mencionarán en el transcurso del presente apartado han sido consultados y tomados del sitio Web: www.ordenjuridico.gob.mx, fecha de consulta: 15 de enero de 2007.

Por otro lado, el código penal en el artículo 32, fue reformado en los siguientes términos:

“están obligados a pagar el daño... El Estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos”.

Por su parte, la Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos, en el artículo 77 bis, determina:

“cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa que haya causado daños y perjuicios a particulares, estos podrán acudir a las dependencias o entidades o a la Secretaria de la Contraloría Federal de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de reparar el daño en cantidad liquida y en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o cualquiera otra”.

El estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares:

“Si el órgano del Estado niega la indemnización o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial.

Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación

de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden respectiva”.

Este derecho de los particulares a solicitar la indemnización prescribe en un año. (Artículo 78, fracción III).

Es así como gracias a las reformas de 1994 las resoluciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos tomaron un carácter vinculatorio, dando lugar al reconocimiento de la responsabilidad objetiva del Estado con motivo de la violación de los Derechos Humanos.

2.4. La Salud vinculada a los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos y la Salud raramente han sido identificados como un binomio correlativo, es decir, que se necesiten y refuercen mutuamente, salvo en algunas excepciones, como es el caso del acceso a la atención de la salud, pero las discusiones sobre la salud raramente han considerado los argumentos sobre los Derechos Humanos. Esta situación resulta irónico cuando reflexionamos que resulta obvio que un daño a la salud es una manifestación primaria de los Derechos Humanos, en el caso de la tortura, por ejemplo.

Los Derechos Humanos y la salud vincula dos tradiciones de naturaleza humanitaria, que desde hace algunos años comienzan a ser observados como instrumentos actuales para la consolidación del bienestar del ser humano⁸¹. Ambos conceptos, con sus independientes ideas, aspiraciones, logros y descubrimientos, han contribuido de diversas maneras a la disminución del sufrimiento del ser humano y al progreso del hombre en sociedad. Si bien es cierto que ambas tradiciones han

⁸¹ MANN, Jonathan y otros; *Health and Human Rights*, en *Health and Human Rights*, vol. 1, núm. 1, Boston, Mass., 1994, p.8, éste artículo y otros están disponibles en línea en el sitio oficial del Centro Xavier Bagnoud de Salud y Derechos Humanos, en: <http://www.hsph.harvard.edu/xfbcenter/V1N1.htm>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007.

colaborado en tiempos de crisis humanitarias, a pesar de parecer obvia su vinculación, nunca han llegado a mezclarse plenamente.

Esto obedece a múltiples razones, la primera puede ser por cuestiones de contenido, puesto que cada disciplina posee una filosofía, un vocabulario, un método, perspectivas y roles sociales muy diversos. Otra de las razones parece ser la fragilidad de ambos conceptos; por su parte, el concepto de los Derechos Humanos se encuentra en franca evolución, al igual que el moderno concepto de la Salud. También lo es en relación con el personal que maneja ambas disciplinas; muchos de los profesionales de la salud, llegan a preguntarse sobre la utilidad de incorporar las perspectivas de los Derechos Humanos en su trabajo y viceversa.

Esta situación ha contribuido a sembrar la duda sobre los beneficios que la colaboración entre ambas disciplinas podría proporcionar. Las tradicionalmente denominadas profesiones clásicas, el Derecho por un lado y la Medicina por el otro, han permanecido un tanto ajenas, algunas veces divorciadas y otras incluso hasta rivales; sin profundizar en la mutua correlación de sus argumentos y principios, tanto los protegidos por los Derechos Humanos, como los anhelados en torno a la Salud del Hombre. Enfocar la atención en esta potente intersección, proporciona instrumentos de mayor fuerza de defensa y corrección para aquellos que nos gusta trabajar en estas áreas.

Esta unión de los Derechos Humanos y la Salud, ha revolucionado y seguirá revolucionando el discurso del medio académico, jurídico, político y económico frente a los nuevos retos tecnológicos de este milenio. Este discurso evidentemente ha reorientado las reflexiones sobre los cambios de la salud mundial y el impacto de las tecnologías en el ser humano, bajo el espectro de la Filosofía de los Derechos Humanos. Esta propuesta de vínculo de Derechos Humanos y Salud, ha sido lanzada a la comunidad mundial por un grupo de especialistas, que han reconocido

la necesidad de trabajar interdisciplinariamente proponiendo un intercambio de metodología y conceptos para establecer un campo común⁸².

Problemáticas mundiales en torno a la salud, como es la aparición del virus de la inmunodeficiencia, VIH-SIDA, los problemas particulares de salud de las mujeres y sus vínculos con los Derechos Humanos (-Derechos a la reproducción, educación y aborto, entre otros-), así como el genocidio en Yugoslavia y Ruanda, han puesto en evidencia la necesidad de vincular al derecho (-Derechos Humanos-) con la Medicina (-Salud Pública-), en aras de defender a los sujetos más vulnerables en la sociedad contra los atentados a su integridad física.

Además, los Derechos Humanos como la Salud no existen en un mundo aislado, por el contrario, se desenvuelven entre importantes fuerzas políticas y económicas, que a la vez las transforman. Su unión, por lo tanto, proporciona mayor fuerza a ambos y una nueva y poderosa dimensión, pero analicemos con mayor detalle.

2.5. Razones para considerar fundamental el respeto del Derecho Humano a la Salud

Existen algunas razones que explican el interés en vincular el potente discurso de los Derechos Humanos en la definición de la salud humana⁸³. En primer lugar, tenemos que con la terminación de la Guerra Fría las reflexiones van más allá de los típicos conceptos polarizados, entre Derechos Humanos Civiles y Políticos, frente a

⁸² Debemos mencionar que un importante promotor de este paradigma es el Centro Xavier Bagnoud de Salud y Derechos Humanos, fundado en 1993 en la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Harvard, quien ha venido organizado conferencias sobre salud y Derechos humanos periódicamente y analizando los retos y ventajas de esta nueva propuesta, para mayor información sobre el centro, acudir al sitio oficial en la red: <http://www.hsph.harvard.edu>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007.

⁸³ OTTO, Dianne, *Linking Health and Human Rights: a critical legal perspective*, en *Health and Human Rights*, Boston, Mass., vol. 1, no. 3, 1995, pp. 271-273.

los Sociales y Económicos, incluyendo el Derecho a la Salud⁸⁴. La ausencia de la polarización del mundo democrático frente al mundo socialista, hacen posible que, por primera vez, el contenido de los derechos económicos y sociales pueda convertirse en una realidad. En esta lógica, la idea de la “interdependencia” e “indivisibilidad” de los Derechos Humanos debe ser analizada y estructurada con mayor claridad⁸⁵.

Un segundo factor que ha dado lugar a la creciente actividad de Salud y Derechos Humanos es la proliferación de retos ante el contenido de los conceptos ortodoxos sobre los Derechos Humanos. Estos retos surgen de las diversas perspectivas sociales del mundo en desarrollo, desde el postcolonialismo, la raza, el género, la sexualidad, los grupos indígenas, las cuestiones del medio ambiente, que han expandido, profundizado y revelado nuevos renglones en el discurso de los Derechos Humanos. El profundizar en la conciencia de los Derechos Humanos nos ayuda a definir y proteger, no sólo los derechos de la esfera pública, sino incluso, los relativos a la esfera privada⁸⁶.

Un tercer factor, que últimamente ha influido para abordar el concepto de la Salud como un Derecho Humano en el mundo occidental, es la presencia del racionalismo económico en la formulación de políticas públicas dentro de las nociones de Salud pública y servicios de atención a la Salud. Esta nefasta conceptualización económica se aleja de la idea de garantizar ciertos servicios de salud básicos como componentes integrales del Derecho a la Salud. Como respuesta a esta postura, el discurso de los Derechos Humanos es utilizado en los países

⁸⁴ Ciertamente la polarización de la Guerra Fría trajo como resultado la creación de las dos convenciones clásicas de los Derechos humanos, el Convenio Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles y el Convenio Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

⁸⁵ MANN, Jonathan y otros; *Health and Human Rights*, en *Health and Human Rights*, *op. cit., supra*, pp. 7-19.

⁸⁶ VEIL, Simone; *A personal perspective on Human Rights and Health*, en *Health and Human Rights*, *op. cit., supra*, vol. 2, núm. 3, p. 93.

occidentales para tratar de romper con los argumentos del racionalismo económico, aplicando los marcos legales basados en la promoción de la dignidad humana⁸⁷.

Un cuarto factor que ha influido en el discurso de los derechos en el área de la Salud, es sin duda la estrategia tomada por la Organización Mundial de la Salud, OMS, con relación al VIH/SIDA. La respuesta de la OMS a la epidemia del VIH/SIDA, fue la del adoptar medidas basadas en la participación y reconocimiento de derechos y principios como el respeto de la dignidad humana para aquellos individuos con el virus o en riesgo de contraerlo. La promoción de la responsabilidad personal como vía para detener la enfermedad contrasta dramáticamente con otras decisiones adoptadas sobre epidemias en el pasado.

Como lo mencionó el investigador especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, al analizar la aplicación de un derecho humano como respuesta en la prevención y control de una enfermedad, “la respuesta global, nacional y comunitaria frente a la pandemia del VIH/SIDA tiene un potencial fundamental de alterar el régimen de la salud mundial”⁸⁸. El panorama social, económico, político y hasta epidemiológico propicia la lógica y necesaria vinculación de los Derechos Humanos con los principios de la salud humana en este milenio.

De los conceptos actuales de la salud humana se derivan dos elementos que si bien están relacionados en sí mismos en esencia son diferentes, en primer lugar tenemos a la *Medicina*, cuyo enfoque primordial es la salud del individuo, y en segundo lugar, a la *Salud Pública*, cuya esfera de atención es la salud de las poblaciones. Con estas nociones básicas podemos distinguir que tienen objetos de atención opuestos, uno siendo el individuo (-la Medicina-) y el otro, los individuos en su conjunto (-la Salud Pública-).

⁸⁷ Véase, WIKLER, Daniel; *Privatization and Health Care: Notes from the American Experience*, en *Human Rights in the Twenty First Century: A Global Challenge*, Mahoney, K., y Mahoney P., editores, ed. M. Nijhoff, Boston, 1993, pp. 495.

⁸⁸ Reporte de la Comisión de Derechos Humanos, Decisión 1990/65, México, 7 de marzo de 1990, pp. 2-5.

Estas diferencias también se reflejan en el tipo de valores que consideran; por ejemplo, la Salud Pública mide la salud de las poblaciones a través de datos epidemiológicos estadísticos, mientras que la Medicina la determina a través de revisar el *status* biológico, psicológico y para ello usa una combinación de metodologías que incluyen desde la oscultación física hasta la evaluación de pruebas en laboratorio. Además, mientras que la Salud Pública pretende establecer condiciones que prevengan una posible alteración de la salud, la Medicina, responde por lo general, a condiciones de salud ya existentes.

Por otro lado, tanto el personal profesional requerido como los medios en donde se practica la Salud Pública y la Medicina son diferentes, la primera involucra a organismos gubernamentales, programas de largo alcance y diversos foros asociados a la implementación de las políticas públicas. Mientras que la práctica de la Medicina se realiza, por lo general, en el escenario de un consultorio, una clínica o un hospital público o privado. Por otro lado, la relación de aquellos que trabajan en las áreas es muy diferente; mientras que la Salud Pública va al individuo, en la Medicina, los individuos van al doctor.

Se estima que sólo el 10% de las muertes prematuras están asociadas a una falta de atención Médica. De esta forma, el Banco Mundial ha estimado que la falta de servicios clínicos esenciales son la causa del 11 y el 24% de las enfermedades a nivel mundial, estos datos no quieren decir que la atención a la salud sea irrelevante, sólo muestra sus límites⁸⁹.

También debemos comentar sobre el modelo biomédico, que marca las diferencias entre Salud y Salud Pública, este modelo ha contribuido a la mejoría de la salud humana; sin embargo, pese a los enormes y valiosos avances de la Medicina y su aplicación a los individuos, se ha probado que es muy costosa y poco accesible para ciertas áreas de la población y del mundo entero. Es así, como la Biomedicina

⁸⁹ MANN, Jonathan; *Medicine and Public Health, Ethics and Human Rights*, en *Hastings Center Report*, núm. 3, 1997, p. 6.

no ha respondido a las necesidades de las poblaciones en masa, y es aplicada solo bajo el espectro de la Medicina, es decir, que está orientada exclusivamente a la atención de la salud-enfermedad individual.

Por otro lado, sabemos que la mayoría de las investigaciones en la salud del ser humano identifican como determinantes del *status* de salud a factores sociales. La mayoría de las investigaciones en este sentido, se enfocan al nivel socioeconómico como una variable fundamental del nivel de salud. Por esto se afirma que dentro de una sociedad determinada a lo largo de la historia generalmente los ricos viven más años que los pobres⁹⁰.

El problema fundamental radica en que con mayor frecuencia son los factores sociales los que determinan el *status* de salud. Este punto de vista ha hecho ver a la enfermedad como un factor externo en las sociedades, por lo que se cree que de no existir este agente externo dicha comunidad gozaría de amplia salud. Es por ello que los problemas de salud son analizados, no en su esencia misma sino en virtud del marco social donde se presenta, como por ejemplo, el alcoholismo y la obesidad, dependen del marco social donde se presenten⁹¹.

2.6. Salud Pública y Ética

Ahora bien, la Salud Pública, si bien es cierto que empezó como un movimiento social, en épocas más recientes sus respuestas se han alejado en cierta medida del contenido social.

El especialista, Jonathan Mann⁹², explica esta situación argumentando, que la conceptualización de una acción atingente a la salud, tal como fumar, ingerir alcohol o no practicar algún ejercicio, determina la respuesta de la Salud Pública. En este

⁹⁰ Ibidem, p. 7.

⁹¹ MANN, Jonathan; *Human Rights and the New Public Health*, en *op. cit.*, *supra*, p. 229.

⁹² Cfr., Idem.

sentido, el autor argumenta que la conceptualización de estos hechos está dictada por el contexto social. Por lo tanto, la respuesta en la política de la Salud Pública, se limitará a proporcionar información al individuo sobre los riesgos a su salud, en ciertas circunstancias solamente. Las políticas de salud pública, pocas la mayoría de las veces, son formativas en la prevención de un estado de salud sano, asumiendo que la información educará *per se*.

El mismo autor encuentra tres razones a esta parcial respuesta por parte de las políticas en salud pública, en primer lugar, la carencia de un marco conceptual que indique y analice los factores sociales esenciales que contribuyan a que los individuos estén saludables; en segundo lugar, la Salud Pública carece de un vocabulario común que pueda ser utilizado entre los expertos de diversos países, y en tercer lugar, no existe consenso sobre la dirección que deben tomar las condiciones sociales para mejorar la salud. Con la carencia de estos tres elementos, las políticas de Salud Pública se asimilan a las perspectivas de la Economía, la Ciencia Política y los sistemas de salud para proporcionare una respuesta, que ofrece soluciones en ciertos renglones, pero deja huecos en otros aspectos⁹³.

Una forma como se han querido resolver las inconsistencias de las políticas de Salud Pública, es utilizando el lenguaje de la Ética Médica, cuyo impacto es más ampliamente reconocido en el ejercicio de la Clínica Médica; además, el enfoque social de las mismas también se ha visto beneficiado por el contenido ético. Parece evidente que un marco conceptual que expresa un vocabulario de valores fundamentales en términos sociales pueda ser más fácilmente adoptado por la Salud Pública, que uno orientado a los valores éticos individuales. Entonces, la Salud Pública y la Medicina se distinguen principalmente por su enfoque, ya sea sobre la colectividad o el individuo y consecuentemente, en su metodología de análisis y trabajo, además, del diverso marco ambiental donde cada uno se desarrolla.

⁹³ Idem, p. 8.

Ahora bien, el concepto más ampliamente difundido para la definición de salud ha sido el desarrollado por la Organización Mundial de la Salud, quien la ha definido como el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no la ausencia de enfermedad⁹⁴. Esta definición, ha sido importante al extender el concepto de la salud, más allá del ámbito biomédico o de la patología física, hacia el ámbito del “bienestar”. Al incluir las dimensiones del bienestar social y mental, la OMS, transforma y expande el ámbito de la salud y consecuentemente modifica los roles de los profesionales del área y sus relaciones con la sociedad.

Este moderno concepto de la salud va más allá de la atención a la misma e incluye las dimensiones sociales del bienestar individual y colectivo; esta definición se ve también reflejada en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que lo declara como “uno de los Derechos fundamentales del ser humano es alcanzar el estado óptimo de la salud”.

Ahora bien, aunque hay razones de distanciamiento entre los Derechos Humanos y la Salud Pública, si existen espacios donde esos universos conceptuales se conjugan, analicemos los más importantes. La necesidad de establecer vínculos de conexión entre los Derechos Humanos y la Salud, da lugar a diversas reflexiones metodológicas. A continuación analizaremos las más importantes.

Los miembros del Centro Xavier François, de Derechos Humanos y Salud, de la Universidad de Harvard, dirigidos por Jonathan Mann, han propuesto que el marco de vinculación positiva entre los Derechos Humanos y la Salud Pública se presenta en tres niveles, podríamos decir que dos de los niveles son el resultado del impacto en contrario y viceversa, y el tercero es el punto que los vincula. Analicemos los niveles.

⁹⁴ Para mayor información sobre la constitución, políticas y la definición a que se hace referencia, acudir al sitio Web: <http://www.who.int/es/>, fecha de consulta: 28 de Enero de 2007.

El primero de los niveles, se refiere al impacto de violación potencial de los Derechos Humanos por las políticas, programas o acciones de Salud Pública implantadas. A lo largo de la historia, algunas políticas de Salud Pública han sido instrumentos oficiales de una política violatoria de los Derechos Humanos. Bajo el argumento de la legalidad, las técnicas científico-médico, equivocadamente utilizadas, han ocasionado importantes espacios discriminatorios y agresiones a los Derechos Humanos⁹⁵. Si bien es cierto que el principio de restricción de ciertos derechos en aras a la protección de la comunidad está expresamente consagrado en el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, desafortunadamente algunos de estos casos se han presentado sin la formalidad científica debida, sirviendo a otro tipo de intereses⁹⁶. Con la finalidad de evitar los errores de las políticas de Salud Pública, se han propuesto algunas metodologías de evaluación que pueden seguirse para calificar a las políticas de Salud Pública y conocer si están violándose Derechos Humanos o no⁹⁷.

Los procedimientos de evaluación de una política de salud pública son:

- ❖ Esclarecer el propósito de salud pública a través de una precisa conceptualización;
- ❖ Evaluar la efectividad práctica de la política propuesta;
- ❖ Determinar si la política está bien dirigida hacia la población indicada;
- ❖ Examinar las posibles violaciones a los Derechos Humanos, realizando un balance de los beneficios de salud frente a repercusiones en las Derechos Humanos de la comunidad;
- ❖ Determinar si la política coercitiva es efectivamente la mejor alternativa, habría que evaluar el factor de riesgo.

⁹⁵ Un típico ejemplo de esta circunstancia son las políticas de control de enfermedades, de epidemias, decretando cuarentenas.

⁹⁶ MANN, y otros; *op., cit, supra*, p. 15.

⁹⁷ GROSTIN L., y MANN, Jonathan; *Towards the development of a Human Rights Impact Assessment for the Formulation and Evaluation of Public Health Policies*, en *Health and Human Rights*, *op. cit, supra*, vol. 1, núm. 1, pp. 59-80.

-
-
- ❖ Si la medida coercitiva es necesaria para prevenir el riesgo en cuestión, habrá que garantizar un trato justo a los individuos afectados con la medida adoptada.

El segundo nivel de vinculación entre los Derechos Humanos y la Salud, se presenta en sentido contrario, es decir, el atentado contra la salud humana representa evidentemente una violación a un derecho humano. Por ejemplo, en el caso de un sujeto que sufre de tortura o agresión física representa en sí mismo una acción que lesiona la salud y atenta contra la dignidad del hombre, por lo que violenta los Derechos Humanos del individuo.

Esta relación parece evidente, sin embargo, en su comprobación presenta algunos problemas, porque la evaluación de una lesión física, consecuentemente víctima agredida, y, en segundo lugar, de un testificador o verificador de los hechos, que en este caso habrá de ser un profesional de la salud, quién certifique la evidencia física de una lesión. Es evidente que la presencia de un médico que certifique la existencia de una lesión dependerá, en la mayoría de los casos, del rango de libertad con el que éste pueda manejarse.

Como se ha venido manejando, la propuesta concreta es vincular los Derechos Humanos con la Salud, al grado de considerar cualquier violación a tales derechos como un atentado directo contra la salud e integridad de las personas. Ahora bien, esta vinculación, en términos positivos, puede describirse con el hecho de que cualquier mecanismo que garantice el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos asegura de igual manera el bienestar y su salud humana. En efecto, concebir la salud humana como un estado de bienestar, no sólo en sentido físico sino también en los diferentes aspectos de la persona, tales como el emocional, social, económico y cultural, etcétera, nos conduce necesariamente a considerar que, con objeto de obtener mayor eficacia para su protección, es menester instrumentar y aplicar mecanismos prácticos suficientes para cubrir tal aspecto de amplitud.

En esta forma, al tener una referencia directa con la salud, podría brindarse más atención e importancia a la salvaguarda de los Derechos Humanos. En la medida que se acepte esta extensión en el concepto de salud, se reconocerá como factor determinante la necesidad de garantizar el respeto a los Derechos Humanos como única vía para lograr el bienestar del ser humano.

El tercer nivel, viene de la mutua interacción, puesto que al promover el respeto a los Derechos Humanos, se promueve la protección a la Salud. Los Derechos Humanos ofrecen un marco de valores sociales universales que implican los factores determinantes de la Salud. Esta situación reconoce que los Derechos Humanos y la Salud son complementarios en la definición del bienestar del ser humano. Este punto es el más importante, porque, al abordar un problema de salud desde el punto de vista de los Derechos Humanos, le concede una dimensión de mayor alcance, gracias a su poderosa estructura de fundamentación filosófica y jurídica.

A manera de conclusión, podemos afirmar que la protección al derecho humano de la salud representa una necesidad cotidiana mundial, puesto que en buena medida, el movimiento de los Derechos Humanos es fundamentalmente una lucha porque aquellos con mayor necesidad sean atendidos.

2.7. Comisión Nacional de Arbitraje Médico⁹⁸

Nos parece oportuno hacer algunos comentarios en torno a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que en nuestra opinión tiene su origen en la CNDH, más concretamente, al importante número de quejas que recibiera por parte de la ciudadanía en relación a la mala prestación u omisión de un servicio de atención a la Salud. Una vez que fueron resueltos los casos que representaban el mayor volumen de quejas de dicho organismo, relativas a rezagos en el ámbito de la jurisdicción

⁹⁸ Para ampliar la información sobre la Comisión, puede acudir a la página Web: www.conamed.gob.mx/, fecha de consulta: 25 de septiembre de 2007.

penal, las quejas en el ámbito de salud fueron ocupando mayor importancia, por su volumen y su naturaleza.

A medida que mejora y evoluciona la Institución protectora de los Derechos Humanos surge un mayor número de quejas por los malos servicios o servicios negligentes del sector salud, sin embargo, en muchos de estos casos se trataba de una cuestión de responsabilidad profesional. Esta situación propiciaba una cuestión de desigualdad, debido a que, un médico que trabajara en el sector salud de la administración pública, podía ser sometido a una responsabilidad extra por su negligencia médica, es decir, una responsabilidad por violación a un derecho humano. Esta circunstancia no era aplicada a los médicos que laboraban para el sector médico privado, lo cual implicaba una desigualdad.

El estado quiso resolver esta situación con la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, y entonces la negligencia médica dejó de ser una violación de los Derechos Humanos de los ciudadanos y se convirtió en una simple responsabilidad profesional médica. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico funciona a través de dos instancias: la amigable composición y el arbitraje, cuyo resultado es una resolución específica, de los casos de negligencia médica. Esta comisión tendrá que irse legitimando ante la sociedad como hasta ahora lo ha hecho, a través de su actuación ejemplar y efectiva, realizando las acciones oportunas y necesarias para la pronta denuncia de los casos que se detecten de negligencia médica.

2.8. Problemáticas para garantizar el Derecho a la Salud como Derecho Humano

El Derecho a la Salud, como hemos visto, se considera un derecho humano básico. Si bien es cierto que es imposible garantizar una salud perfecta a los seres humanos, resulta más correcto hablar del Derecho a la Atención de la Salud, misma que comprende una amplia gama de servicios: protección ambiental, prevención y

promoción a la salud, tratamiento y rehabilitación. Por lo tanto, la protección a la salud no se limita a la aplicación de tratamientos médicos, ni es una combinación de tratamientos y promoción de salud.

En este orden de ideas, las actividades relacionadas con la salud en los campos de saneamiento, ingeniería ambiental, vivienda, urbanización, agricultura, educación y bienestar social la afectan directamente y, con mayor frecuencia, se les considera una responsabilidad de la sociedad compartida con el Estado⁹⁹.

Es importante señalar el papel que juega el Comité celebrado y constituido en el mes de diciembre del año 1993, celebrado por las Naciones Unidas¹⁰⁰, dentro de las funciones de monitoreo, este Comité convocó a ciertos especialistas y organizaciones a presentar los puntos de vista en torno a las obligaciones establecidas en el artículo 12 del mencionado convenio. Las consideraciones presentadas sobre la determinación del contenido del derecho a la salud, giraron en torno a establecer que las prescripciones del artículo 12 son una serie de pasos que los Estados partes deben seguir para alcanzar el derecho a la salud. Además de los principios fundamentales conferidos en los Derechos Humanos: la dignidad de la no discriminación, los especialistas mostraron preocupación por la salud de poblaciones con mayor vulnerabilidad. Así como todos aquellos derechos sociales y económicos mencionados en el Convenio, los Estados deben implementar el derecho a la salud como una obligación progresiva. Un Estado no está obligado a implementar completamente este derecho sino sólo adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

⁹⁹ ROEMER, Ruth; *El derecho a la atención a la salud*, en *Organización Panamericana de la Salud, El derecho a la salud en las Américas*, publicación científica, no. 509, 1989, p. 16.

¹⁰⁰ Documento disponible en línea en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs16_sp.htm, fecha de consulta: 27 de Enero de 2007.

Ahora bien, los pasos que deben seguir los Estados parte para lograr progresivamente el derecho a la salud, están establecidos en el artículo 12¹⁰¹, que establece:

“Los Estados Parte en el presente Convenio reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte en el pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

“La reducción de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; El mejoramiento de todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; La prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad”.

Si bien es cierto, que estas medidas representan la base para conocer el contenido de las obligaciones estatales en tomo al derecho a la salud, su generalidad hace ciertamente difícil determinar las obligaciones específicas. En este sentido, los especialistas de aquella reunión mencionaron como era necesario recurrir a las sugerencias y propuestas de la Organización Mundial de la Salud para determinar las formas de reducción de mortalidad infantil o mejorar el medio ambiente y la higiene industrial para prevenir enfermedades y pandemias, así como, crear ciertas condiciones que aseguren la atención médica.

¹⁰¹ Ibidem.

En la reunión de éste comité, se abordaron por primera vez los temas de:

Discriminación y salud de las mujeres

El problema de la discriminación en contra de las mujeres es una realidad mundial, que se presenta más relacionado con las convicciones culturales de una sociedad la cual determina el lugar, el papel y perfil que ésta debe ocupar dentro de la misma. Las condiciones sociales y económicas determinan las condiciones de vida de la mujer en el mundo. Además, en algunos países, la estructura jurídica local predetermina una situación desigual para la mujer en su interacción social¹⁰².

Ahora bien, últimamente el movimiento internacional de los Derechos Humanos se ha concentrado en la situación especial de la salud de las mujeres. En el clásico trabajo de Rebeca J. Cook¹⁰³ sobre los derechos de las mujeres realiza un estudio sobre el impacto de la discriminación que viven las mujeres en la atención a sus problemas de salud.

Tanto el Convenio de los Derechos Económicos y Sociales y la Convención sobre la eliminación de formas de discriminación en contra de las mujeres de 1995 enmarcan la obligación de prevenir la discriminación en contra de las mujeres. Al analizar las obligaciones por parte del Estado, en relación a la condición de la mujer, al parecer una situación ideal implicaría tanto la realización de obligaciones tanto positivas como negativas por parte del Estado. En este sentido, Cook argumenta por ejemplo, que el Estado no debe obstaculizar el acceso de las mujeres a diversas fuentes de información en relación al virus del VIH, al mismo tiempo de que debe proporcionar y establecer programas de educación pública que la informen¹⁰⁴.

¹⁰² STEINER, Henry y ALSTON, Philip; *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 884-902.

¹⁰³ COOK J. Rebeca; *gender, health and human rights*, en *Health and Human Rights*, *op. cit., supra*, vol. 1, núm. 4, pp. 351-366.

¹⁰⁴ Ídem.

Por otro lado, las mujeres están expuestas a más riesgos de salud y agresión física, tales como: la violencia doméstica, la mutilación genital, los problemas reproductivos, por la falta de educación en la planeación familiar y los riesgos del trabajo domésticos¹⁰⁵. En efecto, la situación de vulnerabilidad de las mujeres hace que los Derechos de libertad, de educación, de seguridad física pública y privada estén íntimamente relacionados con los Derechos de salud y atención a la salud.

La vulnerable situación de la mujer fue expuesta en la Conferencia Mundial sobre Derechos de la Mujer celebrada en Beijing en 1995, que dio lugar a una Declaración sobre Derechos de la mujer y una plataforma de acción emprendida desde el año 2000, concentrada en los siguientes puntos: a. la mujer y la pobreza; b. La mujer y la educación; c. La salud y la mujer; d. La violencia; e. Los conflictos armados; f. La participación económica; g. La toma de decisiones y acceso al poder; g. Mecanismos institucionales de adelanto de la mujer; h. Derechos Humanos; i. Los medios de comunicación y la mujer; j. el medio ambiente y la mujer; k. La mujer menor de edad.

La bandera fundamental de la reunión de Beijing fue “*los Derechos de la mujer son Derechos Humanos*”, argumentando tautológicamente el olvido y diferente situación para las mujeres en el mundo. En esta misma reunión se emitió la Declaración sobre los Derechos Humanos de las Mujeres Indígenas, que marcaba, incluso más, las diferencias de vulnerabilidad de los indígenas y de sus mujeres. Por otro lado, relacionado con el movimiento de los derechos reproductivos de la mujer, los activistas y teóricos de la materia se han concentrado más en comprender lo que éstos significan dentro de las diversas culturas y sistemas políticos, para encontrar una estructura social y cultural que les permita promoverlos¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Íbidem.

¹⁰⁶ FREEDMAN, P. Lynn; *Reflections on emerging frameworks of health and human rights*, en *Health and Human Rights*, op. cit. supra, vol. 1, núm. 4, p. 324. De alguna forma la lucha sobre los Derechos reproductivos va más allá del ámbito de la salud, ya que son considerados como un instrumento o bandera hacia otros problemas políticos dentro de la sociedad. En muchas sociedades la sexualidad de la mujer y su capacidad reproductiva es considerada como un honor familiar, objeto de protección y vigilancia.

Después de analizar las ideas básicas en torno al contenido, fundamentación y especificidad de los Derechos Humanos, podemos afirmar que la teoría de los Derechos Humanos es el producto vivo de una tradición filosófica, no es una teorización del pasado, por lo tanto se encuentra en revisión continúa. Cada generación habrá de apropiarse del concepto de los Derechos Humanos adaptándola a las condiciones de su propio tiempo; el progreso en este orden de ideas será la consolidación de la idea de un marco moral en las sociedades humanas.

Al revisar en el capítulo anterior el desarrollo histórico de la doctrina de los Derechos Humanos, parece razonable sugerir que los derechos evolucionan a partir de la idea de los derechos manifiestos a la protección social en contra de las amenazas hacia los intereses humanos básicos. Es así como los Derechos Humanos que ahora conocemos han surgido de la necesidad de proteger los valores Humanos.

La concepción filosófica de los Derechos Humanos ha emergido también de un intento por enmarcar las políticas y normas que de alguna forma amenazan la condición humana. Así, vemos cómo los derechos que surgen durante la época de la ilustración son respuestas y reacciones ante la experiencia de la tiranía y de la persecución religiosa que se vivía en Europa durante esa época. Por su parte, los derechos económicos son respuesta a las amenazas contra la convivencia causadas por las diferencias económicas que acontecieron durante la Revolución Industrial. Los derechos culturales del presente siglo tienen como finalidad reparar los efectos diferenciados del colonialismo. Y derechos como el no ser sujeto a genocidio, evidentemente han surgido como respuestas a las atrocidades del holocausto.

El propósito fundamental de los Derechos Humanos es evitar, lo más posible, el sufrimiento y miseria, la tiranía políticas, económicas de la sociedad humana; bajo esta óptica, la idea de los Derechos Humanos debe ser entendida como una descripción política ideal, en el plano de la construcción de sociedades justas y pacíficas, por lo tanto, contribuirán a construir un mundo estable y digno para la raza humana.

Como ideales morales, los Derechos Humanos son, en cierto sentido, ficciones, porque las condiciones sociales que pretenden describir en la mayoría de los casos no existen. Pero no son simples ficciones, sino ficciones morales y éstas son necesarias en la Ética para establecer la aproximación más próxima a la verdad moral. Los Derechos Humanos, como otras ficciones teóricas, tratan de explicar y predecir la conducta; las Teorías Éticas y Políticas tratan de proporcionar un plan para la organización y regulación de la vida humana en sociedad.

De la revisión que se hace a las Teorías Éticas y Políticas como los Derechos Humanos, podemos concluir que si bien es cierto que la existencia de las teorías no garantiza necesariamente la validez universal de los mismos y tampoco implica que el movimiento de los Derechos Humanos esté consolidado; el esquema, el mapa de los Derechos Humanos se encuentra en constante revisión y reajuste, los valores fundamentales deben ser equilibrados, puesto que, como las condiciones de la sociedad humana cambian, así cambiarán las amenazas a los mismos.

Los riesgos y amenazas a los logros y avances morales de la civilización humana, se ven gravemente amenazados al finalizar el presente siglo y no obstante la respuesta a ¿Cómo deben los Derechos Humanos responder a estos nuevos retos? Será la labor de filósofos, politólogos, sociólogos, juristas, economistas de la sociedad entera. Sin embargo, este problema no debe detener los esfuerzos para implementar mecanismos que logren el disfrute de los Derechos Humanos con una visión universal, a través de la propuesta que se realiza al inicio de este capítulo, la cual consiste en considerar a los Derechos Humanos y la Salud como conceptos inseparables que deben ser garantizados para su eficaz cumplimiento y respeto recíproco. Existen propuestas interesantes al respecto por filósofos del derecho, en este sentido el autor Napoleón Conde hace una propuesta sobre una hermenéutica analógica que nos permitiría estudiar estos dos conceptos de una manera inseparable¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Véase, CONDE GAXIOLA, Napoleón, *tesis de grado de doctor intitulada: Hacia una Hermenéutica Analógica en la Filosofía del Derecho*, México, 2006.

CAPÍTULO II

SALUD DEL SER HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Una vez que hemos estudiado la estructura, evolución filosófica y reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, podemos atrevernos a proponer la necesaria fundamentación de los Derechos Humanos a través de la procuración de la salud en el hombre. Esto nos sugiere crear una convicción de convertir a los Derechos Humanos en reales, eficaces y universales.

La propuesta de una metodología de Derechos Humanos no apartada, sino siempre vinculada con el respeto a la salud, tiene como fundamento la percepción de que una violación a un derecho humano (-sea cual fuere su naturaleza, su generación o su agente-) representará necesariamente un daño a la salud del individuo, es decir, un trastorno a la integridad física y emocional del hombre. Se tiene la certeza de que al vincular la salud del hombre, como esfera de atentado en violación a los Derechos Humanos, se ampliará la esfera de protección sobre los mismos, además de concederles mayor fuerza en su defensa. Además, al realizar esta vinculación entre el derecho y la salud se le concede mayor fuerza a su defensa como veremos a continuación.

