

Bioética y decisiones judiciales

Pauline CAPDEVIELLE
Giovanni Azael FIGUEROA MEJÍA
María de Jesús MEDINA ARELLANO

Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

BIOÉTICA Y DECISIONES JUDICIALES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 826

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

BIOÉTICA Y DECISIONES JUDICIALES

PAULINE CAPDEVIELLE
GIOVANNI AZAEL FIGUEROA MEJÍA
MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2018

Primera edición: 20 de marzo de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-0106-9

CONTENIDO

Presentación	IX
Pauline CAPDEVIELLE Giovanni Azael FIGUEROA MEJÍA María de Jesús MEDINA ARELLANO	
Bioética, derecho e interculturalidad: análisis antropológico del caso de liberación comercial de la soya genéticamente modificada en tierras de comunidades indígenas mayas en Campeche, México	1
Alejandra ARMENTA ESPINOSA	
Lo lógico, lo ético y lo estético en la realización de los derechos humanos. Una experiencia de litigio estratégico para garantizar el acceso a los servicios de salud en México	27
Amelia GASCÓN CERVANTES	
El caso Atala Riffo y niñas <i>vs.</i> Chile: sobre la relación entre derechos, razonamiento judicial y estereotipos	45
Sandra GÓMORA JUÁREZ	
Aportes del caso Gonzales Lluy: sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana . .	73
Juan Jesús GÓNGORA MAAS	
Muerte digna. Algunas reflexiones a propósito de dos sentencias sobre eutanasia y suicidio asistido.	97
Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA	
¿Patentar o no patentar? Células troncales embrionarias y dignidad: caso Brüstle <i>vs.</i> Greenpeace.	119
María de Jesús MEDINA ARELLANO Perla Rubí TIRADO AMADOR	

Impacto jurídico de la sentencia <i>Artavia Murillo vs. Costa Rica</i> para México en materia de reproducción humana asistida.	143
Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS	
Niños y niñas migrantes irregulares y su derecho a la salud en Estados primordialmente de destino	161
Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ	
La prohibición de la interrupción del embarazo como paradigma católico: es violador de la autonomía reproductiva y del derecho humano a la igualdad en México	193
Alan Francisco OSORIO ARAGÓN	
El genoma humano. Estudios y repercusiones.	223
Julieta de Montserrat PÉREZ HERRERA	
Negligencia médica: una agonía para obtener justicia	263
Mauricio REYNA LARA	
La acción de inconstitucionalidad 8/2014: por la protección de derechos humanos de convivientes y sus hijos en Campeche.	277
Enrique RODRÍGUEZ TRUJANO	
Semblanza de autores	303

PRESENTACIÓN

La presente obra es una compilación ordenada de textos originales, y es el resultado del esfuerzo coordinado entre varias instituciones académicas (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Programa Universitario de Bioética, Cátedra Extraordinaria Benito Juárez sobre Laicidad de la UNAM y el Colegio de Bioética, A. C.), con el ánimo de profundizar la reflexión y el análisis sobre temas emergentes en el área de la salud, la bioética y el derecho.

Las motivaciones que fundamentan la producción de esta obra se encuentran en la celebración del Diplomado en Bioética y Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, celebrado del 9 de enero al 10 de julio de 2016. Este encuentro académico reunió a expertos en diversas disciplinas interesados en el diálogo entre el derecho y la bioética, y que tienen como eje común una perspectiva robusta de derechos humanos. El objetivo general del diplomado fue identificar y desarrollar los conceptos mínimos indispensables para abordar perspectivas de reflexión bioéticas en las situaciones dilemáticas y cotidianas en el área clínica. En específico se buscó promover la actualización y profundización de los conocimientos, así como el desarrollo y fortalecimiento de habilidades y destrezas en un área específica.

Es así como el lector encontrará en estas páginas el resultado de un diálogo interdisciplinar, necesario para el abordaje de los diversos dilemas que atañen a la reflexión bioética y que se presentan en el ámbito de políticas públicas y legislación en salud, así como de las decisiones judiciales.

Además, se hizo hincapié en el enfoque jurídico a través del análisis de la jurisprudencia médica relevante, emitida por tribunales de nivel nacional, regional e internacional. Esta perspectiva constituye en nuestra opinión una aportación valiosa, al presentar un aterrizaje concreto y actualizado de los temas estudiados. Lo anterior es importante, pues en la actualidad existen pocos estudios doctrinales en México por parte de los cultores del derecho constitucional y una escasa jurisprudencia médica en torno de cuestiones bioéticas y ético-jurídicas por parte de la Suprema Corte de Justicia. Asimismo, los análisis que aquí se presentan son el producto de una serie de discusiones que realizaron estudiosos de la materia, tomando como objeto

de estudio sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, enriquecidas con reflexiones de corte teórico y conceptual.

Respecto al contenido, la obra aborda cuestiones actuales y controversiales, tales como la donación de órganos, la fecundación *in vitro*, la subrogación de vientre, el aborto, la adopción y el matrimonio entre personas del mismo sexo, así como cuestiones de propiedad intelectual del material biológico. Son estos temas los que han dado origen a sentencias interesantes desde diversos puntos de vista, en las que se han encontrados argumentos divergentes entre jueces conservadores y liberales, así como un diálogo entre distintas disciplinas, que ha llevado a posturas filosóficas y dilemas propios de la reflexión bioética. Ello se ha visto reflejado en decisiones judiciales amparadas bajo el cobijo de varias interpretaciones de los derechos humanos en el sistema de control constitucional y convencional mexicano, así como de otros tribunales constitucionales latinoamericanos y europeos.

Al respecto, la obra aborda diferentes problemáticas, entre ellas el tema de la salud pública, que es, sin duda, de enorme relevancia, y que plantea la responsabilidad del Estado en el acceso de los pacientes a los servicios sanitarios, en condición de igualdad y sin discriminación alguna, incluyendo las personas que viven con VIH, tal como ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzales Lluy. También se aborda el tópico sobre la negligencia médica, que se presenta en varias ocasiones en instituciones de salud tanto públicas como privadas, y del que se habla poco, a pesar de presentarse como un desafío mayor para las víctimas. Otro tema desarrollado es el del aspecto de las patentes sobre material biológico, en particular lo relacionado con las células troncales embrionarias, tema de vanguardia, que tomará, sin duda, enorme trascendencia a medida de los avances científicos en la materia. Otra problemática de gran relevancia es cómo debe considerarse el embrión, especialmente, ante la tensión entre protección del derecho a la vida y derechos a la autonomía reproductiva. La cuestión del genoma humano constituye igualmente un reto mayor, y es necesario analizar dicha cuestión a la luz de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO; lo anterior, para garantizar su beneficio para la humanidad (establecimiento de principios a seguir en beneficio de toda la colectividad).

Por otro lado, los derechos reproductivos y sexuales constituyen una materia controversial, especialmente en Latinoamérica, región caracterizada por relaciones complicadas entre el Estado y la Iglesia católica, aliada cada vez más con nuevas Iglesias evangélicas y pentecostales. Si bien grupos

organizados de la sociedad han logrado plantear la agenda de esos derechos en el debate democrático, lo cierto es que las instituciones religiosas de corte conservador pugnan por una concepción, muchas veces radical, de que el aborto es una práctica homicida, impidiendo, de esta manera, avances en la materia. Al respecto, es necesario señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mostró un criterio de avanzada al declarar la constitucionalidad del Código Penal del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), que despenalizó el aborto voluntario dentro de las primeras doce semanas de gestación. Determinó que los estados no deben legislar reduciendo el principio pro persona y deben actuar de conformidad con el bloque de constitucionalidad, y afirmó que el *nasciturus* no debe considerarse como persona humana, que la mujer que decida abortar debe poder hacerlo en condiciones salubres, y alentó a eliminar barreras entre géneros.

Relacionado con lo anterior, se desarrolla cómo se ha resuelto la violación de derechos humanos que sufren las minorías sexuales, la ubicación jurídica de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo, y el alejamiento del carácter religioso del matrimonio (véase el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En México, fundamental es el examen de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche, que fue impugnada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por impedir que las personas que estuvieran en convivencia pudieran formar una familia o compartir la guarda y la custodia de sus hijos menores; lo anterior es violatorio de los derechos de igualdad y de no discriminación.

Otra temática de vanguardia y urgencia es la relativa a los derechos de la interculturalidad, en particular cómo proteger la cultura y los recursos naturales de las comunidades indígenas en México. Al respecto, se hace una crítica sobre las prácticas de la empresa transnacional Monsanto en materia de soya genéticamente modificada, y se reflexiona por qué es indispensable la participación en consultas de los grupos indígenas cuando se afecten los recursos naturales de los contextos en los que viven, y sobre los costos ambientales de la siembra de la soya transgénica.

Finalmente, la obra concluye con el análisis de lo que se refiere al suicidio asistido y la eutanasia, ya que en realidad no hay una razón lógica para que el Estado determine sobre cómo y hasta cuándo se debe vivir. Se trata de decisiones propias de cada persona mientras no se afecte a otro o se altere el orden jurídico y los derechos ajenos.

Así pues, el Estado, dentro de sus políticas y la emisión de normas de carácter general, debe excluir los dogmas religiosos, única solución viable ante un mundo cada vez más diverso, en el cual debe darse cabida a todas

las concepciones de pensamiento mientras no se altere el orden público y los derechos de terceros. Desde esta perspectiva, la bioética ha de pensarse desde un mirador laico, al definirse la laicidad como un régimen de convivencia basado en la autonomía del Estado y de la religión, orientado hacia el respeto de las convicciones fundamentales de los individuos en condición de igualdad.

Sin lugar a dudas, como se ha mencionado, dentro del campo del derecho constitucional actualmente se vive en el siglo de los tribunales, ya que ellos son los encargados de determinar los criterios para la comprensión de los textos legales y su aplicación a las situaciones dilemáticas que nacen de la práctica. El análisis de criterios judiciales ha sido posible gracias al entusiasmo mostrado por estudiosos de la bioética, varios de ellos jóvenes, pero con un desarrollo de raciocinio jurídico muy avanzado, entre ellos Alán Francisco Osorio Aragón, alumno de la Facultad de Derecho de la UNAM y ganador del concurso de ensayo universitario “Benito Juárez” 2015 otorgado por la Cátedra Extraordinaria “Benito Juárez” de la UNAM sobre laicidad.

En los años subsecuentes será indispensable realizar una serie de estudios que sirvan como críticas a los fallos y criterios judiciales que se dicten en materia de bioética, para ir construyendo una doctrina en torno a la práctica de los tribunales sobre estos temas. Con lo anterior, esperamos seguir actualizando esta obra conforme se decidan nuevos casos o aparezcan nuevos temas que se litiguen ante los tribunales que incidan en decisiones gubernamentales sobre la vida y sus efectos en este mundo. Una vez que se han hecho las anteriores reflexiones, es el momento de agradecer el apoyo en la coordinación de esta obra a quienes asistieron en la compilación de los trabajos. Nuestra gratitud para Bernardo Anwar Azar López y Ana Karen Martínez Arriaga. Los coordinadores desean agradecer el apoyo económico para la edición de esta obra al Colegio de Bioética, A. C., que tiene como principal misión promover diálogos y discusiones bioéticas desde una perspectiva laica y científica. Nuestra profunda gratitud y reconocimiento a su labor. De igual manera, nuestra infinita gratitud al doctor Pedro Salazar Ugarte, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por su constante apoyo con convicción sobre la importancia de los temas que se abordan en la obra, además por su generosidad, al aceptar albergar esta obra en nuestra casa editorial.

Pauline CAPDEVIELLE
Giovanni Azael FIGUEROA MEJÍA
María de Jesús MEDINA ARELLANO

BIOÉTICA, DERECHO E INTERCULTURALIDAD: ANÁLISIS ANTROPOLÓGICO DEL CASO DE LIBERACIÓN COMERCIAL DE LA SOYA GENÉTICAMENTE MODIFICADA EN TIERRAS DE COMUNIDADES INDÍGENAS MAYAS EN CAMPECHE, MÉXICO

Alejandra ARMENTA ESPINOSA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Megaproyectos, cosmovisión y medio ambiente.* III. *Apertura comercial, actores sociales y los dilemas éticos del “desarrollo”.* IV. *La defensa de los derechos de los pueblos indígenas ante el desarrollo biotecnológico.* V. *Narrativas jurídicas y culturales del derecho a la consulta previa libre e informada.* VI. *El derecho a la consulta y la autonomía de los pueblos indígenas, una asignatura pendiente.* VII. *El empoderamiento jurídico de las comunidades indígenas mayas al acceso a la justicia.* VIII. *Justicia social y ambiental. Los costos de la siembra de soya transgénica.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En sus inicios, la reflexión bioética nació de los dilemas éticos suscitados directamente en el terreno práctico de la atención médica e investigación en seres humanos, lo cual tuvo lugar a partir de cuatro acontecimientos históricos fundamentales en la historia del desarrollo científico y tecnológico: 1) Los crecientes descubrimientos de la biología, ciencia de la cual parte el desarrollo de muchas otras disciplinas, como las ciencias biomédicas y la medicina. 2) El hecho de que la comunidad científica se percatara tanto de su responsabilidad como de la dimensión ética de los riesgos potenciales inherentes a la realización de investigación científica. 3) El traslado y aplicación del desarrollo tecnológico en la atención médica, modificando así los extremos de la vida con intervenciones de distinto orden, desde la invención y uso de la ventilación mecánica hasta las técnicas de reproducción humana asistida. 4) El involucramiento y la participación más activa de las personas sujetas

de la atención médica (los pacientes) en la toma de decisión en cuanto a las intervenciones y procedimientos que les sean realizados.¹

Si bien, en un primer momento, el desarrollo tecnológico que dio lugar a la bioética surgió en un contexto predominantemente biomédico, las aplicaciones del avance científico y el desarrollo tecnológico no se han restringido a la esfera de la biomedicina, sino que han expandido sus áreas de acción, pasando de la capacidad de intervención directa sobre el cuerpo humano a la capacidad de modificar e intervenir sobre la naturaleza y el medio ambiente.

De ahí que los ejes de análisis y reflexión de la bioética no se restringen al estudio de la vida humana en lo local e individual, situada en un contexto estrechamente vinculado con la atención sanitaria, en el marco de lo que ocurre en la clínica, es decir, durante la relación y comunicación médico-paciente, sino que se traslada al ámbito de lo colectivo y lo global a través del estudio de las relaciones y problemáticas ambientales, sociales, políticas y económicas derivadas de la capacidad de intervención del ser humano sobre el medio ambiente y la naturaleza, las cuales, a su vez, pueden impactar negativamente la salud de las poblaciones.

Cabe destacar que una de las principales características del análisis bioético es el diálogo directo entre disciplinas, en este caso desde la antropología, disciplina desde la cual resulta vital pensar las problemáticas sociales que se estudian como procesos relaciones entre distintos actores sociales, ello bajo una perspectiva social, política e histórica contextualizada.

En 2012, la empresa multinacional estadounidense Monsanto, desarrolladora de biotecnología dirigida a la agricultura, obtuvo el permiso requerido, de parte de las autoridades mexicanas correspondientes, para la liberación comercial (siembra) de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato en distintos municipios del estado de Campeche. Integrantes de algunas de las comunidades mayas afectadas, cuya principal actividad económica es la apicultura, al percatarse de las afectaciones y de la violación a sus derechos fundamentales derivados de la siembra de soya transgénica en sus tierras y territorios, decidieron actuar por la vía jurídica para solicitar la revocación de la autorización previamente otorgada a Monsanto y detener así la siembra de soya genéticamente modificada en su territorio.

Para ello, integrantes de las comunidades indígenas mayas y apicultores de la región promovieron un amparo directo ante el juez segundo de distrito

¹ Gracia, D., “Origen, fundamentación y método de la bioética”, en Martínez Martínez, J. A. y de Abajo, F. J. (coords.), *La bioética en la educación secundaria*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 2007, pp. 9-50.

en el estado de Campeche. El amparo reclamaba dos aspectos fundamentales:

- 1) El permiso otorgado por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa) para la liberación en etapa comercial de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato, el cual fue erróneamente otorgado con base en la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados.
- 2) El dictamen emitido por la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT). Tanto las autoridades responsables como el Ministerio Público estuvieron inconformes con la sentencia dictada, por lo que promovieron un recurso de revisión centrándose en la supuesta falta de legitimación de los demandantes (los miembros de las comunidades indígenas mayas).

Si bien el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito del Estado de Campeche fue la primera instancia en conocer este recurso, dada la relevancia del caso y de la decisión que se tomaría en el contexto nacional, este mismo órgano solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que ejerciera su facultad de atracción para que ésta llevara a cabo el análisis correspondiente para dictar la sentencia. De este modo, la SCJN fungió como la instancia encargada de revisar el amparo, hacer un análisis de la situación y dar respuesta a las demandas de las comunidades indígenas.²

Este ensayo no pretende centrarse en el proceso jurídico previamente mencionado, sino que parte del discurso de éste, para llevar a cabo un análisis, desde una perspectiva antropológica y bioética, tanto de las relaciones y articulación entre los distintos actores sociales e institucionales involucrados como de las consecuencias e implicaciones en distintos ámbitos de la vida de las comunidades mayas de Campeche derivadas de la liberación comercial de la soya genéticamente modificada en su territorio.

II. MEGAPROYECTOS, COSMOVISIÓN Y MEDIO AMBIENTE

Actualmente, en distintas regiones del territorio mexicano está teniendo lugar el desarrollo de una serie de grandes proyectos de desarrollo, mejor co-

² El documento del cual partió el análisis de este ensayo fue el amparo en revisión 270/2015. Acuerdo de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al 4 de noviembre del 2015. Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas. Secretarios: Laura García Velazco, María Antonieta del Carmen Torpe y Cervantes y Marco Tulio Martínez Cosío. Colaboró: Mariana Díaz Figueroa.

nocidos como “megaproyectos”,³ los cuales hacen referencia al desarrollo de infraestructura llevado a cabo ya sea por parte de la industria o el Estado, conllevando la adquisición de espacios territoriales previamente habitados, o bien áreas de cuyo uso las poblaciones dependen.⁴ Ello implica la explotación de recursos naturales obtenidos mediante prácticas e intervenciones extractivas sumamente nocivas, agresivas e invasivas, tanto para el medio ambiente como para las poblaciones que habitan esas tierras, las cuales muchas veces forman parte de comunidades y pueblos indígenas. Algunos ejemplos de esto son la construcción de presas, gasoductos, proyectos de obtención de energías alternativas, explotación minera, etcétera, lo cual no sólo modifica en apariencia el entorno y el territorio habitados por los integrantes de las comunidades indígenas ahí asentadas, sino que se traduce en la destrucción y contaminación de sus tierras, el subsuelo, bosques y mantos acuíferos.

En la actualidad, una de sus vertientes de mayor impacto y crecimiento es el denominado desarrollo biotecnológico, el cual, a través de la manipulación genética de plantas y semillas, ha revolucionado la capacidad de producción de la industria de alimentos. Esto se debe gracias a que la introducción en semillas de nuevos genes, o bien a la modificación de los ya existentes, con el fin de “mejorar” las propiedades nutricionales, de crecimiento, resistencia a temperaturas, plagas, o a determinadas condiciones climáticas, incrementa exponencialmente la capacidad de producción agrícola. En este marco de desarrollo biotecnológico se posibilita el desarrollo de megaproyectos de parte de la industria agrícola, expresada a través de la siembra de grandes extensiones de territorio de monocultivos con organismos genéticamente modificados.⁵

Tal es el caso de la liberación o siembra de soya transgénica con fines comerciales⁶ en tierras habitadas por integrantes de comunidades indígenas mayas en el estado de Campeche, llevada a cabo por Monsanto, empresa

³ El desarrollo de estos proyectos industriales son mayoritariamente de orden extractivo de los recursos naturales y energéticos. En este caso, vinculado a la modificación genética de semillas, se hace referencia a la práctica de siembra extensiva y prolongada de monocultivos.

⁴ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 7-11.

⁵ Acevedo Gasman, F. *et al.*, “La bioseguridad en México y los organismos genéticamente modificados: cómo enfrentar un nuevo desafío”, *Capital Natural de México*, vol. II: *Estado de conservación y tendencias de cambio*, México, Conabio, 2009, pp. 319-353.

⁶ Introducción, con fines de venta en el mercado nacional e internacional, de soya genéticamente modificada al medio ambiente sin adoptar las medidas de contención físicas, químicas o biológicas requeridas para limitar su contacto con la población y el medio ambiente.

productora de agroquímicos y biotecnología destinados a la agricultura que forma parte de una coyuntura más amplia en el contexto mundial de apertura comercial y desarrollo económico, en la cual el mercado internacional ha encontrado en la explotación de los recursos naturales pertenecientes a los “países en desarrollo” una gran ventana de oportunidad tanto para la expansión del capital como para la obtención de materias primas a partir de bienes naturales mediante el diseño e implementación de megaproyectos para el desarrollo que implican la explotación e intervención directa sobre el medio ambiente y la naturaleza.⁷

Cabe destacar que esta apertura comercial y económica se enmarca en una lógica de mercado que concibe al desarrollo como la capacidad de producción de los países y al atractivo de los mismos como sitios de inversión. Asimismo, en un contexto de globalización y comercio internacional, el hecho de trasladar las fases extractivas de la producción de las potencias económicas a países en vías de desarrollo, con marcos jurídicos mucho más laxos y permisivos, constituye una práctica recurrente. Esto se traduce en que las grandes multinacionales, avaladas por los Estados-nación en los cuales han invertido, explotan los recursos naturales de estos últimos, los cuales en muchas ocasiones se encuentran situados en territorios habitados por pueblos y comunidades indígenas cuyos integrantes tienen una visión de “desarrollo” completamente distanciada de la concepción comercial del mismo, vinculándolo no sólo al bienestar y capacidad de subsistencia y reproducción cultural de la comunidad, sino a la convivencia armónica con el medio ambiente y preservación de la naturaleza.

Los pueblos indígenas tienen una forma particular de organización y de concepción del mundo, el cuerpo, el espacio y el tiempo, que parte de una relación particular con la naturaleza y el medio ambiente, guardando un vínculo especial con la tierra, la cual constituye el entorno que engloba la totalidad de su existencia, y en donde tiene lugar la vida espiritual de la comunidad. Igualmente, la tierra pertenece a la comunidad, no al individuo. Para los integrantes de los pueblos indígenas, el territorio y el medio ambiente constituyen un espacio de vida, trabajo y significación en el cual se enmarcan la construcción de su identidad, la reproducción de su cultura, así como el desarrollo y la sobrevivencia de la comunidad.

Para ellos, el territorio constituye un espacio valorizado y apropiado simbólicamente, en el cual se encuentran sus tierras conformando sitios an-

⁷ Muñoz, Emilio, *La biotecnología ante su espejo. Sociedad, industria, desarrollo y medio ambiente. Tres imágenes*, documentos de trabajo del IESA-CSIC, núm. 98-14, 1998, p. 54.

cestrales, los cuales dieron lugar al origen, vida, cosmovisión, saberes y desarrollo de estas poblaciones, que al estar situadas en áreas de gran riqueza natural y biodiversidad con potencial productivo y energético, se han convertido en objetivos claves y estratégicos para la expansión del mercado internacional.⁸

III. APERTURA COMERCIAL, ACTORES SOCIALES Y LOS DILEMAS ÉTICOS DEL “DESARROLLO”

En la actualidad, los esquemas de producción de mercancías se rigen bajo grandes intereses políticos, comerciales y económicos, inscritos en una lógica de apertura comercial del mercado internacional, bajo la cual los países con mayor poder político y hegemonía económica son los que tienen la capacidad de inversión para el desarrollo de distintos proyectos e iniciativas comerciales de producción. Estas potencias económicas se trasladan a otros países cuyas economías son pobres y sus marcos regulatorios débiles, y cuyos gobiernos se encuentran más ávidos por atraer inversión extranjera en lo inmediato, con la supuesta finalidad de propiciar el desarrollo económico del país, que por desarrollar estrategias sustentables de producción a largo plazo.

Ante tal lógica de apertura e intereses comerciales, el desarrollo de megaproyectos tiene lugar en el marco de una situación de tal disparidad económica y política entre una empresa/Estado-nación hegemónica frente a su contraparte en desarrollo. El desarrollo biotecnológico ha fungido como una herramienta que ha incrementado enormemente la capacidad de producción/explotación de los bienes naturales, considerados por el capital como materias primas/mercancías, las cuales son extraídas por la industria de un país en el territorio de otra nación distinta, generando así escenarios de gran devastación ambiental y enormes costos sociales, los cuales serán sufridos por las poblaciones de los países en desarrollo, y no por los países cuyas empresas han llevado a cabo los procesos extractivos.⁹

Esta coyuntura de apertura comercial e inversión para el desarrollo económico en contextos de exacerbada desigualdad da cuenta de un gran desequilibrio de poder entre los actores e intereses diferenciados. Ello supone grandes dilemas éticos tanto para las industrias como para los Estados-nación frente a las consecuencias generadas, ya sea directamente por sus

⁸ Giménez, Gilberto, “Territorio, cultura e identidades. La región sociocultural”, en *Globalización y regiones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 19-33.

⁹ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 7-11.

acciones y prácticas extractivas, o bien por haber autorizado que las mismas tengan lugar, en la salud y las condiciones de vida de las personas afectadas, ya sean, directamente, sus ciudadanos o no.

La agricultura orgánica se rige por la diversificación de estrategias para optimizar la productividad, como la rotación de cultivos. Por otra parte, las corporaciones de transgénicos privilegian el monocultivo, una práctica agrícola, que consiste en el cultivo en grandes extensiones de terrenos de semillas de una misma especie, la cual, si bien en el corto plazo y desde un mero punto de vista comercial resulta una estrategia muy rentable y efectiva de producción de materias primas naturales, desde una perspectiva ecológica y social tendrá implicaciones negativas, pues constituye una forma de explotación de los recursos naturales sumamente dañina que empobrece la calidad de los nutrientes de la tierra y hace que ésta pierda fertilidad, lo cual tendrá un costoso impacto ambiental, que representará daños y pérdidas incalculables tanto para las poblaciones que habitan esas tierras como para toda la ciudadanía en su conjunto.¹⁰

En esta dinámica, las consecuencias de las fases extractivas de explotación para la obtención de materias primas son claramente trasladadas de los países hegemónicos a los países en desarrollo, cuyas poblaciones, indígenas y no indígenas, serán quienes sufran, en el corto y largo plazo, las consecuencias de la devastación ambiental provocada. Así ocurre en el caso analizado, pues la práctica de producción agrícola a través del monocultivo de soya genéticamente modificada por parte de Monsanto en tierras de las comunidades indígenas mayas en Campeche, las cuales forman parte del territorio mexicano, constituye el mecanismo explícito, a través del cual los recursos naturales de México serán explotados y aprovechados por una empresa multinacional, todo bajo el discurso oficial del “desarrollo económico nacional”.

Este escenario da cuenta de múltiples implicaciones éticas, sociales, ambientales, políticas y económicas de parte de todos los actores involucrados, tanto del Estado mexicano como de la empresa multinacional Monsanto. Por supuesto, debe ser considerado el hecho de que el grado de responsabilidad de un Estado-nación es distinto e incomparable al de un ente privado, en este caso una empresa.

Entonces, cuando una situación implica la participación de gobiernos, empresas y poblaciones, las dimensiones éticas implicadas adquieren

¹⁰ Altieri, Miguel A., “The Myth of Coexistence: Why Transgenic Crops are not Compatible with Agroecologically Based Systems of Production”, *Bulletin of Science, Technology and Society*, University of California Berkeley, vol. 25, núm. 4, agosto de 2005, pp. 361-371.

profundos y diferenciados matices éticos y culturales, dado que los aspectos involucrados van desde las consecuencias específicas provocadas por el daño y destrucción ambiental de las actividades extractivas de una empresa multinacional en las poblaciones y territorios afectados, hasta el grado de responsabilidad consecuencia de las decisiones u omisiones de los Estados-nación sobre sus ciudadanos, al haber permitido que dichas intervenciones fueran implementadas en su territorio, desde un primer momento. A esto hay que sumar que si bien tomadores de decisiones del Estado-nación son sujetos y actores activamente involucrados en el proceso, éstos forman parte de grupos sociales económicamente privilegiados, los cuales no sufrirán directamente las consecuencias de sus decisiones políticas, sino que éstas serán trasladadas a la sociedad civil. En esta incesante búsqueda de crecimiento económico entran en contraposición, al menos, tres concepciones distintas de desarrollo:

La primera concepción de desarrollo es la del Estado-nación no hegemónico o en vías de desarrollo, cuyo parámetro de desarrollo es de forma, tomando en cuenta lo atractivo que pueda ser el país para atraer inversión económica extranjera, sin considerar el fondo ni las consecuencias en su propio contexto social y geográficamente localizado en su territorio, producto de la implementación de megaproyectos, los cuales conllevan la explotación sistemática y desmedida de los recursos naturales de la nación. En esta primera noción de desarrollo, lo que el Estado-nación está considerando como una oportunidad con gran potencial para el crecimiento económico y desarrollo del país, puede ser reflejo más bien de una situación de desventaja que someterá a la explotación económica y laboral a sus ciudadanos.

La segunda noción de desarrollo es la de las empresas del Estado-nación hegemónico o desarrollado, cuyo poder económico lo pone en una situación de capacidad de negociación de completa ventaja sobre el otro. Para éste, su parámetro de desarrollo estará más bien enfocado en la capacidad que tenga para expandir su capital e incrementar su valor en el mercado. Para lograr este fin, las potencias económicas buscarán trasladarse a países con débiles marcos regulatorios y mano de obra a menor costo, lo que les permitirá un amplio margen de actuación en beneficio de sus intereses, sin importarles las consecuencias negativas, en la sociedad del país en el que se instala, de sus malas prácticas empresariales.

Finalmente, la tercera noción de desarrollo es la de los pueblos de los países en desarrollo, la cual puede dividirse en dos: una noción de desarrollo de la población no indígena y una noción de desarrollo de la población

indígena; esta última corresponde el caso que estamos analizando. Estas concepciones serán diferenciadas con base en la relación que guarden los sujetos sociales con la naturaleza. En el caso de la primera, el desarrollo estará más ligado a una lógica de inserción en el mercado laboral, mucho más afín con las nociones de las empresas y Estados previamente mencionados. En cambio, la significación de desarrollo de la población indígena partirá de otro posicionamiento, pues su lógica de desarrollo económico está ligada a la capacidad de producción que la propia comunidad tenga al hacer uso de los recursos naturales situados en el territorio que habita. Esto puede ser con fines de autoconsumo o/y de comercio.¹¹

La pertinencia de hacer mención a las concepciones previamente ilustradas de desarrollo radica en que para poder entender las dimensiones culturales de fondo que enmarcan tanto el proceso de globalización, apertura de intercambio comercial, como las lógicas de pensamiento y decisiones tomadas por los distintos actores sociales involucrados, es necesario dar cuenta del punto de partida de cada uno, así como del rol que desempeñan y la posición que ocupan en el mercado internacional. Las prácticas de comercio son también prácticas culturales, por lo que en las dinámicas comerciales el referente cultural del cual parte cada uno de los actores mencionados dará cuenta de las motivaciones e intereses diferenciados para que construyan su actuar. Es por ello que una situación que puede poner en claro riesgo ambiental a una población puede ser percibida como un área de oportunidad para el Estado-nación en cuestión, e incluso puede ser deseable para la población misma, a pesar de estar siendo sujeta de explotación.