2.1. Regulación a Nivel Constitucional

En nuestro país la recepción del derecho humano a la salud tiene su antecedente desde el porfiriato (1876-1911)¹, es aquí cuando el estado centralizo las funciones en cuestiones de políticas publicas en materia de salud, a través del Consejo Superior de Salud, dependiente del Ministerio Interior e implementaron algunas políticas al respecto. Posteriormente, en 1891, el Congreso federal inició la legislación de la salud y la higiene con la aprobación del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos.

¹ Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, "Antecedentes", en *Salud*, en el sitio web: www.diputados.gob.mx/cesop/, fecha de consulta: 28 de Agosto de 2006.

Posteriormente con nuestro poder constituyente tenemos la consolidación constitucional de este derecho en el actual artículo 4º constitucional, en el párrafo cuarto, el cual establece:

“Toda persona tiene derecho a la protección de salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación en las entidades federativas en materia de salud general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución”².

De esta manera podemos observar que el derecho a la salud, lo tenemos consagrado en nuestro país como un derecho individual y de naturaleza social, creemos que sólo de esta manera podemos argumentar la obligación y responsabilidad del Estado de su protección y efectiva cobertura.

A nivel internacional, el derecho a la salud y/o la responsabilidad del Estado en protegerla ha sido consagrado en por lo menos 20 de las 35 Constituciones en América Latina. El derecho a la salud o a la protección de la salud está incluido en 13 Constituciones expresamente: Bolivia, Cuba, Chile, Guatemala, Guayana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La responsabilidad del Estado de proteger la salud se encuentra en los once países, que hablan de un derecho a la salud y, finalmente, se refieren al derecho de los otros seis: Brasil, Ecuador, El Salvador, Haití, Panamá y República Dominicana. En comparación, todos los países de corte socialista proponen tanto el derecho como la obligación para con el derecho a la salud. En comparación con los países del *common law* que no contienen referencia constitucional sobre el derecho a la salud.

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultada en la página web: www.juridicas.unam.mx, fecha de consulta: noviembre de 2007.

De los países de Europa que han reconocido el derecho a la salud, tenemos a: España, Grecia, Portugal e Italia³.

Por su parte, las constituciones japonesa y francesa, sin utilizar el término derecho a la salud, contienen ciertas disposiciones relativas al mismo. Por ejemplo en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, conformada en 1958 dispone el Estado francés garantizará a todos los menores, las madres y los trabajadores mayores la protección de la salud. La constitución japonesa de 1946, en su artículo 25 determina que todas las esferas del Estado se habrán de utilizar para promover la salud pública⁴.

Debemos enfatizar que la consagración constitucional del derecho a la salud es ciertamente simbólica y demuestra un interés por parte del Estado en proteger la salud de sus ciudadanos; sin embargo, el establecimiento de una política de salud pública no es suficiente, el derecho a la salud debe desarrollarse a través de reglamentaciones específicas, programas y servicios públicos y privados. Pero el establecimiento constitucional del derecho a la salud sirve para: mostrar a los ciudadanos que ese derecho forma parte de una política oficial del gobierno. El discurso o lenguaje utilizado por los Derechos Humanos representa ciertas consideraciones específicas, por lo que los aspectos de salud humana adquieren dimensiones especiales.

En términos generales, tenemos dentro del discurso de los Derechos Humanos: a. El establecimiento de un derecho como un *status* especial; b. La dignidad de la persona como fundamento de los Derechos Humanos; c. El principio de igualdad y no discriminación como fundamento principal de los Derechos Humanos; d. La participación de los individuos como sujetos afectados en la violación del derecho; e. Los derechos implican *entitlements*; f. La interdependencia

³ GRODIN, Michael, A., *Meta ethics: the philosophical foundations of bioethics*, ed. Kluwer Academic Publishers, Boston, 1995, p. 34.

⁴ Idem.

de los derechos; g. Los derechos no son absolutos y algunos pueden ser limitados, pero con ciertas previsiones; analicemos esto más detalladamente para observar cual es la relación con el derecho a la atención de la salud.

2.2. Derechos Humanos en México

El movimiento moderno de defensa, protección y promoción de los Derechos Humanos en México tiene una historia peculiar, acompañada incluso de ilicitudes jurídicas en su consolidación como lo veremos a continuación. Como vimos en el apartado anterior, no podemos decir que los Derechos Humanos en México no existían, sino más bien creemos que encontramos a un concepto del que antes no se hablaba demasiado, concebíamos a los Derechos Humanos como Garantías, ya que podemos hablar de protección a los Derechos Humanos como garantías desde la Constitución de Cadíz, posteriormente tenemos reconocidos a estos en la constitución del 57 en el llamado capítulo de los Derechos del Hombre y es como hasta el 17 los encontramos como Garantías Individuales⁵.

En este sentido parece ser que el concepto de Derechos Humanos como lo concebimos en la actualidad comienza a ser más usado en nuestro lenguaje común a partir de la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en junio de 1990 y con esto no queremos decir que antes de esta fecha no existieran en México Derechos Humanos, más bien nos referimos al concepto tácito de Derechos Humanos⁶ y a las nuevas instituciones creadas para la protección a los mismos, como lo es la CNDH. Entonces, nos referimos no solo al uso conceptual, sino también, a la idea de que partir de esta fecha contamos con la institución de nuevos

⁵ Véase, MARTINEZ, BULLE-GOIRY, Víctor, Manuel; *Protección a los Derechos Humanos en México*, en *Cuadernos de la Judicatura. Ciclo de conferencias magistrales en torno a los Derechos Humanos*, Tribunal del Estado de Zacatecas, México, 2001, pp. 13-34.

⁶ Puesto que, más adelante analizaremos la diferencia doctrinal y filosófica que existe entre los conceptos: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.

mecanismos por los cuales los Derechos Humanos pueden ser tutelados⁷, protegidos y como una “*realidad*” para la sociedad. De esta manera nos parecería aventurado afirmar que es hasta la aparición de un sistema no jurisdiccional de los Derechos Humanos que en México que inicia la consolidación de la *cultura de los Derechos Humanos*, como un proceso educativo y conformado en torno al respeto y promoción de los principios que postulan, defienden y promueven como institución⁸, sin embargo, consideramos que es hasta estos días que son debatidos, analizados y reflexionados con mayor vigor y cuidado.

2.2.1. Distinción entre Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Garantías Individuales

Derechos Humanos

Iniciemos éste apartado, analizando lo que algunos autores doctrinalmente consideran como Derechos Humanos, es así como de acuerdo a Jesús Rodríguez y Rodríguez, los Derechos Humanos pueden definirse como un:

“Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”⁹.

⁷ Nos referimos a nuevos mecanismos, porque no podemos negar la existencia, ni restar la trascendental importancia que representa hasta nuestros días la Institución por excelencia protectora de nuestras garantías individuales, como lo es el “*Amparo*”, desde la época de Vallarta.

⁸ LARA PONTE, Rodolfo; *Los Derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 2ª ed., ed. Porrúa, 1997, pp. 195-210.

⁹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús; voz *Derechos Humanos*, en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. T. II, ed. Porrúa IIJ-UNAM, México, 2005, p. 1063

Por su parte Rodolfo Piza, nos dice que los Derechos Humanos:

“Se han definido como determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que se suponen derivadas de su intrínseca dignidad y necesarias para el desarrollo pleno de su personalidad y que, por lo tanto, se reclaman como Derechos fundamentales frente a todos los demás hombres y, de modo especial, frente al Estado y el poder”¹⁰.

En el libro “Los Derechos Humanos al Alcance de Todos”, Tarciso Navarrete, Salvador Abascal y Alejandro Laborie establecen que los Derechos Humanos pueden conceptualizarse como:

“El conjunto de atributos y facultades inherentes a la naturaleza de la persona humana – reconocidos o no por la ley -, que requiere para su pleno desarrollo personal y social”¹¹.

Finalmente podemos mencionar que para Salvador Vergés los Derechos Humanos son:

“Aquellas exigencias que brotan de la propia condición de la persona humana, y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de quienes estén constituidos en autoridad”¹².

La característica común de las diversas definiciones que hemos citado, es el respeto a la dignidad del hombre, toda vez que los Derechos Humanos se basan en

¹⁰ PIZA, Rodolfo, citado por NAVARRETE, Narciso; *Los Derechos Humanos al alcance de todos*, 2ª ed, ed. Diana, México, 1992, pp. 18-19

¹¹ Idem.

¹² VERGÉS, Salvador; *Derechos Humanos: Fundamentación*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 16

ese principio fundamental, en tanto es razón y esencia de la sociabilidad de la persona humana.

Asimismo, podemos observar que los Derechos Humanos son en principio, una idea política y moral como ya lo hemos venido señalando en apartados anteriores, esta es expresada en la exigencia del respeto irrestricto del Estado a la libertad, igualdad y seguridad del hombre. Estas exigencias, al convertirse en facultades, prerrogativas o Derechos del individuo, constituyen la protección del gobernado contra el abuso del poder de los gobernantes.

El liberalismo filosófico considera que:

“Los Derechos Humanos son el elemento por el que el liberalismo plantea las limitantes al poder, a través de la suma de asentimientos individuales que conviene fincar las relaciones necesarias para una convivencia estable”¹³.

Rodolfo Lara Ponte ha mencionado que:

“En esencia, el objeto de los Derechos Humanos es poner un dique a la acción estatal, en el marco de la aplicación de la ley, estableciendo un espacio mínimo de facultades, posibilidades y oportunidades que propicien la vida social del ser humano. De tal suerte, el respeto a los Derechos Humanos bien puede ser el indicador para medir en qué grado las formas de organización social están a la altura del espíritu del hombre”¹⁴.

¹³ LARA PONTE, Rodolfo; *op. cit. supra*, p. 6

¹⁴Idem, p. 3

Coincidimos con Lara Ponte, pues consideramos que en los Estados democráticos, el reconocimiento, respeto, tutela y promoción de los Derechos Humanos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad tanto jurídica, como social dentro del poder público democráticamente conquistado.

Finalmente Miguel Carbonell, en uno de sus ensayos: “Los Derechos en la Era de la Globalización” nos dice que:

“Los Derechos Humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad; quizá son su signo distintivo, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar, que por el momento – pese a los avances innegables que se han sucedido – todavía permanece inalcanzado”¹⁵.

Es así como mostramos la esencia de lo que para muchos autores constituyen los Derechos Humanos, y que sin duda alguna no son vistos en la misma medida por algunos autores, puesto que otros los consideran Derechos Fundamentales, pasemos ahora a analizar el concepto de Derechos Fundamentales.

Derechos Fundamentales

Luigi Ferrajoli, considera que en el Estado constitucional de derecho, los ordenamientos en los que los poderes están sujetos a la ley no sólo en cuanto a la forma, sino también en lo referente al contenido, es así que el actuar de los poderes están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales como la división de poderes y los Derechos Fundamentales.

¹⁵ CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo. (comp.); *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª ed, ed. Porrúa-UNAM, México, 2001, p. 325

Los Derechos Fundamentales del individuo como derechos innatos e imprescriptibles del hombre, esencialmente encuentran su origen en la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en los artículos 1º y 2º:

“1º. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común;

2º. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los Derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

Este nivel, corresponde a una definición dogmática, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, por ejemplo, en éste caso la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Conforme a lo anterior, el autor Luigi Ferrajoli, de una manera dogmática expresa: “son fundamentales los Derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”¹⁶.

Es así como el autor concibe que aun estando estipulada una definición de Derechos Fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en algún ordenamiento, e incluso que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo.

Conforme a las reflexiones anteriores dentro del paradigma Teórico-Filosófico, desarrollado por Luigi Ferrajoli, como lo es el neoconstitucionalismo señala lo siguiente: “Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de <Derechos fundamentales>: son <<Derechos fundamentales>> todos aquellos

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías, La ley del Más Débil*. Edt. Trotta, 4ª ed., Madrid, 2004, p.37.

derechos subjetivos que corresponden universalmente a –todos- los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”¹⁷.

Para concluir este punto, es importante mencionar que existe cierto consenso de algunos autores y teóricos del Derecho Constitucional, en denominar indistintamente a los Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, muy a pesar de las diferencias teóricas que aquí señalamos encuentran motivos y puntos de encuentro para concebirlos de esa manera¹⁸. Finalmente, pasemos a establecer lo que en nuestro orden jurídico mexicano concebimos como garantía individual, y ya no desde la teoría filosófica del estado moderno neoconstitucionalista.

Garantías Individuales

Una concepción de garantías¹⁹ señala que podemos considerarlas como las exigencias éticas mínimas otorgadas al hombre por un determinado orden jurídico para su pleno desarrollo y que el Estado y sus autoridades deben respetar. En este sentido podemos decir que son aquellas exigencias éticas o morales mínimas, como lo son los *Derechos Humanos* y los *Derechos Fundamentales*, ya analizados, que el estado otorga a través de su carta fundamental para garantizar su protección y respeto y por ende lograr el pleno desarrollo del ser humano dentro del estado que se trate.

Evidentemente en la conformación de un concepto de garantías individuales, de manera simple, debemos destacar los siguientes elementos:

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Véase, BURGOA, Ignacio; *Las garantías individuales*, 41 ed., ed. Porrúa, México, 2005.

1. Las garantías individuales son exigencias éticas o valores mínimos para el pleno desarrollo del ser humano;

2. Todo ser humano, sin importar nacionalidad, sexo, religión, raza, etc., es titular de las garantías individuales, excepcionalmente pueden ser titulares de garantías las personas colectivas o morales públicas y privadas (ver art. 8 y 9 de la Ley de Amparo)²⁰;

3. Las garantías individuales sólo pueden ser violadas o vulnerada por el Estado y sus autoridades;

4. Las garantías individuales tienen como fuente primaria a la Constitución, es decir, sólo están establecidas en la Constitución como máxima ley del Estado.

Podemos concluir que las garantías individuales, Derechos Humanos o Derechos Fundamentales, entre otros conceptos, esencialmente se refieren a lo mismo, es decir, a determinadas exigencias éticas o valores esenciales para que el ser humano pueda desarrollarse plenamente como tal. Todos éstos derechos tienen como contenido esencial la protección de la dignidad humana. Tenemos que aclarar también que la diversidad conceptual existente, se fundamenta igualmente en las diferentes perspectivas que los estudiosos de estos temas han adoptado, y que ya hemos mencionado algunas, como pueden ser: una perspectiva ética, histórica, sociológica o de derecho natural, incluso religiosa o netamente jurídico-constitucional.

En este punto creemos prudente señalar como lo hicimos al inicio del presente capítulo, que el medio protector por excelencia del respeto a nuestras garantías individuales los constituye el Juicio de Amparo, institución legitimada y de amplia eficacia en nuestro Sistema Jurídico Mexicano, es así como nos referimos a la creación de nuevas instituciones para estatales que buscan la protección, promoción y educación y formación en los Derechos Humanos, no así en las garantías individuales, puesto que como ya lo apuntamos estas constituyen la positivación de

²⁰ Ordenamiento legal disponible en el sitio web: www.ordenjuridico.gob.mx, fecha de consulta: noviembre de 2007.

las primeras en las cartas fundamentales de cada país. Es así, como consideramos la creación del Ombudsman en México, como un nuevo organismo de salvaguarda de los Derechos Humanos motivos del presente trabajo de Investigación, analicemos ahora con más detalle la creación y desarrollo de esta institución en nuestro país.

2.2.2. Creación Constitucional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

El artículo 102 constitucional, que se refiere a la organización y funcionamiento del Ministerio Público, fue reformado con un apartado “B”, para conformar la instalación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el cual señala:

“El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos Derechos. Se elaborarán las recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados”.

Como antes señalamos en nuestro país contamos con diversos mecanismos de protección a los Derechos Humanos, constituidos como garantías individuales. En

este punto Fix Zamudio, propone una clasificación de los medios de defensa de los Derechos Humanos, antes de la creación de la CNDH y habla de:

- a) *Remedios procesales indirectos*, a través del proceso ordinario civil, penal, laboral y justicia administrativa;
- b) *Remedios procesales complementarios*, que se utilizan para sancionar la violación de los Derechos Humanos, consagrados en el juicio político y en el juicio de responsabilidad económica del Estado o sus funcionarios;
- c) *Remedios especiales específicos*, creados expresamente para la protección rápida y eficaz de los Derechos Fundamentales, concretados en el juicio de amparo y el control de constitucionalidad de las leyes, además, de una institución jurisdiccional el *Ombudsman* creada para la tutela y la defensa de los Derechos Humanos²¹.

El legislador mexicano ha ido incorporando al texto constitucional ciertos Derechos Humanos básicos como: la igualdad jurídica de la mujer y el hombre (como y lo señalamos dentro del artículo 4 constitucional, el 31 de diciembre de 1974); la protección legal en cuanto a la organización y desarrollo de la familia (artículo 4 constitucional, el 31 de diciembre de 1974); el derecho a decidir de manera libre e informada, responsablemente el número y esparcimiento de los hijos (artículo 4 constitucional, el 31 de diciembre de 1974); el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades de la salud física y mental (artículo 4 constitucional, el 18 de marzo de 1980); el derecho a la protección de la salud (artículo 4 constitucional, el 3 de febrero de 1983); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa (artículo 4 constitucional, el 7 de febrero de 1983); el derecho a la información (artículo 6 constitucional, el 6 de diciembre de 1977); el derecho de que los tribunales emitan sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial (artículo 17 constitucional, el 17 de marzo de 1987); el derecho al respeto

²¹ FIX ZAMUDIO, Héctor; *La protección procesal de los Derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 123.

de los usos y costumbres de los pueblos indígenas (artículo 4 constitucional, el 28 de enero de 1992), entre otros Derechos Humanos²².

Cabe hacer la aclaración que la vigente Constitución Mexicana de 1917 ha sido reconocida como el primer documento que consagra los derechos sociales en el mundo, inaugurando lo que se conoce como *constitucionalismo social*, que incluye principios básicos de justicia social y ciertas garantías y derechos para la clase trabajadora²³.

Si bien es cierto que con la existencia de medios clásicos de protección procesal, se trataba de dar protección a los derechos y garantías violadas en cada caso concreto, podemos darnos cuenta que posiblemente el movimiento sistémico de educación, defensa y de protección de los Derechos Humanos era de distinta a como la concebimos en la actualidad con la creación de mecanismos distintos de protección bajo un sistema no jurisdiccional en la modalidad de *Ombudsman* y la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

2.2.3. El Ombudsman en México

En esta lógica, resulta interesante observar cómo a partir de la figura del *Ombudsman* se inicia este movimiento de institucionalización de los Derechos Humanos, puesto que es un proceso que viene desde dentro del Estado Mexicano. Dentro de la estructura estatal, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tiene su antecedente en la Dirección General de los Derechos Humanos de la Secretaría

²² Para consultar todas las reformas al citado artículo en el sitio Web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio>, fecha de consulta: 14 de Marzo de 2007.

²³ MADRAZO, Jorge; *Temas y Tópicos de Derechos Humanos*, CNDH, México D.F., Diciembre, 1995, p. 40. El autor menciona el contenido del artículo 123 que consagra las garantías de la clase trabajadora: jornada máxima de trabajo de 8 horas, salario mínimo, tutela a los menores trabajadores, reparto de utilidades, protección a la salud y a la vida de la familia del trabajador, derecho de huelga, acceso a la justicia laboral, derecho a la seguridad social. Además del artículo 27 donde se establece a la propiedad como una función social.

de Gobernación, cuya función era la atención de las reclamaciones por violaciones a las garantías y prerrogativas fundamentales por parte de la administración pública²⁴.

De alguna forma, la Comisión Nacional de Derechos Humanos inició sus funciones sin estar ni jurídicamente ni constitucionalmente reglamentada. Finalmente, el 29 de junio de 1992 se publicó la Ley de la CNDH y el 12 de noviembre de 1992 su Reglamento Interior. Independientemente de estas irregularidades la sociedad mexicana aprobó su creación.

La figura del *Ombudsman* proviene del derecho escandinavo, surgió a principios del siglo XIX en Suecia y está firmemente arraigado en Dinamarca, Noruega y Finlandia. En los últimos decenios, sin embargo, se ha establecido el cargo de *Ombudsman* o negociador en diversos países fuera de Escandinava. Australia, Austria, Barbados, Canadá, España, Francia, Ghana, Guyana, India, Jamaica, Japón, Mauricio, Nueva Zelanda, Portugal, el Reino Unido, Trinidad y Tobago y en ciertos estados de Estados Unidos han utilizado todos ellos el sistema del *Ombudsman* en una u otra forma. Además, varios países africanos como Nigeria, Sudán, Tanzania y Zambia han establecido órganos colegiados o comisiones que funcionan con las atribuciones y competencia del *Ombudsman*²⁵.

En otros países recibe la denominación en castellano de Defensor del pueblo como en España y en Perú; en Guatemala recibió el nombre de Procurador de los Derechos Humanos; el de *Mediateur* (mediador) en Francia y de Promotor de la Justicia en Portugal. Dentro de la Unión Europea, en el Tratado de Masstrich de 1992,

²⁴ También destacan como antecedentes del Ombudsman en México: la Procuraduría de Poderes de 1847; la Dirección para la defensa de los Derechos Humanos de Nuevo León, de 1979; la Procuraduría de Vecinos de Colima, de 1983; la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM, de 1985; la Procuraduría para la Defensa Indígena en Oaxaca, de 1986; la Procuraduría Social de la Montaña de Guerrero, de 1987; la Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes, de 1988; la Defensoría de los Derechos de los Vecinos de Querétaro, de 1988; la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal, de 1989; la mencionada Dirección General de Derechos Humanos de Gobernación, de 1989; la Comisión de Derechos Humanos de Morelos, de 1989; Cfr., LARA PONTE, Rodolfo, *op. cit., supra*, pp. 201-203.

²⁵ *La institución del Ombudsman*, en *Gaceta de la CNDH*, México, Mayo de 1991, p. 144, disponible en línea en: <http://www.cndh.org.mx/cenadeh/bibliot>, fecha de consulta: 30 de octubre de 2007.

se consagró la figura del Defensor del Pueblo, cuya función es recibir las reclamaciones elaboradas por cualquier ciudadano dentro de la Unión, relativas a la mala administración de las instituciones, así como de los problemas entre las mismas y de los conflictos entre el Consejo Europeo y la Comisión Europea. Para Lara Ponte, la singularidad de este organismo estriba en ser el órgano gubernamental ante el cual los gobernados pueden acudir para denunciar cualquier abuso o incumplimiento por parte del poder público, respecto a los Derechos Humanos legalmente reconocidos²⁶.

El *Ombudsman* en México ha servido como un instrumento jurídico que previene los conflictos entre los ciudadanos afectados y las autoridades de la administración pública, sin necesidad de acudir a la vía judicial. La CNDH se ha consagrado como un organismo autónomo cuya función fundamental es la de tutelar los Derechos Humanos de los ciudadanos dentro del territorio del país, a través, de su actividad de fiscalización de las autoridades administrativas. La eficiente labor de la Comisión la ha consagrado como un instrumento, como una institución reinstitucionalizadora de los Derechos Humanos.

De igual manera, las comisiones estatales de los Derechos Humanos le han dado una real importancia a la necesidad de hacerlos respetar los valores que proponen en nuestro país, independientemente de las carencias económicas o crisis políticas. La figura del *Ombudsman* en México, a través de la CNDH, ha llegado a contribuir al equilibrio entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, al constituirse como un mecanismo adicional de control de los gobernados para con sus gobernantes²⁷.

Por otro lado, debemos apuntar que la Comisión Nacional de Derechos Humanos también ha servido de censor en los errores y virtudes del desempeño de la administración pública. El sistema de quejas, pone en evidencia a los sectores con mayor incidencia de violación de los Derechos Humanos. Por lo tanto, las funciones

²⁶ LARA PONTE, Rodolfo; *op. cit.*, *supra*, pp. 195-210.

²⁷ *Idem*, p. 197.

de la CNDH también han dado lugar a reformas administrativas y legislativas dentro del funcionamiento de la administración pública. La eficacia de la actuación del *Ombudsman* reside en la fuerza moral que ante la opinión pública tengan las personas encargadas de encabezarlo. Su fuerza prescinde de los elementos coactivos; es más bien propositiva y de recomendación y, dado el prestigio público de su personal, constituye un llamado de autoridad moral²⁸.

2.3. La responsabilidad objetiva por violaciones a los Derechos Humanos

Sin embargo, precisamente por la importancia que ha tenido la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en el año de 1994 importantes reglamentaciones nacionales fueron reformadas, en el caso del Código Civil fue reformado en el artículo 1916²⁹, estableciendo:

“El estado tiene la obligación de responder del pago de daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de sus atribuciones que les estén encomendadas”.

El mismo artículo precisa los tipos de responsabilidad estatal:

“a... responsabilidad solidaria: por actos ilícitos dolosos, b. responsabilidad subsidiaria: todos los demás casos, sólo podrá hacerse efectiva cuando el servidor responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos”.

²⁸ Idem, p. 198.

²⁹ Todos los Códigos y Leyes que se han mencionado y mencionarán en el transcurso del presente apartado han sido consultados y tomados del sitio Web: www.ordenjuridico.gob.mx, fecha de consulta: 15 de enero de 2007.

Por otro lado, el código penal en el artículo 32, fue reformado en los siguientes términos:

“están obligados a pagar el daño... El Estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos”.

Por su parte, la Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos, en el artículo 77 bis, determina:

“cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa que haya causado daños y perjuicios a particulares, estos podrán acudir a las dependencias o entidades o a la Secretaria de la Contraloría Federal de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de reparar el daño en cantidad liquida y en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o cualquiera otra”.

El estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares:

“Si el órgano del Estado niega la indemnización o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial.

Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación

de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden respectiva”.

Este derecho de los particulares a solicitar la indemnización prescribe en un año. (Artículo 78, fracción III).

Es así como gracias a las reformas de 1994 las resoluciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos tomaron un carácter vinculatorio, dando lugar al reconocimiento de la responsabilidad objetiva del Estado con motivo de la violación de los Derechos Humanos.

2.4. La Salud vinculada a los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos y la Salud raramente han sido identificados como un binomio correlativo, es decir, que se necesiten y refuercen mutuamente, salvo en algunas excepciones, como es el caso del acceso a la atención de la salud, pero las discusiones sobre la salud raramente han considerado los argumentos sobre los Derechos Humanos. Esta situación resulta irónico cuando reflexionamos que resulta obvio que un daño a la salud es una manifestación primaria de los Derechos Humanos, en el caso de la tortura, por ejemplo.

Los Derechos Humanos y la salud vincula dos tradiciones de naturaleza humanitaria, que desde hace algunos años comienzan a ser observados como instrumentos actuales para la consolidación del bienestar del ser humano³⁰. Ambos conceptos, con sus independientes ideas, aspiraciones, logros y descubrimientos, han contribuido de diversas maneras a la disminución del sufrimiento del ser humano y al progreso del hombre en sociedad. Si bien es cierto que ambas tradiciones han

³⁰ MANN, Jonathan y otros; *Health and Human Rights*, en *Health and Human Rights*, vol. 1, núm. 1, Boston, Mass., 1994, p.8, éste artículo y otros están disponibles en línea en el sitio oficial del Centro Xavier Bagnoud de Salud y Derechos Humanos, en: <http://www.hsph.harvard.edu/xfbcenter/V1N1.htm>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007.

colaborado en tiempos de crisis humanitarias, a pesar de parecer obvia su vinculación, nunca han llegado a mezclarse plenamente.

Esto obedece a múltiples razones, la primera puede ser por cuestiones de contenido, puesto que cada disciplina posee una filosofía, un vocabulario, un método, perspectivas y roles sociales muy diversos. Otra de las razones parece ser la fragilidad de ambos conceptos; por su parte, el concepto de los Derechos Humanos se encuentra en franca evolución, al igual que el moderno concepto de la Salud. También lo es en relación con el personal que maneja ambas disciplinas; muchos de los profesionales de la salud, llegan a preguntarse sobre la utilidad de incorporar las perspectivas de los Derechos Humanos en su trabajo y viceversa.

Esta situación ha contribuido a sembrar la duda sobre los beneficios que la colaboración entre ambas disciplinas podría proporcionar. Las tradicionalmente denominadas profesiones clásicas, el Derecho por un lado y la Medicina por el otro, han permanecido un tanto ajenas, algunas veces divorciadas y otras incluso hasta rivales; sin profundizar en la mutua correlación de sus argumentos y principios, tanto los protegidos por los Derechos Humanos, como los anhelados en torno a la Salud del Hombre. Enfocar la atención en esta potente intersección, proporciona instrumentos de mayor fuerza de defensa y corrección para aquellos que nos gusta trabajar en estas áreas.

Esta unión de los Derechos Humanos y la Salud, ha revolucionado y seguirá revolucionando el discurso del medio académico, jurídico, político y económico frente a los nuevos retos tecnológicos de este milenio. Este discurso evidentemente ha reorientado las reflexiones sobre los cambios de la salud mundial y el impacto de las tecnologías en el ser humano, bajo el espectro de la Filosofía de los Derechos Humanos. Esta propuesta de vínculo de Derechos Humanos y Salud, ha sido lanzada a la comunidad mundial por un grupo de especialistas, que han reconocido

la necesidad de trabajar interdisciplinariamente proponiendo un intercambio de metodología y conceptos para establecer un campo común³¹.

Problemáticas mundiales en torno a la salud, como es la aparición del virus de la inmunodeficiencia, VIH-SIDA, los problemas particulares de salud de las mujeres y sus vínculos con los Derechos Humanos (-Derechos a la reproducción, educación y aborto, entre otros-), así como el genocidio en Yugoslavia y Ruanda, han puesto en evidencia la necesidad de vincular al derecho (-Derechos Humanos-) con la Medicina (-Salud Pública-), en aras de defender a los sujetos más vulnerables en la sociedad contra los atentados a su integridad física.

Además, los Derechos Humanos como la Salud no existen en un mundo aislado, por el contrario, se desenvuelven entre importantes fuerzas políticas y económicas, que a la vez las transforman. Su unión, por lo tanto, proporciona mayor fuerza a ambos y una nueva y poderosa dimensión, pero analicemos con mayor detalle.

2.5. Razones para considerar fundamental el respeto del Derecho Humano a la Salud

Existen algunas razones que explican el interés en vincular el potente discurso de los Derechos Humanos en la definición de la salud humana³². En primer lugar, tenemos que con la terminación de la Guerra Fría las reflexiones van más allá de los típicos conceptos polarizados, entre Derechos Humanos Civiles y Políticos, frente a

³¹ Debemos mencionar que un importante promotor de este paradigma es el Centro Xavier Bagnoud de Salud y Derechos Humanos, fundado en 1993 en la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Harvard, quien ha venido organizado conferencias sobre salud y Derechos humanos periódicamente y analizando los retos y ventajas de esta nueva propuesta, para mayor información sobre el centro, acudir al sitio oficial en la red: <http://www.hsph.harvard.edu>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007.

³² OTTO, Dianne, *Linking Health and Human Rights: a critical legal perspective*, en *Health and Human Rights*, Boston, Mass., vol. 1, no. 3, 1995, pp. 271-273.

los Sociales y Económicos, incluyendo el Derecho a la Salud³³. La ausencia de la polarización del mundo democrático frente al mundo socialista, hacen posible que, por primera vez, el contenido de los derechos económicos y sociales pueda convertirse en una realidad. En esta lógica, la idea de la “interdependencia” e “indivisibilidad” de los Derechos Humanos debe ser analizada y estructurada con mayor claridad³⁴.

Un segundo factor que ha dado lugar a la creciente actividad de Salud y Derechos Humanos es la proliferación de retos ante el contenido de los conceptos ortodoxos sobre los Derechos Humanos. Estos retos surgen de las diversas perspectivas sociales del mundo en desarrollo, desde el postcolonialismo, la raza, el género, la sexualidad, los grupos indígenas, las cuestiones del medio ambiente, que han expandido, profundizado y revelado nuevos renglones en el discurso de los Derechos Humanos. El profundizar en la conciencia de los Derechos Humanos nos ayuda a definir y proteger, no sólo los derechos de la esfera pública, sino incluso, los relativos a la esfera privada³⁵.

Un tercer factor, que últimamente ha influido para abordar el concepto de la Salud como un Derecho Humano en el mundo occidental, es la presencia del racionalismo económico en la formulación de políticas públicas dentro de las nociones de Salud pública y servicios de atención a la Salud. Esta nefasta conceptualización económica se aleja de la idea de garantizar ciertos servicios de salud básicos como componentes integrales del Derecho a la Salud. Como respuesta a esta postura, el discurso de los Derechos Humanos es utilizado en los países

³³ Ciertamente la polarización de la Guerra Fría trajo como resultado la creación de las dos convenciones clásicas de los Derechos humanos, el Convenio Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles y el Convenio Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

³⁴ MANN, Jonathan y otros; *Health and Human Rights*, en *Health and Human Rights*, *op. cit., supra*, pp. 7-19.

³⁵ VEIL, Simone; *A personal perspective on Human Rights and Health*, en *Health and Human Rights*, *op. cit., supra*, vol. 2, núm. 3, p. 93.

occidentales para tratar de romper con los argumentos del racionalismo económico, aplicando los marcos legales basados en la promoción de la dignidad humana³⁶.

Un cuarto factor que ha influido en el discurso de los derechos en el área de la Salud, es sin duda la estrategia tomada por la Organización Mundial de la Salud, OMS, con relación al VIH/SIDA. La respuesta de la OMS a la epidemia del VIH/SIDA, fue la del adoptar medidas basadas en la participación y reconocimiento de derechos y principios como el respeto de la dignidad humana para aquellos individuos con el virus o en riesgo de contraerlo. La promoción de la responsabilidad personal como vía para detener la enfermedad contrasta dramáticamente con otras decisiones adoptadas sobre epidemias en el pasado.

Como lo mencionó el investigador especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, al analizar la aplicación de un derecho humano como respuesta en la prevención y control de una enfermedad, “la respuesta global, nacional y comunitaria frente a la pandemia del VIH/SIDA tiene un potencial fundamental de alterar el régimen de la salud mundial”³⁷. El panorama social, económico, político y hasta epidemiológico propicia la lógica y necesaria vinculación de los Derechos Humanos con los principios de la salud humana en este milenio.

De los conceptos actuales de la salud humana se derivan dos elementos que si bien están relacionados en sí mismos en esencia son diferentes, en primer lugar tenemos a la *Medicina*, cuyo enfoque primordial es la salud del individuo, y en segundo lugar, a la *Salud Pública*, cuya esfera de atención es la salud de las poblaciones. Con estas nociones básicas podemos distinguir que tienen objetos de atención opuestos, uno siendo el individuo (-la Medicina-) y el otro, los individuos en su conjunto (-la Salud Pública-).

³⁶ Véase, WIKLER, Daniel; *Privatization and Health Care: Notes from the American Experience*, en *Human Rights in the Twenty First Century: A Global Challenge*, Mahoney, K., y Mahoney P., editores, ed. M. Nijhoff, Boston, 1993, pp. 495.

³⁷ Reporte de la Comisión de Derechos Humanos, Decisión 1990/65, México, 7 de marzo de 1990, pp. 2-5.

Estas diferencias también se reflejan en el tipo de valores que consideran; por ejemplo, la Salud Pública mide la salud de las poblaciones a través de datos epidemiológicos estadísticos, mientras que la Medicina la determina a través de revisar el *status* biológico, psicológico y para ello usa una combinación de metodologías que incluyen desde la oscultación física hasta la evaluación de pruebas en laboratorio. Además, mientras que la Salud Pública pretende establecer condiciones que prevengan una posible alteración de la salud, la Medicina, responde por lo general, a condiciones de salud ya existentes.

Por otro lado, tanto el personal profesional requerido como los medios en donde se practica la Salud Pública y la Medicina son diferentes, la primera involucra a organismos gubernamentales, programas de largo alcance y diversos foros asociados a la implementación de las políticas públicas. Mientras que la práctica de la Medicina se realiza, por lo general, en el escenario de un consultorio, una clínica o un hospital público o privado. Por otro lado, la relación de aquellos que trabajan en las áreas es muy diferente; mientras que la Salud Pública va al individuo, en la Medicina, los individuos van al doctor.