A nivel económico, la llegada y actividad de las empresas transnacionales a países en desarrollo puede traer beneficios económicos. No obstante, éstas no suelen tener incorporado como parte de sus prácticas comerciales el principio ético de no hacer daño, ni tampoco consideran los costos sociales ni ambientales producto de sus actividades e intervenciones. En este sentido, las empresas tendrían que tener contrapesos jurídicos e institucionales que regulen su capacidad de acción. Idealmente, ello implicaría la participación e intervención activa de otros actores sociales: el gobierno y las instituciones jurídicas de los Estados-nación y, de igual manera, estos últimos tendrían que tener contrapesos provenientes de la sociedad civil.

¹¹ Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, UNESCO, p. 4975. Informes temáticos del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

IV. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANTE EL DESARROLLO BIOTECNOLÓGICO

Bajo este esquema de desarrollo de megaproyectos para la producción y explotación desmedida de los recursos naturales por actores internacionales y ajenos a los contextos en donde se llevarán a cabo las prácticas extractivas, los costos sociales, culturales, medioambientales y daños a la salud, consecuencia de éstas, son trasladados fuera de las fronteras de los países desarrollados e impuestos a las poblaciones de los países sujetos a ello, lo cual implica la violación sistemática de los derechos humanos de las comunidades y pueblos indígenas. De ahí que para la protección y la defensa del patrimonio biocultural y de los derechos de los pueblos indígenas frente a la apertura comercial y el desarrollo biotecnológico resulte esencial la articulación de la bioética con el derecho.¹²

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas junto con la salvaguarda de la expresión de su identidad en tanto individuos y colectividad, está contemplado en el artículo 12 del Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), instrumento jurídico internacional (suscrito por México)¹³ en el cual los Estados se comprometen a que los pueblos indígenas tengan tanto la protección contra la violación de sus derechos como los medios y herramientas jurídicas necesarias para dar inicio a acciones y procedimientos legales que aseguren el respeto y acceso efectivo a los derechos. Resulta importante precisar que no es el Estado quien confiere a un individuo el que sea considerado o no indígena, sino que ello se define con base en la autoconsciencia y autoadscripción del sujeto, es decir, si él se considera a sí mismo como indígena o no. Éste constituye el criterio esencial y suficiente para que una persona sea reconocida como integrante de algún pueblo o comunidad indígena.¹⁴

¹² Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México. Un primer acercamiento*, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 531-554 (consultado el 26 de mayo de 2017).

¹³ Al ser un convenio internacional, tiene el carácter vinculante en todos los ámbitos de nuestro sistema jurídico, lo cual implica la obligatoriedad para ser adoptado e implementado por la normativa de nuestro país siendo, además, contemplado en el artículo 2o. constitucional.

¹⁴ Artículo 2o. constitucional, el cual, con base en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, dispone que la “consciencia de su identidad indígena” será el criterio fundamental para determinar a quiénes son aplicadas las disposiciones sobre pueblos indígenas.

La población indígena en México representa casi un 15% de la población total con aproximadamente 15.700,000 habitantes,¹⁵ cuyas tierras albergan gran parte de la riqueza natural y biodiversidad del país, las cuales se encuentran distribuidas a lo largo de todo el territorio nacional. México está compuesto de una población social y culturalmente heterogénea. Como parte de la aceptación y el reconocimiento oficial, en la práctica, de dicha riqueza y diversidad cultural, ésta debe ser reconocida no sólo de forma, sino de fondo por el Estado mexicano, el cual suele reconocer y exacerbar la enorme riqueza y diversidad cultural que posee. No obstante, poco da cuenta, en el discurso oficial, de las grandes desigualdades sociales, políticas y económicas vividas por la población indígena. Estas asimetrías dan cuenta de diferenciadas condiciones de vida y de barreras estructurales que se reflejan desde la falta de acceso a servicios básicos hasta las dificultades para el acceso efectivo a la justicia y defensa de sus derechos.

Un aspecto fundamental para la defensa de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el país es el constitucionalismo pluralista que destaca el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos, y no sólo como objetos de políticas,¹⁶ dando cuenta de la cosmovisión y diversidad cultural de los mismos en materia jurídica; es decir, el reconocimiento de las distintas formas de entender la democracia, de los procesos de deliberación y consensos para la toma de decisiones, para lo cual se privilegia el carácter de grupo y la dimensión colectiva de la comunidad sobre el individuo, siendo esto una expresión tangible del pluralismo jurídico en el país.

En el caso a analizar, los integrantes de las comunidades indígenas mayas del estado de Campeche sabiéndose y reconociéndose a sí mismos como sujetos de derechos, optaron por recurrir a la vía jurídica, provista por el Estado mexicano, para, mediante el uso de las herramientas e instrumentos jurídicos concretos, llevar a cabo la denuncia y defensa de los derechos fundamentales que les han sido violados de manera sistemática como consecuencia de la autorización otorgada por el Estado mismo para la liberación comercial de soya genéticamente modificada por la empresa multinacional Monsanto.

El argumento esgrimido por las comunidades indígenas y apicultores mayas tuvo su fundamento en que tanto la autorización para la liberación comercial de soya genéticamente modificada como la siembra de la misma

¹⁵ Censo de Población y Vivienda 2010, del INEGI.

¹⁶ Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, UNESCO, p. 116. Informes temáticos del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades Fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

en sus territorios constituían una violación a los derechos de los pueblos indígenas que habitan las tierras y territorios afectados; para ello se centraron en la violación de tres derechos fundamentales: 1) el derecho a gozar de un medio ambiente sano, 2) el derecho al trabajo y 3) el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Cabe señalar que si bien gran parte del análisis llevado a cabo por la SCJN estuvo orientado en la violación del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada (la cual constituye un aspecto de orden procedimental), esto no quiere decir que la violación del derecho al trabajo y el derecho a un medio ambiente sano, los otros dos derechos fundamentales objeto del reclamo y denuncia de parte de las comunidades mayas de Campeche, estén fuera de la discusión. Al contrario, pues precisamente es en los costos e implicaciones sociales, culturales y ambientales derivados de la siembra de soya transgénica donde radica la relevancia de la denuncia de los mayas de Campeche en la defensa de sus derechos humanos.

Para la comprensión y el análisis amplio de dichas implicaciones, resulta esencial el entendimiento de la lógica de pensamiento y relación con la naturaleza de los pueblos indígenas con sus tierras. El medio ambiente y la estrecha relación que las comunidades indígenas guardan con la naturaleza van más allá de una relación espiritual con la misma, pues del conocimiento de la flora, la fauna y de la tierra nacen también iniciativas de carácter laboral, económico y productivo para el desarrollo de la comunidad, como es la producción de miel, principal actividad productiva de las comunidades mayas de Campeche.

V. NARRATIVAS JURÍDICAS Y CULTURALES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA

La defensa del derecho a la consulta previa libre e informada tiene una lectura que resulta fascinante para el análisis del discurso desde una perspectiva social y antropológica, pues parte desde dos narrativas distintas, pero entrelazadas: la jurídica o estatal y la cultural o de los sujetos sociales, las cuales, dada la coyuntura de concepciones distintas de desarrollo e intereses comerciales, podrían parecer antagónicas, lo cual no es necesariamente cierto, pero sí requiere de una perspectiva analítica amplia, plural e interdisciplinaria, que permita leer ambos discursos y dilucidar su contenido.

En el caso a analizar, entran en relación distintos actores sociales e institucionales, públicos y privados: por un lado las y los integrantes de las comunidades indígenas mayas y la empresa multinacional Monsanto, y, por otro

las instituciones gubernamentales vinculadas con la protección del medio ambiente, la Sagarpa y la Semarnat, junto con las instancias de impartición de justicia, encabezadas por la SCJN, incluyendo a los funcionarios públicos que laboran en ellas. Para el análisis es de suma importancia dilucidar la relevancia que tiene el hecho de que los distintos actores involucrados en el contexto del debate jurídico para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas sean sujetos sociales con roles institucionales asignados.

El derecho cobra sentido en la vida social en la medida en que los distintos sujetos y actores sociales se apropien, hagan uso de él y lo doten de significado. De igual manera, funge como una herramienta para el empoderamiento de las personas, a la cual todas las personas y grupos sociales podrán recurrir para la búsqueda de la protección y defensa de sus derechos. Por supuesto, el derecho no es un ente ni abstracto ni estático, pues es operado por sujetos sociales, quienes, haciendo uso de éste, deberán dar respuesta al complejo cúmulo de problemáticas y conflictos sociales, políticos y económicos suscitados. En un país de gran desigual social y heterogeneidad cultural como México, la defensa de los derechos adquirirá matices particulares, ya que en muchas ocasiones las instituciones y actores sociales involucrados en los procesos jurídicos pueden estar muy distanciados de las realidades y problemáticas sociales que deberán analizar en cada caso, por lo que se verán confrontados con distintas narrativas, realidades, lógicas de pensamiento y formas de concepción del mundo.

Si bien las y los integrantes de los pueblos indígenas son también ciudadanas y ciudadanos de México, al formar parte de grupos que han vivido un proceso estructural e histórico de sistemática segregación, desigualdad y exclusión, éstos son considerados por la ley como grupos vulnerables, lo que se traduce en la protección de sus derechos a través de recursos e instrumentos jurídicos concretos, a los cuales, en teoría, tienen acceso para la defensa de sus derechos fundamentales, como lo es el derecho a la consulta previa, libre e informada, la cual está diseñada para fungir como un mecanismo que no sólo de voz, sino que garantice la participación política activa y continua de los pueblos y comunidades indígenas en la toma de decisiones del Estado. Bajo la actual e imperante lógica de desarrollo económico y apertura comercial, el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos y comunidades indígenas funge como un instrumento jurídico concreto, utilizado por ellos para la defensa de sus territorios y recursos naturales ante el desarrollo de megaproyectos.¹⁷

¹⁷ Stavenhagen, Rodolfo, "México: minorías étnicas y política cultural", *Nexos*, 1 de julio de 1979. Disponible en: <http://www.nexos.com.mx/?p=3377>.

Como hemos visto, para las comunidades indígenas el medio ambiente, ese entorno natural que forma parte de su territorio, va más allá de un espacio geográfico delimitado, pues éste, además de constituir un verdadero espacio de vida, trabajo y significación, forma parte esencial del desarrollo social, económico y cultural de la comunidad, pues, además de ser el sitio que habitan, los recursos naturales en él contenidos posibilitan el desarrollo y la subsistencia tanto material como cultural de la comunidad en lo cotidiano; es decir, el medio ambiente es el espacio en donde convergen la subsistencia y reproducción de la vida en un sentido amplio de la comunidad y sus miembros.

En la sentencia en cuestión, el análisis jurídico e interpretación realizados por la SCJN hace un análisis poco profundo del contexto cultural y de los argumentos esgrimidos por los mayas, restringiéndose a aspectos de orden procedimental, poniendo como eje central del análisis el incumplimiento por parte del Estado de llevar a cabo la consulta previa, libre e informada, limitando, además, el acceso a ésta al hecho de que la intervención de un tercero en el espacio habitado por la comunidad conlleve explícitamente un “impacto significativo” para la misma,¹⁸ lo cual, en este caso, sí se cumple, y va más allá de un posible daño significativo a la salud de los habitantes de las comunidades indígenas, pues la liberación de soya genéticamente modificada en tierras mayas, un acto de aparente índole comercial, tiene grandes costos e implicaciones sociales, culturales, económicas y ambientales mayores, las cuales trastocan por completo la vida y funcionamiento de las comunidades indígenas en donde se pretende llevar a cabo la siembra de la soya transgénica.

Además de tener en cuenta los aspectos culturales inherentes al caso de siembra de soya transgénica en territorio maya del estado de Campeche, debe ser igualmente considerada la coyuntura de grandes intereses económicos y comerciales que forman parte del fondo del debate jurídico de la defensa de la consulta previa, libre e informada hecha por los mayas de Campeche, ya que ésta no está aislada, sino interrelacionada con la autonomía y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

La defensa del derecho a la consulta previa, libre e informada se suscita ante el acto de Monsanto, industria o ente privado, de proceder a la siembra de soya transgénica en territorio maya. No obstante, debe tenerse presente

¹⁸ Entendiendo “impacto significativo” como la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo de sus tierras, posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural y la destrucción del medio ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria e impactos sanitarios y nutricionales negativos, entre otros.

en todo momento que en la defensa de este derecho, la autoridad competente designada para supervisar su cumplimiento es la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Por lo que al momento de llevar a cabo una adecuada consulta previa, libre e informada, ni Monsanto ni ninguna empresa tendrían por qué formar parte del proceso, pues la implementación de ésta es estrictamente facultad y responsabilidad del Estado.

VI. EL DERECHO A LA CONSULTA Y LA AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, UNA ASIGNATURA PENDIENTE

El principal objetivo del derecho a la consulta previa, libre e informada es precisamente el garantizar y posibilitar, en la práctica concreta del desarrollo de megaproyectos, la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en la toma de decisiones ante cualquier acto, proyecto e intervención privado y estatal¹⁹ que pueda afectarles. Los estándares mínimos para un adecuado proceso de consulta previa, libre e informada son que ésta sea previa al acto, informada, culturalmente adecuada y de buena fe, los cuales a continuación serán detallados con fines explicativos.

1. *La consulta debe ser previa al acto*

Ante el desarrollo de cualquier proyecto con intenciones de ser ejecutado en territorio indígena, la consulta debe llevarse a cabo durante la fase de planificación del mismo, es decir, antes de que éste sea autorizado por el Estado y comience cualquier tipo de intervención. En el caso de la siembra de soya transgénica, se incurrió en el rotundo incumplimiento de esto, ya que en ningún momento se consultó anticipadamente a las comunidades indígenas sobre el proyecto. La Semarnat y la Sagarpa, las autoridades gubernamentales que indebidamente otorgaron los permisos a la empresa Monsanto para la liberación comercial de la soya transgénica, incumplieron por completo con la obligación que tenían, puesto que el permiso otorgado a Monsanto tendría que haber estado condicionado, desde un primer momento, a que el proceso de consulta previa, libre e informada hubiera tenido lugar antes.

¹⁹ Tanto el Estado mismo puede ser la instancia que desarrolle y pretenda implementar un proyecto que implique la invasión e intervención de las tierras y comunidades indígenas, como lo puede hacer una empresa. No obstante, las instancias privadas siempre requerirán, en primera instancia, de la autorización estatal, por lo cual en ambos casos el Estado será siempre un actor clave y con un papel activo.

2. *La consulta debe ser informada*

Ante la toma de cualquier decisión, el acceso a la información resulta un elemento esencial. En el caso en cuestión, las comunidades mayas tendrían que haber sido informadas sobre toda acción e intervención concreta que se pretenderían llevar a cabo en sus tierras, así como de los posibles riesgos y consecuencias a la salud, al medio ambiente, a la flora y a la fauna del lugar derivados de las intervenciones agrícolas a realizarse. Además de esto, dado que la semilla de la soya ha sido genéticamente modificada y es resistente al herbicida glifosato, se deberían tener pruebas científicas contundentes de los posibles daños que esto cause, o bien de la inocuidad del mismo, de ser el caso.