Se estima que sólo el 10% de las muertes prematuras están asociadas a una falta de atención Médica. De esta forma, el Banco Mundial ha estimado que la falta de servicios clínicos esenciales son la causa del 11 y el 24% de las enfermedades a nivel mundial, estos datos no quieren decir que la atención a la salud sea irrelevante, sólo muestra sus límites³⁸.

También debemos comentar sobre el modelo biomédico, que marca las diferencias entre Salud y Salud Pública, este modelo ha contribuido a la mejoría de la salud humana; sin embargo, pese a los enormes y valiosos avances de la Medicina y su aplicación a los individuos, se ha probado que es muy costosa y poco accesible para ciertas áreas de la población y del mundo entero. Es así, como la Biomedicina

³⁸ MANN, Jonathan; *Medicine and Public Health, Ethics and Human Rights*, en *Hastings Center Report*, núm. 3, 1997, p. 6.

no ha respondido a las necesidades de las poblaciones en masa, y es aplicada solo bajo el espectro de la Medicina, es decir, que está orientada exclusivamente a la atención de la salud-enfermedad individual.

Por otro lado, sabemos que la mayoría de las investigaciones en la salud del ser humano identifican como determinantes del *status* de salud a factores sociales. La mayoría de las investigaciones en este sentido, se enfocan al nivel socioeconómico como una variable fundamental del nivel de salud. Por esto se afirma que dentro de una sociedad determinada a lo largo de la historia generalmente los ricos viven más años que los pobres³⁹.

El problema fundamental radica en que con mayor frecuencia son los factores sociales los que determinan el *status* de salud. Este punto de vista ha hecho ver a la enfermedad como un factor externo en las sociedades, por lo que se cree que de no existir este agente externo dicha comunidad gozaría de amplia salud. Es por ello que los problemas de salud son analizados, no en su esencia misma sino en virtud del marco social donde se presenta, como por ejemplo, el alcoholismo y la obesidad, dependen del marco social donde se presenten⁴⁰.

2.6. Salud Pública y Ética

Ahora bien, la Salud Pública, si bien es cierto que empezó como un movimiento social, en épocas más recientes sus respuestas se han alejado en cierta medida del contenido social.

El especialista, Jonathan Mann⁴¹, explica esta situación argumentando, que la conceptualización de una acción atingente a la salud, tal como fumar, ingerir alcohol o no practicar algún ejercicio, determina la respuesta de la Salud Pública. En este

³⁹ Ibidem, p. 7.

⁴⁰ MANN, Jonathan; *Human Rights and the New Public Health*, en *op. cit.*, *supra*, p. 229.

⁴¹ Cfr., Idem.

sentido, el autor argumenta que la conceptualización de estos hechos está dictada por el contexto social. Por lo tanto, la respuesta en la política de la Salud Pública, se limitará a proporcionar información al individuo sobre los riesgos a su salud, en ciertas circunstancias solamente. Las políticas de salud pública, pocas la mayoría de las veces, son formativas en la prevención de un estado de salud sano, asumiendo que la información educará *per se*.

El mismo autor encuentra tres razones a esta parcial respuesta por parte de las políticas en salud pública, en primer lugar, la carencia de un marco conceptual que indique y analice los factores sociales esenciales que contribuyan a que los individuos estén saludables; en segundo lugar, la Salud Pública carece de un vocabulario común que pueda ser utilizado entre los expertos de diversos países, y en tercer lugar, no existe consenso sobre la dirección que deben tomar las condiciones sociales para mejorar la salud. Con la carencia de estos tres elementos, las políticas de Salud Pública se asimilan a las perspectivas de la Economía, la Ciencia Política y los sistemas de salud para proporcionare una respuesta, que ofrece soluciones en ciertos renglones, pero deja huecos en otros aspectos⁴².

Una forma como se han querido resolver las inconsistencias de las políticas de Salud Pública, es utilizando el lenguaje de la Ética Médica, cuyo impacto es más ampliamente reconocido en el ejercicio de la Clínica Médica; además, el enfoque social de las mismas también se ha visto beneficiado por el contenido ético. Parece evidente que un marco conceptual que expresa un vocabulario de valores fundamentales en términos sociales pueda ser más fácilmente adoptado por la Salud Pública, que uno orientado a los valores éticos individuales. Entonces, la Salud Pública y la Medicina se distinguen principalmente por su enfoque, ya sea sobre la colectividad o el individuo y consecuentemente, en su metodología de análisis y trabajo, además, del diverso marco ambiental donde cada uno se desarrolla.

⁴² Idem, p. 8.

Ahora bien, el concepto más ampliamente difundido para la definición de salud ha sido el desarrollado por la Organización Mundial de la Salud, quien la ha definido como el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no la ausencia de enfermedad⁴³. Esta definición, ha sido importante al extender el concepto de la salud, más allá del ámbito biomédico o de la patología física, hacia el ámbito del “bienestar”. Al incluir las dimensiones del bienestar social y mental, la OMS, transforma y expande el ámbito de la salud y consecuentemente modifica los roles de los profesionales del área y sus relaciones con la sociedad.

Este moderno concepto de la salud va más allá de la atención a la misma e incluye las dimensiones sociales del bienestar individual y colectivo; esta definición se ve también reflejada en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que lo declara como “uno de los Derechos fundamentales del ser humano es alcanzar el estado óptimo de la salud”.

Ahora bien, aunque hay razones de distanciamiento entre los Derechos Humanos y la Salud Pública, si existen espacios donde esos universos conceptuales se conjugan, analicemos los más importantes. La necesidad de establecer vínculos de conexión entre los Derechos Humanos y la Salud, da lugar a diversas reflexiones metodológicas. A continuación analizaremos las más importantes.

Los miembros del Centro Xavier François, de Derechos Humanos y Salud, de la Universidad de Harvard, dirigidos por Jonathan Mann, han propuesto que el marco de vinculación positiva entre los Derechos Humanos y la Salud Pública se presenta en tres niveles, podríamos decir que dos de los niveles son el resultado del impacto en contrario y viceversa, y el tercero es el punto que los vincula. Analicemos los niveles.

⁴³ Para mayor información sobre la constitución, políticas y la definición a que se hace referencia, acudir al sitio Web: <http://www.who.int/es/>, fecha de consulta: 28 de Enero de 2007.

El primero de los niveles, se refiere al impacto de violación potencial de los Derechos Humanos por las políticas, programas o acciones de Salud Pública implantadas. A lo largo de la historia, algunas políticas de Salud Pública han sido instrumentos oficiales de una política violatoria de los Derechos Humanos. Bajo el argumento de la legalidad, las técnicas científico-médico, equivocadamente utilizadas, han ocasionado importantes espacios discriminatorios y agresiones a los Derechos Humanos⁴⁴. Si bien es cierto que el principio de restricción de ciertos derechos en aras a la protección de la comunidad está expresamente consagrado en el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, desafortunadamente algunos de estos casos se han presentado sin la formalidad científica debida, sirviendo a otro tipo de intereses⁴⁵. Con la finalidad de evitar los errores de las políticas de Salud Pública, se han propuesto algunas metodologías de evaluación que pueden seguirse para calificar a las políticas de Salud Pública y conocer si están violándose Derechos Humanos o no⁴⁶.

Los procedimientos de evaluación de una política de salud pública son:

- ❖ Esclarecer el propósito de salud pública a través de una precisa conceptualización;
- ❖ Evaluar la efectividad práctica de la política propuesta;
- ❖ Determinar si la política está bien dirigida hacia la población indicada;
- ❖ Examinar las posibles violaciones a los Derechos Humanos, realizando un balance de los beneficios de salud frente a repercusiones en las Derechos Humanos de la comunidad;
- ❖ Determinar si la política coercitiva es efectivamente la mejor alternativa, habría que evaluar el factor de riesgo.

⁴⁴ Un típico ejemplo de esta circunstancia son las políticas de control de enfermedades, de epidemias, decretando cuarentenas.

⁴⁵ MANN, y otros; *op., cit, supra*, p. 15.

⁴⁶ GROSTIN L., y MANN, Jonathan; *Towards the development of a Human Rights Impact Assessment for the Formulation and Evaluation of Public Health Policies*, en *Health and Human Rights*, *op. cit, supra*, vol. 1, núm. 1, pp. 59-80.

-
-
- ❖ Si la medida coercitiva es necesaria para prevenir el riesgo en cuestión, habrá que garantizar un trato justo a los individuos afectados con la medida adoptada.

El segundo nivel de vinculación entre los Derechos Humanos y la Salud, se presenta en sentido contrario, es decir, el atentado contra la salud humana representa evidentemente una violación a un derecho humano. Por ejemplo, en el caso de un sujeto que sufre de tortura o agresión física representa en sí mismo una acción que lesiona la salud y atenta contra la dignidad del hombre, por lo que violenta los Derechos Humanos del individuo.

Esta relación parece evidente, sin embargo, en su comprobación presenta algunos problemas, porque la evaluación de una lesión física, consecuentemente víctima agredida, y, en segundo lugar, de un testificador o verificador de los hechos, que en este caso habrá de ser un profesional de la salud, quién certifique la evidencia física de una lesión. Es evidente que la presencia de un médico que certifique la existencia de una lesión dependerá, en la mayoría de los casos, del rango de libertad con el que éste pueda manejarse.

Como se ha venido manejando, la propuesta concreta es vincular los Derechos Humanos con la Salud, al grado de considerar cualquier violación a tales derechos como un atentado directo contra la salud e integridad de las personas. Ahora bien, esta vinculación, en términos positivos, puede describirse con el hecho de que cualquier mecanismo que garantice el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos asegura de igual manera el bienestar y su salud humana. En efecto, concebir la salud humana como un estado de bienestar, no sólo en sentido físico sino también en los diferentes aspectos de la persona, tales como el emocional, social, económico y cultural, etcétera, nos conduce necesariamente a considerar que, con objeto de obtener mayor eficacia para su protección, es menester instrumentar y aplicar mecanismos prácticos suficientes para cubrir tal aspecto de amplitud.

En esta forma, al tener una referencia directa con la salud, podría brindarse más atención e importancia a la salvaguarda de los Derechos Humanos. En la medida que se acepte esta extensión en el concepto de salud, se reconocerá como factor determinante la necesidad de garantizar el respeto a los Derechos Humanos como única vía para lograr el bienestar del ser humano.

El tercer nivel, viene de la mutua interacción, puesto que al promover el respeto a los Derechos Humanos, se promueve la protección a la Salud. Los Derechos Humanos ofrecen un marco de valores sociales universales que implican los factores determinantes de la Salud. Esta situación reconoce que los Derechos Humanos y la Salud son complementarios en la definición del bienestar del ser humano. Este punto es el más importante, porque, al abordar un problema de salud desde el punto de vista de los Derechos Humanos, le concede una dimensión de mayor alcance, gracias a su poderosa estructura de fundamentación filosófica y jurídica.

A manera de conclusión, podemos afirmar que la protección al derecho humano de la salud representa una necesidad cotidiana mundial, puesto que en buena medida, el movimiento de los Derechos Humanos es fundamentalmente una lucha porque aquellos con mayor necesidad sean atendidos.

2.7. Comisión Nacional de Arbitraje Médico⁴⁷

Nos parece oportuno hacer algunos comentarios en torno a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que en nuestra opinión tiene su origen en la CNDH, más concretamente, al importante número de quejas que recibiera por parte de la ciudadanía en relación a la mala prestación u omisión de un servicio de atención a la Salud. Una vez que fueron resueltos los casos que representaban el mayor volumen de quejas de dicho organismo, relativas a rezagos en el ámbito de la jurisdicción

⁴⁷ Para ampliar la información sobre la Comisión, puede acudir a la página Web: www.conamed.gob.mx/, fecha de consulta: 25 de septiembre de 2007.

penal, las quejas en el ámbito de salud fueron ocupando mayor importancia, por su volumen y su naturaleza.

A medida que mejora y evoluciona la Institución protectora de los Derechos Humanos surge un mayor número de quejas por los malos servicios o servicios negligentes del sector salud, sin embargo, en muchos de estos casos se trataba de una cuestión de responsabilidad profesional. Esta situación propiciaba una cuestión de desigualdad, debido a que, un médico que trabajara en el sector salud de la administración pública, podía ser sometido a una responsabilidad extra por su negligencia médica, es decir, una responsabilidad por violación a un derecho humano. Esta circunstancia no era aplicada a los médicos que laboraban para el sector médico privado, lo cual implicaba una desigualdad.

El estado quiso resolver esta situación con la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, y entonces la negligencia médica dejó de ser una violación de los Derechos Humanos de los ciudadanos y se convirtió en una simple responsabilidad profesional médica. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico funciona a través de dos instancias: la amigable composición y el arbitraje, cuyo resultado es una resolución específica, de los casos de negligencia médica. Esta comisión tendrá que irse legitimando ante la sociedad como hasta ahora lo ha hecho, a través de su actuación ejemplar y efectiva, realizando las acciones oportunas y necesarias para la pronta denuncia de los casos que se detecten de negligencia médica.

2.8. Problemáticas para garantizar el Derecho a la Salud como Derecho Humano

El Derecho a la Salud, como hemos visto, se considera un derecho humano básico. Si bien es cierto que es imposible garantizar una salud perfecta a los seres humanos, resulta más correcto hablar del Derecho a la Atención de la Salud, misma que comprende una amplia gama de servicios: protección ambiental, prevención y

promoción a la salud, tratamiento y rehabilitación. Por lo tanto, la protección a la salud no se limita a la aplicación de tratamientos médicos, ni es una combinación de tratamientos y promoción de salud.

En este orden de ideas, las actividades relacionadas con la salud en los campos de saneamiento, ingeniería ambiental, vivienda, urbanización, agricultura, educación y bienestar social la afectan directamente y, con mayor frecuencia, se les considera una responsabilidad de la sociedad compartida con el Estado⁴⁸.

Es importante señalar el papel que juega el Comité celebrado y constituido en el mes de diciembre del año 1993, celebrado por las Naciones Unidas⁴⁹, dentro de las funciones de monitoreo, este Comité convocó a ciertos especialistas y organizaciones a presentar los puntos de vista en torno a las obligaciones establecidas en el artículo 12 del mencionado convenio. Las consideraciones presentadas sobre la determinación del contenido del derecho a la salud, giraron en torno a establecer que las prescripciones del artículo 12 son una serie de pasos que los Estados partes deben seguir para alcanzar el derecho a la salud. Además de los principios fundamentales conferidos en los Derechos Humanos: la dignidad de la no discriminación, los especialistas mostraron preocupación por la salud de poblaciones con mayor vulnerabilidad. Así como todos aquellos derechos sociales y económicos mencionados en el Convenio, los Estados deben implementar el derecho a la salud como una obligación progresiva. Un Estado no está obligado a implementar completamente este derecho sino sólo adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

⁴⁸ ROEMER, Ruth; *El derecho a la atención a la salud*, en *Organización Panamericana de la Salud, El derecho a la salud en las Americas*, publicación científica, no. 509, 1989, p. 16.

⁴⁹ Documento disponible en línea en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs16_sp.htm, fecha de consulta: 27 de Enero de 2007.

Ahora bien, los pasos que deben seguir los Estados parte para lograr progresivamente el derecho a la salud, están establecidos en el artículo 12⁵⁰, que establece:

“Los Estados Parte en el presente Convenio reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte en el pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

“La reducción de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; El mejoramiento de todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; La prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad”.

Si bien es cierto, que estas medidas representan la base para conocer el contenido de las obligaciones estatales en tomo al derecho a la salud, su generalidad hace ciertamente difícil determinar las obligaciones específicas. En este sentido, los especialistas de aquella reunión mencionaron como era necesario recurrir a las sugerencias y propuestas de la Organización Mundial de la Salud para determinar las formas de reducción de mortalidad infantil o mejorar el medio ambiente y la higiene industrial para prevenir enfermedades y pandemias, así como, crear ciertas condiciones que aseguren la atención médica.

⁵⁰ Ibidem.

En la reunión de éste comité, se abordaron por primera vez los temas de:

Discriminación y salud de las mujeres

El problema de la discriminación en contra de las mujeres es una realidad mundial, que se presenta más relacionado con las convicciones culturales de una sociedad la cual determina el lugar, el papel y perfil que ésta debe ocupar dentro de la misma. Las condiciones sociales y económicas determinan las condiciones de vida de la mujer en el mundo. Además, en algunos países, la estructura jurídica local predetermina una situación desigual para la mujer en su interacción social⁵¹.

Ahora bien, últimamente el movimiento internacional de los Derechos Humanos se ha concentrado en la situación especial de la salud de las mujeres. En el clásico trabajo de Rebeca J. Cook⁵² sobre los derechos de las mujeres realiza un estudio sobre el impacto de la discriminación que viven las mujeres en la atención a sus problemas de salud.

Tanto el Convenio de los Derechos Económicos y Sociales y la Convención sobre la eliminación de formas de discriminación en contra de las mujeres de 1995 enmarcan la obligación de prevenir la discriminación en contra de las mujeres. Al analizar las obligaciones por parte del Estado, en relación a la condición de la mujer, al parecer una situación ideal implicaría tanto la realización de obligaciones tanto positivas como negativas por parte del Estado. En este sentido, Cook argumenta por ejemplo, que el Estado no debe obstaculizar el acceso de las mujeres a diversas fuentes de información en relación al virus del VIH, al mismo tiempo de que debe proporcionar y establecer programas de educación pública que la informen⁵³.

⁵¹ STEINER, Henry y ALSTON, Philip; *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 884-902.

⁵² COOK J. Rebeca; *gender, health and human rights*, en *Health and Human Rights*, *op. cit.*, *supra*, vol. 1, núm. 4, pp. 351-366.

⁵³ *Idem.*

Por otro lado, las mujeres están expuestas a más riesgos de salud y agresión física, tales como: la violencia doméstica, la mutilación genital, los problemas reproductivos, por la falta de educación en la planeación familiar y los riesgos del trabajo domésticos⁵⁴. En efecto, la situación de vulnerabilidad de las mujeres hace que los Derechos de libertad, de educación, de seguridad física pública y privada estén íntimamente relacionados con los Derechos de salud y atención a la salud.

La vulnerable situación de la mujer fue expuesta en la Conferencia Mundial sobre Derechos de la Mujer celebrada en Beijing en 1995, que dio lugar a una Declaración sobre Derechos de la mujer y una plataforma de acción emprendida desde el año 2000, concentrada en los siguientes puntos: a. la mujer y la pobreza; b. La mujer y la educación; c. La salud y la mujer; d. La violencia; e. Los conflictos armados; f. La participación económica; g. La toma de decisiones y acceso al poder; g. Mecanismos institucionales de adelanto de la mujer; h. Derechos Humanos; i. Los medios de comunicación y la mujer; j. el medio ambiente y la mujer; k. La mujer menor de edad.

La bandera fundamental de la reunión de Beijing fue “*los Derechos de la mujer son Derechos Humanos*”, argumentando tautológicamente el olvido y diferente situación para las mujeres en el mundo. En esta misma reunión se emitió la Declaración sobre los Derechos Humanos de las Mujeres Indígenas, que marcaba, incluso más, las diferencias de vulnerabilidad de los indígenas y de sus mujeres. Por otro lado, relacionado con el movimiento de los derechos reproductivos de la mujer, los activistas y teóricos de la materia se han concentrado más en comprender lo que éstos significan dentro de las diversas culturas y sistemas políticos, para encontrar una estructura social y cultural que les permita promoverlos⁵⁵.

⁵⁴ *Íbidem*.

⁵⁵ FREEDMAN, P. Lynn; *Reflections on emerging frameworks of health and human rights*, en *Health and Human Rights*, *op. cit. supra*, vol. 1, núm. 4, p. 324. De alguna forma la lucha sobre los Derechos reproductivos va más allá del ámbito de la salud, ya que son considerados como un instrumento o bandera hacia otros problemas políticos dentro de la sociedad. En muchas sociedades la sexualidad de la mujer y su capacidad reproductiva es considerada como un honor familiar, objeto de protección y vigilancia.

Después de analizar las ideas básicas en torno al contenido, fundamentación y especificidad de los Derechos Humanos, podemos afirmar que la teoría de los Derechos Humanos es el producto vivo de una tradición filosófica, no es una teorización del pasado, por lo tanto se encuentra en revisión continúa. Cada generación habrá de apropiarse del concepto de los Derechos Humanos adaptándola a las condiciones de su propio tiempo; el progreso en este orden de ideas será la consolidación de la idea de un marco moral en las sociedades humanas.

Al revisar en el capítulo anterior el desarrollo histórico de la doctrina de los Derechos Humanos, parece razonable sugerir que los derechos evolucionan a partir de la idea de los derechos manifiestos a la protección social en contra de las amenazas hacia los intereses humanos básicos. Es así como los Derechos Humanos que ahora conocemos han surgido de la necesidad de proteger los valores Humanos.

La concepción filosófica de los Derechos Humanos ha emergido también de un intento por enmarcar las políticas y normas que de alguna forma amenazan la condición humana. Así, vemos cómo los derechos que surgen durante la época de la ilustración son respuestas y reacciones ante la experiencia de la tiranía y de la persecución religiosa que se vivía en Europa durante esa época. Por su parte, los derechos económicos son respuesta a las amenazas contra la convivencia causadas por las diferencias económicas que acontecieron durante la Revolución Industrial. Los derechos culturales del presente siglo tienen como finalidad reparar los efectos diferenciados del colonialismo. Y derechos como el no ser sujeto a genocidio, evidentemente han surgido como respuestas a las atrocidades del holocausto.

El propósito fundamental de los Derechos Humanos es evitar, lo más posible, el sufrimiento y miseria, la tiranía políticas, económicas de la sociedad humana; bajo esta óptica, la idea de los Derechos Humanos debe ser entendida como una descripción política ideal, en el plano de la construcción de sociedades justas y pacíficas, por lo tanto, contribuirán a construir un mundo estable y digno para la raza humana.

Como ideales morales, los Derechos Humanos son, en cierto sentido, ficciones, porque las condiciones sociales que pretenden describir en la mayoría de los casos no existen. Pero no son simples ficciones, sino ficciones morales y éstas son necesarias en la Ética para establecer la aproximación más próxima a la verdad moral. Los Derechos Humanos, como otras ficciones teóricas, tratan de explicar y predecir la conducta; las Teorías Éticas y Políticas tratan de proporcionar un plan para la organización y regulación de la vida humana en sociedad.

De la revisión que se hace a las Teorías Éticas y Políticas como los Derechos Humanos, podemos concluir que si bien es cierto que la existencia de las teorías no garantiza necesariamente la validez universal de los mismos y tampoco implica que el movimiento de los Derechos Humanos esté consolidado; el esquema, el mapa de los Derechos Humanos se encuentra en constante revisión y reajuste, los valores fundamentales deben ser equilibrados, puesto que, como las condiciones de la sociedad humana cambian, así cambiarán las amenazas a los mismos.

Los riesgos y amenazas a los logros y avances morales de la civilización humana, se ven gravemente amenazados al finalizar el presente siglo y no obstante la respuesta a ¿Cómo deben los Derechos Humanos responder a estos nuevos retos? Será la labor de filósofos, politólogos, sociólogos, juristas, economistas de la sociedad entera. Sin embargo, este problema no debe detener los esfuerzos para implementar mecanismos que logren el disfrute de los Derechos Humanos con una visión universal, a través de la propuesta que se realiza al inicio de este capítulo, la cual consiste en considerar a los Derechos Humanos y la Salud como conceptos inseparables que deben ser garantizados para su eficaz cumplimiento y respeto recíproco. Existen propuestas interesantes al respecto por filósofos del derecho, en este sentido el autor Napoleón Conde hace una propuesta sobre una hermenéutica analógica que nos permitiría estudiar estos dos conceptos de una manera inseparable⁵⁶.

⁵⁶ Véase, CONDE GAXIOLA, Napoleón, *tesis de grado de doctor intitulada: Hacia una Hermenéutica Analógica en la Filosofía del Derecho*, México, 2006.

CAPÍTULO III

EL GENOMA HUMANO EN EL CONTEXTO BIOÉTICO

3.1. Surgimiento y Desarrollo de la Bioética

La combinación de estos dos conceptos, los Derechos Humanos y la Salud, nos hacen reflexionar necesariamente en lo que contemporáneamente conocemos como *Bioética*, es decir, el análisis de las conductas y decisiones dentro del ámbito de la Ciencia Médica. Si bien es cierto, que la *Bioética* ha tenido un desarrollo reciente, si pensamos que hace apenas veinticinco años, este término no se conocía, hasta 1971, que Van Rensselaer Potter, publica su libro *Bioethics: Bridge to the Future*¹, donde el autor proponía este término para enfatizar dos de los ingredientes de mayor importancia que la nueva sabiduría requería, el conocimiento biológico de los valores humanos. A pesar de que la previa concepción de Potter evolucionó a lo que actualmente se conoce como Ética del medio ambiente o Ética ecológica, la palabra *Bioética*, se identificó rápidamente con los esfuerzos académicos y profesionales al abordar los cuestionamientos éticos planteados por el desarrollo de la ciencia biológica y su aplicación a la práctica médica.

Por casi más de dos mil años, los aspectos éticos de la práctica médica han sido sometidos a refinado escrutinio por el sector médico, el ámbito filosófico, los religiosos y las autoridades. En cierta forma, la *Bioética* moderna es la última fase del desarrollo de las reflexiones éticas en el ámbito médico. Sin embargo, así como el ejercicio de la Medicina se ha modificado drásticamente debido a los recientes desarrollos en la investigación científica y tecnológica, así como por importantes cambios dentro de la sociedad y la economía, la Ética ha visto expandido su horizonte y ámbito de acción, ya que actualmente es llamada a analizar problemas en diversos ámbitos anteriormente inimaginables.

¹ POTTER, V.R.; *Bridge to the Future*, ed. Prentice-Hall Pub, Englewood Cliffs, New Jersey, 1971.

La *Bioética* actual es, entonces, una combinación de lo viejo y lo nuevo, mucha de la literatura reciente, tiende a enfatizar en lo más reciente y olvidar lo esencial de la misma. Sin embargo, según algunos autores², este procedimiento es un error, pues aquellos que ignoran la historia se privan de la sabiduría de las generaciones pasadas, además, parecen no poder apreciar las raíces culturales y actitudes sobre la salud, la enfermedad, el sufrimiento y la muerte. Este procedimiento induce a una discusión *Bioética* sobre temas específicos. Por lo tanto, este apartado dedica buena parte al análisis histórico el surgimiento de la *Ética* en la Medicina.

Entre los temas más intensos y controvertidos por los cuestionamientos éticos, religiosos y jurídicos, que son la materia específica de la *Bioética*, están la esterilización, la anticoncepción, el aborto, la reproducción asistida por tecnologías en estacionamientos, que además están influidos en cierta medida por las convicciones morales, sociales y religiosas de la sociedad³.

Es nuestro interés analizar el desarrollo y evolución de la *Bioética* en sus diversas ramas de aplicación, para posteriormente proceder al análisis de las teorías éticas que han tenido mayor desarrollo dentro del ámbito de la Medicina.

3.1.1. Las raíces de la Bioética: la Ética Médica

A pesar de las implicaciones éticas en el área de la Medicina tienen sus antecedentes en la historia de la humanidad, la consolidación de esta disciplina es muy reciente, ciertamente la *Bioética* ha existido como un específico campo del conocimiento desde hace apenas tres décadas. Sin embargo, y a pesar de la novedad del término, las raíces de la *Bioética*, se encuentran en la historia de la

² ENGELHARDT, Tristram; *Bioethics reconsidered: Theory and Method in a Post-Christian, Post-Modern Age* en *Kennedy Institute of Ethics Journal*, ed. Georgetown University, vol. 6, no. 4, Washington, D.C., 1996, pp. 336-341.

³ WARREN, Thomas Reich; *Revisiting the Launching of the Kennedy Institute: Re-visioning the Origins of bioethics*, en *Kennedy Institute of Ethics Journal*, op. cit., supra, pp. 323-327.

humanidad. Por más de dos mil años, los aspectos éticos de la práctica médica han estado sujetos al escrutinio de los médicos, filósofos, religiosos y sus autoridades. De hecho, en gran medida, la *Bioética* moderna se encuentra en una reciente fase de desarrollo y reflexión. Sin embargo, así como la práctica de la Medicina ha sido drásticamente trasformada por los avances e investigaciones científicas, la tecnología y por importantes cambios en la sociedad y la economía, la Ética ha expandido sus horizontes para tratar todo tipo de problemas antes inimaginados.

En estos años los trabajos y reflexiones en torno a la temática se han visto incrementados. Incluso algunos especialistas afirman que la *Bioética* ha logrado salvar a la Filosofía Ética de su oscurantismo y abstracción al confrontarla con problemas contemporáneos de gran relevancia⁴.

Por otro lado, uno de los especialistas más reconocidos, Englehardt, ha escrito que la *Bioética* es precisamente el punto central que ha revitalizado y reconstruido a la Filosofía contemporánea⁵. Si observamos cómo se han enmarcado y resuelto los diversos dilemas bioéticos y el enorme número de problemas de la medicina actual, podemos analizar cómo se han realimentado y revivido todas aquellas disciplinas relacionadas tanto con la Filosofía como con la Salud. En esta Lógica, podemos afirmar que la Medicina ha hecho más por la Filosofía que ésta por aquélla. Así es, los avances científicos han proporcionado a la Filosofía un terreno de paradigmas Humanos complejos, que están siendo analizados bajo la óptica y metodología Filosófica y Ética tanto clásicas como contemporáneas⁶.

Toda cultura ha tenido que enfrentar los problemas éticos relacionados con la práctica médica, el desarrollo histórico de lo que ahora concebimos como la *Bioética* actual, se ha visto influido por tres tipos de análisis éticos, que analizaremos junto

⁴ TOUMLIN, S.; *How medicine saved the life o ethics. Perspectives in Biology and medicine*, pp. 736-750, citado por GRODIN, Michael; *a Meta Medical Ethics: the philosophical foundations of bioethics*, ed. Kluwer, Netherlands, p.25.

⁵ ENGELHARD, Tristram; *op. cit., supra*, pp. 337-340.

⁶ GRODIN, Michael; *a Meta Medical Ethics, op. cit., supra*, p. 45.

con el desarrollo histórico de la misma. La *Bioética* se ha visto entonces influida por: la Ética Médica, la Ética Religiosa y la Ética Filosófica, analicemos como:

La Ética Médica puede ser definida como el estudio de la moralidad médica, su comportamiento, sus decisiones y sus relaciones, tanto con sus pacientes, sus colegas, las instituciones de Salud Pública y con la sociedad en general⁷.

El personaje más conocido dentro de la historia de la Ética Médica occidental es, sin duda, Hipócrates, médico griego que vivió cuatro siglos antes de cristo; poco se sabe de su vida, pero a partir de esa época es conocido por un sin número de escritos sobre Medicina y la práctica Médica y por su famoso Juramento Hipocrático. Posteriormente este juramento ha sido identificado como el origen de la Ética Médica occidental. El juramento consistía en cuatro partes:

- a. *Un preámbulo*, donde se incluía el juramento;
- b. *Un convenio* en donde mencionaba las obligaciones de los estudiantes de Medicina hacia sus maestros, así como, sus deberes en relación con la transmisión del conocimiento a otros;
- c. *Un código ético*, donde incluía ciertas prohibiciones en relación con la administración de veneno, la práctica de abortos, el tener relaciones sexuales con los pacientes y la revelación de la información sobre un paciente;
- d. *Una oración* para suplicar que se proteja a aquellos que han hecho el juramento⁸.

Para poder tener una visión más acercada del documento que constituye el texto original del Juramento Hipocrático⁹, además de un análisis individual, nos parece prudente reproducirlo:

⁷ ROY, David; *Bioethics in Canada*, edt. Prentice Hall Canadá, Ontario, Canadá, 1994, p. 5.

⁸ CARRICK, P.; *Medical ethics in antiquity philosophical perspectives on abortion and euthanasia*, Edt. Dorrecht, Boston, Lancaste, 1985, pp. 60-70.

⁹ Tomado del sitio web: www.bibliomanie.it/juramento_hipocratico_arondo.htm, fecha de consulta: noviembre de 2007.

“Juro por los Médicos y Esculapio y por Hygeia y Panacea y por todos los dioses y diosas, poniéndolos de jueces, que éste mi juramento será cumplido hasta donde tenga poder y discernimiento.

A aquel quien me enseñó este arte, le estimaré lo mismo que a mis padres; él participará de mi mandamiento y si lo desea participará de mis bienes.

Consideraré su descendencia como mis hermanos, enseñándoles este arte sin cobrarles nada, si ellos desean aprenderlo.

Instruiré por precepto, por discurso y en todas las otras formas, a mis hijos, a los hijos del que me enseñó a mí y a los discípulos unidos por juramento y estipulación, de acuerdo con la ley Médica, y no a otras personas.

Llevaré adelante ese régimen, el cual de acuerdo con mi poder y discernimiento será en beneficio de los enfermos y les apartará del perjuicio y el terror. A nadie daré una droga mortal aún cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este fin. De la misma manera, no administraré a la mujer supositorios para provocarle aborto; mantendré puras mi vida y mi arte.

No operaré a nadie por cálculos, dejando el camino a los que trabajan en esa práctica. A cualesquier casa que entre, iré por el beneficio de los enfermos, absteniéndome de todo error voluntario y corrupción, y de lascivia con las mujeres u hombres libres o esclavos.

Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deba ser público, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas.

Ahora, si cumplo este juramento y no lo quebranto, que los frutos de la vida y el arte sean míos, que sea siempre honrado por todos los hombres y que lo contrario me ocurra si lo quebranto y soy perjuro”.

Entonces, el Juramento de Hipócrates es referencia específica en contra del aborto y la eutanasia, además de disposiciones concretas en relación con la conducta sexual y sobre la confidencialidad entre el paciente y el médico. Por otro lado, el mencionado documento refleja el monopolio masculino del ejercicio de la Medicina antigua, donde la Medicina sólo podía ser enseñada de padre a hijo o de maestro al alumno, exclusivamente entre los hombres.

A pesar de la aparente informalidad en el ejercicio de la Medicina en la época antigua, el papel del médico fue adquiriendo cierta uniformidad, en la medida en que la Medicina se convertía en una profesión. Este movimiento inició con la era cristiana. En un primer momento fueron estimulados por las enseñanzas de Hipócrates y los filósofos estoicos; siglos más tarde el cristianismo influyó drásticamente. Durante la Edad Media, entre los años 500 y 1500, las ideas de Hipócrates se combinaron con los principios del cristianismo; esta mezcla fue la base de la Ética para los médicos y consistía en ciertas virtudes y normas que debían desarrollar en interacción con sus pacientes. En un intento por universalizar los principios éticos aportados por Hipócrates, ocurrió un cambio significativo de las tradiciones filosóficas de la Medicina griega, debido a que en ésta época, los médicos fueron considerados como hombres de religión, como hombres de sabiduría. Durante esta época, escritores jurados como Moises Mainomides del siglo XII, además de Santo Tomás de Aquino, e incluso filósofos musulmanes, consideraban al ejercicio y a la práctica de la Medicina un estado ideal de sabiduría¹⁰.

¹⁰ Idem.

Durante éste período, el objetivo de la Medicina fue atender al enfermo bajo los principios de Dios y en este contexto el juramento de Hipócrates fue asimilado a una religión monoteísta; por lo tanto, la Ética Médica de la época se estructuró, en parte, por la combinación de la Filosofía Religiosa y por la proliferación del ejercicio de la práctica Médica, lo que con el tiempo le proporcionó universalidad.

El sello religioso de la Ética Médica perduró hasta el siglo XVI, cuando se fractura el cristianismo y surgen las denominaciones católicas y protestante. A estas alturas, la profesión Médica y se había organizado en gremios y otras asociaciones, las que recibieron ciertos privilegios concedidos por la autoridad civil o por la eclesiástica, siempre que mantuvieran en alto sus estándares y prácticas éticas. Por ejemplo, en Inglaterra el gremio de médicos y barberos-cirujanos con el tiempo dio lugar al Real Colegio de Médicos (1518), en Estados Unidos a la Compañía de Barberos y Cirujanos (1540) y el Real Colegio de Cirujanos (1800). Instituciones similares surgieron en Escocia e Irlanda¹¹. Con el tiempo los propios médicos no permitieron que la Iglesia, los teólogos y filósofos, determinara sus estándares, puesto que, fueron ellos quienes tomaron cargo de la Ética Médica.

Durante el siglo XIX, Henri Dunant creó la Cruz Roja. Entonces surge una nueva y trascendente organización de atención a la salud y con ésta, una nueva profesión: la enfermería. El establecimiento de la primera escuela de enfermería en el Hospital de Santo Tomás de Londres, Inglaterra, por Florence Nightingale fue trascendental. El formato de capacitación profesional para las enfermeras fue seguido por otros países y, en 1899, se creó el Consejo Internacional de Enfermería, y a pesar de que en su preparación se recibían cursos sobre Ética, fue hasta 1953 en que adoptaron un Código de la Ética en la enfermera¹².

¹¹ ROY, David; *Bioethics in Canada, op. cit., supra*, p. 32.

¹² GRODIN, Michael; *a Meta Medical Ethics, op. cit., supra*, p. 11.

3.1.2. La Ética en la Medicina

Como sabemos, en las últimas décadas se ha desarrollado la llamada revolución tecnocientífica¹³, se ha llegado a afirmar que el 90 % de los hombres de ciencia que han existido en la historia de la humanidad son nuestros contemporáneos. Nuestro tiempo es el tiempo del desarrollo y avance de la ciencia, además de la aplicación de las técnicas a diversos ámbitos de la sociedad contemporánea.

En este orden de ideas, nosotros nos identificamos con los teóricos tecnocentristas, en virtud de que afirman que la tecnología es el eje motor del progreso humano¹⁴. Estos autores también atribuyen al grado de tecnificación de las sociedades el desarrollo de las mismas. Esta misma corriente ha denominado a la época actual como la era tecnológica, y a la sociedad que ha creado ésta, como la sociedad de la información¹⁵.

Estos desarrollos científicos con frecuencia han sido denominados *nuevas tecnologías*, concepto esencialmente equivocado, ya que, en términos generales y en la mayoría de los casos los adelantos han consistido en desarrollos de la misma técnica a diversos ámbitos. En todo caso, lo nuevo, radica en lo diverso de sus impactos¹⁶.

¹³ En términos generales consideramos a la técnica como el conjunto de procedimientos y recursos necesarios para la producción de bienes y servicios en los que se apoya una ciencia; la tecnología es el conjunto de conocimientos recopilados y producidos gracias a la técnica, y por último ciencia es el conjunto de procedimientos y métodos que llevan al conocimiento comprobado, y que puede apoyarse en diversas técnicas, Cfr. GOMEZ-MONT, Carmen; *El desafío de los nuevos medios de comunicación en México*, Edt. AMIC, Diana, México, 1992; CAZADERO, Manuel; *Las revoluciones industriales*, Textos del Fondo de la Cultura Económica, México, 1995; DE SOLA POOL, Ithiel; *Tecnología sin Fronteras*, edt. fondo de cultura económica, México, 1993.

¹⁴ CAZADERO, Manuel; *Las revoluciones industriales*, edt. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 9.

¹⁵ Esta corriente plantea que la historia del mundo puede esquematizarse utilizando como los hitos más importantes de la evolución humana: el invento de la agricultura con el cultivo organizado, la revolución industrial y finalmente el invento de la computadora.

¹⁶ Podemos mencionar desde los mal denominados hijos de probeta y todas las tecnologías de reproducción asistida, hasta los procesos de clonación animal, con el ejemplo de la oveja irlandesa *Dolly*.

3.1.3. Desarrollo de la Ética Médica

Al comenzar el siglo XX, los descubrimientos en bacteriología, en patología, en fisiología y la creación de instrumentos como el estetoscopio, el microscopio, los rayos X, dieron lugar a profundas nuevas reflexiones Éticas en torno a la Medicina. También, a principios de ese siglo, se formaliza la educación en la Medicina, tanto en Europa como en Estados Unidos y Canadá, estableciéndose las primeras especialidades Médicas¹⁷.

Durante los primeros años del siglo pasado, la Ética Médica estuvo enfocada en los principios de la práctica Médica bajo la Filosofía de Hipócrates, como lo mencionamos en líneas anteriores; se consideraba un campo de reflexión y desarrollo exclusivo de los profesionales de la Medicina. Pero ya hemos visto cómo la Ética Médica actual surge de las reflexiones teológicas; efectivamente, en los años cuarenta, aparecen las primeras consideraciones sobre el ejercicio de la práctica médica escrita por no médicos; encontramos los escritos de los teólogos católicos Charles McFadden y Edwin Healey, que empezaron a tratar sobre la Ética Médica, principalmente en revistas de carácter religioso, reflexionando sobre temas como aborto o el embarazo inducido por el uso de las nuevas tecnologías¹⁸.

En nuestra opinión las nuevas tecnologías son aquellos instrumentos desarrollados desde principios de siglo, en el ámbito industrial y científico cuya presencia han modificado las relaciones de conocimiento del hombre con su entorno, manifestándose en la comunicación de los eventos que el mismo hombre genera y atestigua.

Las nuevas tecnologías, han tenido primordialmente dos ámbitos de aplicación básica:

¹⁷ STANLEY, Joel Reiser; *La Medicina y el imperio de la tecnología*, ed. FCE, México, 1990, p. 167.

¹⁸ GRODIN, Michael; *a Meta Medical Ethics*, op. cit., supra, pp. 40-65.

a. El ámbito de las telecomunicaciones, que abarca desde la imprenta hasta las carreteras de la comunicación;

b. El ámbito de la salud (-biología animal y humana-) que abarca desde la célula hasta la Ingeniería Genética.

El uso, aplicación, desarrollo y acceso de estas tecnologías han venido a cuestionar las motivaciones y limitaciones de la conducta del hombre en la sociedad, ¿debemos utilizar los avances tecnológicos?, ¿debería existir algún límite en cuanto a su uso?, ¿quién puede determinar este límite?

En los albores del siglo XXI ciertos sectores de la sociedad parecen preguntarse sobre el papel del hombre y sus relaciones con la ciencia, ya que los diversos avances y descubrimientos han venido a producir y a modificar las relaciones en distintas áreas en la sociedad.

El presente trabajo es un esfuerzo por analizar con mayor detenimiento algunos de los descubrimientos y aplicaciones técnicas que han inducido cambios en las diversas ciencias que estudian la biología humana y animal. Estos cambios están muy relacionados con el ejercicio de la práctica médica o bien con el desarrollo de la investigación Biomédica.

Estas transformaciones han venido a confrontar muchas de las concepciones preestablecidas en torno a las obligaciones profesionales, éticas y sociales, tanto del personal en el ámbito de la salud, como en la sociedad misma. Precisamente, la resolución de estas confrontaciones, de estos cambios, es la función de la Ética Médica, cuyo objetivo principal es establecer un análisis racional de los hechos, clarificando y resolviendo los conflictos existentes¹⁹. Pero ¿qué implica hablar de Ética en las actividades de la atención a la salud? ¿De dónde surge la Ética

¹⁹ MAPPES, Thomas y DEGRAZIA, David; *Biomedical Ethics*, 4a. ed., Edt. McGraw Hill, EUA, 1996, p. 32.

biomédica? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Cuál es su función?, ¿qué implica la Ética y la conducta humana?

Sabemos que la Ética es una parte de la Filosofía, que podemos definir en términos muy generales como “el estudio de los principios que gobiernan las conductas, los pensamientos y la naturaleza del universo”²⁰. Precisamente, la rama de la Filosofía que estudia las conductas humanas, es la Ética, que entendida como una disciplina filosófica, puede ser definida como “el estudio filosófico de la moralidad”, en otras palabras, la “Ética es una forma genérica de entender y examinar la vida moral”.

Sin embargo, también hemos visto que la aplicación de la Ética es variada, es múltiple y es diferente una de la otra, por lo que no podemos hablar de una Ética Médica única y absoluta. Precisamente, estas diversas aplicaciones han sido el origen de enormes confusiones en la actualidad, tanto en foros académicos como en diversos discursos públicos, ya que con frecuencia, tiende a confundirse. En cualquier caso, lo más importante a destacar es que la noción del ejercicio de la Medicina, para nuestras reflexiones debe ser considerada como un concepto incluyente, es decir, haciendo referencia no sólo a las actividades profesionales de los médicos, sino también a las actividades de otros profesionales involucrados en la atención e investigación sobre de la salud humana, desde las enfermeras, los investigadores, los laboratoristas hasta instituciones gubernamentales, cuando este sea el responsable de otorgar la prestación del servicio médico.

3.2. Bioética Contemporánea

Para Grodin, el primer documento estadounidense escrito con una visión moderna sobre la Ética Médica, es decir, que toma en consideración la perspectiva de los Derechos de los pacientes y no exclusivamente los intereses de los médicos,

²⁰ Idem.

fue realizado por teólogo protestante llamado Fletcher, quien en 1954 publicó *Morals and Medicine*, en esta obra, el autor analiza la Ética de la eutanasia y la reproducción, no solo desde la perspectiva del médico o del dogma católico, sino desde la visión moral del paciente, haciendo énfasis en el derecho de decisión del paciente. Fletcher también escribió sobre el uso de los anticonceptivos y la esterilización, evaluándolos como una alternativa real, sin calificarlos como actos contrarios a la naturaleza. Todas las reflexiones de Fletcher fueron trascendentes, ya que, hasta los años 50, las opiniones sobre la Ética del ejercicio de la práctica médica eran consideradas monopolio de los profesionales de la Medicina, el autor argumentó que estas reflexiones no eran exclusivamente de naturaleza técnica sino normativa, como también lo eran la práctica médica ejercida con los derechos de los pacientes²¹.

Con el correr de los años, el ejercicio de la práctica médica se transformó y se despersonalizó, primero la atención se daba en la casa del paciente, de ahí, se trasladó al consultorio, posteriormente al hospital y posteriormente a las clínicas. Es importante mencionar que, en relación al cambio del ejercicio de la práctica médica, el uso de nuevas tecnologías también ha ejercido una influencia importante y muchos han llegado afirmar que ya se ha roto con su esencia fundamental, donde el paciente era tan sólo un usuario de la tecnología, donde la relación médico-paciente había tomado ya dimensiones diversas. Efectivamente, para los años sesenta un nuevo concepto, un nuevo campo del conocimiento había emergido: la Bioética.

3.2.1. Sobre la experimentación humana vista por la Ética

En sus inicios la Bioética se enfocó principalmente a los aspectos de la experimentación humana. Ciertamente los acontecimientos narrados en tomo a las investigaciones en seres humanos y con la revelación de las prácticas de la época sobre la investigación en la salud humana sin el consentimiento de los participantes,

²¹ ANNAS, George; *The rights of patients*, ed. Humana Press, 3a. edición, Boston, 2004, p. 141.

además, del resurgimiento del Código de Nuremberg y los juicios a los médicos Nazi de 1947, crearon un marco que reafirmaba la importancia de la Ética Médica. Uno de los primeros problemas con los que los investigadores se enfrentaron fue la utilización de seres humanos para la prueba de nuevos descubrimientos científicos, desde productos farmacéuticos hasta investigaciones específicas, debido a que estas experimentaciones trajeron resultados no muy agradables, ni deseables²².

En el año de 1966, un profesor de la Universidad de Harvard, Henry Beecher publicó en el *New England Journal of Medicine*, un artículo sobre la historia de la Ética Médica, citando ejemplos de médicos que habían realizado investigaciones en seres humanos, arriesgando la salud y la vida de sus pacientes. Como resultado, la comunidad científica se vio obligada a analizar las cuestiones Éticas presentes en la experimentación médica y a producir reglamentaciones que protegieran a los sujetos en cuestión. Entonces, el servicio de salud pública estadounidense, a través de sus Institutos Nacionales de Salud, implementaron con mayor formalidad y rigor diversos procedimientos de mayor protección a los seres humanos. A partir de ese momento, la protección de los sujetos participantes en una investigación científica ya no sería responsabilidad del investigador exclusivamente, estarían monitoreadas y reguladas por un organismo independiente²³.

Grodin, afirma que durante la década de los sesenta con el movimiento de defensa de los derechos civiles, los derechos de los consumidores y los derechos de las mujeres le dieron una voz y un poder diverso a la ciudadanía. Además, en esa misma década a raíz de la guerra de Vietnam, el movimiento de desconfianza hacia la autoridad y las instituciones públicas, y la reacción ante el paternalismo médico que surgió en ese periodo, produjeron importantes impactos en la atención de la salud pública²⁴. La Medicina fue muy criticada por su creciente especialización, por

²² ROY, David; *Bioethics in Canada, op. cit., supra*, p. 43.

²³ Véase, ROTHMAN, David; *Strangers at the bedside: A History of how law and Bioethics transformed medical decision making*, Basic Books, Washington D.C., 1991, pp. 110.

²⁴ GRODIN, Michael; *a Meta Medical Ethics, op. cit., supra*, p. 45.

su burocrática institucionalización, por sus riesgos despersonalización y su peligroso paternalismo²⁵.

A raíz de este movimiento, en 1978 se publica el Reporte de Belmont sobre los Principios Éticos y Guías conducta sobre la Protección de los Humanos sujetos a Investigación, donde se identifican tres principios básicos dentro de la investigación clínica: beneficio, autonomía y justicia. Este reporte empezó a ser utilizado como un paradigma válido para la Ética Médica general. A partir de este documento, se analizó con mayor detenimiento la situación de ciertos sectores vulnerables de la población susceptible de abuso, tales como, los prisioneros pobres, las minorías, los minusvalidos y los enfermos mentales, grupos utilizados comúnmente para la experimentación en seres Humanos²⁶.

3.2.2. Nuevo escenario para la Clínica Médica

En últimas épocas el desarrollo de la tecnología de transplantes de órganos generó más preguntas Éticas, ya que la remoción de un órgano de un individuo recientemente muerto, indujo a una nueva definición de muerte. En esa época la muerte ocurría con el cese total de la respiración y circulación de sangre, circunstancia que impedía la utilización de los órganos. El hecho de definir la muerte, que ha ocupado a médicos investigadores, eticistas y legisladores desde los años sesenta, es un ejemplo de cómo el desarrollo de la tecnología Médica ha producido cambios significativas en cómo vemos la vida, la muerte y la enfermedad²⁷.

Posteriormente, en la década de los setenta, todos estos acontecimientos dieron lugar a un importante y trascendente movimiento sobre los derechos de los pacientes que repudiaba la antigua actitud paternalista de la práctica de la Medicina.

²⁵ PELLEGRINO, E.D.; *The metamorphosis of medical ethics: A thirty year retrospective*, en *The journal of the American Association*, núm. 269-9, Chicago, Illinois, 1993, pp. 1158-1162.

²⁶ ROTHMAN, David; *Human Experimentation and the Origins of Bioethics in the United States*, en *Social Science Prerequisites on Medical Ethics*, editores Weisz, G., ed. Kluwer Academic Publishers, EUA, 1991, pp. 181-201.

²⁷ ROY, David; *Bioethics in Canada*, *op. cit.*, *supra*, p. 62-70.

Este movimiento fue inspirado tanto en el consentimiento informado, como en el principio de la autonomía. En este periodo, la Bioética exploraba problemas tales como la calidad de vida, además de la suspensión de la vida artificial para los ancianos y los recién nacidos. También se incrementaron las reflexiones sobre el uso de las tecnologías para la manipulación del ADN. En Estados Unidos, posteriormente, la toma de decisiones en la Clínica Médica y en instituciones fueron realizadas a través de Comités de Ética o Consejos de hospital, que analizaban sobre todo el acceso a los servicios de salud de los usuarios.

Fue en esta misma década, donde el uso del diagnóstico prenatal y de los exámenes genéticos, provocaron que las reflexiones éticas de la práctica médica no se fundamentaran en cuestiones exclusivamente teóricas y planteamientos intelectuales, sino en casos prácticos con implicaciones y dilemas éticos reales. Entonces, los mismos médicos regresaron a sus tradicionales preocupaciones sobre la Ética Médica, es decir, al clásico papel del médico y sus responsabilidades para con la vida de sus pacientes, para con la vida de los seres humanos.

Para dar respuesta a los múltiples cuestionamientos éticos que se dieron a partir del cambio en la Medicina y la sociedad, en las últimas cuatro décadas se han ido creando un número importante de organizaciones. Durante el periodo de los setenta en Estados Unidos surgieron diversos centros académicos de investigación enfocados al análisis de la Ética Médica. Destacan en el Estado de Nueva York el prestigiado *Hastings Center*²⁸, ó el *Kennedy Institute of Ethics* de la Universidad de Georgetown²⁹. Durante esa misma década surge un mayor interés académico, realizándose: cursos, sociedades, revistas especializadas, casos judiciales,

²⁸ Para mayor información sobre instituto de Bioética, acudir a su página en Internet, en: www.thehastingscenter.org, fecha de consulta: 15 de enero de 2007.

²⁹ El Kennedy Institute fue inaugurado en 1971 en su momento recibió el nombre de Instituto para el Estudio de la Reproducción Humana y la Bioética, posteriormente tomo el nombre de Instituto Kennedy de Ética, su labor ha sido de enormes contribuciones para el ámbito de la Bioética humana. Para ampliar información, acudir al sitio Web: <http://bioethics.georgetown.edu/>, fecha de consulta: 22 de enero de 2007.

legislaciones sobre el tema, así como, la creación de comisiones federales que trabajaron sobre la *Ética Médica*³⁰.

Para la década de 1980, las reflexiones sobre la relación de los pacientes y sus médicos se trasladaron hacia los aspectos económicos y la atención de la salud. Esto contribuyó a cuestionar sobre la justicia distributiva y el acceso de la atención a la salud y las reflexiones sobre el costo de los servicios y la calidad de los mismos han ido tomando importancia. En las últimas dos décadas de este siglo, las preocupaciones sobre la atención a la salud han tomado un giro y matiz internacional, ahora influidos por el Movimiento Verde, iniciado originalmente en Europa, donde parte de las reflexiones de la Bioética incluyen consideraciones sobre la deterioración del medio ambiente.

Para finales de la década de 1980 e inicios de la de 1990 las reflexiones sobre problemas filosóficos se concentraron en las universidades y en los centros de investigación especializados en estas áreas, mismos que empezaron por aplicar los principios éticos del siglo XX a los problemas de la *Ética Médica* contemporánea. En esta misma época empiezan a circular un sin número de libros, artículos y publicaciones que criticaban la falta de reflexiones concretas sobre la relación entre el médico y el paciente, y surge la proliferación de propuestas abstractas y teóricas sobre la *Ética Médica*, estos críticos argumentaban que los temas estaban siendo analizados bajo una perspectiva muy amplia y poco práctica para la *Ética Clínica Médica*, donde el análisis se había tomado filosófico y racional alejándose de la circunstancia de la vida real de las personas, que son los protagonistas de dichos dilemas médicos.

³⁰ También existen otras publicaciones a nivel europeo donde destacan revista española *Revista de Derecho y Genoma Humano*, la inglesa *Bioethics*. Además en el año de 1978 se publicó la *Enciclopedia de Bioética*.

3.3. Bioética Actual

Con el fin de proporcionar respuesta a muchas de las preguntas que surgieron con los cambios de la Medicina y en la sociedad, un amplio número de organizaciones se han establecido en las últimas tres décadas, donde destacan los Centros de Investigación, Comisiones Públicas y Asociaciones Profesionales Internacionales.

3.3.1. Centros de Investigación

Como vimos en líneas anteriores, en 1969 se creó el *Institute of Society, Ethics and the Life Sciences*, ahora conocido como *The Hastings Center*, cuya finalidad es estudiar y hacer recomendaciones sobre una amplia gama de problemas éticos. Dos años más tarde, surge el Instituto Kennedy de Ética, que además de la investigación ofrece programas de postgrado en Bioética y cursos de especialización a profesores y profesionales de la salud. En 1976, en Canadá, el Instituto de Investigación Clínica de Montreal creó el Centro de Bioética³¹.

Estos tres centros han servido de modelo; para muchos otros creados en Europa y Australia, además de otros países, que en conjunto representan la fuente de investigación, publicación y enseñanza sobre Bioética.

3.3.2. Comisiones públicas

Los gobiernos se han visto confrontados con un sin número de retos bioéticos, con frecuencia han ordenado la creación de comisiones públicas que han estudiado diversos aspectos, emitiendo recomendaciones sobre los conflictos en cuestión.

³¹ Para mayor información acerca del instituto, acudir a la página Web: www.umontreal.ca/, fecha de consulta: 28 de enero de 2007.

La primera fue la Comisión Nacional Americana sobre la Protección de los Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica, que trabajó de 1974 a 1978, produciendo numerosos reportes y recomendaciones sobre el tema. En 1978 una nueva organización estadounidense, la Comisión del Presidente para el Estudio Ético de los Problemas en Medicina y la Investigación Biomédica, creada para continuar la labor de la primera. En Canadá se han creado aproximadamente unas, treinta comisiones desde 1970³², algunas de jurisdicción federal o provincial. Estas han analizado problemas como el abono y las tecnologías reproductivas. En 1983, Francia creó el Comité Nacional Ético sobre la Vida y las Ciencias de la Salud, cuya finalidad es otorgar consejos y respuestas sobre temas Bioéticos, además de educar a los políticos y a los profesionales de la salud, además del público en general. En Australia, Inglaterra y Alemania, comisiones nacionales o estatales han estudiado los aspectos éticos y legales de las tecnologías reproductivas. En Japón se ha creado un Comité Especial de Investigación sobre la muerte cerebral y el transplante de órganos³³.

3.3.3. Asociaciones Profesionales

En los países mencionados, el crecimiento de la Bioética Médica ha convencido al sector médico de que la metodología tradicional utilizada para el análisis de los aspectos éticos en la Medicina ha dejado de ser útil. Como resultado de esta realidad, muchas de las asociaciones han establecido comités permanentes que examinan este tipo de cuestiones. En Estados Unidos, la Asociación de Médicos cuenta con un Consejo sobre Asuntos Éticos y Judiciales, que publica periódicamente “últimas opiniones”, sobre diversos temas bioéticos. En Canadá el Colegio Real de Médicos y Cirujanos, creó en 1977 un Comité de Ética Biomédica³⁴.

³² WILLIAMS, J.; *Commissions and Biomedical Ethics: The Canadian Experience*, en *The Journal Of Medicine and Philosophy*, núm. 14-4, Ontario, Canada, 1989, pp. 425-444.

³³ ROY, David; *Bioethics in Canada*, *op. cit.*, *supra*, p. 35.

³⁴ *Ibidem*.

3.3.4. Grupos internacionales

Debido a que las cuestiones sobre la Bioética no están limitadas a las fronteras nacionales, muchas organizaciones internacionales empiezan a intercambiar información, la idea es establecer un estándar de conducta Ética en la Medicina y ciencias de la vida. En esta lógica, la Organización Mundial de la Salud, la OPS, y la UNESCO, crearon el Consejo de las Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas, que han producido un sin número de reportes sobre la experimentación en seres humanos.

En Europa, el Consejo de Europa ha tratado los problemas Bioéticos a través del Comité de Expertos en el Desarrollo de las Ciencias Biomédicas, integrado por tres representantes por cada país miembro (un jurista, un eticista y un científico). Sus recomendaciones sobre los estándares europeos, en relación con la Ingeniería Genética y las Tecnologías Reproductivas, han sido tomadas en cuenta por el propio Parlamento Europeo.³⁵

3.4. Naturaleza de la Bioética: *Multidisciplinariedad*

Esta nueva visión y la combinación de diversos factores han hecho de la biomédica, un campo de investigación y de producción multidisciplinaria donde participan diversas materias. En nuestra opinión, esta situación obedece a las siguientes razones: En primer lugar, a la naturaleza misma de la Ética, ya que esta analiza simple y sencillamente a la conducta humana. Si nos referimos al ámbito de la salud, las reflexiones éticas trastocarán diversos aspectos relacionados con la Ética Normativa en general, en particular los relativos a La Filosofía del Derecho y al contenido moral de las normas jurídicas que determinan la legalidad de la conducta en cuestión.

³⁵ Idem.

En segundo lugar, la Bioética es multidisciplinaria, porque forzosamente hace referencia a disciplinas tales como la Medicina y la Biología. Es así como los descubrimientos biológicos y las convicciones de quienes las realizan, además, de aquellas que aportan los profesionales de la salud, juegan un papel fundamental en las deliberaciones y conclusiones de naturaleza Ética. En este orden de ideas debemos reconocer la importancia de las aportaciones de los profesionales en el ámbito de la salud y la investigación biomédica, ya que ellos nos transmiten la realidad de su problemática ética, con la que se ven enfrentado, tanto en la práctica de su profesión en un laboratorio como en la sala de hospital.

No podemos pasar por alto que los diversos dilemas éticos que se presentan en la vida diaria también son analizados, tanto por la ética, digamos secular, como por la teología moral, netamente religiosa; las convicciones religiosas o laicas sobre el valor de la vida, juegan un papel básico en tomo a las concepciones Bioéticas de un determinado lugar.

Es así como encontramos el aporte de las disciplinas de las ciencias sociales, que también realizan una importante aportación, debido a que desde su criterio sus principios y métodos proporcionan importantes elementos para la determinación de los argumentos bioéticos.

Finalmente, podemos afirmar que la Bioética es una disciplina que refleja la influencia de diversos factores religiosos, económicos, sociales y culturales, que representan en cierta medida el marco de acción de los profesionales de la Medicina e investigadores de un lugar determinado, que en algunos países puede ser reglamentado para convertirse en una norma legal, ya sea, a través de códigos de conducta profesional médica o de disposiciones normativas, que regulan tanto los procedimientos de investigación, como los quirúrgicos.

3.5. Fuentes de la Bioética Actual

Si bien es cierto, como mencionarnos en líneas anteriores, que la Bioética es multidisciplinaria, debido al amplio espectro de impacto en relación con la aplicación de la ciencia a la vida humana, sin embargo, estimamos que podemos identificar tres fuentes básicas y concretas en el desarrollo de la materia. Estas fuentes son: la Filosofía, la Teología y el Derecho.

a. La Filosofía

La Filosofía es una reflexión crítica sobre las causas últimas de la vida, la verdad de la razón humana y el conocimiento de las ideas, una de las disciplinas que deriva de la Filosofía es la Ética, de ahí, la estructura filosófica de la *Ética Médica*, ya que, si bien es cierto que la *Ética Médica* es un tipo de Ética, ésta debe ser ubicada dentro de la Filosofía.

Ahora bien, en este nivel debemos distinguir dos disciplinas de naturaleza filosófica, pero independientes y diversas; por una parte, tenemos a la Filosofía de la Medicina, por la otra, la *Ética Médica*, ambas con finalidades diversas como lo veremos a continuación.

La *Ética Médica* no es exclusivamente una actividad casuística³⁶. Por su parte, la Filosofía contemporánea se interesa en comprender, estudiar y analizar el lenguaje y las proposiciones de la razón, la *Ética Médica* se preocupa por la formación y aplicación de las teorías Éticas a los problemas médicos. Entonces, si la *Ética Médica* va más allá que el ámbito analítico, debe involucrarse en analizar a la *Ética Médica* en los valores de la condición humana³⁷. Pero un de las preocupaciones fundamentales de la Filosofía de la Medicina, es determinar, si existe

³⁶ GRODIN, Michael; *a Meta Medical Ethics*, op. cit., supra, p. 44.

³⁷ PELLEGRINO, E.; *Philosophy of Medicine: towards a definition*, en *Journal of Medicine and Philosophy*, op. cit. supra, pp. 9-16.

una base coherente e independiente de la Medicina para la Ética Médica, o si por el contrario debe fundamentarse exclusivamente en la Medicina. Determinar esto es fundamental, ya que la respuesta determinará el marco de los dilemas médicos modernos, porque si no existe ningún fundamento filosófico para la Ética Médica, la Medicina tan sólo sería un instrumento arbitrario sin el cuestionamiento sobre lo correcto o incorrecto de la conducta humana.

Algunos de los especialistas mencionados a lo largo de este trabajo se han adelantado a sugerir cuál sería la forma y la estructura de la Filosofía de la estructura de la Filosofía de la Medicina y que sería un campo con elementos epistemológicos, lógicos, conceptuales y teoremas concretos. Entonces, la base de la Bioética debe ser vista como el análisis de los cuestionamientos alrededor del método, la Lógica y los conceptos fundamentales de la Medicina. Este estudio puede presentarse tanto en el ámbito terapéutico como en el del diagnóstico.

Otra preocupación en este sentido, es determinar, sí la Filosofía de la Medicina existe como un campo del conocimiento independiente; algunos especialistas argumentan que es una se deriva de la otra, o bien, que ésta deriva de la Filosofía de la Ciencia, especialmente la Filosofía de la Biología, o bien, que deriva de la Filosofía de la Moral, en este caso aplicado a la Medicina. Ahora bien, la Filosofía de la Ciencia atiende los problemas de la naturaleza de las ciencias “la naturaleza de las teorías, las normas y las explicaciones lógicas y predicciones, el análisis de los modelos, los paradigmas y metáforas, el estudio de las teorías a lo largo del tiempo y la explicación de conceptos claves”³⁸.

Por otro lado, la Filosofía de la Ciencia, aplicada a la Medicina también incluye el análisis de los métodos, las aseveraciones y las metas de las actividades de los profesionales de la Medicina, por otro lado, también intenta resolver cuestiones sobre la eficiencia, la veracidad y la falsedad de sus teorías, así como, la estructura de sus

³⁸ Ibidem.

argumentos y sus hipótesis³⁹. Por su parte, la Filosofía de la Medicina se preocupa por la función de las teorías y los paradigmas, y la Filosofía de la Ciencia también atiende las cuestiones de la veracidad de las teorías, argumentos e hipótesis. En este nivel de ideas, también es importante distinguir la interrelación de la Filosofía de la Medicina con la Sociología Médica y la Historia de la Medicina, ya que sus reflexiones si bien coinciden en cierto punto, en su finalidad son muy diversas.

Finalmente, la pregunta clave de la Filosofía de la Medicina consiste en saber ¿qué es la Medicina? y precisamente, la Filosofía de la Medicina es necesaria para fundamentar a la Bioética, pero nadie podría resolver cuestiones Éticas, sin la presunción de saber qué es la Medicina y cuál es su función. Además, la Filosofía de la Medicina es también necesaria como fundamento de la Bioética, puesto que, contribuye al análisis de los problemas no sólo científicos, sino, humanos, tales como el significado del dolor y sacrificio⁴⁰. En relación con esta problemática, el mismo autor Pellegrino⁴¹, se cuestiona sobre sí la Filosofía de la Medicina existe como una rama independiente, o bien, ¿ésta se encuentra como un desarrollo analítico propio de la Medicina misma, o sí por el contrario, tan sólo forma parte de la Filosofía. Finalmente, llega a la conclusión de que la Medicina es una disciplina independiente, única y demarcada en si misma.

Resumiendo, podemos decir que no queda duda de que tanto la Filosofía como la Medicina existen en sí mismas e independientemente una de la otra, pero ambas se relacionan y se necesitan, ya que por un lado, dentro del ejercicio de la Medicina, los médicos utilizan a la Filosofía como disciplina auxiliar al proponer diagnósticos y tratamientos físicos. Por otro lado, también los filósofos pueden utilizar a la Medicina como parte de sus tareas de análisis, por ejemplo, la Filosofía de la mente puede utilizar a las ciencias neurológicas como parte de su discurso. Sin embargo, también encontramos a la Filosofía dentro de la Medicina, en este sentido,

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

la Medicina es un tan sólo un objeto de análisis de la Filosofía, precisamente en los campos de la Bioética y la Ética Médica. Entonces, lo importante sería determinar si en verdad, existe una Filosofía de la Medicina, donde dicha Filosofía definiría tanto la naturaleza como la teoría de la Medicina.

Creemos que debemos distinguir dos cosas a la Filosofía y a la Medicina, de la Filosofía dentro de la Medicina, donde ambos elementos podrán analizar, la causalidad, la personalidad, la Lógica de las decisiones Médicas, los valores y de la Medicina. Sin embargo, las cuestiones de la Filosofía de la Medicina serán necesariamente diversas de otras Filosofías y diferentes de la Medicina también. En este sentido, la Filosofía de la Medicina se relaciona con lo que es la Medicina conceptual y ontológicamente.

Por otro lado, la Filosofía de la Medicina, se cuestionará sobre ¿cómo se define la salud?, ¿la enfermedad?, ¿cuál es la naturaleza de un análisis clínico?, ¿qué es la Medicina?, ¿cómo adquiere el conocimiento la Medicina?, y ¿Cuáles son las bases de esa inferencia? Muchos de los asuntos de la Filosofía de la Medicina pueden ser compartidos por la Filosofía de la Ciencia, éstos pueden ser temas tales como la veracidad, la validez y la naturaleza de la evidencia. Por otro lado, muchas de las cuestiones de la Filosofía de la Medicina también pueden ser compartidas por la Filosofía de la mente, como las reflexiones sobre la naturaleza de la razón y del cuerpo. Una Filosofía de la Medicina y la Filosofía de la Medicina, sin embargo, trataran de unificar una teoría completa de la Medicina, que explicará tanto el fenómeno humano como el biológico⁴².

b. La Teología

La Teología ha contribuido tradicionalmente al desarrollo de la Ética Médica⁴³, las diversas corrientes religiosas han aportado al discurso de la Bioética un elemento

⁴² Ibidem.

⁴³ Idem.

de delimitación y validez. Parte de los argumentos de naturaleza religiosa dan enorme importancia a elementos tales como la compasión, la atención, el sacrificio del “buen samaritano”⁴⁴.

Por otro lado, la teología ha estado preocupada desde siempre por la noción de la vida y la calidad de la vida. Podemos decir que la teología es considerada como una reflexión crítica sobre las causas últimas y el significado de la experiencia humana⁴⁵. Estas reflexiones teológicas están basadas en la creencia de un Dios, son alimentadas por la fe y la revelación de la experiencia religiosa personal. La Teología justifica los actos humanos utilizando argumentos morales, relacionadas con las obligaciones religiosas. Por su parte, la religión, que puede ser vista como una Teología aplicada, prescribe ciertas creencias, ciertos ritos y normas de conducta que surgen de la aceptación o la vivencia de un poder trascendental. Finalmente, la religión y la teología están basadas en la fe o en una fuente revelada, incluso dentro del contexto del llamado derecho natural.

Podemos decir que la religión se involucra fundamentalmente con las cuestiones de “la salud” (bienestar) y “la enfermedad” (malestar). Las tradiciones religiosas también hacen alusión a la libertad del hombre y la naturaleza humana, a la conducta y sufrimiento social⁴⁶, además de estar involucrada en cuestiones sobre la vida y la muerte, el significado de la muerte y el respeto por el cuerpo.

Por otro lado, sabemos que las tradiciones religiosas han desempeñado un papel importante en la determinación de conceptos, tales como la justicia, la igualdad y la atención social de la salud. Debemos notar que la separación del Estado y la Iglesia contribuyeron de manera importante. En la secularización de la *Ética Médica*, aunque no podemos negar que en muchos países gran parte de la *Ética Médica* esta

⁴⁴ PELLEGRINO, y THOMASMA, D. A.; *Philosophical basis of medical practice: toward a philosophy*, en *Ethics of the Healing Professions*, ed. Oxford University Press, New York, 1981, pp. 300-335.

⁴⁵ MACQUARIE, J.; *Good in experience and argument in experience, reason and god studies*, en *Philosophy and History of Philosophy*, vol. 8, ed. Long. E., ed. Catholic University Press, Washington, D.C., 1982, p. 37.

⁴⁶ Idem.

influida y/o fundamentada en las convicciones de la religión local, haciendo de la moralidad médica un reflejo de las convicciones religiosas. En la actualidad, en algunos países, un médico respetado es aquel cuya conducta humana respeta las ideas religiosas de la comunidad⁴⁷.

En Estados Unidos el cristianismo ha servido de base para la mayoría de los médicos estadounidense. En este sentido, el médico “ideal” sería aquel médico cristiano; por lo tanto, la religión y la Medicina estaban históricamente relacionadas, y no es de sorprender que uno de los primeros libros sobre Ética Médica fueran escritos por los teólogos protestantes Joseph Fleteher y Paul Ramsey. Por su parte, teólogos católicos, como McCormick y Kear, así como teólogos judíos han publicado, desde sus concepciones, libros y artículos sobre la temática⁴⁸.