3. *La consulta debe ser culturalmente adecuada*

Para que la información provista a la comunidad sea clara, ésta debe ser proporcionada en un lenguaje y formato entendible para los sujetos receptores del mensaje. La adecuación cultural de la información es compleja y va más allá de la mera traducción del contenido de la información al idioma de la comunidad, en este caso el maya. Por ejemplo, los mayas hablan la lengua maya; sin embargo, no la leen ni la escriben, por lo que la elaboración de un documento traducido al maya sería insuficiente, y, a pesar de estar escrito en la lengua de la comunidad, no estaría siendo culturalmente adecuado, pues no está considerando que nadie será capaz de leerlo, por lo que habría que diseñar otros recursos y medios audiovisuales para explicar la información. Otro factor a considerar es que gran parte de la población maya se dedica a la agricultura, lo que conlleva a que sus integrantes salgan desde muy temprano de sus casas y estén ausentes durante gran parte del día, por lo que el horario en que se realice la consulta es también un factor fundamental.

4. *La consulta debe ser de buena fe*

Ello se refiere explícitamente a la ausencia de cualquier tipo de coerción y neutralidad, ya sea estatal o de instancias privadas, lo cual implica que las comunidades indígenas dispongan del tiempo suficiente para deliberar de la manera que ellos elijan sin la presencia de actores externos, sobre el proyecto que les sea planteado. Asimismo, se requeriría que la información que les ha sido provista sea clara, sustentada y no tendenciosa.

Para poder considerar a un proceso de consulta previa, libre e informada como correcto u óptimo, como mínimo, los cuatro puntos previamente dilucidados tendrían que haber sido cumplidos. Esto no sucedió en el caso de las comunidades mayas de Campeche, de ahí que llame tanto la atención el énfasis puesto por la SCJN en la consulta previa, ya que en la realidad lo que estaba sucediendo en la comunidad, en donde la soya genéticamente modificada ya había sido liberada en el territorio, ya no era una posibilidad viable el llevar a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada, pues el proyecto ya había sido diseñado, autorizado e implementado. Es decir, ya todo había sido decidido excluyendo a la comunidad en el proceso de toma de decisión.

Resulta fundamental enfatizar que incluso ante una adecuada ejecución del proceso de consulta, esto sólo daría cuenta de que la comunidad fue oportuna y adecuadamente informada, mas no que ésta esté de acuerdo con lo que le fue planteado, ni mucho menos que haya aceptado que el proyecto propuesto se lleve a cabo. En la actualidad, la consulta previa, libre e informada no es sinónimo de consentimiento previo, por lo que si una comunidad indígena consultada dice que no está de acuerdo con el proyecto, éste de igual manera puede ser llevado a cabo, puesto que consulta no es consentimiento. Entonces, el derecho a la consulta se agota en preguntar a las comunidades, sin garantizarles que la decisión que tomen sea positiva o no será respetada, por lo cual, la autonomía y capacidad real de toma de decisión de las comunidades indígenas continúa siendo una asignatura pendiente.²⁰

Estas características de la consulta de ser previa, libre e informada hacen explícita la estrecha relación que la bioética guarda con el derecho, particularmente con los derechos humanos. En bioética, para proteger y privilegiar la capacidad de acción y toma de decisión de las personas, ello tanto en el marco de la atención como de la investigación clínica, se tiene un instrumento esencial, conocido como consentimiento informado,²¹ que tiene presente en todo momento los cuatro principios fundamentales de la

²⁰ Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Documento aprobado por el pleno de la asamblea del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en la XXXIII sesión ordinaria en febrero de 2013.

²¹ “Consentimiento Informado”, Comisión Nacional de Bioética. Disponible en: http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/interior/temasgeneral/consentimiento_informado.html (consultado el 26 de mayo de 2017).

bioética: 1) principio de autonomía, 2) principio de beneficencia, 3) principio de no maleficencia y 4) principio de justicia.²²

VII. EL EMPODERAMIENTO JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS MAYAS AL ACCESO A LA JUSTICIA

Para este apartado se entenderá empoderamiento como los procesos de generación de una sensación de autonomía y autoconfianza para tomar acciones, individuales y colectivas, para cambiar el orden de exclusión e inequidad establecido.²³ En este caso, implica la capacidad de una población, la indígena, para acceder a recursos e instrumentos jurídicos concretos, de los cuales antes no podía hacer uso. En el caso analizado durante este ensayo se ha dado cuenta de los mayas, una comunidad indígena, que se sabe a sí misma como sujeta de derechos, y que, como tal, ante una situación que representa una violación clara a sus derechos fundamentales, acude a las instancias jurídicas correspondientes para dar inicio a un proceso legal en defensa de sus derechos, para iniciar con la denuncia tanto de los actos de una empresa multinacional como la omisión e irresponsabilidad estatal que los ha posibilitado.²⁴

Una de las representaciones sociales presentes en el imaginario del mexicano es la pasividad, la falta de información e, incluso, la ignorancia de la población indígena de México, percepción que puede ser compartida e interiorizada tanto por individuos como por instituciones gubernamentales. Este caso, además de dar cuenta de lo erróneo que puede ser este supuesto, pone cara a cara tanto a la industria como al sistema jurídico con una población indígena fuerte, informada y con los recursos necesarios para exigir la defensa de sus derechos por la vía jurídica adecuada, tal como lo hicieron las comunidades indígenas mayas del estado de Campeche que interpusieron un recurso de amparo ante la injusticia cometida por el estado al otorgar los permisos necesarios a Monsanto para la siembra de soya transgénica en su territorio.

Podría pensarse que el hecho en sí mismo de acceder a recursos e instrumentos jurídicos a los cuales antes no se tenía acceso tendría como conse-

²² Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. (2001), *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press.

²³ Combaz, Emilie, voice “Empowerment and Accountability”, *Topic Guide*, GSDRC, 2014. Disponible en: http://www.gsdrc.org/wp-content/uploads/2015/07/GSDRC_VEA_topic_guide.pdf.

²⁴ Castillo, Mauricio; Roque, María y Hetch, Natalia, “La Suprema Corte, soya transgénica y comunidades indígenas”, *Derecho en Acción CIDE*, junio 16, 2016. Disponible en: <http://derechoenaccion.cide.edu/la-suprema-corte-soya-transgenica-y-comunidades-indigenas/> (consultado el 26 de mayo de 2017).

cuencia lógica y de modo automático, el acceso a la justicia. No obstante, a lo largo de este análisis hemos visto que la realidad es otra, pues las comunidades indígenas mayas, a pesar de haber acudido a las instancias correspondientes y haber dado todos los pasos correctos en el sistema jurídico para la defensa de sus derechos, se han encontrado con que la respuesta, en este caso de la SCJN, es insuficiente, y que las decisiones dictadas en la sentencia no son respetadas ni llevadas a cabo en la práctica.²⁵

Si bien fue reconocido por la SCJN que la consulta previa, libre e informada no tuvo lugar, esto no se tradujo en que el proyecto desarrollado por Monsanto fuera detenido definitivamente, sino que sólo resultó en la anulación de los permisos que le habían sido previamente otorgados; pero esto no significó tampoco que en los hechos Monsanto detuviera la liberación comercial de soya genéticamente modificada en territorio maya. Es decir, si bien la SCJN se pronunció al respecto y dictó una sentencia, no hay un verdadero cumplimiento ni ejecución de la misma.

El acceso efectivo a la justicia de los grupos y comunidades indígenas no se restringe al acceso a los procedimientos jurídicos, sino al hecho de que una vez habiendo hecho uso de éstos y haber obtenido una respuesta favorable antes sus demandas, la decisión tomada sea cumplida. Este caso nos da cuenta de lo que podríamos denominar como un empoderamiento de ciudadanía indígena, en contraposición ya sea una falta de empoderamiento de las instituciones gubernamentales encargadas de la impartición de justicias o bien a un proceso sistemático de debilitamiento de las mismas.

VIII. JUSTICIA SOCIAL Y AMBIENTAL. LOS COSTOS DE LA SIEMBRA DE SOYA TRANSGÉNICA

Para hablar de los costos sociales y ambientales derivados de la siembra de soya transgénica para las comunidades y pueblos indígenas, primero hay que tener en cuenta el panorama amplio y previamente instalado de generalizada, estructural y sistémica desigualdad e injusticia social en México, el cual es vivido de forma diferenciada y potencializada por la población indígena, esto, debido a distintos factores: 1) se encuentra localizada en localidades de alta marginación y desigualdad económica y social; 2) vive en condiciones de pobreza, de rezago educativo, de vulnerabilidad debido a la carencia al acceso a los servicios básicos, al agua potable, a los servicios de salud y segu-

²⁵ Pecova, Ana, “Derechos de papel”, *Nexos*, 1 de junio de 2016. Disponible en <http://www.nexos.com.mx/?p=28495>.

ridad social, a una alimentación suficiente, sana y nutritiva y aún es sujeta de racismo y discriminación.²⁶

La riqueza natural del país se encuentra distribuida a lo largo de todo el territorio nacional, en muchas ocasiones situada en tierras ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas de México, las cuales, al constituir la base material para la obtención y producción industrial de materias primas, se han convertido en un objetivo estratégico del mercado internacional. Como ha sido ilustrado a lo largo de este trabajo, esta situación forma parte de un contexto de comercio mundial, con grandes intereses políticos y económicos, que enmarcan los procesos de expansión del capital a través de la apropiación, por parte de la industria de los países desarrollados, de los bienes comunes de la naturaleza de países en desarrollo, llevado a cabo mediante distintas técnicas extractivas de alto impacto para la explotación de los recursos naturales.

Por supuesto, tal capacidad de intervención sobre la naturaleza y el medio ambiente no es inocua o carente de impactos negativos, sino que implica grandes riesgos y costos directos e indirectos, a corto, mediano y largo plazo, de índole socioambiental, con consecuencias en el desarrollo y la vida no únicamente de las poblaciones que habitan los espacios geográficos en donde las distintas intervenciones agrícolas de producción industrial tienen lugar, sino de la población en general.

Para la protección de la población de posibles riesgos y daños ambientales derivados del desarrollo biotecnológico en México, existe la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, la cual señala que para que un organismo genéticamente modificado (OGM) pueda ser comercializado en el país deben ser aprobadas las siguientes etapas: 1) experimental, 2) programa piloto y 3) comercialización.²⁷ Esto, con la finalidad de que los posibles riesgos al medio ambiente y a la diversidad biológica sean analizados y evaluados. Para ello, deberá ser emitido un dictamen de bioseguridad, ya sea por la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) o bien por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), autoridades gubernamentales que otorgaron a Monsanto los permisos requeridos para la liberación comercial

²⁶ Esquivel, Gerardo, *Desigualdad extrema en México. Concentración del poder económico y político*. Oxfam, junio de 2015. Disponible en: http://www.cambialasreglas.org/pdf/desigualdadextrema_informe.pdf.

²⁷ 1. Introducción al medio ambiente de un OGM adoptando todas las medidas de contención físicas, químicas o biológicas para limitar su contacto con la población y el medio ambiente. 2. Introducción de un OGM sin medidas de contención. 3. Introducción de un OGM al medio ambiente con fines de comercialización sin ningún tipo de contención.

de soya genéticamente modificada sin haber llevado a cabo los procesos establecidos en la Ley de Bioseguridad.

En el caso de la soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato sembrada por Monsanto en territorio maya, las autoridades correspondientes debieron haber conducido un riguroso estudio para dar cuenta, paralelamente, tanto de las posibles consecuencias en la salud y en el terreno del organismo genéticamente modificado en sí, como de los posibles efectos del herbicida glifosato en el ser humano y en el medio ambiente, lo cual no sucedió.

A este respecto, fue señalado por la SCJN que el hecho en sí mismo de introducir la soya genéticamente modificada en tierras mayas no derivaría en un impacto significativo, no obstante el conocimiento de que para la siembra de dicha semilla constituía una práctica común la utilización del herbicida glifosato,²⁸ esto podría tener como consecuencia afectaciones en la diversidad biológica y en el medio ambiente de la región, ya que éste repercute de manera directa en la flora y en la fauna, de las cuales depende gran parte de la producción apícola.

En consecuencia, el uso del herbicida posiblemente generaría un impacto significativo a través de la afectación del territorio donde están establecidas las comunidades aayas. Además, cabe señalar que ante la incertidumbre científica frente a posibles consecuencias negativas sobre el medio ambiente y daños a la salud, la autoridad tiene la facultad de hacer uso del principio precautorio, con la finalidad de tomar decisiones que mejor protejan y velen por el bienestar de las comunidades.

Más allá de las regulaciones ambientales, su incumplimiento y la sentencia dictada por la SCJN respecto de la liberación comercial de soya genéticamente modificada en Campeche, tiene consecuencias de profundas dimensiones sociales y ambientales, que, dada la estrecha relación de los pueblos indígenas con el territorio, forman parte de un todo, pues la vida, el trabajo, la reproducción de la cultura y el conocimiento tienen lugar en el entorno y la naturaleza misma de las tierras que habitan. La identidad misma de las comunidades emana y es construida con base en la historia y relación que guardan con el territorio, fungiendo éste, en sí mismo, como un actor económico.²⁹

Como ha sido vislumbrado, para los mayas el medio ambiente constituye un aspecto esencial, que comprende e integra las distintas dimensiones

²⁸ Cotter, Janet, “Glifosato, un herbicida para uso en nuestros cultivos”, *Greenpeace España*, mayo 12, 2012. Consultado el 26 de mayo de 2017. Disponible en <http://www.greenpeace.org/espana/es/Blog/glifosato-herbicida-peligroso-en-nuestro-cult/blog/40491/>.

²⁹ Raffestin, Claude, *Pour une géographie du pouvoir*, Paris, Librairies Techniques, 1980.

de su vida: la personal, la colectiva, la productiva, la laboral, la habitacional, la cultural, la espiritual, la política, etcétera. De ahí que para los mayas las consecuencias trascienden el hecho concreto de la siembra de soya genéticamente modificada en su territorio, así como las posibles afectaciones del herbicida glifosato en la salud. Por lo que el restringirse a ello limitaría enormemente las demás dimensiones de la existencia de las comunidades mayas afectadas.

La afectación directa en la economía de las comunidades mayas generada por el impacto negativo de la liberación comercial de soya transgénica en la apicultura junto con el despojo de tierras necesarias para llevar a cabo la siembra de las misma formaron parte de las principales motivaciones de los mayas para la defensa jurídica de sus derechos, sin saber que el proceso jurídico en cuestión traería consigo otras consecuencias e impactos negativos en la vida y desarrollo comunitarios, además de las barreras y negativas institucionales experimentadas por los mayas. Uno de los aspectos más ejemplificadores de esto es lo relacionado con la consulta previa libre e informada.

Como sabemos, la SCJN dictó en la sentencia, que para que Monsanto pudiera continuar con la liberación comercial de soya transgénica, las comunidades indígenas mayas debían ser consultadas a este respecto, lo cual, en sí mismo, incumpliría con los estándares mínimos de un proceso de consulta adecuado, puesto que, evidentemente, ya no sería previa. Pero, independientemente de ello, la errónea e inadecuada implementación del proceso de consulta previa implementado por las autoridades genera una problemática social mayor al interior de la comunidad.

El fin de la consulta previa, libre e informada es dotar a la población, de la información y de los elementos necesarios para que ésta pueda discutir, deliberar y, finalmente, decidir si el proceso que le está siendo planteado le parece conveniente y desea o no que sea llevado a cabo en el territorio de la comunidad. Para esto, la autoridad y los funcionarios públicos encargados de implementar la consulta tendrían que tomar una posición neutral y llevar a cabo un procedimiento con base en la dinámica particular de la comunidad. No obstante, en la práctica, esto no ocurre así, y la consulta, en lugar de cumplir su loable fin, termina por confrontar, dividir a la comunidad y debilitar su tejido social.

Otro de los daños más significativos derivados de la siembra de soya transgénica es la afectación que implica la ruptura en la reproducción de la cultura y la transmisión de conocimientos de la comunidad, también deno-

minado como epistemicidio,³⁰ dado que el medio ambiente es también un espacio en el cual los saberes de la comunidad se encuentran contenidos, por lo que la reducción paulatina de la transmisión de la cultura es una de las consecuencias directas asociadas a la destrucción del medio ambiente.

La siembra de soya transgénica tuvo también consecuencias productivas y económicas negativas para la comunidad, pues no sólo implicó la introducción de una semilla ajena y genéticamente modificada a su territorio, sino que introdujo un proyecto comercial de desarrollo incompatible con una de las principales actividades económicas de la comunidad: la apicultura, pues gran parte de la producción de miel maya en Campeche se exporta a países de Europa, cuyos consumidores buscan productos orgánicos y libres de organismos genéticamente modificados. En este caso, la producción general de miel se ve afectada a través de los procesos de polinización de las abejas, lo que afecta las propiedades de la miel y elimina la característica de estar libre de organismos genéticamente modificados, el valor agregado que la hacía objeto de comercio internacional.

Lo anterior denota y hace explícitas las paradojas de un mercado internacional que, por un lado, en el ámbito productivo es voraz en la explotación de recursos naturales, y en cambio, en el ámbito del consumo, exige productos naturales e inocuos, libres de intervenciones genéticas y del uso de pesticidas.

IX. CONCLUSIONES

La explotación exponencial del medio ambiente a través de prácticas extractivas de alto impacto sobre el medio ambiente llevada a cabo en territorio nacional por las grandes empresas transnacionales con la autorización previa del Estado mexicano, frecuentemente tiene lugar en tierras ancestrales de los pueblos originarios de México, aisladas de las grandes capitales y desarrollos urbanos del país. En este sentido, no podemos concebir a estos territorios como aislados o ajenos del resto, puesto que las tierras de los pueblos y comunidades indígenas son también las tierras de toda la sociedad mexicana.

Asimismo, es un hecho que las consecuencias más violentas de la destrucción y contaminación de los recursos naturales recaerá de manera directa en las poblaciones indígenas que viven en dichos espacios. Esto no implica que el resto de la población mexicana no viva también parte de las

³⁰ Souza, Boaventura de, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Montevideo, Ediciones Trilce, 2010.

consecuencias del daño ambiental, lo cual resulta fundamental, ya que si bien los pueblos indígenas están luchando por la defensa de sus derechos, éstos no deberían ser los únicos en hacerlo, ya que la destrucción ambiental compete y afecta a la sociedad civil mexicana en su conjunto.

El alcance del derecho a la consulta ha sido condicionado por la SCJN a la existencia de un impacto significativo. Sin embargo, constitucionalmente, la consulta para los pueblos indígenas procede ante cualquier acto legislativo o administrativo de parte del Estado, por lo que se está incurriendo en una restricción y limitación de acceso a un derecho fundamental. Asimismo, en la práctica, la instrumentación del proceso de consulta previa, libre e informada implementada por las autoridades está incumpliendo los estándares internacionales mínimos que garantizan el acceso efectivo al derecho.

Cabe enfatizar que el derecho a la consulta previa, libre e informada no se traduce en un consentimiento previo; es decir, el derecho a la consulta no garantiza la capacidad de acción ni la autonomía de los pueblos indígenas en la toma de decisiones estatales. Este aspecto es de la mayor relevancia en la lectura e interpretación que implica, en la realidad concreta, el acceso a este derecho. Por lo que una sentencia que insiste en privilegiar el derecho a la consulta, dotándole a ésta un valor erróneamente exacerbado, en lo sustantivo, no está dando una respuesta efectiva ante la violación de los derechos fundamentales referidos.

En el caso analizado, a pesar de la clara violación a los derechos humanos de las comunidades mayas de Campeche, la sentencia emitida por la SCJN no consideró detener el desarrollo del megaproyecto de monocultivo de soya transgénica, limitándose únicamente a proceder con la anulación de los permisos previamente otorgados a Monsanto, sin asegurar el cumplimiento y ejecución de la sentencia de parte de la multinacional. De igual manera, en el análisis de la sentencia dictada por SCJN, ésta ha privilegiado los aspectos procesales sobre los sustantivos; es decir, los procesos a seguir sobre las demandas de fondo, sin dar una lectura profunda de las implicaciones culturales y ambientales consecuencia de la liberación comercial de soya transgénica ni de las barreras estructurales vividas por los pueblos indígenas, actores sociales y sujetos de derecho, para acceder a la justicia.

La SCJN no es un tribunal de legalidad cuyas decisiones se basen meramente en cuestiones procedimentales. Por el contrario, es el organismo que debería dar cuenta del contenido de los derechos en profundidad, socialmente contextualizados e interdependientemente relacionados, puesto que los derechos no están aislados, ya que el acceso a uno posibilita la existencia de otro. Por ejemplo, la autonomía y capacidad de toma de decisión conduce a la libre determinación de los pueblos.

El caso analizado da cuenta no únicamente de un contexto de apertura comercial y desarrollo de megaproyectos, sino de violentos procesos de dominación-subordinación de un Estado-nación sobre otro. Fenómeno expresado local y globalmente a través del despojo de territorios, el saqueo de recursos naturales y la apropiación de los bienes comunes de una sociedad, lo cual da lugar a un abrupto punto de quiebre de la identidad cultural, así como a una forzada reconfiguración de los espacios, actividad económica y dinámica social de los mayas, por lo que la siembra de soya transgénica en comunidades indígenas del estado de Campeche no sólo implicó una evidente violación a los derechos humanos de los mayas, sino que los impactos medioambientales derivados de ello trascienden a ámbitos de la vida esencial para la reproducción cultural, por lo que gran parte de lo que está en riesgo es la vida misma y existencia de los pueblos indígenas.

Si, como en este caso, las sentencias dictadas responden más bien a las necesidades e intereses de los poderes públicos y privados sobre los intereses de los sujetos de derecho, la legitimad y autonomía del Poder Judicial queda puesta en duda ante los pueblos y comunidades indígenas, que no ven que sus derechos estén siendo verdaderamente considerados y defendidos por las instancias jurídicas del estado. A esto se suman las dificultades y barreras jurídicas de las comunidades indígenas para tener acceso a la protección colectiva de sus derechos.

Merece la pena poner especial atención en la situación previamente dilucidada sobre una continua y sistemática falta de articulación entre lo jurídico y lo sociocultural en el análisis llevado a cabo tanto por la SCJN como por las demás instancias judiciales involucradas en este caso. Esta situación no significa necesariamente una falta de interés de lo jurídico por lo sociocultural, sino que más bien puede estar revelando un genuino desconocimiento de los aspectos socioculturales involucrados por parte de los funcionarios públicos, representantes de las instancias encargadas de la impartición de justicia.

Por supuesto, dicho desconocimiento no constituye ni una excusa ni una justificación, pero sí da cuenta tangible de la necesidad de crear un puente interdisciplinario de conocimiento entre lo jurídico con otras áreas del saber, pues los sujetos sociales que fungen como funcionarios del poder judicial, aun siendo expertos en materia jurídica, no significa que tengan conocimiento de los distintos aspectos y consideraciones específicos de cada situación que analizan. En este caso concreto, al tratarse de población indígena, la pertinencia de un profundo conocimiento antropológico sale a la luz para la comprensión amplia del contexto. Pero en otro caso bien podría ser cualquier otra disciplina la que tendría que entrar en diálogo con el de-

recho para contribuir a una adecuada lectura de la problemática analizada, así como para el entendimiento y la construcción de los derechos.

El caso analizado de liberación comercial de soya transgénica en territorio maya es sumamente complejo y ejemplificador de las contradicciones jurídicas y sociales, pues entrelaza y articula lo intercultural, lo comercial, lo social, lo económico, lo ambiental, lo cultural, lo científico y biotecnológico y lo cultural, con la lucha social por el acceso a la justicia. De ahí la pertinencia de llevar a cabo una conjunción analítica entre la antropología, la bioética y el derecho, para intentar dar cuenta y dilucidar la mayor cantidad de aristas presentes, con la finalidad de construir un análisis interdisciplinario que contribuya a la comprensión profunda de un caso tan amplio, que no puede ser visto desde una óptica única. Este carácter interdisciplinario constituye un aspecto fundamental de la bioética, que, en articulación con lo jurídico, cobra un mayor sentido, pues el derecho atraviesa todas las dimensiones sociales e individuales de la existencia del ser humano.

LO LÓGICO, LO ÉTICO Y LO ESTÉTICO
EN LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.
UNA EXPERIENCIA DE LITIGIO ESTRATÉGICO
PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LOS SERVICIOS
DE SALUD EN MÉXICO*

Amelia GASCÓN CERVANTES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La salud y el derecho humano de protección sanitaria y garantía de acceso a los servicios de salud en México*. III. *Plantamiento del caso*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En 2013, en el marco del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la ciudad de Tucumán, Argentina, presentamos una comunicación titulada “Lo lógico, lo ético y lo estético en el derecho constitucional para la reflexión de los derechos humanos”.¹ En aquel momento fue complejo justificar, teóricamente, la conexión de esos tres aspectos clásicos del análisis social con la reflexión de los derechos humanos; sin embargo, logramos construir una idea que se resume de la siguiente manera:

El derecho tiene una dimensión histórica y cultural a tomar en cuenta para aumentar su efectividad. Comprender histórica y culturalmente los derechos humanos y su contexto de realización exige un ejercicio de reflexión lógica, para armonizar el sistema jurídico con los dos rasgos característicos y más condicionantes de nuestro tiempo; es decir, el desarrollo del conocimiento científico-técnico y el reto de convivencia multicultural. Exige

* Comunicación presentada en el marco del XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en Ciudad de México del 1 al 3 de febrero de 2017. Dedicado a los miembros del despacho Nambo & Asociados, por ser humanos y por vivir, promover, defender y ejercer (en congruencia con su naturaleza), los derechos de su especie.

¹ Publicado en Serna de la Garza, José María (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 423-442.

además una reflexión ética, pues la realización de los derechos humanos demanda operadores jurídicos honestos, informados, capaces e interesados por lo humano, así como las instituciones correspondientes. Finalmente, se exige una reflexión estética, evidenciada en cada argumento que se genere para la realización de los derechos humanos, que no sólo deben hacer funcional y eficiente el sistema jurídico, sino ser espiritualmente inspiradores, pues en cada realización de los derechos humanos hay una posibilidad de educación social para la comprensión y realización de lo humano.

Casi cuatro años después, es posible dar cuenta sobre un caso concreto, que, de alguna manera, permite pasar de la reflexión del contenido de los derechos humanos a comprender, debatir y practicar la realización de ellos, en este caso del derecho humano de protección y acceso a los servicios de salud en México.

II. LA SALUD Y EL DERECHO HUMANO DE PROTECCIÓN SANITARIA Y GARANTÍA DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD EN MÉXICO

No es objetivo de este escrito profundizar sobre las complejidades filosóficas, técnicas y legales que implican los conceptos de “salud” y el de “derecho humano de protección sanitaria y garantía de acceso a los servicios de salud”; sin embargo, por contexto se hace necesario abordar las generalidades de dicha complicación, pues el caso que se presenta aquí es un reflejo de los retos que tiene el Derecho para dotar al derecho humano en cuestión de un contenido realizable.

Clara Bellamy Ortiz y Marcia Villanueva Lozano, investigadoras de la Unidad de Proyectos Especiales de Investigación Sociomédica de la Facultad de Medicina de la UNAM, plantean hábil y sintéticamente la complicación que encierra el concepto general de salud, diciendo que en principio éste² “...se definió como ausencias de enfermedad y posteriormente, en 1948, se redefinió como «el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades»” (OMS). En comparación con la anterior (dicen las autoras) esta última definición tiene la ventaja de que toma en cuenta algunas dimensiones y ofrece una visión positiva del concepto en un intento de ver al individuo de forma integral.

² Bellamy Ortiz, Clara y Villanueva Lozano, Marcia, “El proceso salud-enfermedad”, en López Cervantes, Malaquías (coord.), *Los mexicanos vistos por sí mismos, los grandes temas nacionales. Una reflexión crítica sobre la salud de los mexicanos. Encuesta Nacional de Salud*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 29-38.

No obstante, este concepto de la OMS ha recibido múltiples críticas porque no logar plasmar la complejidad del significado de salud, pues la salud no es un estado, sino un proceso continuo, dinámico y no estático... [además] las tres dimensiones física, mental y social [se eligieron] sin considerar que existe una amplia diversidad de culturas y cosmovisiones... Y respecto [del concepto bienestar] habría que preguntarse en qué consiste el bienestar y hasta qué punto se puede aspirar a tener un bienestar completo... [Finalmente] una de las críticas más fuertes que se ha hecho al concepto de la OMS es su anacronismo y poca vigencia respecto a la falta de correspondencia histórica con el cambio demográfico y cambio de la naturaleza de las enfermedades... [Entonces] la salud se entreteteje y permea las distintas relaciones de la vida en general. De ahí la importancia que asumen los Estados, diversos organismos internacionales y los instrumentos jurídicos respecto a la salud como derecho. Es fundamental entender que la salud es un derecho no sólo humano sino también social, es decir, que su garantía es de naturaleza política.

En resumen, podría definirse la salud como un proceso dinámico reflejado en el equilibrio físico, mental y espiritual de los individuos y la colectividad, condicionado por las necesidades de la diversa expresión cultural humana que, a su vez, cambia según las aspiraciones de bienestar humano y las posibilidades políticas y económicas de realización de ese bienestar que prevalezcan en cada época y en cada región del mundo.

Por otra parte, como derecho humano, la protección y acceso a los servicios de salud en México tiene, en palabras también de Bellamy Ortiz y Villanueva Lozano, la siguiente ruta:³

La Organización Mundial de la Salud (OMS) asume, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (DESCA), que el derecho a la salud incluye cuatro elementos: calidad, disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad... En México, el derecho a la salud está establecido dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... No obstante, la legislación de un derecho no garantiza los cuatro elementos señalados por la OMS. En la profundidad de su concepción, los derechos tienen que ser amplios, exigibles y no delimitados... En este sentido, de acuerdo con el régimen social y político que tiene nuestro país, el Estado mexicano es el responsable de crear las condiciones necesarias que permitan garantizar de manera efectiva el derecho a la protección a la salud. Es decir, implementar políticas intersectoriales que estén encaminadas no sólo al aseguramiento sino al acceso real a los servicios de salud como parte de las políticas enfocadas en el sistema de salud. En la ac-

³ *Ibidem*, p. 33.

tualidad, las estrategias y programas de extensión de cobertura para lograr el acceso de las poblaciones marginadas y grupos vulnerables a los servicios de salud no han sido suficientes, efectivos, oportunos ni de calidad. El sistema institucional de salud está fragmentado y desordenado, además de que está basado en un modelo de protección social ligado al trabajo formal, lo que fomenta la exclusión, con un sistema de seguridad social para algunos y medidas asistenciales para otros.

Planteado el panorama general anterior, sólo nos queda hacer dos aclaraciones. Primera, a lo largo de esta comunicación se utilizará el concepto de “derecho humano de protección sanitaria y garantía de acceso a los servicios de salud”, porque esta construcción conceptual abarca y refleja la inquietud de este escrito y, segunda, siendo consciente de que, como describen los integrantes del colectivo de investigación de la maestría en Epidemiología, Gestión y Políticas de Salud, de la Universidad de Lanús, en su artículo “Equidad en salud. Teoría y praxis”:⁴

En el campo de la salud, la preocupación por la equidad y sus factores determinantes se ha extendido en los últimos años en los foros académicos y políticos... [pero] la mayoría de los estudios empíricos sobre equidad en salud se limitan a evidenciar situaciones de inequidad en macro áreas (países, regiones) sin ahondar en los mecanismos por los cuales se podrían reducir...