A partir de los años 70, a raíz de los avances tecnológicos, el ámbito de la Medicina fue un área de reflexión más plural, dando espacio a otro tipo de convicciones además de las religiosas. En este debate han venido participando jueces, legisladores, especialistas y asociaciones de profesionistas del ámbito de la salud. Diversos grupos académicos y profesionales, como comisiones nacionales (Comisión Belmont: principios de justicia, autonomía y beneficio), se han dado a la tarea de establecer un marco secular de la Ética Médica, que incluso, en algunos casos, se ha visto reflejado ya en algunos de los planes y proyectos de Salud Pública a nivel federal o local. Con el tiempo, la Ética Médica se alejó completamente de su contenido religioso, a cambio, la religión se apartó de los asuntos de la salud humana, o bien, al analizarlos se concretó a abordar a su comunidad exclusivamente. En la presente década observamos un resurgimiento del interés religioso en la Ética Médica, por su parte, en algunos casos, la Ética Médica secular ha llegado incluso a reconocer, con mayor éxito las convicciones y tradiciones religiosas.

⁴⁷ BURNS, Chester; *American medical ethics some historical roots*, en *Philosophical Medical Ethics: its nature and significance*, editado por Stuart Spicker, ed. Springer, Netherlands, 1985, pp. 21-26.

⁴⁸ GRODIN, Michael; *a Meta Medical Ethics*, *op. cit.*, *supra*, p. 45.

En suma, no podemos dejar de reconocer que, en el ámbito de la Ética Médica, las creencias religiosas juegan un papel trascendente. La “secularización de la Ética Médica” inicia con la aparición de las nuevas tecnologías y la exposición de diversos casos en los tribunales.

La Filosofía religiosa ha contribuido a enmarcar el universo conceptual de la Ética Médica con elementos que van más allá de los principios de libertad, de autonomía, de justicia y de decisión personal; la religión ha aportado elementos tales como la compasión, el sufrimiento y el sacrificio. Sin embargo, no podemos olvidar que sus reflexiones están dirigidas a sus creyentes, es decir, a los miembros de su comunidad, cuyos dogmas de fe o principios están orientados a la obligación moral, a la responsabilidad de la comunidad y al objetivo en común.

c. El Derecho y Políticas Públicas

Como vimos en líneas anteriores, la historia de la Ética Médica inició el discurso teológico al que le siguieron los Códigos de Ética basados en el desarrollo sociológico e histórico de la sociedad. En la década de los sesenta, el movimiento de los derechos de los pacientes llegó a un primer plano en la historia de la Ética Médica. Este movimiento fue reforzado por el discurso de los Derechos y Garantías Individuales; combinación que trajo como consecuencia una mayor definición en los límites y fronteras de la intimidad de los pacientes, convirtiéndose en un elemento primordial en las reflexiones de la Bioética. En este momento, la Filosofía Ética se trasladó al ámbito del derecho y de las políticas públicas.

Los diversos aspectos sobre la Ética Médica, se pusieron en constante movimiento y definición dentro del ámbito judicial y legislativo. Este es el escenario que vivimos actualmente, ya que, con mayor frecuencia, complejos y trascendentes dilemas médicos han requerido ser resueltos, a través de normas, o de juicios, o de opiniones claras y precisas.

Sabemos que el derecho es diferente de la Ética y la Teología, ya que tiene diferentes metas y objetivos. En este sentido, Grodin argumenta que el derecho es “minimista”, puesto que determina el nivel mínimo de aceptación de una acción dentro de la sociedad. El derecho se enfoca a determinar los derechos y las libertades, por lo tanto, se encarga de la “autonomía” del individuo⁴⁹. En este orden de ideas, el autor afirma que la fuente del derecho no es universal, ya que éste es determinado por un grupo exclusivo de personas que se denomina “clase normalizadora”. Además, en virtud de que las normas son jurisdiccionales y, por lo tanto, son temporales y específicas para un lugar, Grodin estima que el derecho y sus normas son de naturaleza relativista, ya que, es aplicado para ciertas jurisdicciones específicas. En relación con la vigencia, se dice que el derecho es puesto en vigencia por la estructura gubernamental con la finalidad de mantener el orden social exclusivamente⁵⁰.

Por otro lado, en relación con la reglamentación de las conductas sociales, el derecho se ha apoyado con frecuencia en algunos conceptos establecidos por la Ética Médica, efectivamente, las legislaturas y los juzgados se han fundamentado en definiciones Médicas para precisar cuestiones tales como: la definición de la muerte, por ejemplo. Conceptos precisos y básicos tales como la muerte, han sido utilizados por el derecho para determinar por ejemplo el acta de defunción de un individuo.

A raíz de las primeras reglamentaciones sobre la experimentación en seres Humanos, se inició la tendencia de utilizar a los gobiernos como un foro de desarrollo de la *Ética Médica*. En Estados Unidos se creó una Comisión Nacional para la Protección de los Seres Humanos Sujetos a la Experimentación Biomédica. Esta Comisión emitió de 1974 a 1978 una serie de reportes y estudios que sirvieron para determinar un marco de referencia Ética para la protección de los seres humanos que participaron como sujetos de investigaciones científicas. Como mencionamos en líneas anteriores, los miembros de la Comisión, identificaron tres principios éticos

⁴⁹ GRODIN, Michael; *a Meta Medical Ethics, op. cit., supra*, p. 50.

⁵⁰ Idem.

seculares básicos como guía de la experimentación humana: la justicia, el respeto por las personas y el beneficio individual, esto a pesar de las diversas concepciones filosóficas de sus miembros.

El éxito de la Comisión Nacional, abrió paso a la otra convocada por el presidente, la Comisión para el estudio de los problemas éticos en Medicina e Investigación Biomédica. Esta comisión trabajó de 1980 a 1983 y emitió una serie de reportes donde se definieron diversos tópicos como la muerte, la protección de los seres humanos y experimentaciones científicas, la Investigación Genética, el mapeo y examen genético, decisiones sobre el mantenimiento de la vida en forma artificial, el acceso a la atención Médica. Los reportes de mayor éxito fueron aquellos más precisos donde se emitieron recomendaciones específicas, en especial, aquellas que definían la muerte y decidían sobre tratamientos de vida artificial. Con el tiempo, algunos de estos reportes fueron ratificados adoptándose en políticas de salud pública, incluso en leyes, como la ley sobre la definición de muerte⁵¹.

Otro intento para la determinación de políticas de Ética Médica vino con la Junta del Departamento de Servicios Educativos y Salud, establecida con la finalidad de estudiar las cuestiones Éticas en la experimentación de embriones humanos y la investigación de la fertilización in vitro. Este organismo fue disuelto en 1980 por falta de consenso y conflictos en torno a las políticas del abono. En el año de 1993, la Junta de Asesoría Ética se dedicó a supervisar los diversos proyectos de los Institutos Nacionales de Salud cuyos financiamientos habían sido detenidos por cuestionamientos éticos. Han existido otras comisiones federales que han intentado resolver problemas específicos en el ámbito de la *Bioética* contemporánea, pero tampoco han tenido éxito⁵². Por otro lado, diversas organizaciones nacionales también han intentado proponer, con cierto éxito, algunas políticas públicas para

⁵¹ Ibidem.

⁵² Las recomendaciones de permitir la investigación sobre tejidos humanos emitida por la Comisión de Transplantes de Tejidos, fueron rechazadas por Reagan y Bush, pero aceptadas por Clinton en 1993.

problemas médicos⁵³, sus opiniones han prosperado cuando los problemas han sido precisos, claros y específicos. Cuando estas organizaciones no han definido claramente sus objetivos, o bien han abordado cuestiones políticamente sensibles, no ha habido éxito. En la actualidad, las posturas de la Suprema Corte de Estados Unidos en cuestiones como el “derecho al aborto”⁵⁴ o el “derecho a rechazar un tratamiento médico”⁵⁵, han contribuido con mayor eficacia a la determinación de una política pública de salud, la Bioética y la Ética Médica.

3.6. Los Principios de la Bioética

Los cuatro principios son así: la beneficencia, la autonomía, la no-maleficencia y la justicia⁵⁶. Tanto desde el deontologismo como desde el utilitarismo de regla estos principios son deberes prima facie, deberes que deben ser siempre respetados. Ambas posiciones éticas varían cuando esos principios entran en conflicto, cuando para cumplir uno es necesario violar otro. El deontologismo exige que los principios se cumplan siempre inexorablemente, y el utilitarismo entiende que al conceder prioridad de uno sobre el otro, no se viola las reglas porque estas obligan en la medida en que son útiles, y por lo tanto, los principios en sí mismos carecen de excepciones, pero el acto concreto frente a un caso singular, puede ser una excepción. La excepción no anula la obligatoriedad general de los principios y solo es legítima cuando puede ser justificada racionalmente. Estos principios fueron analizados por primera vez, en el trabajo clásico *Principles of Biomedical Ethics* de los filósofos Tom Beauchamp y Le Roy Walters⁵⁷. Los autores se dieron a la tarea de

⁵³ La oficina de Tecnología establecida en 1972 emitió importantes reportes sobre la terapia génica. El Instituto de Medicina, auspiciado por la Academia de Ciencia, ha apuntado cuestiones sobre ética y atención Médica. El Centro Nacional de Investigación Genética ha establecido en 1989 un programa para explorar las implicaciones éticas, legales y sociales del Proyecto del Genoma Humano.

⁵⁴ El famoso caso *Roe vs. Wade*, aprobó el derecho de la mujer sobre su cuerpo.

⁵⁵ El caso de Karen Quinlan cuyos padres solicitaron se le quitará de un respirador automático en el que había permanecido en estado de coma por varios años.

⁵⁶ GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel y SAADA, Alya (coordinadores); *Estatuto Espitemológico de la Bioética*, en *red de Bioética, publicación científica*, no. 1, IJ-UNAM-UNESCO-Red Bioética, México, 2005, p. 193.

⁵⁷ Véase, BEAUCHAMP, Tom y WALTERS, Le Roy; *Contemporary Issues in Bioethics*, ed. Wadsworth publishing company, California, 1994, pp. 655.

esclarecer con mayor profundidad aquellos principios acordados por la Comisión Nacional para la Protección de los Seres Humanos Sujetos a la Experimentación Biomédica, entre los años 1974 a 1977, emitieron informes donde acordaron los principios mencionados de respeto a la autonomía, el principio de la justicia, el principio de las personas y el beneficio individual.

La propuesta fundamental es que los problemas pueden ser fácilmente identificados, analizados y resueltos haciendo referencia a los cuatro principios.

En términos muy generales definiremos los principios:

a. *principio de respeto a la autonomía*, que solícita a los profesionales en el ámbito de la salud no interferir con la autonomía del paciente y respetarla;

b. *principio de protección*, que solícita a los profesionales de la salud a actuar evitando el daño de sus pacientes;

c. *principio de beneficio*, que compele a los profesionales de la salud a promover el beneficio de los pacientes;

d. *principio de justicia*, que solícita que los beneficios sociales y cargas sociales (-impuestos-), sean distribuidos de acuerdo a la justicia.

❖ ***Diferencias entre Moralidad y Teorías Éticas***

Cuando se estudia la aplicación de la Ética, lo más indicado es analizar los problemas morales a través de cada caso concreto. Dentro de la práctica médica, los casos prácticos de la Clínica Médica son un ejemplo perfecto para el análisis de los dilemas en cuestión, éstos nos permiten identificar los principios éticos en tensión además, de poder confrontar las discrepancias con los diversos problemas morales relacionados.

❖ **Dilemas Morales**

Un dilema moral es definido como “el conflicto entre dos posibles opciones, cuando en ambas hay argumentos suficientemente persuasivos para realizarse y cuyos resultados serán significativamente diferentes”. Los dilemas aparecen cuando, en una circunstancia determinada una decisión puede ser tomada exactamente en dos sentidos opuestos que aparecen como correctos. Frente a un dilema, un sujeto enfrenta las circunstancias, analiza lo viable de ambas decisiones, y por lo general, se ve impedido a actuar, ya que, aparentemente la razón moral de cada alternativa es igualmente correcta. Los defensores de ambos cursos de acción pueden presentar argumentos morales y razones que respalden sus conclusiones. Las razones sobre cada alternativa son suficientemente buenas.

Pero ¿qué es la moral? El término *moral* hace referencia a aquellas convenciones sociales sobre lo que es correcto e incorrecto de la conducta humana. Estos valores que son ampliamente compartidos por una sociedad o grupo humano, constituyen un consenso en común, aunque en algunas ocasiones aparezca como incompleto. Mientras que la *Ética* es un término más general que hace referencia a ambas, tanto a la moralidad como a la Teoría *Ética*, en este sentido, los términos *ético* y *moral* son considerados sinónimos.

Entonces la teoría *Ética*, la Filosofía Moral o la *Ética* Filosófica, son teorías filosóficas específicas, que hacen referencia a una moralidad en común. De igual manera, la Teología Moral, la teología *Ética* y la *Ética* religiosa serán reflexiones filosóficas de la conducta humana bajo la luz de las convicciones teológicas o de las tradiciones religiosas.

❖ **Relativismo y Objetividad en la *Ética***

La realidad sobre los desacuerdos en torno a diversas situaciones dentro del ámbito médico, han llegado a cuestionar sobre lo correcto, lo acertado y lo objetivo

de un juicio moral. Tanto las diferencias culturales como los diversos puntos de vista individuales nos han llevado a pensar, incluso, que no puede existir un punto de vista moral correcto. Hasta se ha llegado a afirmar que la moralidad, es en realidad un toque de buen gusto de la razón, o bien, que es cuando un individuo considera adecuada una decisión.

Esta situación nos revela la diferencia entre la idea que considera que la moral es una cuestión de índole personal o social, y lo que sostiene que tiene una fundamentación objetiva; situación que nos conduce al llamado *relativismo moral*. El *relativismo moral*, ha estado presente en todas las reflexiones filosóficas, record que en la antigüedad, Platón, se sorprendía por el relativismo de su época; sin embargo, Beauchamp y Walters⁵⁸, con la uniformidad cultural con la que se vivía en la antigüedad era más fácil ignorar las diferencias sociales que hoy en día. El contraste entre una ciudad como Atenas y una ciudad como México es evidente, debido a que toda cultura contemporánea plural está saturada de formas individuales de vida, y nos refleja las diferencias. Al mismo tiempo, paradójicamente, tendemos a rechazar que esta diversidad nos hace tolerar hechos como el racismo, las diferencias de clase social, el sexismo, el genocidio y una enorme variedad de desigualdades en el trato, que consideramos moralmente incorrectos pero que encontramos convalidados o practicados dentro de nuestras propias culturas o en otras. Entonces, ¿qué punto de vista es el correcto?

Por lo general, el *relativismo moral* defiende su posición basada en datos antropológicos, argumentando que la virtud moral es diferente de lugar a otro, y por lo tanto que no existe un estándar moral universal el mal pueda ser aplicado a los individuos en todos los tiempos. Por otro lado, quienes defienden al relativismo argumentan que lo correcto es determinado por las creencias y prácticas culturales de un lugar, por lo ello conceptos como lo correcto o lo incorrecto, lo justo o lo

⁵⁸ BEAUCHAMP, Tom y WALTERS, Le Roy; *op. cit. supra* ; Idem.

injusto, carecen de importancia, salvo cuando son ubicados en contextos sociales específicos.

El argumento central es que los patrones de cultura solo pueden ser comprendidos como unidades independientes, donde las creencias y los valores morales sobre la conducta humana están determinados por la cultura, además de otro tipo de características culturales, como son el lenguaje, las instituciones políticas fundamentales o los Derechos Humanos. Los estudios muestran que lo considerado como un valor moral dentro de una sociedad, puede variar en otra, tanto en lo superficial como en lo fundamental.

Algunas de las críticas a este relativismo, son aquellas que defienden la estructura universal de la naturaleza humana. Esta postura defiende la adopción de algunos principios morales similares, incluso idénticos, dentro de diferentes grupos culturales y sociales. Este argumento se fundamenta en la creencia empírica de lo que realmente es respetado dentro de diversas culturas. Por ejemplo, algunos antropólogos han probado que, por encima de ciertos desacuerdos superficiales, existen acuerdos sobre ciertos principios y creencias básicas.

A pesar de que las prácticas culturales y las creencias individuales puedan variar, ello no quiere decir que los individuos tengan discrepancias sobre cuestiones fundamentales. Dos culturas pueden estar de acuerdo en ciertos principios morales, sin embargo, podrán tener diversas opiniones al aplicar estos principios dentro de una situación específica. Incluso, podrán aceptar algunos principios básicos morales, pero dependiendo de las circunstancias cada sociedad podrá aplicarlos de forma diferente.

Muchos de los argumentos a favor del *relativismo* están basados en el *relativismo de los juicios*, pero si los juicios estuvieran basados exclusivamente en el patrón de la conducta, la teoría tendría una base poco sólida.

Por otro lado, algunas gentes rechazan la idea de que las normas morales no permiten ninguna flexibilidad de sobre los juicios individuales; tal parece que prefieren el relativismo frente a un código inflexible de normas obligatorias. Pero si el relativismo de los juicios permite la flexibilidad, entonces negará el relativismo de los patrones morales.

Ahora bien, podemos decir que “lo que es correcto en un lugar, puede ser incorrecto en otro lugar”, aunque esta postura es a todas luces ambigua y simple, es interpretada como un segundo tipo de relativismo, conocida como el *relativismo normativo*. Cuando se dice que es correcto actuar en un lugar de una forma determinada, pero que es incorrecto actuar en esa misma forma en algún otro lugar, estamos frente a un *relativismo normativo*, porque, se está haciendo un juicio de valor sobre la conducta, que determina cuáles son los patrones o qué tipo de normas determinarán cuándo una conducta es correcta o equivocada.

El *relativismo normativo* puede aplicarse en dos sentidos, primero cuando se determina que un individuo debe actuar tal como la sociedad indica que debe ser correcto (*relativismo normativo social o de grupo*), y cuando, el sujeto debe actuar con base a lo que él considera cómo correcto (*relativismo normativo individual*). Esta posición normativa ha sido pragmáticamente traducida de la siguiente forma “cualquier cosa es correcta o incorrecta, siempre que un individuo o un grupo de individuos lo juzguen correcto”, en esta lógica podemos pensar, que para estar en lo correcto algo debe ser someramente aceptado; alternativamente, podemos pensar que aquello que es correcto, lo es por estar incluido dentro de un código moral o legal aceptado por la sociedad, como bien lo puede ser un código de *Ética Médica*.

La inconsistencia evidente de este tipo de teoría nos hace dudar de su eficacia y veracidad. No podemos aceptar que una teoría normativa es correcta simplemente porque algunos así lo creen en determinado sentido, a pesar de ser este el fundamento real de esta teoría. Por ejemplo, las prácticas de la esclavitud en algunas

culturas pueden calificarse como moralmente inaceptables, una cosa es sugerir que ciertas creencias pueden ser justificadas, u otra cosa es pensar que son correctas.

Podemos evaluar algunos de los problemas del relativismo, enfocándonos, en primer lugar, a la objetividad de la moralidad dentro de diversas culturas, y en segundo lugar, previendo las consecuencias del relativismo moral; ambos enfoques constituyen una crítica tanto al relativismo individual como al normativo social o de grupo.

3.7. Comisión Nacional de Bioética e Instituto Nacional de Medicina Genómica en México

Tenemos que mencionar que en nuestro país comienza una intensa preocupación por la discusión en los temas de Bioética en la salud y el derecho, es así como en el año 2005, se crea en nuestro país por decreto presidencial publicado en el diario oficial de la federación el 17 de septiembre del año mencionado⁵⁹, la Comisión Nacional de Bioética, la cual tiene por objeto promover el estudio y observancia de los valores y principios éticos para el ejercicio tanto de la atención Médica como de la investigación en la salud.

Si bien, ya existía una comisión intersecretarial dentro de la Secretaría de Salud de nuestro estado, encargada de promover el estudio y observancia de los valores y principios éticos para el ejercicio tanto de la atención Médica, como de la investigación en la salud, sin duda, era necesario contar con un órgano nacional idóneo dentro de la estructura de la administración pública federal⁶⁰, que adopte la forma de un órgano desconcentrado bajo la subordinación de la Secretaria de Salud que sea responsable de definir las políticas nacionales que plantea esta disciplina.

⁵⁹ BRENA SESMA, Ingrid y ROMEO CASABONA, Carlos María, (compiladores); *Código de Leyes sobre genética*, IJ-UNAM, T. I, México, 2006, pp. 834-838.

⁶⁰ De esta manera el Estado emprende medidas y políticas reales que cumplen con lo establecido en nuestra carga magna en el artículo 4º constitucional

Es así como esperamos que este órgano actué de manera reflexiva, plural, autónoma, racional, secular y respetuosa, además de que a lo largo de su actuación se integre por personas que tengan una formación adecuada y los conocimientos y experiencia necesarios para afrontar los retos que la Bioética actual impone.

Por otra parte, como otra institución también dependiente del Gobierno Federal, específicamente de la Secretaría de Salud, tenemos al Instituto Nacional de Medicina Genómica⁶¹, la creación del instituto es reciente, data del mes de noviembre del año 2006, con los objetivos primordiales de mejorar las condiciones de salud de los mexicanos, fortalecer el sistema nacional de Salud Pública, además de promover las actividades científicas y tecnológicas.

Este organismo surge de la propuesta de contar con una Institución Científica que pueda estar al nivel de las investigaciones en el mundo, es decir, participar en esta área de conocimiento en la cual los desarrollos iniciales se han dado en todo el mundo y para nuestro país representa una oportunidad única de avanzar en las investigaciones de nuevas técnicas para la protección de la salud y por lo tanto de los Derechos Humanos, a través de la obtención de los beneficios de futuros descubrimientos derivados del conocimiento del genoma humano. De esta manera, podemos darnos cuenta que la creación del Instituto, constituye una gran ambición por el elevar los niveles de salud, garantizando el acceso a servicios integrales de salud con calidad, puesto que, es un organismo que depende de la administración pública central federal, como lo es la Secretaría de Salud.

Finalmente creemos que el aprovechamiento del conocimiento en el Genoma Humano, por parte de esta Institución, apegándose siempre a los principios éticos de los cuales estará al pendiente la Comisión Nacional de Bioética, representa una gran oportunidad para un cambio en las condiciones de salud y nivel de vida en nuestra población.

⁶¹ Para realizar investigaciones más específicas y con mayor profundizar, aconsejamos acudir a la página principal en la red del intitulo, en: www.inmegen.gob.mx, fecha de consulta: noviembre de 2007.

Capítulo IV

EL GENOMA HUMANO EN EL CONTEXTO JURÍDICO

4.1. Complejidades del Genoma Humano

4.1.1. El determinismo genético y los mitos genéticos

Para comenzar con esta parte de nuestra investigación es atinente dedicar las primeras líneas para analizar algunas de las razones que son causa de fundamental temor y la pasión en tomo a las cuestiones del Genoma Humano. Este temor, obedece, en gran medida, a que en esta era de “modernidad”, nos hemos dejado seducir por la efectividad de la ciencia y sus resultados técnico-científicos. El pragmatismo que ha impregnado a nuestra época actual ha invadido todos los ámbitos del conocimiento en todos sentidos; las reflexiones eficientistas han tomado relevancia por encima de las filosóficas.

En este renglón, en el ámbito de la Genética Humana, nos hemos dejado llevar por el cientificismo radical que olvida por completo cualquier meta noción en tomo al ser humano. En este sentido, se han anulado todas aquellas ideas que se apartan de un mundo real, tangente, ostensible práctico, pragmático y funcional. Sólo estas ideas con resultados en hechos concretos han adquirido un valor que las legitima.

Es así como nociones de que la ciencia es incontrolable y cuya razón última es el dominio de la naturaleza humana, es la Filosofía que domina el conocimiento en nuestras sociedades; al grado que ha dejado de ser un planteamiento filosófico para convertirse en una política. En una política contemporánea en torno al uso, finalidades y funcionalidad de la ciencia.

En el ámbito de la Genética Humana, esta idea cientificista ha prevalecido el conocimiento del hombre en todas las sociedades. El mundo es visto desde una

óptica mecanicista y reduccionista, que utiliza como premisas argumentos sobre organismos programados; o mejor dicho Genéticamente programados se nos habla del comportamiento de los genes y se concluye drásticamente en que la biología está por encima de la cultura. Este movimiento Científico-Tecnológico ha llegado a considerar los humanos como componentes moleculares, donde el cuerpo y la vida misma, que alguna vez fueron vistos bajo la óptica sociológica y cultural, ahora, son tan sólo el producto de relaciones y reacciones bioquímicas¹.

Se ha llegado a pensar, y lo que es más, a creer y asumir que “la suerte o fortuna de la vida está en nuestros genes”². El papel y la responsabilidad de los genes han sido exagerados. De alguna forma, nos hemos visto envueltos en un movimiento que trata de alarmar en el sentido de que existe un poder social en la información Genética. En esta lógica, la Genética Humana se ha convertido en la racionalización básica del sufrimiento humano, en pocas palabras, de la desigualdad social.

El impulso dado al Proyecto del Genoma Humano es el ejemplo más perfecto del criterio reduccionista de la biología molecular. En las propias palabras de James Watson, co-descubridor del ADN y quien fuera el primer dirigente del Proyecto del Genoma Humano: “cuando finalmente interpretemos... los mensajes genéticos codificados dentro de las moléculas obtendremos la respuesta última de la estructura química de la existencia humana”³.

Sin embargo, por otro lado, sí existe la experiencia histórica de que el manejo de las nuevas tecnologías, así como la capacidad de utilizar, organizar, reglamentar, exportar y comerciar, aquel como saber, tiende a exagerar y marcar las desigualdades económicas entre las naciones. Irónicamente, la Biotecnología puede

¹ SHUSTER, Evelyne; *Determinism and Reductionism: A greater treat because of the Human Genome Project? en Gene Mapping*, en <http://www.bumc.bu.edu>, fecha de consulta: 12 de mayo, 2007.

² JAROFF; *The Gene Hunt, Scientist Launch a \$3 million Project to Map the Chromosomes and Decipher the Complete Understanding for Making a Human Being*, en *Time*, EUA., marzo 1999, pp. 62-71.

³ BREO; *ADN Discover James Watson now dreams of curing genetic diseases*, ed. JAMA, EUA, 1999, pp. 340-343.

elaborar nuevas vacunas para todas las enfermedades del primer mundo, pero, por ejemplo, la primera vacuna producida por la Ingeniería Genética en contra de la Hepatitis B es prácticamente inaccesible para los pueblos africanos quienes son las que más la necesitan.

4.1.2. La Razón Última: la Persona Humana

Toda esta enajenación nos ha llevado a olvidarnos de la razón última de la Ciencia del Derecho, de la vida, de nosotros mismos: la persona humana. Parte de este “caos” entre ciencia-hombre-genética-poder, se encuentra muy alejado de lo que debe precisamente darle respuesta y contenido a esta correlación de fenómenos y hechos, y en último término la forma en que deben ser previstos, protegidos y regulados por el derecho.

La noción de persona es uno de los grandes temas en que tienen que hablar desde la Teología, la Metafísica del hombre, la Teoría Jurídica⁴. Y para cada una de estas disciplinas, de estos vastos sectores del conocimiento, la palabra persona tiene un significado diferente. En esta lógica, podemos deducir que la palabra persona es un término equivoco. Precisamente esta multiplicidad de tratamientos y enfoques sobre el tema de la persona humana, es una de las causas más frecuentes de la confusión reinante en torno al lugar real que debe ocupar en relación a las tecnologías de la Genética Humana.

Si pensamos en la Filosofía del Derecho, como señala Del Vecchio, que estudia al derecho en sus ingredientes universales y primarios, investigando sus fundamentos, su misión es procurar alcanzar un conocimiento primario y universal de lo jurídico, “a un saber jurídico que no se apoye en ningún otro anterior y que sirva de fundamento a todas las ciencias del derecho”⁵. Se trata de un asunto que debería

⁴ GONZALEZ ARBOLEYA, Enrique; *Sobre la noción de persona*, en *Revista de Estudios políticos*, vol. XXII, núm. 47, Madrid, 1999, p. 104.

⁵ Cfr., DEL VECCHIO, Giorgio; *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 1963, p. 267.

ser privativo de los filósofos, por cuanto requiere perpetua y especial inquisición, actitud inquisitorial tras un objeto, a la luz de la Filosofía.

Siguiendo a Kant⁶ en su “crítica del juicio”, podemos decir que el tema de la persona supone del filósofo los tres atributos que lo deben distinguir:

“Pensar por sí mismo, enterándose de lo que piensan los demás, sin incurrir en contradicción”. Es decir, actitud de libertad para meditar, para pensar por sí mismo; libertad que engendra originalidad ya sea en la teoría o en el planteamiento, en el preguntarse, u originalidad para repensar lo pensado por otros.

Enterarse de lo que piensan los demás es hundirse en la tradición para aprovechar lo aprovechable, ya sea enfrentándose con los problemas, recogiendo planteamientos, sopesando teorías: supone amplitud de espíritu. Y, en fin, no incurrir en contradicción exige máxima sistematización, visión total, congruencia. El filósofo es por ello, como lo anota García Bacca, “un condenado a perpetuidad al trabajo forzado de pensar”⁷.

Un problema fundamental, que desde luego también ha contribuido a esta confusión, es que no existe una precisión clara sobre el objeto propio de la Ciencia Jurídica. Puesto que para algunos juristas el derecho es la disciplina sobre la justicia u otros valores jurídicos; mientras que para otros especialistas el objeto del derecho es la norma jurídica, es decir, que el derecho es ciencia de normas; y, más recientemente se ha llegado a afirmar que la ciencia jurídica tiene como objeto a la vida humana, es decir, la organización de la conducta del hombre⁸.

⁶ Véase, KANT, Immanuel; *Crítica del Juicio*, edición y traducción de Manuel García Morente, ed. Austral, Madrid 2007, pp. 462.

⁷ GARCÍA BACCA, Juan David; *Invitación a filosofar*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1940, p. 15.

⁸ Idem, p. 20.

Ya que, todos estos elementos han contribuido a la notable confusión que se advierte en tomo al concepto de persona. Como bien apunta Savatier, la persona se ha convertido “en el centro de la meditación jurídica contemporánea”⁹. En palabras de Fernández Sessarego¹⁰, esta situación es producto de la época actual, época de crisis, donde se acentúa la tensión persona-comunidad que es materia, precisamente de la Filosofía, de la Sociología y del Derecho.

Como lo explicaba Sorokin, hace ya algunas décadas -la reflexión en tomo al hombre, a la persona, en tiempos normales es llevada a cabo por un grupo limitado de pensadores e intelectuales-. Sin embargo, en épocas de crisis como la actual, el problema de la persona, de su origen y su destino, adquiere “repentinamente una importancia excepcional, tanto teórica como práctica; tanto para los pensadores como para el simple pueblo”¹¹.

Ahora bien, cualquier posición que se adopte sobre la persona en el derecho debe enraizarse en la Filosofía de la Ciencia y la Filosofía del Derecho, ya sea para afirmar, como lo hace Recaséns Siches, que la palabra “persona” tiene un sentido totalmente diverso “según se emplee en Filosofía para designar la peculiar manera de ser del hombre, o que se use en derecho, en donde significa no la auténtica realidad de lo humano, sino una categoría abstracta y genérica”¹².

Podemos concluir que en el campo filosófico “persona” es la expresión de la esencia de lo humano, esencia que, como explica el autor citado, no puede ser captada “dentro del mero campo de la ontología, antes bien, es conseguible, tan sólo en la intersección de este campo con el de la Ética”¹³.

⁹ SAVATIER, René; *Les Metamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ª ed., Librairie Dalloz, Paris, 1960, p. 5.

¹⁰FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; *La noción jurídica de persona*, 2ª ed., Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 1968, pp. 21-25.

¹¹ SOROKIN, Pitirim; *Las filosofías sociales de nuestra época de crisis*, Edt. Aguilar, S.A., Madrid, 1999, p. 25.

¹² RECASÉNS SICHES, Luis; *Filosofía del Derecho*, Edt. Porrúa, México, 2002, p. 245.

¹³ Ídem, p. 244.

En este sentido, Fernández Sassarego estima que para tener una idea de la persona no sólo debemos aprehender sus características ontológicas, sino también su participación en el mundo de los valores. La vida humana tiene una dimensión, una estructura estimativa. Y precisamente por esta inserción en el mundo de los valores, por tener fines propios, adquiere una peculiar y específica *dignidad*.

Recaséns Siches, ha propuesto una metodología para tratar de esbozar una postura sobre el concepto de persona, propone que deben formularse cuatro preguntas:

1. Qué es ser persona en derecho o, en otros términos, qué significa tener en un ordenamiento jurídico, la calidad de persona;
2. Quiénes son los entes a los cuales se considera personas en derecho, es decir, los entes sobre los que recae tal calificación jurídica;
3. En qué consiste el ser de los entes considerados personas por el derecho; y
4. Quiénes son los entes que “deben ser” estimados como personas¹⁴.

En relación con la primera pregunta, dice que la respuesta se relaciona con un tema propio de la Teoría General del Derecho; en relación a la segunda la respuesta está prevista por cada ordenamiento jurídico; en relación con la tercera de las preguntas, se trata de un tema de la antropología filosófica, y tratándose de personas denominadas físicas y de la Sociología en lo tocante a las personas jurídicas colectivas; finalmente, para la cuarta pregunta, estamos en el ámbito de lo que esta autor denomina política legislativa.

Si tratamos de dar respuesta utilizando el método de Recaséns dentro del derecho mexicano, nos encontramos que:

¹⁴ Ibidem.

a) Persona en nuestro derecho es, en pocas palabras, ser un centro de imputación de derechos y obligaciones;

b) En nuestro derecho se aceptan dos tipos de personas, la persona jurídica, es decir, el individuo como tal, y la persona moral, concediéndole cierto tipo de derechos sobre sí y para sí misma;

c) En cuanto a saber en qué consiste el ser considerado como persona por derecho podemos decir que aquel sujeto o ente considerado como persona (-física o moral-), tendrá en términos generales la protección del sistema jurídico en relación a las prerrogativas que éste reconoce;

d) Finalmente, la cuestión sobre quienes son los entes que “deben ser” estimados como personas, en la actualidad existe un movimiento que se trata de extender hacia nuevas categorías la conceptualización de persona, en relación con las personas físicas, consideraciones tales, como embrión o preembrión están siendo considerados para tener las prerrogativas de persona. Por otro lado, desde el punto del derecho público, las comunidades indígenas también están en el proceso de ser consideradas como una persona moral, con todas sus consecuencias, beneficios y responsabilidades.

4. 2. El Status Jurídico del cuerpo humano en el Derecho mexicano

En las líneas anteriores, se intenta dar una visión sobre el debate de la protección del ser humano que puede ser enfocado hacia diferentes aspectos, a saber, por ejemplo, lo relativo a la dignidad de la persona que, como sabemos, es el basamento de los principios de los Derechos Humanos, línea que han recogido tanto la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, como la Convención Relativa a los Derechos Humanos y la Biomedicina. También vimos cómo algunos especialistas fundamentan el surgimiento de la normatividad jurídica en la protección de la persona humana.

Ahora bien, la complejidad de la Investigación Genética ha hecho que el derecho, además de tratar de encontrar fundamentos filosóficos, éticos y morales en la reglamentación de esta área de investigación científica, se vea en la necesidad de crear, de inventar, de justificar nuevas categorías jurídicas que protejan el elemento tangible del ser humano, es decir, que resguarden precisamente aquello que transporta al ser humano, a la persona en esta vida y nos referimos al cuerpo con todos sus componentes, de ahí, la importancia del status jurídico del cuerpo humano.

La estructura jurídica que integre el status normativo del cuerpo humano, habrá de aportarnos importantes respuestas a las trascendentales interrogantes en tomo a las fronteras de la investigación de la Genética Humana. Para determinar el status jurídico del cuerpo humano, habremos de buscar, en primer lugar, dentro de las fuentes jurídicas algún tipo de reglamentación al respecto y, en segundo lugar, encontrar el fundamento de esta normatividad.