Por tanto, este trabajo pretende ser evidencia de un mecanismo que pueda contribuir a garantizar el acceso a los servicios de salud en los términos de cobertura que implica la realización de este derecho humano.

III. PLANTEAMIENTO DEL CASO

Para los abogados y las autoridades jurisdiccionales y administrativas, sigue siendo un reto abordar su quehacer profesional desde y con el lenguaje que se construye el discurso de los derechos humanos.

Dicho lenguaje se motiva con el sentir de lo humanamente necesario; se fundamenta con el conocimiento científico-técnico, se justifica al procurar lo moralmente justo, se refleja en el razonamiento jurídico-lógico-humanista, y concluye con la realización humana desde los valores más elevados que nuestra especie haya podido concebir. Bajo esta lógica se presenta el caso.

⁴ Spinelli, Hugo *et al.*, “Equidad en salud. Teoría y praxis”, en *Serie de Seminarios Salud y Política Pública*, Seminario VIII, noviembre de 2002, p. 3, disponible en: <http://www.unla.edu.ar/documentos/institutos/isco/cedes.pdf>

1. *El sentir de lo humanamente necesario*

Se puede entender este rubro en dos sentidos. Primero, el que motivó este escrito; segundo, el que motivó el juicio.

Desde hace años, el despacho Nambo & Asociados de Tepic, Nayarit, México, dirigido por el doctor Alfonso Nambo Caldera⁵ (docente e investigador de la Universidad Autónoma de Nayarit), está practicando litigio estratégico. En muchos de los casos asesorados en este despacho *pro bono* (como es el planteado en este escrito), no sólo han encontrado motivación para defender el interés jurídico de la parte asesorada, sino también han encontrado motivo para contribuir a organizar lógica y sistemáticamente el nuevo sistema de justicia basado en el lenguaje de derechos humanos. Lejos está la pretensión de fortalecer cualquier vanidad egocéntrica profesional con este escrito (no es ni el estilo del despacho ni de quien escribe estas líneas); sin embargo, es de justicia hacer un reconocimiento a todos los miembros de ese despacho, que ponen su conocimiento jurídico, su sensibilidad social, sus elevadas convicciones morales, su fortaleza de ánimo, su capacidad creativa, su gestión diligente y su compromiso de actualización académica permanente al servicio de cada causa que asesoran, entendiendo que en cada situación que se compromete lo humano, todos estamos implicados.

En cuanto a la parte sentida del caso, son particularmente reveladoras las palabras de América Elizabeth Cruz Ruiz (joven abogada del despacho que se entregó intensamente a esta causa), mismas que reflejan el ánimo general de los miembros del despacho⁶

...desde el momento en que conocimos del caso por parte del hijo del señor Cecilio (quejoso),⁷ consideramos en el despacho que el planteamiento de este asunto requería de elementos que resultarían novedosos para los órganos jurisdiccionales de amparo, por lo que temimos que la postura del juzgador

⁵ Acompañado en su tarea profesional cotidiana por el maestro Carlos Rodríguez Robles, el licenciado Héctor Antonio Ulloa Ortiz, las licenciadas Sara Cristina Duarte Félix, Araceli Algarín Gutiérrez, América Elizabeth Cruz Ruiz y los estudiantes de derecho Ana Cristina Chávez Rentería y Salvador Rincón Rodríguez, a quienes agradezco su actitud profesional, y que me permitan cumplir con una tarea académica obligada; es decir, dar cuenta a la academia de un logro de la práctica profesional.

⁶ Fragmento de la entrevista realizada el 24 de septiembre de 2016.

⁷ Nos referiremos siempre al quejoso como el señor Cecilio. Pese a que los datos particulares del mismo ya fueron publicados en algunas notas de periódico local, y que, por tanto, son de conocimiento público, por pulcritud académica se ha solicitado y ha sido concedida autorización expresa por parte del señor Cecilio para efecto de escribir esta comunicación y su posible publicación.

no fuera favorable. Nuestro temor se confirmó cuando se nos notificó que se desechaba la demanda de amparo indirecto. Este hecho provocó en mí una enorme decepción y los siguientes cuestionamientos: ¿por qué los juzgadores tienden a una postura de negación casi automática ante planteamientos novedosos? ¿Por qué cuando están implicados violaciones a Derechos Humanos no asumen, de entrada, una postura de admisión y luego buscan los motivos para desechar, particularmente cuando se encuentra comprometida la vida de una persona, como es el caso?... Esto nos obligó a interponer recurso de queja oficialmente y a abrir la comunicación extraoficial con las autoridades del juzgado, exclusivamente para solicitar que en el trámite administrativo se tuviera en cuenta la gravedad clínica del caso, pues la vida de un hombre tenía (según diagnóstico médico especializado), no más de tres meses y, por tanto, si su vida se perdía antes de que se resolviera judicialmente el caso por dilaciones administrativas, el sistema jurídico se negaría a sí mismo, por no ser oportuno y, entonces, ahí todos perdemos... Desde el desechamiento del amparo (8 de julio de 2015) hasta el cumplimiento de la suspensión del acto reclamado como medida cautelar innovativa traducida en el cese de la omisión de practicar una cirugía para cambio de válvula aórtica que requería el señor Cecilio, transcurrieron tres meses y ocho días. Fueron tres meses de gestiones, tres meses de búsqueda de argumentos jurídicos, tres meses de desafiar los tradicionales ritmos administrativo-burocráticos que, muchas veces, resultan contrarios a los ritmos de la vida o, peor aún, de la muerte... Sinceramente las palabras “se concede la suspensión de plano del acto reclamado a petición de parte; por tanto, se ordena cese de plano la omisión de proporcionarle al aquí quejoso, la atención medica que requiere...” me pusieron muy contenta y pensé que todo lo vivido en esos tres meses de arduo trabajo ¡valió la pena!

2. *El conocimiento científico-técnico implicado en el caso*

El 2 de julio de 2015 se presenta en la oficina de correspondencia común de los juzgados de distrito en materia de amparo, civil, administrativo, de trabajo y juicios federales del estado de Nayarit, México, con sede en Tepic, la demanda de amparo indirecto, señalando como autoridad responsable al delegado del Instituto Mexicano del Seguro Social (en lo sucesivo IMSS)⁸ en el estado de Nayarit, a quien en el ámbito de sus atribuciones, el

⁸ Autodefinida, como consta en su página oficial, como “la institución con mayor presencia en la atención a la salud y en la protección social de los mexicanos... para ello, combina la investigación y la práctica médica, con la administración de los recursos para el retiro de sus asegurados, para brindar tranquilidad y estabilidad a los trabajadores y sus familias, ante cualquiera de los riesgos especificados en la Ley del Seguro Social. Hoy en día, más de

señor Cecilio (diagnosticado con doble lesión aórtica con predominio de la estenosis severa) le reclamaba, por⁹

...la omisión de adoptar las medidas apropiadas de carácter administrativo, operativo y de cualquier otra índole, para dar plena efectividad al derecho al nivel más alto posible de atención a mi salud, y con ello salvaguardar mi integridad física y aun mi vida, en el contexto de un sistema de protección integral que reúna los recaudos mínimos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, traducidos específicamente en el cambio valvular aórtico inmediato, sugerido mediante solicitud de traslado institucional, datada el 12 de junio de 2015 y suscrita por el Dr. ..., al Centro Médico Nacional de Occidente de Guadalajara, Jalisco..

Lo anterior, debido a que la señalada como autoridad responsable le había negado la atención médica necesaria para que, por vía de cirugía, se hiciera cambio valvular aórtico al que obligaba su padecimiento.

Como puede suponerse, la adecuada defensa jurídica obligó a recurrir al lenguaje clínico que pudiera, no sólo explicarle a los miembros del despacho, sino a la autoridad judicial, los riesgos que implica el padecimiento y los requerimientos clínicos necesarios para recuperar la salud del quejoso y poder dimensionar los recaudos mínimos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y de calidad aplicables al caso.¹⁰

la mitad de la población mexicana, tiene algo que ver con el Instituto, hasta ahora, la más grande en su género en América Latina”. Disponible en: <http://www.imss.gob.mx/conoce-al-imss>, consultado el 4 de octubre de 2016.

⁹ Según consta en la demanda de amparo indirecto que motivó la integración del expediente 1546/2015 en el Juzgado Primero de Distrito en materia de Amparo Civil, Administrativo, de Trabajo y de Juicios Federales del Estado de Nayarit. En lo sucesivo Demanda de amparo.

¹⁰ La estenosis aórtica tiene tal impacto en los índices de padecimientos de los mexicanos, que en 2008 se publica una guía para la prevención, diagnóstico y criterios de referencia de la estenosis aórtica en el primer nivel de atención. Dicha guía fue elaborada con la participación de las instituciones que conforman el sistema nacional de salud mexicano. En ella se explica que “la estenosis aórtica se refiere a los cambios patológicos, fisiopatológicos y clínicos ocasionados por la disminución del área valvular aórtica. Su etiología es variada y se considera como la causa más frecuente la enfermedad calcificante del adulto mayor... La historia natural de la enfermedad valvular aórtica estenosante que no se diagnostica de manera temprana y oportuna se dirige a la aparición de complicaciones que pueden comprometer gravemente a otros órganos como el pulmón, hígado y riñón, entre otros, que pueden conducir finalmente a la muerte en una edad muy temprana. De ahí la necesidad y la importancia de la detección, diagnóstico y tratamiento oportuno”. Para más información véase *Prevención, diagnóstico y criterios de referencia de la estenosis aórtica en el primer nivel de atención*, México, Secretaría de Salud, 2008, p. 7. Disponible en: http://www.cenetec.salud.gob.mx/descargas/gpc/CatalogoMaestro/154_GPC_ESTENOSIS_AORTICA/SSA_154_08_EyR_Estenosis_aortica.pdf

3. *Lo moralmente justo del caso*

La justificación de lo moralmente justo del caso es sencilla, pero no simple. Como dice Hugo Omar Seleme (al abordar el problema de la justicia distributiva internacional con una perspectiva rawlsiana):¹¹

El lugar del globo en el que nos ha tocado vivir influye sobre nuestro nivel de ingreso y, en general, sobre nuestras expectativas vitales. El acceso global a la información... nos ha hecho visible que la circunstancia de haber nacido en un país u otro condiciona las oportunidades de llevar adelante nuestros planes de vida y hemos comenzado a preguntarnos si ello es justo o no.

Más allá de aceptar o no la viabilidad política, económica, ética y filosófica del planteamiento de Hugo O. Seleme, no hay duda de que los derechos humanos, en la vía de su realización se topan con las limitantes (económicas, políticas, culturales y sociales) del lugar en que se ejercen, y, por tanto, se plantea una compleja situación al confrontar las posibilidades y las aspiraciones; es decir, las posibilidades presupuestales de la administración pública del Estado mexicano para la cobertura sanitaria universal, más las posibilidades técnicas-científicas-clínicas, por una parte, y, por la otra, las aspiraciones formales de los derechos humanos reconocidos en el ámbito constitucional y convencional (en particular sobre el derecho humano de protección sanitaria y garantía de acceso a los servicios de salud en México, que motiva este escrito).

Desde este panorama, en el caso que nos ocupa, lo que choca es que existiendo el conocimiento científico-clínico que hace posible la cirugía en cuestión, además de contar con el personal sanitario que domina la técnica quirúrgica necesaria para el cambio valvular aórtico y las instalaciones necesarias a unas horas de distancia del lugar de residencia del humano-quejoso-paciente, resultaba desproporcionado y moralmente injusto que una vida se pusiera ya en riesgo, porque “en la Delegación Nayarit del IMSS, actualmente es física y materialmente imposible la operación, de tercer nivel de atención”, como consta en el informe justificado de la autoridad responsable. Peor resulta, para lo moralmente justo, argumentar que no se podía practicar la cirugía porque el señor Cecilio ya no era derechohabiente del IMSS en la fecha en que se pretendía practicar la cirugía con la que se haría

¹¹ Seleme, Hugo O., *Las fronteras de la justicia distributiva, una perspectiva rawlsiana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 1.

efectiva la suspensión del acto reclamado ordenada por la autoridad judicial competente.

No es la intención hablar de “maldad” de las autoridades administrativas responsables, sino de evidenciar la dificultad de armonizar los lenguajes de derechos humanos y los argumentos estrictamente legalistas, el primero, buscando la realización de valores jurídicos y morales superiores, y el segundo, buscando el cumplimiento estricto de la ley.

4. *El razonamiento jurídico-lógico-humanista que necesitó el caso*

Dado que el caso planteado ha representado una oportunidad de observar la función y trascendencia social del litigio estratégico, será este el eje sobre el cual desarrollaremos el presente apartado. Cabe recordar, como explica Martha Villarreal (profesora del ITAM), que¹²

La misión del litigio estratégico dentro del derecho de interés público, en concreto en el marco de vigencia de derechos humanos, es una herramienta idónea para proteger el ejercicio de los derechos humanos [y que...] así como el jugador profesional de fútbol requiere de pastos y el basquetbolista de canasta, el litigante estratégico no puede renegar de su propia cancha: los tribunales. Pero para el abogado, las reglas del juego no se agotan... en el reglamento que tienen que acatar ciegamente si quieren practicar, [el abogado] del litigio estratégico cuenta con la posibilidad de cambiar las reglas del juego que quiere jugar, puede participar en su diseño y promover cambios en el sistema en que juega, y de su pericia y estrategia depende cuál sea el juego que al final se encuentre jugando...

Ingenio, compromiso y conocimiento, podríamos asegurar, se encuentran en cada actividad de litigio estratégico.

En el siguiente cuadro y aún de la mano de Martha Villarreal, dimensionaremos el impacto del caso planteado en esa búsqueda por ejercer y hacer valer el derecho humano de protección sanitaria y garantía de acceso a los servicios de salud en México.

¹² Villarreal, Martha, “El litigio estratégico como herramienta de derecho de interés público”, en *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico, experiencias de la sociedad civil*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 13.

<i>Características del litigio estratégico según Martha Villarreal⁷⁵</i>	<i>Argumentos y reflexiones del despacho Nampo & Asociados</i>	<i>Observaciones</i>
<p>1. “Un caso común y corriente, una simple pretensión, una litis cotidiana, pueden, para un abogado estratégico, convertirse en el caso ideal para transformar el derecho. El profesional del litigio estratégico torna un simple caso en un traje a la medida del interés público, con efectos superiores”.</p>	<p>Asunto: Juicio de derechos humanos y sus garantías, contra actos del delegado del Instituto Mexicano del Seguro Social del Estado de Nayarit.</p> <p>El señor Cecilio presentó una demanda de amparo contra actos del delegado del Instituto Mexicano del Seguro Social en el estado de Nayarit, México, “consistente en la omisión de una cirugía para cambio valvular aórtica, violentando su derecho humano a la salud” [Fragmentos del escrito de demanda de amparo indirecto, presentado el 2 de julio de 2015].</p>	<p>Samanta Flores Rodríguez, investigadora de la Unidad de Proyectos Especiales de Investigación Sociomédica de la Facultad de Medicina de la UNAM y un grupo de médicos pasantes de la misma unidad, en su artículo “La situación de la salud en México”, indican (considerando las tres dimensiones de la salud identificadas por la OMS, la biológica, la mental y la social), que en México las enfermedades del corazón están entre las primeras tres causas de muerte, y que es el IMSS la institución de mayor demanda hospitalaria y la institución a la que acudirían la mayor parte de los mexicanos entrevistados en la Encuesta Nacional de Salud en 2014.⁷⁶</p>

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 17-20.