A manera de exposición, procederemos a preguntarnos ¿Cuáles son las normas que hacen alusión al status jurídico del cuerpo humano? analizando en forma paralela los posibles fundamentos de esta normatividad. De este modo podremos determinar si son suficientes, adecuadas o correctas.

Como se ha venido mencionado, el sistema normativo es un conjunto de valores que busca la protección de la persona humana en la sociedad. Asumiendo los problemas de orden filosófico que existen para definir el concepto de persona humana, observamos de igual manera, que no sólo existe una dificultad sino incluso una laguna jurídica en relación a la reglamentación y/o protección del cuerpo humano.

Pero ¿por qué nos interesa la suerte jurídica del cuerpo humano?, porque a partir de esta solución conoceremos los derechos que la persona tiene sobre el mismo. Desde el Derecho Romano, se distinguieron los derechos reales de los derechos personales, siendo los primeros aquellos que implicaban una relación

directa entre el sujeto y la cosa, mientras que los segundos, era la relación entre personas determinadas, a saber, acreedor y deudor¹⁵.

Sabemos que como datos distintivos, los derechos reales recaen sobre cosas corporales; que pueden ejercerse frente a cualquiera; que tienen por reverso un deber negativo que se traduce en no entorpecer su libre ejercicio y que trae consigo un disfrute permanente. La propiedad es por excelencia un derecho real y encierra los siguientes derechos: de usar, de disfrutar, de enajenar, de reivindicar, etcétera.

En el libro segundo “de los bienes” del Código Civil para el Distrito Federal, los artículos 747, 748 y 749¹⁶, hacen alusión a las reglas de la propiedad de los bienes y señalan:

Art. 747. “Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidos del comercio”;

Art. 748. “Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”;

Art. 749. “Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que declara irreductibles a propiedad particular”.

En el Sistema Jurídico Mexicano encontramos alusión al cuerpo humano exclusivamente en la Ley General de Salud y sus correspondientes reglamentaciones. Dentro de la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4º constitucional, se contienen en el título decimocuarto, las normas relativas al *control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos*. Dicho título lo integran tres capítulos: de disposiciones generales; el relativo a órganos y tejidos, y el de cadáveres.

¹⁵ IGLESIAS, Juan; *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, ed. Ariel, Madrid, 2002, p. 244.

¹⁶ Todas las legislaciones y códigos que se señalan en el presente capítulo han sido consultados en el sitio legal Web: www.ordenjuridico.gob.mx, fecha de consulta: 16 de Mayo de 2007.

Debemos mencionar que entre esta normatividad también existe el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario sobre la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, que aún no ha sido reformado para seguir los lineamientos de la reciente modificación; la misma suerte ha tenido el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, en el capítulo VI, que hace alusión a la Investigación de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos. Esperamos que en el futuro se actualicen estas normas.

Las reformas a la Ley General de Salud se publicaron en la primera sección del día 7 de mayo de 1997¹⁷, y abarcan áreas desde la obtención de licencias sanitarias y permisos para prestación de servicios de salud en esta materia, hasta la adición de de el capítulo XII, en el artículo 282 bis, relativo a los productos biotecnológicos, una innovación en nuestra legislación nacional. A continuación los puntos más destacados.

4.2.1. Sobre Genética y Biotecnología

En este sentido, la reforma se enfocó a darle mayor énfasis a la definición del control sanitario sobre la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos y sus componentes. En este sentido se reformó el artículo 3 en su fracción XXVI, al incluir el término células y a la letra el artículo dice: *“control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos”*.

La modificación en la definición intenta especificar lo mejor posible cada uno de los elementos que intervienen el proceso genético. La inclusión del término “célula” es de gran trascendencia, ya que, como hemos visto, es precisamente en el núcleo de la molécula de ácido desoxirribonucleico o ADN, denominado “código

¹⁷ Cfr. MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia; *Ley General de Salud: La biotecnología en la normatividad mexicana ¿podemos estar tranquilos?*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, p. 10.

genético”, donde se expresa en cada uno de sus segmentos (genes) las características del individuo.

Esta misma reforma en la definición fue incorporada en el capítulo II bis, destinado a la reglamentación de los productos biotecnológicos, normas que incluyen por primera vez los procedimientos de la Ingeniería Genética en organismos vivos.

En este sentido, define el artículo 282 “bis” el concepto de productos biotecnológicos, el cual establece:

“Para efectos de esta Ley, se consideran productos biotecnológicos, aquellos alimentos, ingredientes, aditivos, materias primas, insumos para la salud, plaguicidas, sustancias tóxicas o peligrosas, y sus desechos, en cuyo proceso intervengan organismos vivos o parte de ellos, modificados por técnica tradicional o Ingeniería Genética”.

Como una crítica, debemos decir que el legislador, sin dar una definición precisa de los términos (Técnica tradicional o Ingeniería Genética) utilizados, deja la posibilidad de la interpretación lo que se entiende por ellos, por lo tanto y debido a la confusión, analicemos el por qué:

En la definición encontramos que se trata de un organismo vivo, que ha sido modificado, dice el legislador, por Técnica tradicional o Ingeniería Genética; entonces identificamos tres elementos:

1. Organismos vivos o parte de ellos; pero ¿se trata de un organismo vivo animal o vegetal? ¿Ambos? o ¿Cualquiera de ellos?
2. Que ha sido modificado; ¿En dónde se ha modificado? ¿En su estructura física o en su composición química? o ¿ambas?

3. Por una Técnica tradicional o Ingeniería Genética, ¿Cuál es esa técnica tradicional? es decir, aquello que no es Ingeniería Genética, pero ¿Qué es entonces Ingeniería Genética?

Cualquier técnica que modifique las estructuras específicas (-un código-) forma parte de Ingeniería Genética, pero no podemos hablar de que los métodos sean tradicionales, ya que las técnicas de manipulación Genética son objeto constante de investigación relativamente reciente, de modo que no existen métodos aceptados como universalmente tradicionales.

De hecho, esta reforma en la normatividad mexicana es trascendente, porque, alude a lo que en los últimos años hemos sido testigos: el nacimiento y consolidación de la Biotecnología moderna. Como comentan los especialistas, “no es que antes de este tiempo no se hablara de Biotecnología, sino que originalmente estos productos se identificaban con cierto tipo de procesos tradicionales muy ligados a la producción de alimentos y bebidas”¹⁸.

Más concretamente, la Biotecnología actual, surge de dos hechos relevantes: primer lugar, con la aparición de la Biología molecular, disciplina que en los años cincuenta permitió conocer la estructura de la molécula del ADN, descubriendo que ahí se encontraba la Información Genética de los seres vivos, tal como se traduce para dar lugar a la síntesis proteica. Posteriormente, en los años sesenta, emergieron las técnicas del ADN recombinante o de Ingeniería Genética, que permiten aislar y manipular el material genético, provocando mutaciones y/o modificando las cadenas insertando genes específicos entre especies, alterando la codificación, de manera que sean sintetizadas proteínas intencionadamente.

¹⁸ BOLIVAR ZAPATA, Francisco; *Biotecnología Moderna en México: áreas estratégicas*, en AA. VV. *México, ciencia y tecnología en el umbral del siglo XXI*, CONACYT, ed. Porrúa, México, 1994, pp. 43-85.

Siguiendo las ideas del legislador mexicano, un producto biotecnológico sólo podrá considerarse como tal, cuando ha sido modificado por un método no tradicional (aunque el legislador lo haya incluido en este capítulo XII bis), es decir, cuando ha sido modificado por alguna Técnica Genética, que implica la intervención en el material genético, o sea, en la estructura de la molécula del ADN.

Ahora bien, analicemos ¿Cuáles son estos productos? Es de manifestarse que si estamos frente a un producto de la manipulación del material genético, estaríamos hablando de lo que se denomina un ser vivo transgénico, que pueden ser:

a. Plantas transgénicas: son plantas a las que se les ha insertado un ADN previamente modificado, con la finalidad de que esta nueva información sea heredada a las siguientes generaciones mediante la duplicación de la molécula de ADN que ha sido manipulada y reconocida como propia por la célula genética.

b. Mamíferos transgénicos: Ahora bien, para la realización de una manipulación de material genético de mamíferos, una de las técnicas empleadas consiste en remover un huevo fertilizado o embrión de la progenitora, cultivarlo *in vitro* y reimplantarlo en el útero de la madre.

En el reformado artículo 282, bis 1, se determina a. la Secretaria de Salud como la autoridad competente para tener conocimiento de la existencia de un producto biotecnológico, ya que señala:

“Se deberá notificar a la Secretaria de Salud, de todos aquellos productos biotecnológicos o de los derivados de estos, que se destinen al uso o consumo humano”.

Esto quiere decir, que todas las actividades realizadas en materia agrícola y agropecuaria, tales como mejora de ganado, de producción en alimentos, deben ser

“notificados”, a la Secretaría de Salud para que haga ¿Qué? Además, no se determina si los productos modificados por técnica tradicional deben ser también “notificados”.

4.2.2. Sobre el Control Sanitario de la disposición de Órganos, Tejidos, Células y Cadáveres de Seres Humanos

Como es evidente, existe una gran relación entre los procesos biotecnológicos y el proceso relativo a la disposición de órganos, tejidos y ahora de “células”, término que ya hemos visto, es la parte que ha sido incorporada a la ley.

La mencionada reforma también incorpora el término célula en este renglón, así en el artículo 314 fracción primera se define:

“I. Disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células y cadáveres de seres Humanos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, análisis conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos con fines terapéuticos de docencia o investigación”.

Por otro lado, en el artículo 319 se hace la especificación de que los establecimientos que manejan este tipo de tejidos requieren de una autorización sanitaria expedida por la Secretaría de Salud.

Contundente es el artículo 320, también reformado para incluir el término de células, que: *“se considera una disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, a aquélla que se realiza en contra de la ley y del orden público”.*

Es de gran importancia el señalamiento del artículo 321, que específicamente reglamenta: *“el transplante de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrá llevarse a cabo con fines terapéuticos... cuando representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante originario y del receptor, siempre que existan justificantes de orden terapéutico”*.

Ahora bien, tanto en los artículos 321 y 323, se determina que el transplante o transfusión de órganos, tejidos y sus componentes y células se hará por prescripción Médica y con fines terapéuticos.

En el artículo 324, como requisito del transplante, se requiere el consentimiento libre otorgado frente a notario o un documento expedido con testigos idóneos. El requerimiento del notario o el documento frente a testigo ha limitado mucho el proceso de donación de órganos, ya que en forma práctica pocos individuos recurren al funcionario para obtener este tipo de documentos notariados y si existen en el momento de un fallecimiento, la familia carece de una lógica de la donación y evita que se lleve a cabo. Por otro lado, si llega a existir el documento, en algunos, incluso dentro de los hospitales o el mismo agente del Ministerio Público, se niega aceptarlo como legal.

En esta misma línea de ideas, se señala en el artículo 322, que: *“tratándose de la sangre, componentes sanguíneos y células pro genitoras, hematopoyéticas, la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres Humanos confines terapéuticos se hará preferentemente en cadáveres”*. Existe un error en la terminología utilizada por el legislador, ya que es imposible sugerir la obtención de órganos de un cadáver. Es evidente que el legislador requiere hacer una distinción más precisa y adecuada cuando se refiere a un ser humano que puede ser utilizado para una donación de órganos, ya que, un “cadáver” es imposible utilizarlo para tal finalidad.

Es evidente que deben instaurarse nuevos términos que precisen el estado de “paro cardio-respiratorio”, como el estado de susceptibilidad para donación de órganos, ya que lo que se requiere es la oxigenación del organismo y un cadáver, no tiene actividad alguna.

El mismo artículo se adiciona mencionando que para el caso de la sangre, los componentes sanguíneos y las células progenitoras (*germinales, sexuales*) sólo se requiere el consentimiento simple por escrito, pudiéndose revocar en cualquier momento. Al igual del artículo 332, se determina que la “*sangre humana, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, sólo podrán obtenerse de voluntarios que los proporcionen gratuitamente y en ningún caso podrán ser objeto de actos de comercio*”.

Esto parece interesante en relación con los “bancos de esperma”, que no han sido reglamentados en la ley, pero que en la práctica en algunas instituciones de salud, son evidentemente realizados dentro de las prácticas de esterilidad e infertilidad, es decir las técnicas de la inseminación artificial y fertilización *in vitro*. Sin embargo, para el caso de una retractación de aquél individuo, hombre o mujer que realiza una donación de su esperma o su óvulo para ser utilizados en la fecundación asistida, no existen reglas precisas sobre la propiedad y el uso de aquellas “células” que han sido dadas en donación o utilizadas para algún trasplante.

Ahora bien, en relación a los establecimientos de salud que llevaran a cabo labores de “*bancos de órganos, tejidos y sus componentes y de células*”, requieren una autorización de la Secretaría de Salud; así lo determinan los artículos 329 y 373. Los bancos de órganos manejarán también “*la disposición de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos*”, según el artículo 330.

Finalmente, como lo mencionamos en líneas anteriores, el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de Investigación para la Salud, hace alusión al cuerpo humano en su capítulo VI, relativo a la investigación en órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos; sin embargo, la normatividad se concreta a determinar que la investigación que se realice debe respetar al cadáver del ser humano, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

4.2.3. Límites, Libertades de la Investigación Genética: El Consentimiento Informado

Parece pertinente hacer alusión al consentimiento informado, ya que tiene relación precisamente con la posibilidad de intervenir o experimentar con los componentes del cuerpo humano.

En el Sistema Jurídico Mexicano, el consentimiento Informado, que es uno de los principios que surgieron del Código de Nuremberg, se encuentra legislado en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación de la Salud¹⁹ y es definido en el artículo 20 del texto, el cual establece:

“Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con capacidad de libre elección y sin coacción alguna”.

¹⁹ Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, con fecha de 6 de Enero de 1987, disponible en línea en www.ordenjuridico.com, fecha de consulta: Enero de 2006.

En relación con los requisitos, el artículo 21 establece:

“Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa de tal forma que pueda comprenderla, en los siguientes aspectos:

I. La justificación y los objetivos de la investigación;

II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;

III. Las molestias o los riesgos esperados;

IV. Los beneficios que pueden obtenerse;

V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;

VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;

VII. La libertad de retirar su consentimiento de cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;

VIII. La seguridad que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;

265 Publicado en el Diario Oficial, el 6 de enero de 1987;

IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;

X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de salud, en el caso de daños que ameriten, directamente causados por la investigación, y;

XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación”.

Debemos aclarar que el consentimiento informado es un proceso de información para el sujeto que participe en una experimentación humana. ¿Son los procedimientos de la Investigación Genética Humana una experimentación? Sí, efectivamente, como son procesos en actual desarrollo no podemos hablar más que de experimentación. Por lo tanto, es incorrecto hablar de terapia génica, salvo para algunas de las enfermedades genéticas, ya que, en la mayoría de los casos de las enfermedades genéticas, tanto la terapia génica somática como germinal se encuentra en proceso de desarrollo.

En resumen, como hemos observado en el sistema jurídico mexicano, la reglamentación del status del cuerpo humano es accidental, realmente enfocada a cuestiones accesorias, como lo son la disposición de órganos y tejidos, pero sin determinar cuestiones filosóficas de integridad del cuerpo humano, ni mucho menos aspectos de la propiedad de sus componentes.

4.3. El Genoma Humano y las áreas para su Normatividad Jurídica en México

En este capítulo nos dedicaremos a analizar, concretamente, las implicaciones del Genoma Humano dentro de cada rama del ordenamiento jurídico mexicano. El Sistema Jurídico Mexicano, en términos de áreas del derecho, se ha dividido tradicionalmente en Derecho Público y Derecho Privado. Los criterios para distinguir estas normas han sido motivo de múltiples discusiones. Mientras ciertos autores afirman que ambos conceptos constituyen categorías a priori del derecho²⁰, otros afirman que importan una división con la única finalidad político-ideológica, y otros que la división es inútil para la sistematización del derecho²¹.

²⁰ RADBRUCH, Gustavo; *Filosofía del Derecho*, 3ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, p. 163.

²¹ KELSEN, Hans; *Teoría General del Derecho y el Estado*, ed. UNAM, México, 1979, p. 246.

Se ha llegado a afirmar que son *los intereses en juego* los que fundamentan la división del derecho público y privado, atendiendo al beneficio particular o colectivo que procura la norma. Por otro lado, se dice que es la naturaleza de los sujetos de la relación la que determina el carácter privado o público del derecho que la regula, de tal forma que las relaciones jurídicas en las que el Estado es una de las partes, serán de derecho público, y el derecho privado queda limitado a normar relaciones entre particulares.

Entre la gran diversidad de teorías, mencionaremos, por último, aquella que predica la subordinación como elemento esencial de las relaciones de derecho público y la coordinación de las relaciones de derecho privado. Ahora bien, sabemos que tradicionalmente se han clasificado las normas jurídicas en normas de derecho privado y normas de derecho público. En el primer grupo se encuentran las leyes que, partiendo de la noción de igualdad, regulan las relaciones de las personas en su carácter de particulares, esto es, que no estén investidas de poder público respecto a dichas relaciones. En el segundo grupo, las normas que reglamentan la organización y actividad del Estado y demás organismos dotados de poder público, y las relaciones en que interviene con tal carácter.

Por otro lado, reconociendo las fallas de cada teoría, no podemos dejar de incluir en nuestra clasificación, las normas del derecho social, es decir aquel conjunto de normas jurídicas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos socialmente más desprotegidos²².

Entonces, presentaremos las repercusiones que generan el Genoma Humano, a partir de la clasificación de los Derechos Público, Privado y Social, y donde consideramos existe algún tipo de consecuencia normativa.

²² GAXIOLA MORAILA, Federico Jorge; voz *Derecho Social*, Diccionario Jurídico Mexicano, 10ª ed., ed. Porrúa, México, T. II, pp. 1040-1041.

4.3.1. Derecho Público

Como mencionamos en líneas anteriores, el Derecho Público son las normas relativas al ejercicio de la autoridad estatal, son tres áreas las que han visto repercusiones en relación al Genoma Humano: el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal.

a) Derecho Constitucional

Para Jorge Carpizo²³, el Derecho Constitucional en su sentido amplio es el propio orden jurídico, bien se puede decir, que es la totalidad de ese derecho, ya que la base y los principios generales y fundamentales de las otras disciplinas jurídicas se encuentran en él. El Derecho Constitucional, indica los procedimientos de creación, modificación y abrogación de todas las normas de ese orden jurídico.

En cambio, el Derecho Constitucional en sentido estricto se refiere a una rama del orden jurídico, o sea, a una disciplina que tiene como finalidad el conocimiento de un determinado conjunto de preceptos. En otras palabras, podemos decir, que el derecho constitucional en sentido estricto, es la disciplina que estudia las normas que configuran la forma y sistema de gobierno; la creación, organización y atribución de competencia de los órganos del propio gobierno, y que garantiza al individuo un mínimo de seguridad jurídica y económica.

La parte que puede verse vulnerada por la experimentación sobre el genoma humano es la de la seguridad jurídica, y como sabemos, en la Constitución existen una serie de derechos individuales que se reconocen a todos los hombres y que todos los órganos de gobierno están obligados a respetar. Es precisamente el derecho a la intimidad el que se encuentra en riesgo frente al impacto de las Tecnologías Genéticas.

²³ CARPIZO, Jorge; *voz Derecho Constitucional*, Diccionario Jurídico Mexicano, *op., cit., supra*, T. III, pp. 973-974.

Ya desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocida como el hito histórico en la conformación de los derechos del hombre, se estatuye, en su artículo 12, el derecho a la intimidad, al indicar que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación.* Como hemos comentado en puntos anteriores, desde 1948 hasta nuestros días, la Declaración, sin ser un convenio vinculatorio ha tenido una vasta influencia en el ámbito internacional e incluso en la órbita interna de todos los países del mundo.

Inmersos en la lógica de los avances tecnológicos dentro de nuestras sociedades, el ser humano parece que tan sólo es un instrumento que se ve manejado por los intereses de la ciencia y la tecnología, de ahí la importancia de proteger adecuadamente el marco de derechos del ser humano. Así es, como somos testigos de la tensa dialéctica entre los efectos y los peligros del manejo de la información, donde precisamente la Información Genética viene a constituirse como el ámbito de mayor vulnerabilidad.

Tal parece que la implicación de los desarrollos científicos en la de la difusión de la información revela, frecuentemente, las contradicciones entre los Derechos Fundamentales y la libertad de las personas. Esta siendo difícil determinar cual podría ser el equilibrio entre la vida privada y las actividades públicas.

El origen sobre las reflexiones en torno a la protección de la vida privada, surge a principios de siglo, con la aparición de las técnicas modernas. Sin importar la familia jurídica a la que pertenece (-common law o romano-germánica-) los jueces en esa época reaccionan inmediatamente en un sentido liberal utilizando los principios generales del derecho.

Aunque las fuentes del derecho respecto a la vida privada se encuentran dentro de las reglas de derecho interno, éstas coinciden, para los países que las regulan, en defender a los seres humanos de *“las actividades tendientes al espionaje*

*o vigilancia; de los atentados al honor y a la reputación de los hechos similares, de el uso indebido del nombre, de la identidad o de la imagen, de la divulgación de informaciones protegidas por el secreto profesional*²⁴.

En relación a terminología existen diversos rubros que aluden a la protección de la esfera más ínfima del ser humano: derecho a la intimidad, vida privada, esfera íntima. Nosotros estimamos que el término más adecuado es el derecho a la privacidad. Sin embargo, se observan algunas divergencias importantes entre los sistemas jurídicos, sobre todo en la tradición anglosajona y los países europeos como Francia y Alemania.

En el mundo contemporáneo el derecho a la intimidad se confunde en el campo de lo civil y de lo penal, traduciéndose en la garantía de inviolabilidad domiciliaría y en el secreto de las comunicaciones, pero sin que en dichas garantías se comprenda la verdadera naturaleza e implicaciones que reviste el abusivo uso de los datos informáticos.

Para poder proponer una tipología de la Información Genética, debemos distinguir las diferencias entre el material genético propiamente dicho y la Información Genética:

a. El material genético: siempre ha existido desde que aparecen los rasgos de vida en el mundo entero, mientras que;

b. La información Genética: se obtiene al realizar una serie de técnicas o metodologías, que permiten la extracción de ciertos datos específicos, que en su conjunto integran la mencionada Información Genética.

²⁴ VANDENBERGHE, Hugo; *Aproximaciones a la noción de vida privada*, en Actas del Coloquio de Banco de Donaciones, Universidad de Namur, Centro de Investigaciones Informáticas y Derecho, CIEAU-CREADIF, Bruselas, 1980, p. 75.

Entonces, podemos decir que la Información Genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentarán necesariamente en un soporte determinado, bien puede ser un archivo manual o un banco de información específico, este punto será retomado en el inciso correspondiente al derecho administrativo.

Por otro lado, la información Genética es una información de naturaleza particular, ya que contiene datos de naturaleza dual. Por un lado:

1. Es información única y singular, por lo tanto se trata de un tipo de información intransferible, se presenta como una serie de datos únicos, que pertenecen exclusivamente al individuo, pero;

2. Es información compartida, ya que se trata de datos que también son compartidos e interdependientes, pues se comparten, en un primer momento, con los miembros de la familia ascendientes y descendientes, en un segundo momento, con el grupo étnico al que se pertenece, y más ampliamente con toda la especie humana.

Además, no podemos olvidar que, la importancia de la Información Genética radica en que:

Es el futuro de la salud de la humanidad misma, de las generaciones por venir, ya que revela, por una parte, la identidad del individuo y por la otra, el estado de salud presente y futuro de la persona o un grupo de personas;

También es una información diversa a la comúnmente manejada en el ámbito de la Medicina, ya que los datos genéticos, las huellas genéticas derivan de una serie de técnicas precisas y complejas²⁵.

²⁵ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia; *La información genética, espejo de uno mismo, en Cuadernos del Núcleo de estudios interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos*, UNAM-IIIJ, México, 1998, p. 183.

Por otro lado, las nuevas tecnologías sobre la información han modificado las relaciones humanas dentro de la sociedad. El mundo contemporáneo se caracteriza por la producción, la difusión y el consumo de información sin precedente²⁶.

El Derecho a la Información tiene un doble significado: es el derecho que todos tenemos de ser informados de lo que sucede y que puede interesarnos; y es también el derecho, atribuido en particular a los periodistas y a los operadores de televisión, de informar a los lectores y a los espectadores acerca de los acontecimientos²⁷. Sin embargo, es fundamental que en uso del derecho a la información no se viole o sea lesionada la esfera de la vida privada del ser humano.

De ahí la importancia de que en el Estado de derecho y en su proceso de modernización, los avances científicos y tecnológicos, así como las figuras jurídicas que las regulen, estén destinadas a servir al ciudadano y no atentar a la identidad humana, ni a los Derechos del Hombre y a las libertades individuales y públicas.

Algunos países de Europa, principalmente, han expedido una serie de normatividades que protegen por un lado, la integridad del individuo frente al manejo de la información y por el otro, garantizan la libertad en el adecuado manejo de la misma. La base jurídica es más amplia, es el derecho de la persona de conservar su autonomía su identidad y su propio destino, o en términos de Lucas Murillo su autodeterminación informativa²⁸.

En este sentido, el concepto de vida privada, en relación con el manejo de la información del individuo tiene un doble significado. Por un lado, la protección de la esfera de la vida privada *strictu sensu* se refiere al problema de la información delicada, definida como aquella relativa al origen racial, a las opiniones públicas y religiosas, a la participación sindical, misma que no puede ser recopilada, ni

²⁶ FRIOSINI, Vittorio; *Informática y Derecho*, ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1988, p. 65.

²⁷ Idem, p. 66.

²⁸ LUCAS MURILLO, Pablo; *El derecho a la autodeterminación informativa*, ed. Tecnos, Madrid, España, 1990, p. 53.

procesada automáticamente, salvo que exista autorización expresa del interesado; por el otro lado, el manejo y registro de otro tipo de información puede también atender contra la vida privada *strictu sensu*, pero en relación al ámbito social al que pertenece.

Como lo mencionamos anteriormente, esta discusión sobre el manejo de la Información Genética pertenece a un rubro más amplio. Analicemos más detenidamente el proceso conceptual y normativo que han tenido estas legislaciones.

En primer lugar, la Convención Europea para la Protección de Personas sobre el Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, firmado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, que ha sido el marco normativo de las legislaciones nacionales al respecto. Esta Convención determina como objetivo de la misma:

Art. 1. “Garantizar, sobre el territorio de cada parte a toda persona física, cualquiera que sea su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus Derechos y de sus libertades fundamentales, en particular el derecho su vida privada, en relación al tratamiento automatizado de la información de carácter personal”.

El mismo documento europeo define en su artículo 6, el concepto de información personal, y señala:

“Es la información de carácter personal, relevante al origen racial, las opiniones publicas, las convicciones religiosas y otras convicciones, el estatus de los datos de carácter personal relativas a la salud o a la vida sexual, no pueden ser tratados automáticamente a menos que el derecho interno prevea

las garantías determinadas. En el mismo sentido se encuentra la información de tipo personal concerniente a las infracciones penales”²⁹.

Entonces, la denominada información sensible tiene tres tipos de contenidos, a saber:

1. La información relativa a las convicciones religiosas, políticas o sindicales;
2. Información relativa al origen racial, a la salud y a las preferencias sexuales, y;
3. Información relativa a los antecedentes penales o infracciones administrativas.

Debido al contenido de la información sensible los riesgos y daños potenciales por su difusión producen un impacto mayor en la intimidad y dignidad de la persona. Es evidente que con las prácticas o análisis genético se producirá información estrictamente personal y confidencial, que se identifica con la información sensible. La Información Genética pertenece al área de la información de la salud, y es de naturaleza sensible como lo han reconocido los países que han reconocido el derecho a la autodeterminación informativa. Por todo lo anterior, se le considera que la información sensible debe tener un manejo especial y confidencial, tanto en los rubros señalados en el que nos interesa, es decir, la información en el área de la Salud y en particular la Información Genética.

Todos los países europeos han coincidido en aceptar y reconocer un llamado *derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática*³⁰, como fue denominado por el Tribunal Constitucional de Alemania.

²⁹ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia; *La protección de la persona frente a las tecnologías de la comunicación*, ed. IIJ-UNAM, México, 2000, p. 9, disponible en línea en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2253/4.pdf>, fecha de consulta: 14 de Marzo de 2007.

³⁰ Cfr., LUCAS MURILLO, Pablo; *op. cit. supra*, p. 25.

En relación al contenido del derecho a la autodeterminación informativa, tenemos los siguientes aspectos: *derecho de información, derecho de acceso a la información personal, derecho de actualización, derecho de confidencialidad y derecho de exclusión.*

Hay algunos países tanto de Europa como de América Latina que ya han reconocido a nivel constitucional este derecho a la autodeterminación informativa. En Europa tenemos a España y a Portugal, cuyas cartas magnas determinan, para el caso de España en el artículo 18.4 y 105 b³¹, respectivamente:

“Art. 18.4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus Derechos”;

“Art. 105 b la ley regulará el acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”;

En el caso de Portugal el artículo 35, inciso 1, señala el tratamiento que debe darse a la utilización de la informática y establece³²:

“Art. 35, inciso 1: “Todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de los datos contenidos en ficheros o registros informáticos a su respecto, pudiendo exigir su rectificación y actualización, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes sobre secretos de Estado y secretos de justicia”.

El inciso 2 agrega: *“Está prohibido el acceso a ficheros y registros informáticos para conocer datos personales de terceros, o por interconexión, salvo los casos excepcionales previstos en la ley”.*

El inciso 3: *“la informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referidos a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe*

³¹ Idem.

³² Ibidem.

religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de procesamiento de datos estadísticos que no se identifiquen individualmente”.

Es evidente que el Genoma Humano es el componente integral tanto del individuo como de la humanidad misma, de ahí la importancia de las normas constitucionales para su protección y regulación jurídica. El responsable del manejo de la Información Genética o el creador de un banco de datos, sea el Estado o una institución científica, habrá de extremar cuidados a fin de resguardar con todo recelo la confidencialidad de la Información Genética.

En relación con el acceso de la Información Genética, toda persona tiene derecho a la intimidad, es decir, que la información relativa a su estado de salud es estrictamente confidencial y restringida para el uso de los profesionales de la salud, de tal forma que, sólo el interesado está autorizado para conocer su código genético, debiendo ser informado de los riesgos involucrados así como de los medios terapéuticos a su alcance.

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos es primordial que frente al uso de la información por medios informáticos se reglamente el derecho a la autodeterminación informativa en México.

b) Derecho Administrativo

En este punto podemos decir que es la rama del derecho público que tiene por objeto regular la actividad de la administración pública, encargada de satisfacer las necesidades esenciales de la colectividad, se dice que es por excelencia el derecho de la administración³³.

³³ NAVA NEGRETE, Alfonso; *voz Derecho Administrativo*, Diccionario Jurídico Mexicano, *op., cit., supra*, pp. 933-935.

El Derecho Administrativo vitalmente se ocupa de la administración, pero también constituye el derecho de los particulares, es decir, que regula las relaciones entre aquélla y éstos. Incluye la reglamentación de todos los servicios públicos prestados por la administración pública o por los particulares. Como sabemos, la idea de servicio público dominó el único objeto de la actividad de la administración y el derecho administrativo era el derecho de los servicios públicos, pero hoy día, los servicios públicos son prestados tanto por la administración como por los particulares, por lo tanto, su régimen se integra por el derecho administrativo y por el derecho privado, con predominio del primero.

En relación con las normas del Derecho Administrativo relacionadas con el Genoma Humano encontramos los siguientes aspectos, que desde luego también tienen relación con el derecho a la intimidad y la difusión de la Información Genética, pero ahora desde la óptica de la normatividad administrativa.

c) Derecho Penal

También llamado Derecho Criminal o Derecho Punitivo, para Alvaro Bunster³⁴, es el conjunto de Normas Jurídicas del Estado que versan sobre el delito y las consecuencias que éste acarrea, esto es, la pena y las medidas de seguridad. Es una rama del Derecho Público, pues la potestad punitiva compete exclusivamente al Estado.

Dentro de la Criminología, que es la ciencia que estudia las conductas antisociales de los seres humanos y las causas que las provocan. Como sabemos, las bases para el desarrollo científico de la criminología fueron propuestas por César Lombroso, en cuya teoría biológico determinista se redujo a la influencia de los factores biológicos-genéticos en la determinación de un crimen a un 40%, atribuyéndole un 60% a los factores ambientales³⁵.

³⁴ BUNSTER, Alvaro; *voz Derecho Penal, Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., supra*, pp. 1021-1022.

³⁵ LAMNEK, Siegfried; *Teorías de la criminalidad*, 3ª ed., Edt. Siglo XXI, México, 1987, p. 21.

A partir de los estudios de Lombroso comienzan a desarrollarse diferentes escuelas para el estudio de la criminología, entre ellas la corriente biológica, dentro de la cual, el descubrimiento de las Leyes de la Genética por Gregorio Mendel, se inicia una nueva línea de búsqueda en la criminología, que ha sido definida como la ciencia del delito o la ciencia del crimen³⁶.

Precisamente, las técnicas de la identificación Genética han sido ampliamente utilizadas dentro del proceso de investigación criminal, en particular, dentro de las prácticas de la Medicina forense. Efectivamente, “la introducción de las huellas del ADN por A. Jeffreys, en 1985 han tenido un tremendo impacto tanto en las pruebas de paternidad como en las marcas forenses. En los últimos diez años, importantes sistemas de identificación del ADN altamente informativos se han desarrollado para proporcionar poderosas vías de individualización biológica en los rasgos del origen humano. La eficacia de la técnica ha hecho que se le considere la prueba “revolucionaria” en el campo del derecho penal³⁷.

Las pruebas de huellas Genéticas del ADN se han convertido en una técnica *ad hoc* dentro de las investigaciones criminales, debido a que los resultados pueden ser obtenidos a partir de cualquier tipo de fuente de material biológico, ya que todos contienen en sus células el código genético del organismo al que pertenecen.

En contraste con los exámenes convencionales de análisis de sangre, cuya confiabilidad dependen de la habilidad de obtener tanto sangre como fluidos Humanos, los resultados del ADN no dependen de la naturaleza del material o del tipo de célula analizada, ya que, como lo mencionamos el código genético estará en cualquier tipo de célula somática de cualquier individuo.

³⁶ CORREA GARCÍA, Sergio; *voz Criminología*, Diccionario Jurídico Mexicano, *op., cit., supra*, pp. 779-780.

³⁷ *Ibidem*.

❖ ***Problemáticas Éticas en la generación de bancos de datos genéticos de ADN***

A pesar de que las aplicaciones forenses para el análisis del ADN pueden beneficiar a un número importante de individuos y grupos, también involucran una serie de actividades, tales como la recolección, el almacenaje, el análisis y la presentación de resultados, que pueden tener cierto tipo de impactos a diversos niveles, por lo tanto, la generación de bancos de datos genéticos implican una serie de aspectos éticos que jurídicamente habremos de resolver.

Es evidente que valores tales como la intimidad, la integridad del cuerpo humano, el respeto a la integridad humana se pueden ver amenazados por el manejo y recolección de huellas genéticas, así como el análisis criminológico del mismo.

El debate sobre las implicaciones éticas, jurídicas y científicas de los bancos genéticos, giran principalmente en torno a los siguientes aspectos:

La certeza en el análisis de los diferentes métodos del ADN;

La adecuada competencia de aquellos laboratorios que realizan dichas pruebas;

La admisibilidad, la presentación la interpretación de la evidencia del ADN en los juicios criminales;

La recolección y almacenamiento de huellas y datos genéticos, y los usos de este tipo información³⁸.