⁷⁶ Véase Flores Rodríguez, Samantha *et al.*, “La situación de la salud en México”, en *Los mexicanos vistos por sí mismos, los grandes temas nacionales. Una reflexión crítica sobre la salud de los mexicanos*, Encuesta Nacional de Salud, México, UNAM-IJ, 2015, pp. 43-63. “A lo largo del siglo XX, en respuesta a diversas transformaciones de los sistemas políticos-económicos, se observó un aumento en las enfermedades no transmisibles y crónico-degenerativas, como los tumores, malignos, las enfermedades cardiovasculares y los accidentes, coexistiendo con una prevalencia aún significativa de enfermedades transmisibles en las poblaciones marginadas... Actualmente, las enfermedades crónicas tales como las enfermedades del corazón, con 113,240 defunciones en 2013, la diabetes mellitus con 87,245 defunciones, y los tumores malignos con 73,426 decesos en total, se ubican como las primeras causas de mortalidad en México... Cabe señalar que las causas de mortalidad varían según el sexo. En el caso de los hombres, predominan las enfermedades isquémicas del corazón, enfermedades hepáticas crónicas, los accidentes de tránsito, la enfermedad pulmonar obstructiva y los homi-

<p>2. “El litigio estratégico es la herramienta de pericia de los abogados con la cual contribuyen al desarrollo del derecho de interés público”.</p>	<p>“Así al no existir en Nayarit las condiciones para el cambio valvular aórtico que preciso [dice el quejoso], a efecto de salvaguardar mi integridad física y mi vida, la autoridad responsable tiene que gestionar y hacer efectivo mi traslado e intervención, so pena que perviva la violación de los derechos humanos y garantías del quejoso. Después de todo, en términos del artículo 134 de la Constitución Mexicana, los recursos económicos de que disponen en los estados y los municipios se administran con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que están destinados, en este caso a la salvaguarda de la salud de los gobernados”. [Fragmento de la demanda de amparo indirecto].</p>	<p>Ésta resulta una formulación hábil, que permite pensar en la realización de los derechos humanos disponiendo de todos los recursos que sea posible del Estado para conseguir el fin supremo que representan dichos derechos.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

cidios... Por otra parte [afirma Flores Rodríguez], los egresos hospitalarios, junto con el promedio del tiempo de duración de estancia hospitalaria por paciente, son datos que arrojan información valiosa sobre las actividades hospitalarias [como] la demanda de servicios hospitalarios... De las instancias públicas de seguridad social, el IMSS fue el que más egresos tuvo [en 2013] con 34.5 por ciento del total nacional y 75.6 por ciento del total de la población derechohabiente... Por otro lado, el último estudio de desempeño hospitalario, publicado en 2011 por SSA, menciona que en 2010, 93.7 por ciento de los pacientes que egresaron de algún hospital perteneciente a las principales instituciones públicas del país, lo hizo por curación o mejoría. De donde más pacientes egresaron curados o mejorados fue de los servicios de salud de la Secretaría de la Defensa Nacional (95.7 por ciento) y el menor porcentaje de estos pacientes egresaron del IMSS-Oportunidades (89.9 por ciento). Para 2014, el IMSS contó con 57,952 000 derechohabientes (INEGI 2014), el ISSSTE con 1,2753,000 y el Seguro popular, con 55,602,000 (INEGI 2014). [Finalmente] Ante la pregunta [contenida en la encuesta realizadas por el equipo de investigación] Si tuviera usted, o un familiar, que ir con un médico, ¿a dónde iría?, la mayoría (31.1 por ciento) respondió que al IMSS, seguida de cerca por los que respondieron que irían a un servicio privado (27.4 por ciento). El tercer lugar lo ocuparon los que elegirían el Seguro Popular (24.7 por ciento)...”

<p>3. “El litigio estratégico tiene, además, la peculiaridad de no limitar su campo de acción a las batallas en la aplicación de la ley. Se extiende para buscar cambios estructurales, ya por reformas legales o por modificaciones de prácticas”.</p>	<p>Este aspecto se refleja en el cambio de visión que se pudo lograr en el razonamiento del juez primero de distrito de amparo, y que presentó la siguiente ruta:</p> <p>— En auto del 8 de julio de 2015 determinó desear de plano la demanda de amparo indirecto porque el acto reclamado no constituía un acto de autoridad, sino el resultado de la relación entre el Instituto Mexicano del Seguro Social y el solicitante de amparo, el señor Cecilio; por tanto, a quien le correspondía resolver los actos en que se dolía el quejoso era a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.⁷⁷</p> <p>— Lo anterior obligó a interponer el recurso de queja ante el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito con sede en Tepic, Nayarit, y el 28 de julio de 2015 se resuelve que éste era fundado. Por lo anterior, el juez primero de distrito se vio obligado a admitir la demanda de amparo y conceder la suspensión del acto reclamado.</p>	<p>Acudimos de nuevo a la explicación de Bellamy Ortiz, Clara y Villanueva Lozano Marcia, porque en ella encontramos una razón poderosa para comprender mejor el fenómeno descrito en la columna anterior, es decir, en México.⁷⁸</p> <p>“En la actualidad, las estrategias y programas de extensión, de cobertura para lograr el acceso de las poblaciones marginadas y grupos vulnerables a los servicios de salud no han sido suficientes, efectivos, oportunos ni de calidad. El sistema institucional de salud está fragmentado y desordenado, además de que está basado en un modelo de protección social ligado al trabajo formal, lo que fomenta la exclusión, con un sistema de seguridad para algunos y medidas asistenciales para otros”.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁷⁷ El juez fundó su argumento, entre otras disposiciones, en la tesis aislada V.2º.46 A, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, visible en la página 816, tomo X, septiembre de 1999, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, correspondiente a la Novena Época, cuyo título es “INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. NO ES AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO, CUANDO NO ACTÚA COMO PERSONA REVESTIDA DE IMPERIO FRENTE AL PARTICULAR”.

⁷⁸ Bellamy Ortiz, Clara y Villanueva Lozano, Marcia, *op. cit.*, p. 34.

	<p>— Finalmente, el 5 de octubre de 2015 el juez primero de distrito de amparo dicta sentencia de amparo resolviendo que la justicia de la Unión ampara y protege al quejoso, señalando que el IMSS debe considerarse como autoridad para efectos del juicio de amparo, “pues su entidad es superior debido a la relación que guarda con la preservación y calidad de vida de los gobernados en un ámbito sensible de su desarrollo. Ello, ya que es precisamente el Estado el obligado a hacer realidad el derecho a la salud a quien se le atribuye la afectación”.⁷⁹</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁷⁹ Esta vez se acepta la aplicación de la tesis I. 1º. A. 71 A, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en la página 2039 del libro 6 de mayo de 2014, tomo III, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, cuyo rubro es “INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA OMISIÓN O NEGATIVA DE SUMINISTRAR MEDICAMENTOS”.

<p>4. “Forzar sutilmente a los juzgadores a pensar el derecho que aplican, a dotar de contenido democrático y efectivo los derechos que dirimen, a otorgar sustancia a los otros derechos simbólicos, es de interés público; hacerlo dentro del margen de maniobra que el sistema jurídico y el de impartición de justicia establecen, es litigio estratégico”.</p>	<p>Dos aspectos podemos destacar del caso en este rubro:</p> <p>1. “Con fundamento en los artículos 1o. y 107 de la Constitución Mexicana, el primer párrafo de su fracción X, vengo a solicitar la interpretación conforme y, en su caso, inaplicación del artículo 131 de la Ley de Amparo, para que en vía de suspensión del acto reclamado se haga lugar a una <i>medida cautelar innovativa</i>, ordenando a la autoridad responsable proceda de inmediato a asegurar al suscrito Cecilio, un nivel esencial del derecho a la salud, así como la protección de su integridad física y su vida, mientras se tramita el juicio de amparo” [fragmento de la demanda de amparo indirecto].</p>	<p>1. Según Marianella Ledesma Narvárez,⁸⁰ “En la tutela innovativa, lo que se busca es evitar el daño o que se agrave el existente. El daño jurídico inminente crea una situación de urgencia que la justicia debe tratar de evitar se materialice como consecuencia de la duración del proceso... Esta finalidad se hace más patente en algunas ramas del derecho como, por ejemplo, en materia ambiental”. En este caso se ha mostrado también su utilidad en materia de salud, incluso a través de ella fue posible materializar el principio <i>pro homine</i>.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁸⁰ Ledesma Narvárez, Marianella, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 386-388.

	<p>2. “En uno de los momentos más críticos del proceso pensé [dice la licenciada América Elizabeth Cruz Ruiz] que el IMSS es una persona jurídica, sin sentimientos pero son humanos los que están detrás de la administración, esto no se trata de perder o ganar un asunto jurídico, estamos hablando de la vida de un ser humano... a todas las autoridades implicadas les recordaba cada día del valor del derecho que se reclamaba al tener una vida humana en sus manos, misma que dependía de sus resoluciones. Al final, agradecí al Juez de Distrito por velar por la realización de los derechos humanos y él respondió de nada licenciada, es mi deber... Ahí fue cuando noté que algo había cambiado”. (Fragmento de la entrevista realizada el 24 de septiembre de 2016).</p>	<p>1. Por otra parte, y en palabras de Amalia Amaya, “la virtud ocupa lugar prominente en las aproximaciones contemporáneas al razonamiento moral y al razonamiento epistémico... una aproximación aretáica a la argumentación jurídica nos permite apreciar que existen conexiones importantes entre la teoría de la argumentación jurídica y la ética judicial... [entonces] El juez virtuoso tiene la capacidad de escudriñar el caso que se le presente de manera atenta y con las disposiciones emotivas apropiadas y las habilidades necesarias para integrar la percepción del detalle en una concepción general de los fines y valores protegidos por el derecho”.⁸¹</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

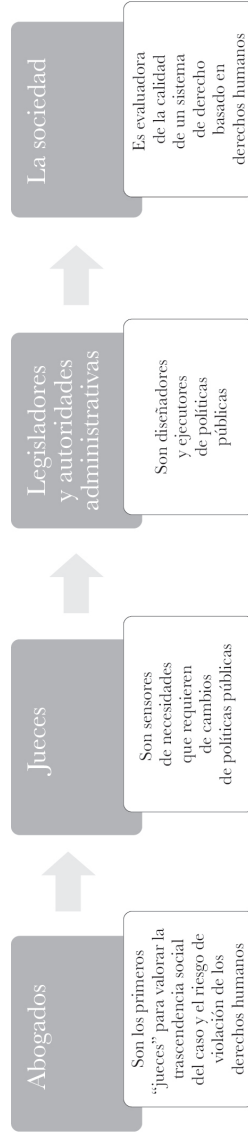
⁸¹ Amaya, Amalia, “Virtud y razón en el derecho. Hacia una teoría neorristotélica de la argumentación jurídica”, en González de la Vega, René y Lariguet, Guillermo (coords.), *Problemas de filosofía del derecho. Nuevas perspectivas*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 179, 191 y 192.

<p>5. “Es innegable que el litigio estratégico en México ha empujado a... crear conciencia de ciudadanía, de exigibilidad y respeto de los derechos humanos”.</p>	<p>El impacto de este caso fue tal que alcanzó su difusión en algunos medios de información de Nayarit.</p> <p>— http://www.relatosnayarit.com/noticias/1008-cambian-v%C3%A1lvula-a%C3%B3rtica-a-paciente-del-imss-que-se-ampar%C3%B3-en-tepic.html.</p> <p>— “Ordena juez a Seguro Social pronta atención a paciente en Tepic”, por Oscar Verdín Camacho, <i>RelatosNayarit</i>. Publicado en http://www.nayaritenlinea.mx/2015/08/06/ordena-juez-a-seguro-social-pronta-atencion-a-paciente-en-tepic?tid=78612.</p>	<p>Juan Sebastián De Stefano a propósito del tema de “Educación en derechos y cómo ejercerlos: construyendo ciudadanía”, indica que⁸²</p> <p>“En primer lugar, para poder acceder a la justicia resulta necesario conocer cuáles son los derechos y su contenido, como también su forma de exigibilidad; esto último implica dónde acercarse a reclamar, comprender y ser asesorado. Quien no conoce sus derechos no los podrá hacer valer y para esto último también será requisito saber el modo en que estos derechos pueden ser ejercidos. Es por ello que la formación en derechos y su exigibilidad resulta imprescindible para pasar del paradigma tradicional al empoderamiento de las personas”.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁸² De Stefano, Juan Sebastián, *Acceso a la justicia, análisis y perspectivas de los nuevos desafíos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2012, p. 99.

6. La realización humana desde los valores más elevados que nuestra especie haya podido concebir y que derivan del caso. Se destacan del caso planteado tres grandes enseñanzas, que contribuyen a conseguir dicha realización humana:

- a. El abogado se convierte en el primer “juez” a la hora de valorar la importancia, trascendencia social e individual de la situación que compromete a los derechos humanos (en este caso la vida), dentro de las condiciones generales del medio en que se desarrolla su labor (en el caso de México con servicios de salud de cobertura limitada y con tribunales saturados de trabajo).
- b. La trascendencia de los tribunales para “colaborar” con el trabajo administrativo y legislativo en el diseño de políticas públicas *pro homine*.
- c. La responsabilidad compartida de sociedad, abogados y autoridades para fomentar el diálogo que permita dimensionar social, económica y culturalmente los derechos humanos, pues en la realización de éstos, una vez activada la maquinaria judicial, todas las partes implicadas, desde sus respectivas trincheras, son colaboradores de una misma causa, lo humano.



IV. CONCLUSIÓN

Del análisis del caso concreto que motivó este escrito se desprende que:

1. La estructura actual del sistema de salud mexicano no facilita la realización plena del derecho humano de protección sanitaria y garantía de acceso a los servicios de salud, porque está fragmentado y condicionado por la misión de ser una prestación vinculada a la condición social de trabajo y no a la condición general de humano.
2. La medida cautelar innovativa puede ser un mecanismo eficiente para hacer efectivo el principio *pro homine*, para garantizar la protección sanitaria y acceso a los servicios de salud en México.
3. Los derechos situados fuera de la historia, la cultura y la realidad social, política y económica se convierten en derechos sin sustancia. El diálogo sentido, solidario, generoso y constructivo entre la sociedad, las autoridades y los especialistas puede contribuir a darles fondo a los derechos humanos y, en esta labor, cuando el dilema sea aplicar la ley o realizar un derecho humano, los tribunales deben facilitar el diálogo, no sólo con una actitud independiente, imparcial y objetiva, sino con la disposición a la innovación argumentativa y conscientes de que tienen una misión de educación social.
4. El caso presentado nos permite festejar la vida, no sólo la que ha podido prologar el señor Cecilio, sino la que éste le permitió prologar al propio sistema de justicia mexicano, pues al confiar su vida a la decisión judicial legitimó al Estado mexicano en una de sus tareas fundamentales: impartir justicia promoviendo, respetando, protegiendo y garantizando la realización de los derechos humanos.
5. Históricamente hablando, el sistema jurídico mexicano pasa por la necesidad de armonizar sus instituciones y normativas con base en el lenguaje de derechos humanos. Por lo que, siendo el litigio estratégico el mecanismo más eficiente para ello, se hace obligado contar con operadores jurídicos con gran sensibilidad por lo mejor de lo humano, un alto compromiso social, promotores del conocimiento científico y ejemplo de valores morales elevados, porque ese mecanismo sólo puede operar con profesionales de las cualidades antes descritas.

EL CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE: SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS, RAZONAMIENTO JUDICIAL Y ESTEREOTIPOS

Sandra GÓMORA JUÁREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. III. *Derechos humanos, discriminación y conflictos derivados*. IV. *Derecho, razonamiento judicial y estereotipos*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (caso Atala, en adelante) es un caso bien conocido resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que visibilizó en el contexto interamericano una problemática creciente en Latinoamérica que, sin embargo, había sido ignorada o al menos desatendida desde el ámbito del derecho. Me refiero particularmente a la situación de discriminación y violación de derechos humanos que enfrentan cotidianamente las personas cuya orientación sexual y/o identidad de género no se ajusta a la práctica socialmente normada y generalmente aceptada.