❖ ***Reglamentaciones específicas sobre bancos de datos genéticos***

Este aspecto ha sido objeto de amplio análisis por el Comité de Expertos en Bioética del Consejo de Europa desde 1991, quien emitiera una serie de

³⁸ BEYLEVELD, Deryck; *Ethical Issues in the forensic applications of ADN analysis*, en *Forensic Science International*, vol. 88, Burlington, 2000, pp. 3-15.

recomendaciones al respecto por una Comisión Real del Reino Unido, quien en 1993 expidiera la Ley de Justicia Criminal y Orden Público de 1994, que derogó la Ley de Policía y Evidencia Criminal de 1984. Así mismo, el decreto que propuso la Ley de la Privacidad Genética de 1995, actualmente esta en revisión por el Senado de Estados Unidos³⁹.

A pesar de los problemas éticos y jurídicos en torno al levantamiento de una huella genética, diversos países de Europa han adoptado una serie de reglamentaciones nacionales con la finalidad de conciliar los intereses en pugna, es decir, aquellos que protegen los derechos de intimidad y dignidad de los seres Humanos, frente a la necesidad de proporcionar justicia mediante la investigación de conductas criminales.

A continuación comentaremos algunos de los aspectos más importantes de aquellos países que han otorgado una normatividad específica al manejo de las huellas Genéticas en el ámbito forense:

Dinamarca. En este país se reconocen tres instituciones de Medicina forense que practican todas investigaciones en la materia. Las instituciones son universitarias y dependen del Ministerio de Educación, un amplio grado de independencia. Ahora bien, todo tipo de investigaciones en el ámbito penal, sobre paternidad o inmigración en Dinamarca, Greenland y las Islas Faro se practican por el Departamento de Genética Forense, n el Instituto de Medicina Forense y a la Universidad de Copenhague⁴⁰.

Noruega. Prácticamente todas pruebas sobre huellas biológicas se practican en el Instituto de Medicina Forense de la Universidad de Oslo. Incluso en este país, en el artículo 157 del Código de Procedimientos Penales, se ha llegado a aceptar la

³⁹ Idem.

⁴⁰ MORLING, Niels; *ADN en genéticas forenses en Dinamarca*”, en *Revista Internacional de Ciencias Forenses*, vol. 88, Dinamarca, 1997, pp. 43-46.

práctica de esta prueba ‘... exámenes de sangre status otro tipo de pruebas pueden ser practicadas siempre que se realicen sin peligro o dolor substancial’. En el mismo código se ha reglamentado el establecimiento de un Banco de ADN, y el artículo 160 determina: “Un banco de datos, inteligencia central puede ser establecido. Este banco de datos podrá contener perfiles de ADN de las personas que han violado algún capítulo del Código Penal. También podrá crearse un banco de datos de ADN con perfiles de personas de identidad desconocida⁴¹ .

Finlandia. En este país, la prueba genética no es considerada como la única evidencia en el caso penal. Las pruebas son realizadas por el Bureau Nacional de Investigación. Para 1997 se presentó una propuesta para la Ley de Investigación Criminal en relación a la regulación específica de las huellas genéticas que aún no se acepta⁴² .

Suecia. El Laboratorio Nacional de Ciencia Forense que depende del Ministerio de Justicia, es el responsable de practicar este tipo de pruebas. En Suecia existen dos bancos de datos de ADN, uno que contiene el de las personas que ya han sido consignadas por un crimen, y que guardan una sentencia de dos años y por el otro banco de datos que registra las huellas del ADN de los crímenes sin resolver.

Holanda. Los exámenes son practicados por el Laboratorio Holandés de Ciencia Forenses. Las pruebas genéticas en los casos penales fueron utilizadas a partir de 1989 con base en una declaración de la Suprema Corte de Justicia quien la aceptaba como una prueba viable; sin embargo, debido a la reticencia de la sociedad, en 1993 se incorpora al Código Holandés de Procedimiento Criminal, y en este sentido la negativa del individuo a otorgar la prueba biológica era considerada como prueba de culpabilidad. En la Ley de Registro de Personas se tiene

⁴¹ OLAISEN, Bjornar; *La situación legal forense del análisis del ADN en Noruega*, en *Revista Internacional de Ciencias Forenses*, op., cit., supra, p. 51-52.

⁴² Ibidem, p. 53.

contemplado la creación de un banco de datos genéticos que contendrá el perfil de aquellos individuos sujetos a una investigación penal.

República de Irlanda. Las pruebas genéticas son elaboradas en el Laboratorio de Ciencia Forense de Dublin, mismo que depende del Departamento de Justicia. No existe una legislación específica para el manejo de banco de datos de ADN.

Francia. En virtud del artículo 80 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que reglamenta el derecho individual de respeto a la privacidad tanto del sujeto como de su familia, la Comisión Consultiva de Bioética envió en julio de 1994, una legislación sobre el “respeto del cuerpo humano”, en relación al manejo de huellas genéticas la cual fue publicada el 24 de julio de 1994, y cuyo artículo 16 señala “La identificación genética humana solo puede ser practicada en el caso de un procedimiento legal, con la finalidad Médica, o de la investigación científica”; en el código civil, se determina que el procedimiento debe ser instruido por un magistrado para juicios civiles o de filiación. Además, se indica que una vez determinada la creación de un banco de datos, debe ser sometida la autorización de la Comisión Nacional de Libertad e Informática. El laboratorio encargado de la práctica de las mismas es el laboratorio de la Policía Científica de Paris, que es un laboratorio Público.

Italia. En este país, se ha llegado a considerar la prueba del ADN como una extensión del cuerpo humano, por lo tanto, cada examen puede ser visto como un acto médico, consecuentemente debe mediar el consentimiento informado. En 1997 el Comité Italiano Nacional sobre Bioética recibió una orden del Parlamento para que investigará las conveniencias y riesgos en el manejo de un banco nacional de datos genéticos con finalidades forenses.

Grecia. En este país, todos los laboratorios están autorizados para practicar el del ADN, sin embargo, la mayoría a de las pruebas de huellas genéticas son realizadas por el Laboratorio de la Policía de Medicina Legal. No existe una

legislación específica sobre las pruebas genéticas del ADN al igual que las pruebas biológicas, tampoco existe un banco de datos de ADN nacional.

España. Existen alrededor de una veintena de laboratorios que practican las huellas de paternidad genética, sin embargo, en relación con las huellas de uso forense estas son practicadas por el Instituto Nacional de Toxicología, que depende del Ministerio de Justicia. Los exámenes forenses solicitados por la defensa o el fiscal, deben ir acompañados de una orden judicial. En 1995 se pretendió expedir una legislación específica sobre el manejo forense del ADN que fue rechazada, por lo tanto no existe la regulación de un banco de datos genético.

Portugal. En este país no existe una legislación específica sobre el análisis del ADN. Los exámenes de paternidad o identificación criminal son realizados por los Servicios Biológicos Forenses del país, que dependen del Instituto de Medicina Legal.

Austria. Todo tipo de análisis criminal y forense son realizados en los cuatro institutos universitarios de Medicina Forense y no participa ninguna organización privada. Sin embargo, no existe una legislación que organice a estos laboratorios, ni a la práctica de los análisis de ADN. Las muestras de sangre tomadas a los sospechosos y víctimas se realizan en forma voluntaria, sólo se puede obligar a que se practique este tipo de exámenes previa la existencia de una orden judicial.

Suiza. En este país, el artículo 24 de la Constitución determina que el genoma de una persona sólo puede ser investigado, archivado o revelado cuando exista consentimiento informado o el requerimiento legal, que expresamente determina el acceso a este tipo de información, debe ser garantizado. Como consecuencia de este artículo, fue expedida una Ley sobre los análisis genéticos de los seres Humanos y sobre el manejo de la Información Genética, que protege los Derechos Fundamentales de la persona. Incluso se llegó a determinar que el análisis genético

con finalidades profesionales o de seguros esta prohibido y sujeto a la autorización del individuo en cuestión.

Alemania. El análisis del ADN puede ser practicado tanto para pruebas de Filiación Genética como para casos penales. Las pruebas de huellas forenses se realizan en los laboratorios de la policía y aquellos pertenecientes a la Universidad, dentro del Instituto de Medicina Legal, que por lo general forman parte del Ministerio Estatal de Justicia. No existe una reglamentación específica para la generación de un banco de datos sobre ADN.

En América, como mencionamos para el caso de Estados Unidos, se encuentra pendiente la aprobación de la Ley sobre Privacidad Genética; en Canadá, encontramos que no existe una normatividad específica sobre la creación de bancos de datos genéticos, sin embargo, existe la previsión sobre la protección de la información personal, tomando como regla general el consentimiento informado, ya que, de otra forma se considera una violación a la dignidad del hombre, además de una invasión contra la intimidad⁴³.

Cabe destacar que Argentina es el único país de América del Sur que tiene contemplada la creación de un banco de datos genéticos. La Ley 23.511 sobre la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos sancionada en mayo de 1987, que fue promulgada el 1 de junio del mismo año.

La función del Banco Nacional de Datos Genéticos es *“obtener y almacenar información Genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación”*, artículo 1.

⁴³ Ibidem, pp. 91-102.

En conclusión, para la creación de bancos de datos genéticos, por lo general, se deben seguir los lineamientos prescritos en los países que han reglamentado la protección de la información personal, que, como hemos visto, consideran a la información en el ámbito de la salud un tipo de información sensible.

También, dentro de la clasificación del derecho público tenemos al derecho internacional. Precisamente ésta rama de normatividad jurídica tiene una amplia relación con la Genética Humana, en el capítulo del derecho de la propiedad intelectual.

Debemos mencionar que la naturaleza del derecho de la propiedad intelectual es doble. Si bien es cierto que pertenece al ámbito de discusión y generación del derecho internacional en los convenios, tratados y lineamientos, todos discutidos en foros internacionales, sin embargo, en el aspecto de la territorialidad vinculada al contenido del derecho intelectual, también tiene la naturaleza de derecho privado.

Entonces aunque el derecho de propiedad intelectual tiene rasgos de derecho privado, primordialmente es considerado como parte del derecho público por su origen en el derecho internacional.

d) Propiedad Intelectual

A grandes rasgos el derecho de la propiedad intelectual es el conjunto de normas que regulan los aspectos de protección de la creatividad humana; en otras palabras, podemos decir que lo constituyen *“el conjunto de normas que regulan las prerrogativas y beneficios que las leyes reconocen y establecen en favor de autores y sus causahabientes por la creación de obras artísticas, científicas, industriales y comerciales”*⁴⁴.

⁴⁴ RANGEL MEDINA, David; *Derecho a la propiedad industrial e intelectual*, UNAM, México, 1992, P. 7.

La propiedad intelectual engloba, entonces, a todas aquellas creaciones del intelecto humano; ahora bien, cuando éstas tengan una aplicación científica o industrial estaremos frente al derecho de la propiedad industrial, mientras que si estas creaciones son de tipo artístico o literario, caeremos dentro del campo de protección de los Derechos de Autor.

El Sistema Jurídico Mexicano fundamenta la protección jurídica de la propiedad intelectual a nivel constitucional, tanto en el artículo 28 como una excepción a los monopolios que expresamente prohíbe, como en el artículo 89, en que otorga al Ejecutivo Federal facultad de conceder las mencionadas prerrogativas.

En esta forma el artículo 28, determina en su párrafo noveno:

“Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos se otorguen a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora”

Por su parte el artículo 89, fracción XVI establece:

“Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:... XV. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores, o perfeccionadores de algún ramo de la industria”.

La propiedad intelectual comprende dos grandes esferas de protección jurídica, por una parte el los Derechos de Autor y por la otra, el de la Propiedad Industrial. Estas son las disposiciones normativas que protegen en cualquier tipo de sistema jurídico (-*common law* o *del sistema romano germánico*-), los productos del intelecto humano.

❖ **Patentabilidad del genoma humano**

El problema de la patentabilidad del genoma humano se inscribe dentro de un debate más general sobre la patentabilidad del ser vivo, que ha puesto en pugna tanto las normas de la propiedad intelectual como evidentemente las reflexiones filosóficas, éticas y económicas de este rubro.

El debate sobre la patentabilidad del ser vivo se volvió más delicado ante la posibilidad conceder una patente sobre los genes humanos. Desde 1991 y 1992 en Francia, por ejemplo, se solicitó por parte de la compañía Venter, la obtención de patentes a más de 2,600 secuencias de genomas humanos, independientemente de que sus funciones no se conocían. Una vez realizada la primera etapa del mapeo del genoma humano, vendría aquella sobre la investigación de la funcionalidad de los genes, pero la protección de una patente al mapeo realizada, concedía mayor seguridad en la trascendencia de las investigaciones realizadas a la fecha⁴⁵.

Pero el riesgo de otorgar patentes viene a imponer barreras financieras al libre curso de la investigación científica, por otro lado, desde el punto de vista ético y filosófico, conceder patentes a parte del genoma humano, inválida el concepto adoptado por la Declaración Universal del Genoma Humano de la UNESCO de 1997, que lo considera como “*el patrimonio común de la humanidad*”.

Así mismo, ante la posibilidad de conceder una patente al genoma humano, se corre el riesgo de ver aparecer importantes monopolios en materia de terapia génica en los Estados Unidos, en detrimento de los países menos desarrollados.

Por su parte, en relación la solicitud de la compañía Venter, el Comité Nacional Consultivo sobre Ética, contestó tajantemente que “las secuencias de ADN codificadas o no codificadas no son patentables; ellas deben ser consideradas como

⁴⁵ SALAT-BAROUX, Frédéric; *Les Lois de Bioéthique*, ed. Dalloz, Paris, 1998, p. 20.

una información y depositadas en bancos de datos accesibles a toda la comunidad científica. Estos principios no excluyen la protección de patentes a los productos o procedimientos de esas bases de datos, en virtud de que son el resultado de una actividad inventiva real o de aplicación industrial mientras prueben ser originales”⁴⁶.

La posición es clara, se permite preservar al genoma humano que no es patentable, sin embargo, la utilización del conocimiento de los genes en el ámbito de los procesos de invención, sobre todo en la industria farmacéutica, sí es patentable, siempre que se comprueben los requisitos de novedad de una actividad inventiva real con aplicación industrial original⁴⁷.

❖ ***La no patentabilidad de productos Biotecnológicos en México***

Es pertinente mencionar que el renglón de propiedad intelectual fue un rubro de suma importancia dentro de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio, TLC, celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá en 1994, siendo desde luego el área industrial un punto para la promoción de inversión extranjera. Como se ha mencionado, esta normatividad fue objeto de un profundo análisis durante el proceso de negociación del TLC, dando como resultado una nueva ley en la materia, la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, LFPPI, promulgada el 26 de junio de 1991 (diario oficial, 27 de junio de 1991)⁴⁸, cuyas reformas fueron publicadas el 2 de agosto de 1994, para cubrir múltiples errores de técnica legislativa en que la nueva ley había incurrido⁴⁹.

⁴⁶ Avis No. 27 sur la non commercialisation du Génome Humain, en Xeme. Anniversaire, Comité Consultatif National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Les avis de 1983 à 1993, Paris, 1993, pp. 309-317.

⁴⁷ BYK, Christian; *La patente de Genes Humanos*, en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, ed. Universidad de Deusto, Fundación BBV, vol. II, Madrid, 1994, pp. 135-154.

⁴⁸ Consultado en: <http://www.dof.gob.mx/> fecha de consulta: 15 de Mayo de 2007.

⁴⁹ La anterior ley, incurría en mencionar a la Secretaría como autoridad encargada de la tramitación de solicitud de patentes, habiendo sido ya creado el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial. Además, estas nuevas reformas recogieron la experiencia en el funcionamiento del mismo IMPI.

La legislación de propiedad intelectual mexicana ha recogido los principios de la legislación francesa, ya que el artículo 16 de dicha Ley determina:

“Serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial, en los términos de esta Ley, excepto:

I. Los procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción y propagación de plantas y animales;

II. El material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza.

III. Las razas animales;

IV. El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen, y;

V. Las variedades vegetales

Como lo menciona la fracción segunda, no es patentable “el material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza”, eso quiere decir, que se deja abierta la posibilidad de la patentabilidad del material biológico y genético ya modificado, siempre que se comprueben los rasgos de novedad, actividad inventiva, y la de aplicación industrial. En este entendido no serán patentables las secuencias de ADN del mapa genético.

Es evidente que si la genética ha llegado a replantear la lógica y el azar en el devenir de la vida, en el capítulo de la propiedad intelectual se muestra con mayor rigor la necesidad de reflexionar en torno al lugar que el hombre desea tener dentro de la historia de este devenir. Se trata de reivindicar la dignidad del ser humano, excluyendo su cuerpo y sus componentes fragmentados del campo reservado a las leyes del mercado⁵⁰.

⁵⁰ BERGEL, Salvador; *El genoma humano y los límites del patentamiento, en El Derecho ante el Proyecto del Genoma Humano, op., cit., supra*, pp. 219-236.

Parece evidente que deben definirse las prioridades sobre el lugar del hombre en la sociedad, sin embargo, por lo general los mercados e intereses financieros parecen conocer sólo de variables numéricas, no de las variables humanas.

4.3.2. Derecho Privado

Ahora bien, el derecho privado está constituido por el conjunto de normas que regulan las relaciones de igualdad, horizontales, es decir, entre los miembros de la sociedad sin que ninguna de las partes actúe investida de autoridad estatal. En este rubro y en relación a las repercusiones que tienen las tecnologías del ámbito genético, destacan las normas del derecho civil y mercantil, a continuación analizaremos los puntos más delicados al respecto⁵¹.

a) Derecho Civil

El derecho civil es el conjunto de normas que se refieren a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano en su categoría de persona. Como estima Galindo Garfias⁵², esta rama del derecho privado está construida alrededor de la persona (personalidad y capacidad), del patrimonio (bienes, contratos y sucesiones) y de la familia (matrimonio, filiación, patria potestad y tutela).

En este ámbito del derecho, las pruebas de identificación de ADN han tenido un desarrollo importante, ya que ciertamente los resultados de esta prueba son más significativos proporcionan mayor información que las técnicas tradicionales. Los análisis de identificación genética tienden a constituirse en “la primera opción” para resolver el enigma de la identidad, y también en el ámbito de la filiación⁵³.

⁵¹ GAXIOLA MORAILA, Federico Jorge; *voz Derecho Privado y Derecho Público, Diccionario Jurídico Mexicano, op., cit., supra*, pp. 1032-1034.

⁵² GALINDO GARFIAS, Ignacio; *voz Derecho Civil, Diccionario Jurídico Mexicano, op., cit., supra*, pp. 963-966.

⁵³ KNOPPERS, Bartha Maria y otros; *Los test genéticos con la finalidad de identificación, en Análisis de la genética humana y protección de la personalidad, Coloquio Internacional, Lausanne, Suiza, 1994*, pp. 57-105.

❖ **Garantizar la confiabilidad de la prueba**

En materia de filiación las pruebas de ADN presentadas en la Corte y por lo general admitidas de oficio por los tribunales⁵⁴, dependía de la experiencia de laboratorio, quién además debía interpretar los resultados. Por otro lado, al iniciarse la práctica de este tipo de exámenes, tanto la inexperiencia como el error humano, e incluso técnicos hicieron de este tipo de exámenes una prueba “especial”, tanto por la importancia en sus resultados, como la necesidad de su adecuado y pertinente manejo.

Con el tiempo, la mayoría de los países, como hemos visto, para el caso de las pruebas en el ámbito penal, han asignado a una o varias instituciones científicas a las que se les ha reconocido la competencia para realizar este tipo de pruebas Genéticas. Esta seguridad científica le ha otorgado un mayor peso en la admisibilidad de la prueba de identificación de ADN para la filiación.

❖ **Respeto a las reglas de filiación**

En la mayoría de los países, las acciones o reclamos de filiación están sometidas a reglas bien precisas que presentan las condiciones mismas para la filiación. Por ejemplo, en Alemania se ha determinado que los niños naturales tienen como padre legal su padre biológico⁵⁵, mientras que en otros países se prohíbe la reclamación de la filiación, aceptando simplemente la que se posee en el acta de nacimiento, tal como sucede en la provincia de Québec⁵⁶, o en la posesión de un estado, independientemente del tipo o la calidad de la prueba presentada no se puede revocar la filiación existente y asentada en un acta de nacimiento o en la posesión de un Estado.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ ANNAS, Georges; *Using genes to define motherhood, The California Solution*, en http://sph.bu.edu/index.php?option=com_content&task=view&id=457&Itemid=557 fecha de consulta: 17 de mayo de 2007.

⁵⁶ Código Civil de Québec, art. 530. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html> fecha de consulta: 15 de Mayo de 2007.

En otros casos, se ha dicho que una acción de filiación no puede ser iniciada si existe una presunción de la paternidad, a excepción de los casos en los que la Corte considera que la prueba en contrario es clara y convincente, como podría ser el caso del resultado de una prueba científica y que es en beneficio del mejor.

En la minoría de los casos, las pruebas de identificación del ADN pueden por sí solas constituir una presunción de paternidad como es el caso de México. Además, en materia de filiación, como en el resto de las acciones civiles, son aplicables las reglas de prescripción, además, de que se establecen ciertos regímenes específicos de filiación, como el que surge a partir de la adopción, en la que el legislador explícitamente reconoce que la filiación legal tiene primacía sobre la filiación biológica.

En virtud del surgimiento de la técnica de procreación asistida, también se han realizado algunas restricciones al principio de la filiación biológica en ciertos países⁵⁷. En esta forma, algunas leyes han determinado que ni el padre ni la madre biológica pueden reivindicar el vínculo de filiación a pesar de que hubiere mediado la donación de espermatozoides o de óvulos⁵⁸. Además, se ha determinado que, salvo excepción, el donador de espermatozoides no puede ser considerado legalmente como el padre natural del menor⁵⁹. Por otro lado, también se ha llegado a reglamentar como principio que aquel sujeto que acude al uso de las técnicas de procreación asistida no puede abstenerse de reconocer las obligaciones de filiación y patria potestad del menor procreado.

Como podemos observar la aceptación de la prueba de ADN en nuestro país habrá de ajustarse a las normas de filiación actualmente en vigor, y dado el caso, será necesario realizar algunas reformas legislativas, en especial sobre las

⁵⁷ Cfr., KNOPPERS, Bartha Maria y otros; *op. cit., supra*, pp. 329-361.

⁵⁸ Código Civil de Québec, artículo 538. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>, fecha de consulta: 15 de mayo de 2007.

⁵⁹ *Idem*.

consecuencias de la filiación cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida, que en la actualidad representan una laguna jurídica dentro de nuestro derecho civil.

❖ ***Requerimiento Judicial para la prueba del ADN***

Con la finalidad de regular el manejo de los exámenes de ADN, además de asegurar el mejor interés para el menor, algunos países ejercen control exclusivo de este tipo de pruebas, llegando a rechazar aquéllas que no son ordenadas expresa y previamente por la Corte, por ejemplo, en el caso de Francia, en el artículo 144 del Código de Procedimientos Civiles, se exige como medida de instrucción, que no puede solicitarse en un laboratorio un examen genético mientras no medie una orden judicial. También existen los casos en los que no existe control por parte del tribunal⁶⁰.

En cualquiera de los casos los exámenes de filiación genética pueden ser solicitados por cualquiera de las partes o por orden del tribunal. Concretamente, trate de un sistema de common law o de derecho civil, el tribunal puede ordenar el ejercicio de una prueba genética apoyándose en una disposición legislativa, que en términos generales o bien en términos expresos, permite incluir implícitamente la prueba del ADN.

Sin embargo, generalmente, la orden, aceptación o solicitud de la prueba genética depende completamente de la decisión discrecional del juez. Será él quien determine si es conveniente solicitarla o aceptarla, dependiendo de las circunstancias, los hechos e incluso, en algunos casos de los factores jurisprudenciales podrán guiar su decisión.

⁶⁰ Idem.

Esta prueba no puede ser ordenada sólo por satisfacer la curiosidad de quien lo solicita y con el fin de procurarle ventajas económicas, o si el menor forma parte de la acción. El juez siempre habrá de evaluar si se solicita de buena fe y si el examen puede ser perjudicial para la salud del menor, además, de considerar el interés de la sociedad, del menor y del acceso a la mejor prueba posible. En la práctica, un examen de ADN se llega a solicitar si en un primer momento un examen tradicional es declarado no concluyente o si el resultado no puede ser evaluado a partir de las declaraciones testimoniales. Una vez practicado el examen, los laboratorios deben enviar al tribunal un reporte escrito que incluya en términos generales: 1. La muestra de los lugares de ADN, así como, las huellas de enzimas de restricción utilizadas para cada persona; 2. El poder de exclusión de cada examen; 3. El poder de exclusión acumulativo; 4. El índice de filiación para cada sistema genético; 5. El índice de filiación; y 6. La probabilidad de filiación.

❖ *El consentimiento para el examen del ADN*

Como se ha señalado anteriormente, toda forma de intromisión en el cuerpo humano es generalmente calificada como un atentado a la integridad física. La mayoría de los países protegen el derecho a la inviolabilidad de las personas, ya sea por acuerdo a un documento internacional, por leyes constitucionales o leyes administrativas, o bien, por la jurisprudencia.

Incluso la jurisprudencia ha llegado a determinar que el requerimiento de un examen sanguíneo no es violatorio del derecho a la libertad o a la seguridad del hombre, y que incluso no constituye un atentado contra la integridad física o mental del individuo, porque no pone en riesgo su vida. Sin embargo, en algunos casos, las leyes no pueden obligar a un individuo a someterse en contra de su voluntad a este tipo de exámenes, por lo tanto, no puede ejercerse ningún tipo de coerción física o moral.

Ahora bien, dependiendo del país del que se trate, con frecuencia se ha hecho posible que a nivel jurisprudencial o legislativo se condene al individuo cuando éste se niega someterse a un examen sanguíneo. En algunos estados de Estados Unidos las sanciones incluyen incluso la cárcel.

En materia de inviolabilidad de la persona, el examen genético presenta una particularidad importante, ya que puede practicarse en cualquier tipo de tejido, sea del pelo o la saliva, no exclusivamente de la sangre, hecho que la convierte en una prueba menos agresiva que las tradicionales.

Esta situación ha generado el debate sobre si es posible realizar la prueba Genética a partir de cualquier tipo de tejido sin el consentimiento previo, ello constituye un atentado contra la integridad física del cuerpo humano. Esto implica una modificación sobre el concepto del consentimiento informado, aunque por regla general éste debe ser libre y claro.

❖ ***valor probatorio de la prueba de ADN***

El perfil genético no puede ser considerado como una prueba concluyente si está apoyado en análisis estadísticos comparativos. Un perfil genético puede estar presente en el 70% de la población, pero no podrá tener el mismo valor probatorio si el perfil se presenta sólo en un 2% de esa misma población⁶¹.

En ciertos países se han llegado a adoptar algunas políticas en relación con el examen de ADN, aceptándolo sólo cuando los exámenes convencionales tienen una probabilidad inferior al 97% o si los resultados no son significantes para resolver el caso. De la misma manera, algunos tribunales han determinado que sólo se ordenará un examen genético de ADN cuando un examen convencional no sea convincente.

⁶¹ Ibidem

De esta manera, la fuerza incriminatoria de la prueba del ADN, con frecuencia surtirá efectos dependiendo de la aceptación y/o rechazo de la misma en el medio jurídico, legislativo o jurisprudencial, ya que, este tipo de pruebas permiten ciertamente no comprobar la filiación con toda precisión, sino, comprobar la filiación con cierta exactitud. En la medida en que los tribunales se organicen en la ejecución de este tipo de pruebas por parte de una institución competente, podrá concederle un valor probatorio satisfactorio es los casos de filiación.

❖ ***La subordinación a la prueba del ADN***

A pesar de que la prueba del ADN es particularmente convincente, es susceptible de ser deliberadamente rechazada debido intereses superiores. En la actualidad, todas las decisiones que afectan a un menor deben ser tomadas en función de su mayor interés y tomando en cuenta el respeto de sus derechos. Por lo tanto, en relación a aceptación de la prueba de filiación habrán de tomarse en cuenta las necesidades morales, intelectuales, afectivas y físicas del niño, circunstancias específicas como su edad, su salud, su medio familiar y las consecuencias del caso; también serán importantes los efectos financieros de la prueba, los riesgos de una enfermedad genética, la salud psicológica del menor. Incluso, como lo determina la Convención de Derechos del Niño⁶², si éste está en posibilidades de declarar en juicio, el juez deberá darle la oportunidad de escucharlo.

Las acciones de filiación se juzgan tradicionalmente por la preponderancia de las pruebas, y el resultado de un examen sanguíneo constituye uno de los elementos de la prueba, así como aquellas documentales y testimoniales a fin de determinar la veracidad de la filiación. Es un sentimiento generalizado que, en casos de filiación, los jueces conceden gran trascendencia al examen científico y dependerá de la evaluación específica el aceptarlo o no.

⁶² Para mayor estudio de esta convención, acudir al sitio Web: <http://www.unicef.org/spanish/crc/>, fecha de consulta: 25 de Mayo de 2007.

❖ ***La prueba material induce a una prueba testimonial***

En algunos casos, la prueba genética de ADN y la inferencia negativa pueden jugar un papel determinante para la aceptación ulterior de nuevas pruebas dentro del proceso de filiación. En el primer caso, la prueba de ADN será considerada como el inicio de una prueba testimonial que será automáticamente admitida. En el segundo de los casos la negativa a cooperar con el examen genético será considerada como una presunción de hecho, que también dará lugar a una prueba testimonial posterior.

En resumen, la identificación genética representa actualmente la prueba más eficaz y convincente para conocer la veracidad biológica en materia de filiación. Puesto que, hoy día contamos con los instrumentos necesarios para revelar con casi exactitud los lazos de filiación, la decisión de utilizarlos depende de la opinión de cada sociedad.

La naturaleza particular de los exámenes genéticos han llevado a ciertos países a adoptar, dentro de sus legislaciones locales, ciertas disposiciones que indiquen la forma, el uso, la calidad, el debido manejo y la posibilidad de admisión de este tipo de pruebas, tanto en el ámbito del derecho penal como en el de la filiación. No debemos pasar por alto que los exámenes genéticos de identificación tienen un impacto directo no sólo en la intimidad de la vida familiar, sino también en la del menor y sobre todo en la madre; es evidente que se tienen consecuencias indirectas como la revelación del adulterio, la ilegitimidad, además de las relativas a las herencias⁶³.

Como se ha venido mencionando, la libertad, la vida privada, la confidencialidad de la vida privada, constituyen la piedra angular susceptible de ser violentada por el uso de los exámenes genéticos, por lo que habrán de tomarse medidas jurídicas para su prevención y protección.

⁶³ BRENA SESMA, Ingrid; *La prueba Genética (comentarios de un juicio)*, en *Liber AD honores*, Sergio García Ramírez, T. I, UNAM-IIIJ, México, 1998, pp. 141-162.

b) Derecho Mercantil

El Derecho Mercantil es la rama del derecho privado que regula los actos de comercio, el estatus de los comerciantes, las cosas mercantiles y la organización y explotación del derecho comercial⁶⁴. Desde el surgimiento del comercio se han destacado ciertas instituciones dentro del derecho mercantil, a saber: los contratos mercantiles, los contratos marítimos, la reglamentación de las operaciones en dinero (títulos de crédito), operaciones bancarias, depósitos, prendas, créditos y el ámbito de los seguros de daño y de vida, área relevante para el impacto de la genética humana.

❖ Contrato de Seguro

Señala el maestro Vázquez del Mercado que el contrato de seguro es la relación jurídica en virtud de la cual la empresa es asegurada contra el pago de una prima y se obliga a relevar al asegurado, en los términos convenidos, de las consecuencias de un evento dañoso e incierto⁶⁵.

Dentro del ámbito de la Genética Humana nos interesan tanto el seguro de vida, como el seguro médico. Los recientes avances en la Genética Humana han sido vistos con cierta inquietud en cuanto a las repercusiones en el ámbito de seguros. Dentro de un contexto médico, como se ha expresado, el análisis del ADN permite prevenir y predecir la existencia de enfermedades hereditarias y multifactoriales en todos los individuos. En el contexto de los seguros la Información Genética puede permitir a las compañías aseguradoras seleccionar con mayor precisión en manejo de los riesgos de salud, y evaluar la posibilidad de asegurarlos.

⁶⁴ BARRERA, GRAF, Jorge; *voz Derecho Mercantil, Diccionario Jurídico Mexicano, op., cit., supra.*

⁶⁵ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar; *Contratos Mercantiles*, ed. Porrúa, México, 1994, p. 270.

Esta selección genética ha sido vista como una injusticia, ya que, contiene un elemento de vulnerabilidad del individuo. En la época actual el valor de la predicción de los exámenes, así como, la variabilidad en la expresión de las enfermedades genéticas complican el marco del contrato de seguro tanto médico como de vida⁶⁶.

Desde la aparición de las técnicas genéticas, el temor de un mal uso de la información recopilada a partir de las mismas era la discriminación. Sin embargo, en los países donde precisamente estas técnicas empezaron a desarrollar una serie de reflexiones y prevenciones normativas en tomo a una nueva clasificación de las enfermedades, incluyendo la predisposición en este sentido el “riesgo”, que es el elemento con el que funcionan las compañías de seguros, fue visto con otra intención⁶⁷.

❖ **Manejo de la información Genética por las Aseguradoras**

En relación con el manejo de la Información Genética, debemos decir que aquellas propuestas que pretenden prohibir el uso de la misma y por parte de las compañías de seguros se alejan de la realidad. Esta propuesta lejos de evitar violaciones a la dignidad del hombre, conducirá necesariamente a una respuesta de la sociedad, cuyas consecuencias estarán altamente vinculadas a una inseguridad Social. Lo importante es encontrar las normas que reglamenten adecuadamente las condiciones del contrato de seguro médico, previendo los intereses a las partes en cuestión, pero sin discriminar, ni dejar sin atención médica en función de una enfermedad genética.

Por lo general, las aseguradoras privadas no tienen una pretensión directa de excluir de la cobertura de la póliza los métodos de detección temprana, que generalmente son poco costosos, el hecho de que éstos se incluyan en los seguros

⁶⁶ MULAN COOK-DEEGAN, Robert; *Public Policy Implications of the Human Genome Project*, en *Genetics, Ethics and Human Values*, Bankowski y Capron editores, Geneva, 1991, p. 63.

⁶⁷ Ibidem.

son bien vistos por el público en general. Sin los intereses económicos de las aseguradoras privadas se han visto afectados por el importante incremento en la demanda de tratamientos profilácticos costosos⁶⁸. Sin embargo, no todas las pólizas de seguros consideran a las medidas profilácticas, medidas médicamente necesarias para el tratamiento de cierta enfermedad.

En nuestro país, las compañías de seguros tratan de acortar el ámbito de cobertura a lo más estrictamente necesario, evidentemente no consideran que deban cubrir los tratamientos profilácticos de prevención, como sabemos, estas instituciones cubrirán los gastos de un tratamiento siempre que esté incluido en su póliza y no sea consecuencia de una enfermedad preexistente.

En este ámbito, es necesario replantear a nivel de las compañías de seguro los términos y consecuencia de una enfermedad preexistente, tratamientos profilácticos y preventivos, para lograr que la función social que también cumplen estas instituciones se vea alcanzada, independientemente de que se trate de una relación contractual del ámbito del derecho privado.

En este apartado, consideramos que es independiente que los problemas se presenten en el contexto de una relación contractual privada. Es importante que las reglas de interpretación de un contrato se utilicen, y que en este renglón se llegue a concluir, como lo ha hecho la jurisprudencia norteamericana, que en caso de “pólizas ambiguas el caso se construya a favor del asegurado” y además de que no puede darse la discriminación en función de las características Genéticas del individuo⁶⁹.

⁶⁸ Véase, HALL, Mark A., y Stephen S. Rich; *Laws Restricting Health Insurers' Use of Genetic Information*, en *American Journal of Genetic Information*, Chicago, 2001, pp. 17, disponible electrónicamente en: http://biochem118.stanford.edu/Papers/Hank_Greely/Hall%20&%20Rich%202000.pdf, fecha de consulta: 15 de febrero de 2007.

⁶⁹ Caso KATSEE vs. Blue Cross Blue Shield of Nebraska, 515 N.W., 2a ed., Nebraska 1994, pp. 645-653.

Es evidente que en México llegarán a plantearse modificaciones a las condiciones de contratación de seguros médicos, y de hecho debemos promoverlas; en este sentido la Información Genética debe ser utilizada en beneficio del individuo y no en su perjuicio ampliando el ámbito de cobertura del seguro médico lejos de restringirlo.

4.3.3. Derecho Social

En relación con el derecho social, éste es el conjunto de normas jurídicas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad, integrados por individuos socialmente débiles, para lograr su convivencia con las clases sociales, dentro de un orden jurídico⁷⁰.

Dentro de las ramas del derecho social se encuentran el derecho del trabajo, el derecho agrario, el derecho económico, el derecho de seguridad social, el derecho de asistencia social y el derecho cultural. Sin embargo, es el derecho del trabajo la rama del derecho social que se ha visto también alterada por el impacto de las tecnologías genéticas. El uso potencial de la Información Genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo.

En nuestro país, la Ley Federal del Trabajo es la normatividad que reglamenta el apartado A” del artículo 123 de la carta magna, la que regula las condiciones de las relaciones laborales en nuestro país.

⁷⁰ GAXIOLA MORAILA, Federico Jorge; *voz Derecho Social, Diccionario Jurídico Mexicano, op., cit., supra.*

Como sabemos el trabajo en nuestro país esta considerado como *“un derecho y un deber social, que exige el respeto de las libertades y dignidades de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia”*⁷¹.

Por otro lado, como lo señala Ríos Estavillo⁷², el artículo 134 de la misma ley, reglamenta la obligación que tienen los trabajadores a someterse a los reconocimientos médicos previstos en el reglamento interior y demás normas existentes en la empresa o establecimiento, para comprobar que no padecen alguna incapacidad o enfermedad de trabajo, contagiosa o incurable.

Entonces se podrán someter a un examen médico, siempre que este previsto en el reglamento o el las normas existentes de la empresa en cuestión. En el primer caso, se trataría de un reglamento interior del trabajo el segundo, en el contrato colectivo de trabajo o los llamados contratos-ley, son estas disposiciones las que determinarían la práctica de un examen médico.

En nuestra opinión, como comenta el autor, el examen médico no es igual a un examen genético, el primero tiene una naturaleza muy precisa, donde por lo general, incluye estudios de gabinete y exámenes de laboratorio rutinarios; mientras que el examen genético requiere de cierta capacitación en la práctica del mismo, además, de una tecnología bien precisa y compleja. Como se ha mencionado, independientemente, que se practicarán exámenes hematólogos, no podrá practicarse un examen de tipo genético sin la autorización del trabajador en cuestión, debiendo el patrón justificar el motivo de su realización.

⁷¹ Ley Federal del Trabajo, Artículo 3, disponible en línea en: www.ordenjuridico.gob.mx, fecha de consulta: 20 de enero de 2007.

⁷² RIOS ESTAVILLO, Juan José; *La información genética del trabajador y la Ley Federal del Trabajo, en Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos*, UNAM-IIIJ, México, 1999, pp. 211-218.

En este sentido, es que la Información Genética del trabajador, no puede ser reglamentada en ninguna ley de trabajo, ya que forma parte de un rubro más general que es el derecho a la confidencialidad de la información nominativa. Por lo tanto, sería ilegal cualquier tipo de examen genético que se practique con motivo de la contratación laboral; en caso, de ser autorizado el examen la información habría: manejarla en forma discreta, y los resultados no deberían ser motivo de una contratación o rechazo definitivo, sino simplemente como un mayor manejo de información, en beneficio del trabajador ya contratado.

Finalmente creemos que debemos adoptar importantes propuestas para una nueva manera de interpretar estas nuevas tecnologías que impactan el ámbito de la ciencia jurídica, las cuales nos llevan a la nueva corriente de filosofía de la filosofía del derecho denominada Hermenéutica Analógica, propuesta por el filósofo Napoleón Conde Gaxiola⁷³.

⁷³ Véase, CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Hermenéutica analógica, filosofía del Derecho y Derechos Humanos, en Hermenéutica Analógica, Derecho y Filosofía*, Alejandro Rosillo Martínez (coordinador), ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2007, pp. 31-40.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El adelanto de la ciencia en el ámbito genético ha convulsionado al ámbito normativo, debido a que las diversas aplicaciones de las técnicas genéticas aplicadas a la vida del ser humano, lo colocan en una posición de gran vulnerabilidad.

SEGUNDA.- El Sistema Jurídico debe responder, en toda medida, al espíritu de protección y salvaguarda de los intereses del ser humano. Si bien es cierto, que los adelantos científicos siempre han tomado un paso más adelantado que aquel de la ciencia jurídica, es necesario que el Sistema Jurídico mexicano se replantee seriamente el hecho de transformarse con el fin de poder proteger en forma más adecuada de los impactos de la ciencia genética sobre el ser humano, además, de actualizarse en una serie de renglones normativos que pretenden cumplir con este objetivo.

TERCERA.- En este espíritu de reforma, el Sistema Jurídico mexicano habrá de seguir los lineamientos planteados en el derecho comparado sobre el impacto de la Genética Humana en la sociedad mexicana, en particular la Declaración Universal del Genoma Humano, la Convención sobre Derechos Humanos y la reglamentación en esta área, tomando como base los principios de los Derechos Humanos tutelados por los fundamentos de la Bioética.

CUARTA.- Es fundamental que se replanteen y reformen los lineamientos constitucionales a fin de dar una adecuada protección a la dignidad del ser humano, en particular en aquéllos aspectos relativos al derecho a la intimidad frente a las tecnológicas sobre la Información Genética. Nos referimos, en particular, a la consagración a nivel constitucional de la protección del derecho a la confidencialidad en el manejo de la información del genoma humano, tal y como lo han consagrado algunos países europeos. Distinguiendo la información pública, de la privada, es decir, aquella denominada como información sensible, donde se encuentra la

información en el ámbito de la salud y otorgando un catálogo de Derechos para el individuo en relación al poder de decisión sobre su propia información.

QUINTA.- Estimamos que, gracias al trabajo que han hecho las diversas comisiones federales y estatales de Derechos Humanos, la sociedad mexicana ha llegado a aprobar, a aceptar y a respetar sus funciones como defensores de los Derechos de la ciudadanía frente a los intereses del Estado o de un tercero, como es el caso de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. En este sentido, el *Ombudsman* sobre la Información Genética tendría como función, tutelar, resolver, proteger y solucionar aquellos conflictos que se llegaran a presentar en relación con el mal manejo de la información genética de índole pública o privada, o de naturaleza sensible, cuyo contenido hubiese sido reglamentado a nivel constitucional como lo mencionamos previamente.

SEXTA.- Por otro lado, también es necesaria una modificación a la legislación en el ámbito civil, siguiendo los lineamientos de la propuesta de reforma constitucional, para que se haga una recepción de los Derechos establecidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, así como en la Convención sobre Derechos Humanos y la Biomedicina. Con estos principios, se concederá al individuo el derecho de disposición (de propiedad) exclusivo sobre las partes y componentes de su cuerpo, desde una célula hasta un órgano vital.

SEPTIMA.- Una vez que se tenga la base legal a nivel constitucional sobre la Protección al Derecho a la Privacidad en relación con el manejo de la Información Genética, además, del capítulo del derecho civil adoptando la teoría de los derechos de la personalidad, los demás ordenamientos jurídicos relacionados tendrán que ser modificados necesariamente y entre ellos el Derecho Penal, el Derecho Laboral, las disposiciones en materia de seguros y aquellos sobre la experimentación humana contenidos en la Ley General de Salud y demás disposiciones reglamentarias.

Es importante mencionar que no bastará el reconocimiento constitucional de éste derecho a la intimidad en el ámbito de la Información de la Salud, también tendrá que instaurarse el *Ombudsman* de la información genética, como la instancia que proteja y tutele el adecuado respecto a dicho principio jurídico.

OCTAVA.- En relación con la aplicación de los conflictos sobre la Genética Humana, tanto por el manejo de la información como el tratamiento y experimentación en la clínica Médica, habrán de tomarse en consideración los principios enunciados por la Bioética internacional consagrados de igual forma en la Convención Universal sobre Derechos Humanos y en la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

En este sentido, estimamos que en nuestro país debe iniciarse un movimiento encaminado a considerar los aspectos de la Bioética nacional, tomando en consideración nuestras necesidades en el ámbito de la atención a la salud, además de aquellos aspectos que tienen a influir sobre la Ética en éste nivel, como son la idiosincrasia nacional y los valores sociales.

NOVENA.- Con el fin de acortar las distancias de nuestro país con otras naciones, es necesario estimular la formación acelerada de investigadores y grupos de investigación que discutan y lleven a nuestro sistema normativo una adecuada regulación del genoma humano, a través de la integración de los mismos en los comités e institutos ya creados para tal efecto como lo mencionamos en el capítulo tercero de nuestra investigación.

DECIMA.- Observamos un vacío jurídico en la legislación mexicana, pues no se aborda de manera explícita la regulación de la investigación en el Genoma Humano. Esta ausencia puede ampliarse en el campo de la Clonación tanto reproductiva como terapéutica, la Medicina Genómica y los Xenotrasplantes. La ausencia de leyes en esta materia, abre la puerta para que grupos externos puedan realizar proyectos en nuestro territorio, eludiendo responsabilidades y restricciones

tanto jurídicas y éticas que en diversos países ya existen como lo señalamos a lo largo de esta investigación.

La propuesta radica en realizar un estudio que evalúe la conveniencia de realizar modificaciones a nuestra actual Ley General de Salud, puesto que los gobiernos y las leyes de algunos países autorizan ya la investigación del genoma humano en diversas líneas. Dado que en nuestro país existen importantes lagunas no solo en esta legislación, sino en campos emergentes como la Biomedicina, es indispensable y urgente el examen del marco jurídico vigente.

GLOSARIO¹

ADN. Abreviatura de ácido desoxirribonucleico. Molécula constituida por dos cadenas complementarias de nucleótidos que forman una doble hélice. El ADN contiene y transmite la información Genética de la mayor parte de los organismos excepto algunos tipos de virus.

Código genético. Las instrucciones contenidas en la secuencia de nucleótidos del ARN mensajero en un código de tres letras (codón), en el que cada codón determina el aminoácido que se adiciona a la cadena que se construye durante la síntesis de proteínas.

Gen. Unidad física y funcional de la herencia que ocupa una posición específica en el genoma y está constituido por una secuencia de ADN que contiene la información para elaborar al menos una proteína específica.

Genética. El estudio de la herencia de rasgos específicos.

Genoma. La totalidad del ADN contenido en una célula, que incluye tanto los cromosomas dentro del núcleo, como el ADN de las mitocondrias.

Genómica. El estudio de la estructura, función e interacción de los genes, en el contexto de un genoma, incluyendo sus interacciones con factores ambientales.

Mapeo genético. El proceso de elaborar representaciones esquemáticas del ADN mostrando las posiciones relativas de genes y/o marcadores en los cromosomas.

Proyecto del genoma humano. Proyecto internacional de investigación para realizar la secuenciación completa del ADN humano y el mapeo de cada uno de los genes que ahí de albergan.

¹ Los conceptos y términos que a continuación serán parte de este glosario, fueron consultados y algunos recabados del sitio oficial en la red del Instituto Nacional de Medicina Genómica en México, disponible en la página: www.inmegen.gob.mx, fecha de consulta: Octubre de 2007.

Fuentes de Consulta

CAPITULO I.

MARCO FILOSOFICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

ASOCIACION IBEROAMERICANA DE ANTROPOLOGÍA; disponible en el sitio Web: <http://www.aibr.org/antropologia>, fecha de consulta: 28 de octubre de 2007.

AMNISTÍA INTERNACIONAL; disponible en el sitio Web: <http://www.amnistiainternacional.org/>, fecha de consulta: 25 de enero de 2007.

CASSIRER, Ernest; *Filosofía de la Ilustración*, FCE, España, 1993. pp.347.

CONVENCIONES Y DECLARACIONES INTERNACIONALES; disponibles en Internet en la página: <http://www.un.org/spanish/documents/instruments>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2007.

CONSTITUCIÓN DE CANADA; disponible en línea en: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constituciones>, fecha de consulta: 15 de noviembre de 2007.

CONFLICTO EN CHIAPAS; artículo relacionado disponible en línea en: [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin), fecha de consulta: 20 de enero de 2007.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN DERECHOS HUMANOS; sitio disponible en Internet en: <http://www.unhchr.ch/spanish/>, fecha de consulta: 15 de noviembre de 2007.

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES; disponible en línea en: <http://www.ual.es>, fecha de consulta: 30 de marzo de 2007.

DE AQUINO, Tomás; *Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia, opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, trad. Carlos Ignacio González, S. J., edt. Porrúa, México, 1985, pp. 395.

DECLARACIÓN FRANCESA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO DE 1789; disponible en línea en: <http://www.fmmeduccion.com.ar>; fecha de consulta: 30 de octubre de 2007.

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS; disponible en línea, en el sitio Web: <http://www.un.org/spanish/>, fecha de consulta: 31 de octubre de 2007.

-
-
- DWORKIN, Ronald; *Los Derechos en serio*, ed. Ariel Derecho, 5ª reimpresión, abril, Barcelona, 2002, pp. 508.
- FEINGERG, Joel; *The nature and Value of rights*, en HAYDEN, Patricia, *The Philosophy of Human Rights*, ed. Paragon House, EUA, 2001, pp. 174-186.
- GOLDING, Martin, P.; *The concept of Rights: an Historical Sketch*, en *Bioethics and Human Rights*, E. Bandman y B. Bandman eds., Boston, 1978, pp. 44-50.
- HATCH, Elvin; *teorías del hombre y la cultura*, trad. de A.G. Leal, ed. Prolam, Buenos Aires, 1975, pp. 337.
- HENKIN, Louis; *International Human Rights as "rights"*, en *The Philosophy of Human Rights*, editado por Morton E. Winton, ed. Waldsworth Publishing Company, Belmont, 1989, pp. 129-148.
- HABA, Enrique; *Tratado básico de Derechos Humanos, examen realista-crítico*, ed. Juricentro S.A., Vol. 2, San José Costa Rica, 1986, pp. 532.
- HOHFELD, Wesley; *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad., Genaro R. Carrió, ed. Fontamara, 2ª ed., México, 1992, pp. 90.
- LOS CLÁSICOS; trad., Lilia segura; *Obras filosóficas ARISTOTELES en de la Ética a Nicómaco*, libro quinto, capítulo 6, 5ª ed., ed. W.M. Jackson, Inc., U.S.A, 1973, pp. 219-221.
- MELLISO, Carlos; *Introducción a John Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Carlos Mellizo trad., Alianza Editorial, Buenos Aires, 1990, p. 24.
- Memoria Informe de Resultados de la Consulta Nacional sobre Derechos y Participación Indígenas; Talleres gráficos de la Nación, México, 1996, pp. 1-119.
- MINOQUE, Kenneth; *The history of the idea of Human Rights Reader*, Walther Laquer and Barry Rubin eds., ed. New American Library, New York, 1977.
- NICKEL, James W.; *The human right to a Safe Environment: Philosophical Perspectives on Its Scope and Justification*, ed. Paragon House, EUA, 2001, pp. 601-617.
- O'DONNELL, Daniel; *Protección internacional de los Derechos Humanos*, en *Comisión Andina de Juristas*, 2ª ed., Lima Perú, 1989, pp. 752.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS; disponible en el sitio Web en español: <http://www.un.org/spanish/>

RAZ, Joseph; *About morality and the nature of rights*, en *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, disponible en SSRN: <http://ssrn.com>, fecha de consulta: 15 de enero de 2007. pp.17.

REX, Martin; *Human Rights and Civil Rights*, en Wiston E. Morton, *The Philosophy of Human Rights*, editado por Morton E., Wiston, edt. Waldsworth Publishing Company, Belmont, 1989, pp. 75-86.

STEINER, Henry J., y ALSTON, Philip; *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals*, 2a ed., edt. Oxford, Oxford, 2000, pp. 1497.

TRUYOL Y SERRA, A.; *Historia de la Filosofía del Derecho y el Estado. Desde los orígenes de la Edad Media*, 6ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1978, pp. 429.

TUCK, Richard; *Natural Rights Theories: their origin and development*, edt. Cambridge, University Press, New York, 1979, pp. 146.

WELLMAN, Carl; *A Theory of rights: persons under Laws, Institutions and Morals*, Edt. Romand & Allanheld, NJ, 1985, pp. 225.

WESTON, Burns; "Human Rigths" en *Enciclopedia Británica en línea*, 15a. ed., tomo 20, 1990, págs. 713-721, disponible en: <http://www.britannica.com>, fecha de consulta: 15 de enero de 2007.

WISTON, Morton E.; *Understanding Human Rights*, en *The Philosophy of Human Rights*, editado por Morton E., Wiston, edt. Waldsworth Publishing Company, Belmont, 1989, pp. 1-43.

CAPITULO II.

LA SALUD DEL SER HUMANO COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

BURGOA, Ignacio; *Las garantías individuales*, 41 ed., edt. Porrúa, México, 2005, pp. 1015.

CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo. (compiladores); *Estado Constitucional y Globalización*, 2ª ed, edt. Porrúa-UNAM, México, 2001, pp. 325

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública; *Antecedentes en Salud*, en el sitio web: www.diputados.gob.mx, fecha de consulta: 28 de Agosto de 2006.

CENTRO XAVIER BAGNOUD DE SALUD Y DERECHOS HUMANOS; sitio en la red: <http://www.hsph.harvard.edu>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007.

-
-
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; disponible en la página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en: www.juridicas.unam.mx, fecha de consulta: noviembre de 2007.
- COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO; información sobre historia, organización y funcionamiento, disponible en línea en: www.conamed.gob.mx/, fecha de consulta: 25 de septiembre de 2007.
- COOK J. Rebeca; *gender, health and human rights*, en *Health and Human Rights*, vol. 1, núm. 4, Boston, Mass., 1994, pp. 351-366.
- CONDE GAXIOLA, Napoleón; *tesis de doctorado intitulada: Hacia una Hermenéutica Analógica de la Filosofía del Derecho*, UNAM, Facultad de Derecho, México, 2006. pp. 411.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías, La ley del Más Débil*. Edt. Trotta, 4ª ed., Madrid, 2004, pp.175.
- FIX ZAMUDIO, Héctor; *La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Edt. Civitas, Madrid, 1982, pp. 365.
- FOLLETO INFORMATIVO No.16 (Rev. 1), COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ONU; documento disponible en línea en: <http://www.unhchr.ch/spanish>, fecha de consulta: 27 de Enero de 2007.
- FREEDMAN, P. Lynn; *Reflections on emerging frameworks of health and human rights*, en *Health and Human Rights*, vol. 1, no. 4, Boston, Mass, 1994, pp. 300-324.
- GACETA DE LA CNDH; México, Mayo de 1991, pp. 144, disponible en línea en: <http://www.cndh.org.mx>, fecha de consulta: 30 de octubre de 2007.
- GRODIN, Michael; *a Meta Medical ethics: the philosophical foundations of bioethics*, edt. Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1995, pp. 205.
- GROSTIN L., y MANN, Jonathan; *Towards the development of a Human Rights Impact Assessment for the Formulation and Evaluation of Public Health Policies*, en *Health and Human Rights*, vol. 1, núm. 1, Boston, Mass., 1994, pp. 59-80.
- HEALTH AND HUMAN RIGHTS: AN INTERNATIONAL JOURNAL; disponible en línea en: <http://www.hsph.harvard.edu>, fecha de consulta: 30 de octubre de 2007.

LARA PONTE, Rodolfo; *Los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano*, ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1997, pp. 238.

NAVARRETE, Narciso; *Los Derechos Humanos al alcance de todos*, 2ª ed, ed. Diana, México, 1992, pp. 18-19

MADRAZO, Jorge; *Temas y Tópicos de Derechos Humanos*, CNDH, México D.F., Diciembre, 1995, pp. 129.

MANN, Jonathan y otros; *Health and Human Rights*, en *Health and Human Rights*, vol. 1, núm. 1, Boston, Mass., 1994, pp.2-58, artículo disponible en línea en la pagina Web del Centro Xavier Bagnoud de Salud y Derechos Humanos: <http://www.hsph.harvard.edu>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007.

_____ ; *Medicine and Public Health, Ethics and Human Rights*, en *Hastings Center Report*, núm. 3, 1997, pp. 40.

MARTINEZ BULLE-GOIRY, Víctor Manuel; *Protección a los Derechos Humanos en México*, en *Cuadernos de la Judicatura. Ciclo de conferencias magistrales en torno a los Derechos Humanos*, Tribunal del Estado de Zacatecas, México, 2001, pp. 13-34.

ORDEN JURÍDICO NACIONAL; disponible en línea en el sitio Web: www.ordenjuridico.gob.mx, fecha de consulta: 15 de enero de 2007.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD; disponible en línea en el sitio Web: <http://www.who.int/es/>, fecha de consulta: 28 de Enero de 2007.

OTTO, Dianne; *Linking Health and Human Rights: a critical legal perspective*, en *Health and Human Rights*, Boston, Mass., vol. 1, no. 3, 1995, disponible sólo el abstract en línea en: <http://www.hsph.harvard.edu>, fecha de consulta: 30 de octubre de 2007.

REFORMAS AL ARTÍCULO 4 DE LA CONSTITUCIONAL POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; disponibles en línea en la página: <http://www.diputados.gob.mx>, fecha de consulta: 14 de Marzo de 2007.

RERPORTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS; Decisión 1990/65, México, 7 de marzo de 1990.

STEINER, Henry y ALSTON, Philip; *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 884-902.

ROEMER, Ruth; *El derecho a la atención a la salud*, en *Organización Panamericana de la Salud, El derecho a la salud en las Américas*; publicación científica, no. 509, 1989, pp. 1-23

VEIL, Simone; *A personal perspective on Human Rights and Health*, en *Health and Human Rights*, Boston, Mass, vol. 1, no. 3.

VERGÉS, Salvador; *Derechos Humanos: Fundamentación*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 236.

WIKLER, Daniel; *Privatization and Health Care: Notes from the American Experience*, en *Human Rights in the Twenty First Century: A Global Challenge*, Mahoney, K., y Mahoney P., editores, ed. M. Nijhoff, Boston, 1993, pp. 495.

CAPITULO III. **EL GENOMA HUMANO EN EL CONTEXTO BIOÉTICO**

ANNAS, George; *The rights of patients*, Edt. Humana Press, 2a. edición, Boston, 2004, p. 432.

BEAUCHAMP, Tom y WALTERS, Le Roy; *Contemporary Issues in Bioethics*, ed. Wadsworth publishing company, California, 1994, pp. 655.

BRENA SESMA, Ingrid y ROMEO CASABONA, Carlos María, (compiladores); *Código de Leyes sobre Genética*, IJ-UNAM, T. I, México, 2006, pp. 934.

BURNS, Chester; *American medical ethics some historical roots*, en *Philosophical Medical Ethics: its nature and significance*, editado por Stuart Spicker, ed. Springer, Netherlands, 1985, pp. 26.

CARRICK, P.; *Medical ethics in antiquity philosophical perspectives on abortion and euthanasia*, Edt. Dorcecht, Boston, Lancaste, 1985, pp. 60-70.

CAZADERO, Manuel; *Las revoluciones industriales*, Textos del Fondo de la Cultura Económica, México, 1995, pp. 153.

CENTRO DE BIOÉTICA, INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN CLÍNICA, UNIVERSIDAD DE MONTRÉAL; disponible en el sitio Web: www.umontreal.ca/, fecha de consulta: 28 de enero de 2007.

DE SOLA POOL, Ithiel; *Tecnología sin Fronteras*, ed. Fondo de la Cultura Económica, México, 1993, pp. 98.

ENGELHARDT, Tristram; *Bioethics reconsidered: Theory and Method in a Post-Christian, Post-Modern Age* en *Kennedy Institute of Ethics Journal*, ed. Georgetown University, vol. 6, no. 4, Washington, D.C., 1996, pp. 336-341.

-
-
- GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel y SAADA, Alya (coordinadores); *Estatuto Espiteológico de la Bioética*, en *red de Bioética, publicación científica*, no. 1, IJ-UNAM-UNESCO-Red Bioética, México, 2005, pp. 314.
- GOMEZ-MONT, Carmen; *El desafío de los nuevos medios de comunicación en México*, Edt. AMIC, Diana, México, 1992, pp. 182.
- GRODIN, Michael; *a Meta Medical ethics: the philosophical foundations of bioethics*, edt. Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1995, pp. 205.
- INSTITUTO KENNEDY DE ÉTICA, UNIVERSIDAD DE GEORGETOWN; disponible en línea en: <http://bioethics.georgetown.edu/>, fecha de consulta: 22 de enero de 2007.
- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA GENOMICA (INMENGEN); página principal en la red del intitulo, en: www.inmengen.gob.mx, fecha de consulta: noviembre de 2007.
- JURAMENTO DE HIPOCRÁTES; Tomado del sitio web: www.bibliomanie.it/juramento_hipocratico, fecha de consulta: noviembre de 2007.
- MACQUARIE, J.; *Good in experience and argument in experience, reason and god studies*, en *Philosophy and History of Philosophy*, vol. 8, Ed. Long. E., Edt. Catholic University Press, Washington, D.C., 1982, pp. 34-50.
- MAPPES, Thomas y DEGRAZIA, David; *Biomedical Ethics*, 4a. ed., Edt. McGraw Hill, EUA, 1996, p. 120.
- PELLEGRINO, E.D.; *The metamorphosis of medical ethics: A thirty year retrospective*, en *the journal of the American Association*, núm. 269-9, Chicago, Illinois, 1993, pp. 1158-1162.
- PELLEGRINO, y THOMASMA, D. A.; *Philosophical basis of medical practice: toward a philosophy*, en *Ethics of the Healing Professions*, edt. Oxford University Press, New York, 1981, pp. 342.
- POTTER, V.R.; *Bridge to the Future*, edt., Prentice-Hall Pub, Englewood Cliffs, NJ, 1971, pp. 300.
- REVISTA DE ÉTICA DEL INSTITUTO KENNEDY; disponible en línea en: <http://muse.jhu.edu/journals/>, fecha de consulta: 14 de marzo de 2007.
- ROTHMAN, David; *Strangers at the bedside: A History of how law and Bioethics transformed medical decision making*, Basic Books, Washington D.F., 1991, pp. 110.

_____; *Human Experimentation and the Origins of Bioethics in the United States*, en *Social Science Prerequisites on Medical Ethics*, editores Weisz, G., ed. Kluwer Academic Publishers, EUA, 1991, pp. 181-201.

ROY, David; *Bioethics in Canada*, ed. Prentice Hall Canadá, Ontario, Canadá, 1994, pp. 250.

STANLEY, Joel Reiser; *La Medicina y el imperio de la tecnología*, ed. FCE, México, 1990, pp. 308.

THE HANSTINGS CENTER; *hacia una Ética para el futuro*; disponible en línea en: <http://www.thehastingscenter.org>, fecha de consulta: 15 de enero de 2007.

WARREN, Thomas Reich; *Revisiting the Launching of the Kennedy Institute: Re-visioning the Origins of bioethics*, en *Kennedy Institute of Ethics Journal*, ed. Georgetown University, vol. 6, no. 4, Washington, D.C., 1996, pp. 323-327.

WILLIAMS, J.; *Commissions and Biomedical Ethics: The Canadian Experience*, en *The Journal of Medicine and Philosophy*, núm. 14-4, Ontario, Canada, 1989, pp. 425-444.

CAPITULO IV.

EL GENOMA HUMANO EN EL CONTEXTO JURÍDICO

ANNAS, George; *Outrageous Fortune: Selling Other People's Cells*, en *Standard of Care, The Law of American Bioethics*, Oxford University Press, Nueva York, 1996, p. 420.

_____; *Using genes to define motherhood, The California Solution*, en <http://sph.bu.edu>, fecha de consulta: 17 de mayo de 2007.

Avis No. 27 sur la non commercialisation du Génome Humain", en Xeme. Anniversaire, Comité Consultatif National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Les avis de 1983 à 1993, Paris, 1993, pp. 309-317.

BERGEL, Salvador; *El genoma humano y los límites del patentamiento*, en *El Derecho ante el Proyecto del Genoma Humano*, ed. Universidad de Deusto, Fundación BBV, vol. II, Madrid, 1994, pp. 219-236.

BEYLEVELD, Deryck; *Ethical Issues in the forensic applications of ADN analysis*, en *Forensic Science International*, vol. 88, Burlington, 2000, pp. 3-15.

BOLIVAR ZAPATA, Francisco; *Biotecnología Moderna en México: áreas estratégicas*, en AA.VV., *México, ciencia y tecnología en el umbral del siglo XXI*, CONACYT, ed. Porrúa, México, 1994, pp. 43-85.

BREO; *ADN Discover James Watson now dreams of curing genetic diseases*, ed. JAMA, EUA., 1999, pp. 340-343.

BRENA SESMA, Ingrid; *La prueba Genética (comentarios de un juicio)*, en *Liber AD honores*, Sergio García Ramírez, T. I, UNAM-IIJ, México, 1998, pp. 141-162.

BYK, Christian; *La patente de Genes Humanos*, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, ed. Universidad de Deusto, Fundación BBV, vol. II, Madrid, 1994, pp. 135-154.

Caso KATSEE vs. Blue Cross Blue Shield of Nebraska; 515 N.W., 2a ed., Nebraska 1994. www.medicine.mcgill.ca, fecha de consulta: 17 de Mayo de 2007

CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC; disponible en línea en el sitio Web: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar>, fecha de consulta: 15 de Mayo de 2007.

CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, UNICEF; disponible en línea en: <http://www.unicef.org/spanish>, fecha de consulta: 20 de mayo de 2007.

CONDE GAXIOLA, Napoleón; *Hermenéutica analógica, filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, en *Hermenéutica Analógica, Derecho y Filosofía*, Alejandro Rosillo Martínez (coordinador), ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2007, pp. 31-40.

DEL VECCHIO, Giorgio; *Filosofía del Derecho*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1963, pp.408.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN; disponible en línea en: <http://www.dof.gob.mx/>, fecha de consulta: 15 de Mayo de 2007.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; *La noción jurídica de persona*, 2ª ed., Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 1968, p. 184.

FRIOSINI, Vittorio; *Informática y Derecho*, ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1988, p. 179.

GARCÍA BACCA, Juan David; *Invitación a filosofar*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1940, p. 267.

GONZALEZ ARBOLEYA, Enrique; *Sobre la noción de persona*, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXII, núm. 47, Madrid, 1999, pp. 104-116.

HALL, Mark A. y Stephen S. Rich; *Laws Restricting Health Insurers' Use of Genetic Information*, en *Americal Journal of Genetic Information*, Chicago, 2001, pp.

17, disponible electrónicamente en: <http://biochem118.stanford.edu>, fecha de consulta: 15 de febrero de 2007.

IGLESIAS, Juan; *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, ed. Ariel, Madrid, 2002, pp. 475.

JAROF; *The Gene Hunt, Scientist Launch a \$3 million Project to Map the Chromosomes and Decipher the Complete Understanding for Making a Human Being*, en *Time*, EUA., marzo 1999, pp. 62-71

KANT, Immanuel; *Crítica del Juicio*, edición y traducción de Manuel García Morente, ed. Austral, Madrid 2007, pp. 462

KELSEN, Hans; *Teoría General del Derecho y el Estado*, ed. UNAM, México, 1979, pp.337.

KNOPPERS, Bartha Maria y otros; *Los test genéticos con la finalidad de identificación, en Análisis de la Genética humana y protección de la personalidad*, Coloquio Internacional, Lausanne, Suiza, 1994, pp. 57-105.

LAMNEK, Siegfried; *Teorías de la criminalidad*, 3ª ed., Ed. Siglo XXI, México, 1987, p. 221.

LUCAS MURILLO, Pablo; *El derecho a la autodeterminación informativa*, ed. Tecnos, Madrid, España, 1990, p. 153.

MORLING, Niels; *ADN en Genéticas forenses en Dinamarca, en Revista Internacional de Ciencias Forenses*, vol. 88, Dinamarca, 1997, pp. 86.

MULAN COOK-DEEGAN, Robert; *Public Policy Implications of the Human Genome Project*, en *Genetics, Ethics and Human Values*, Bankowski y Capron editores, Geneva, 1991, p. 264.

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia; *Ley General de Salud: La biotecnología en la normatividad mexicana ¿podemos estar tranquilos?*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.

_____ ; *La información Genética, espejo de uno mismo, en Cuadernos del Núcleo de estudios interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos*, UNAM-IIJ, México, 1998, pp. 183.

_____ ; *La protección de la persona frente a las tecnologías de la comunicación*, ed. IIJ-UNAM, México, 2000, disponible en línea en: <http://www.bibliojuridica.org/libros>, fecha de consulta: 14 de marzo de 2007.

OLAISEN, Bjornar; *La situación legal forense del análisis del ADN en Noruega*, en *Revista Internacional de Ciencias Forenses*, vol. 88, Dinamarca, 1997, pp. 86.

ORDEN JURÍDICO NACIONAL; Legislación mexicana, disponible en línea en la página Web: www.ordenjuridico.gob.mx, fecha de consulta: 16 de Mayo de 2007.

RADBRUCH, Gustavo; *Filosofía del Derecho*, 3ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 278.

RANGEL MEDINA, David; *Derecho a la propiedad industrial e intelectual*, UNAM, México, 1992, pp. 170.

RECASÉNS SICHES, Luis; *Filosofía del Derecho*, ed. Porrúa, México, 2002, pp. 567.

RIOS ESTAVILLO, Juan José; *La información Genética del trabajador y la Ley Federal del Trabajo*, en *Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos*, UNAM-IIJ, México, 1999, pp. 211-218.

SALAT-BAROUX, Frédéric; *Les Lois de Bioéthique*, ed. Dalloz, Paris, 1998, pp. 220.

SAVATIER, René ; *Les Metamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ª ed., librairie Dalloz, Paris, 1960, p. 110.

SHUSTER, Evelyne; *Determinism and Reductionism: A greater treat because of the Human Genome Project? en Gene Mapping*, en <http://www.bumc.bu.edu>, fecha de consulta: 12 de mayo, 2007.

SOROKIN, Pitirim; *Las Filosofías sociales de nuestra época de crisis*, Edt. Aguilar, S.A., Madrid, 1999, pp. 212.

VANDENBERGHE, Hugo; *Aproximaciones a la noción de vida privada*, en *Actas del Coloquio de Banco de Donaciones*, Universidad de Namur, Centro de Investigaciones Informáticas y Derecho, CIEAU-CREADIF, Bruselas, 1980, pp. 337.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar; *Contratos Mercantiles*, ed. Porrúa, México, 1994, pp. 285.

Diccionarios

Diccionario de la Lengua española, WORDREFERNCE, disponible en el sitio Web: www.wordreference.com, fecha de consulta: 30 de mayo de 2007.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 10ª ed., Edt. Porrúa, México, 1993:

- BARRERA, GRAF, Jorge; voz *Derecho Mercantil*, T. III, pp. 933-935.
- BUNSTER, Alvaro; voz *Derecho Penal*, T. II, pp. 1021-1022.
- CARPIZO, Jorge; voz *Derecho Constitucional*, T. III, pp. 973-974.
- CORREA GARCÍA, Sergio; voz *Criminalística*, T. III, pp. 779-780.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio; voz *Derecho Civil*, T. III, pp. 963-966.
- GAXIOLA MORAILA, Federico Jorge; voz, *Derecho Social*, T. II., pp. 1040-1041.
- _____; voz *Derecho Público y Derecho Privado*, T. II, pp. 1032-1034.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 11ª ed., México, 2005:

- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús; voz *Derechos Humanos*, T. II, p. 1063

Enciclopedia Británica *On line –en línea–*, disponible en el sitio web de la biblioteca digital de la Universidad Nacional Autónoma de México, *acceso por token* en: <http://bidi.unam.mx/>, fecha de consulta: noviembre de 2007.

Bases de Datos en la red:

PubMed, en Medicina y Bioética, disponible en el sitio Web: <http://www.pubmedcentral.nih.gov/>, fecha de consulta: 15 de enero de 2007.

ISSRN Social Science Research Network (Base de datos de Investigación en Ciencias Sociales), disponible en el sitio Web: <http://www.ssrn.com/>, fecha de consulta: 15 de Enero de 2007.