La arena interamericana permitió a través del caso Atala sacar a la luz uno de los conflictos que se presentan en el ámbito del derecho nacional ante la (aparente) colisión de derechos que se requería salvaguardar cuando convergieron, además, elementos relacionados con la protección de derechos de las personas que pertenecen a los grupos que se ha dado en denominar “minorías sexuales”. El problema planteado y resuelto en este caso emblemático de la Corte Interamericana, no obstante, atiende tan sólo una de las múltiples aristas y conflictos que pueden presentarse como resultado de

* Agradezco a Perla Barrales Alcalá los valiosos comentarios a una versión preliminar de este artículo.

la falta de reconocimiento en el derecho de las identidades y/o sexualidades “no normativas”.¹

Este artículo analiza la relación entre ciertos elementos presentes en la interpretación de los derechos humanos en sede judicial, particularmente las generalizaciones, los estereotipos y el principio de proporcionalidad, a la luz del caso Atala. El trabajo se compone de tres partes principales; la primera de ellas presenta una revisión del caso desde la secuela procesal en primera instancia hasta los argumentos finales presentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda parte se ocupa de situar los derechos de las minorías sexuales en el entramado general de los derechos humanos, para identificar el papel que la discriminación juega en las constantes violaciones a los derechos de las minorías. Finalmente, la tercera parte del trabajo aborda el problema interpretativo que se presenta con la interacción entre discriminación, estereotipos y aplicación del principio de proporcionalidad en sede judicial. Cierro con algunos comentarios a manera de conclusión en torno a lo que seguimos aprendiendo del caso Atala.

II. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS *VS.* CHILE

1. *Hechos y secuela procesal*

Este caso llegó al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), que analizó la responsabilidad internacional de Chile por la violación de derechos humanos derivada del proceso de custodia, interpuesto ante los tribunales chilenos en contra de la señora Atala Riffo. La demanda interpuesta exponía que la orientación sexual de la señora Atala, así como su convivencia con una pareja del mismo sexo, producirían un daño a las hijas menores.

En 2002, la señora Karen Atala Riffo y el señor Ricardo Jaime López Allendes finalizaron su matrimonio, y acordaron que la custodia y cuidado de las tres hijas del matrimonio estaría a cargo de la madre. Dicha situación

¹ Alsop, Rachel, Fitzsimons, Annette y Lennon, Kathleen, *Theorizing Gender*, Malden Ma., 2002, p. 100. Se refiere a los comportamientos que son incompatibles con las expectativas culturales atribuidas a una persona debido a su sexo biológico. “Definition of Terms: Sex, Gender, Gender Identity, Sexual Orientation”, extracto de *The Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients*, adoptadas por el Consejo de Representantes de la Asociación (APA por sus siglas en inglés) en 2011. Disponible en <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/guidelines.aspx>, última consulta el 30 de mayo de 2016.

cambió cuando en 2003 el padre de las menores interpuso una demanda de custodia ante un juzgado de primera instancia en Chile debido a la convivencia en la misma casa de las menores hijas con la señora Emma de Ramón, pareja sentimental de la señora Atala.

En mayo de 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la custodia provisional al padre, argumentando que: a) al hacer explícita su opción sexual y convivir con sus hijas y pareja, la madre alteraba la normalidad de la rutina familiar y el proceso de socialización de sus hijas; b) la señora Atala privilegiaba su bienestar e interés personal por encima de su rol materno, lo cual podía afectar el desarrollo posterior de las menores, y c) en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, los argumentos del padre resultaban más atractivos en pro del interés superior del niño.²

El 29 de octubre de 2003, el Juzgado de Menores rechazó de manera definitiva la demanda, al considerar que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para el desempeño de una maternidad responsable. La sentencia fue apelada por el padre, y en marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia. Posteriormente, mediante un recurso de queja interpuesto por el padre, el asunto fue llevado al conocimiento de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, que se pronunció el 31 de mayo de 2004 y le concedió la custodia definitiva al actor.

Con base en un conjunto de consideraciones, la Corte Suprema concluyó que las condiciones en que vivían las menores las colocaban en una “situación de riesgo” debido al entorno familiar excepcional que les acompañaba, lo cual las exponía a ser objeto de aislamiento y discriminación, condiciones que en su conjunto constituían “causa calificada” para entregar la custodia de las menores al padre, de conformidad con el artículo 225 del Código Civil chileno.

Con la sentencia definitiva de la Corte Suprema de Chile, Atala Riffo presentó su petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en noviembre de 2004, para someter su caso al conocimiento del órgano interamericano y que éste se pronunciara acerca de la posible violación de derechos humanos. Una vez satisfechos los requisitos de admisibilidad, en términos de los artículos 46 y 47 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la CIDH emitió el informe de admisibilidad del

² Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, p. 17, para. 41. En lo que sigue, los comentarios, la secuela procesal y los hechos del caso hacen referencia a esta sentencia. Si bien prefiero la denominación “interés superior de la infancia” usaré la denominación empleada en el texto de las sentencias.

caso *Atala* en julio de 2008; en diciembre de 2009 emitió el informe de fondo respectivo, y en diciembre de 2010 remitió el caso a la CtIDH, la cual dictó su sentencia el 24 de febrero de 2012.

2. *Argumentos del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*

Es importante advertir que como parte de las consideraciones previas, la CtIDH hizo especial énfasis en su función como tribunal de jurisdicción internacional, que es una labor coadyuvante y complementaria, por lo que no es una cuarta instancia sobre valoración de las pruebas ni aplicación del derecho interno. Como tal, a la CtIDH le corresponde definir si las autoridades judiciales locales violaron obligaciones estipuladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que el tema de la asignación de la custodia sobre las hijas menores permaneció inalterado a lo largo del proceso.

Como alegatos de las partes, la CIDH señaló atinadamente que al suscribir la Convención Americana, los Estados parte aceptaron una cláusula abierta de no discriminación, por lo cual están impedidos de excusar su incumplimiento con su nivel de desarrollo político-social, por lo que es inadmisibles que no entiendan que la orientación sexual está incluida dentro de las razones prohibidas para discriminar.³ Incluso en el derecho constitucional comparado se emplea la figura de “categoría sospechosa” para toda aquella cuya consideración podría constituir violaciones a derechos humanos, lo que obliga a la aplicación de un escrutinio estricto en el análisis cuando tales categorías entran en él.

Por su cuenta, Chile manifestó dos argumentos principales⁴ para defender la postura de la Corte Suprema de Chile y el Estado. El primero, relacionado con el compromiso de los Estados con ciertos tipos de violaciones conocidas al momento de suscribir la Convención, por lo cual —a su parecer— resultaba dudoso determinar la responsabilidad del Estado sobre violaciones que no existían en su momento, y el segundo, relacionado con la falta de consenso mínimo de la comunidad internacional respecto a las acciones que se consideran como violaciones.

Con tales alegatos en mente, la CtIDH emitió su sentencia realizando un estudio en el que siguió cuatro ejes de análisis: 1) alcances del derecho a la igualdad y no discriminación; 2) orientación sexual como categoría protegi-

³ *Ibidem*, p. 27, para. 73.

⁴ *Ibidem*, p. 27, paras. 74 y 75.

da por el artículo 1.1 de la Convención Americana; 3) posible existencia en el caso de una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) determinación de si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, todo ello a la luz de las razones alegadas relacionadas con el interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las niñas.⁵

A. Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación

El derecho a la igualdad y no discriminación es contemplado en la propia Convención Americana desde distintas perspectivas. Primero, al consignar que todas las personas son titulares de los derechos y libertades que reconoce sin discriminación alguna. Al asociar la igualdad a la dignidad de la persona, la CtIDH explica el principio de igualdad y no discriminación como la base misma del orden público nacional e internacional.

Así, desde una segunda perspectiva, el principio de igualdad y no discriminación implica la obligación de los Estados no sólo de abstenerse de realizar actos que conduzcan a discriminación de hecho o de derecho, sino también de implementar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades.

En ese sentido, existe una relación directa entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención, al referirse al deber estatal de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la misma, así como al deber de garantizar a las personas igual protección ante la ley, respectivamente. En la sentencia, la CtIDH encontró responsable a Chile por haber vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

B. Orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana

La CtIDH manifestó que la interpretación de los tratados sobre derechos humanos debe ser progresiva, según la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; en ese sentido, debe optarse por aquella que brinde mayor protección a los derechos humanos, según el principio de la norma más favorable al ser humano. El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala:

⁵ *Ibidem*, p. 27, para. 77 y ss.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En ese orden de ideas, y según señala la sentencia, el artículo 1.1 de la Convención contiene la pauta enunciativa —y no limitativa— para la interpretación progresiva de la protección de derechos humanos al referirse a “cualquier otra condición social” como el espacio interpretativo en el que pueden incorporarse otras categorías que no hubieran sido explícitamente indicadas en el propio artículo. Así, la orientación sexual es considerada una de las categorías de discriminación prohibidas tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del sistema universal de protección de derechos humanos.

Al respecto, la CtIDH hizo especial referencia en su sentencia a la adopción de diversos instrumentos internacionales por la Organización de Naciones Unidas de emisión previa al dictado de su sentencia, y que guardan especial relación con la discriminación por orientación sexual. Se refirió a la “Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”; a la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género” de 2011, y la resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, en la que expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación en el mundo cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, así como a diversos informes de relatorías especiales de Naciones Unidas.⁶

Así, en razón de los instrumentos internacionales referidos, la CtIDH sostiene en su sentencia que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, por lo cual ninguna norma, práctica o decisión de derecho interno puede disminuir o restringir los derechos de una persona sustentando dicha restricción en su orientación sexual. En ese sentido, el alegato de Chile respecto a la supuesta falta de consenso no puede sostenerse para restringir derechos humanos, perpetuar o reproducir la discriminación.

⁶ *Ibidem*, p. 33, para. 90.

C. Posible existencia en el caso de una diferencia de trato basada en la orientación sexual

La existencia de una diferencia de trato se determina según la CtIDH siempre que se advierta la consideración explícita o implícita de la orientación sexual de la persona para tomar una decisión. La sentencia interamericana analizó los argumentos, lenguaje y conductas de los tribunales nacionales, así como el contexto de los pronunciamientos para establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual, particularmente en lo que respecta a la sentencia que resolvió el recurso de queja y a la decisión de custodia provisional.

En lo que respecta al contexto de los pronunciamientos judiciales del juicio de custodia, la Corte advirtió que tanto la demanda como las posteriores resoluciones giraron en torno a la cuestionada capacidad de la madre para desempeñarse como tal a la luz de su manifiesta orientación sexual, así como a las posibles consecuencias negativas que la convivencia lésbica con otra mujer podrían producir en las hijas.

La argumentación tanto de la Corte Suprema de Justicia de Chile como del Juzgado de Menores de Villarrica hizo referencia a un deterioro del entorno social, familiar y educacional de las niñas atribuido a la convivencia en el hogar con una pareja homosexual, al riesgo que esta situación representaba para su desarrollo integral y la posible confusión de roles sexuales, al estado de vulnerabilidad social al que se exponía a las menores, así como a la priorización de los intereses de la madre sobre el bienestar de las hijas al manifestar su condición homosexual. Al ser éstas las razones que sustentaron las decisiones judiciales internas, la CtIDH constató que su fundamento fue la orientación sexual de Atala Riffo, por lo cual determinó que existió una diferencia de trato basada en la orientación sexual.

D. Determinación de si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, todo ello a la luz de las razones alegadas relacionadas con el interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las niñas

Respecto de este punto, la Comisión explicó que las autoridades judiciales chilenas “se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado”, y sustentaron sus decisiones en esas mismas

concepciones estereotipadas sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo.⁷

Asimismo, reconoció que el interés superior del niño es un fin legítimo siempre que sea real, para lo cual el Estado debe probar objetivamente el daño irrogado a las niñas; de lo contrario, la decisión carece del mismo. Ante esta observación, cuestiona si la medida de separar a las niñas de su madre y la alteración de su vida cotidiana efectivamente abonó para “proteger” sus derechos, ya que no queda claro que la intensidad de la medida esté debidamente justificada. En contraposición, el Estado hizo referencia a perturbaciones psicológicas y carencias afectivas advertidas en las menores, verificables en el material probatorio del expediente, así como a la certeza del entorno adecuado que el padre ofrecía, según concluyeron las autoridades judiciales.

En torno a este punto, la CtIDH argumentó que el principio del interés superior del niño es un fin legítimo e imperioso que pretende propiciar su desarrollo, en razón de lo cual la Convención sobre los Derechos del Niño y la propia Convención Americana han establecido que deben recibir medidas especiales de protección. Sin embargo, los daños o riesgos alegados para su integridad deben ser reales y probados, no especulativos o imaginarios.

En ese sentido, la sola referencia en abstracto al principio del interés superior del niño sin probar los riesgos y daños concretos sufridos por las menores hijas no sirve como justificación para restringir el derecho de disfrutar de todos los derechos humanos sin discriminación; es decir, no puede usarse este principio para justificar la discriminación ejercida en el proceso de custodia.

En aplicación del principio de proporcionalidad, la CtIDH analizó si los argumentos ofrecidos por la Corte Suprema de Chile eran adecuados para cumplir con la finalidad buscada, a saber: la protección del interés superior de las niñas. Recordemos que los principales argumentos con los que la Corte Suprema sustentó la sentencia fueron los siguientes:⁸

- El deterioro al entorno social, familiar y educacional de las menores a partir de la convivencia de la madre con su pareja homosexual en el hogar.
- Las niñas podrían ser objeto de discriminación social como resultado de dicha convivencia.

⁷ *Ibidem*, p. 37, para. 101.

⁸ *Ibidem*, p. 22, para. 56. Cabe señalar que la Corte Suprema extrajo las razones que sustentaron su decisión de las pruebas testimoniales ofrecidas en el expediente principal de custodia, de las que en su consideración se había prescindido en instancias previas.

- Algunos testimonios refieren juegos y actitudes en las niñas que demuestran confusión ante la sexualidad materna.
- La manifestación de la condición homosexual de la señora Atala, así como su convivencia en el mismo hogar con su pareja, muestra que antepuso sus propios intereses al de sus hijas.
- Dicha convivencia puede causar efectos adversos al bienestar y desarrollo emocional de las niñas y conducir a la eventual confusión de roles sexuales.
- La carencia de un padre del sexo masculino en el hogar según el modelo tradicional de familia configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores.

Al respecto, la CtIDH encontró que el material probatorio analizado por los tribunales chilenos ofrecía sustento a favor y en contra de la posición sostenida por la autoridad judicial; sin embargo, la autoridad judicial suscribió la postura de la posible discriminación social de las niñas de manera abstracta, lo cual no es razón suficiente para restringir un derecho.

Paralelamente con lo anterior, el hecho de que algunas sociedades tengan niveles bajos de tolerancia a la orientación sexual no habilita al Estado para perpetuar tratos discriminatorios, sino al contrario, están obligados a implementar las medidas necesarias para garantizar el pleno disfrute de los derechos contenidos en la Convención Americana.

En relación con la posible confusión de roles sugeridos por los testimonios recabados en la jurisdicción local, la CtIDH refirió nuevamente la exigencia de una fundamentación rigurosa, cuanto más cuando lo que está en juego es la restricción de un derecho humano de una persona que pertenece a un grupo históricamente discriminado, por lo que el rigor exigido es mayor.

La confusión de roles sexuales tendría que haber sido probada de manera contundente como un daño en el desarrollo de las niñas, pero al no haberse probado en esos términos se corre el riesgo de fundamentar la decisión en estereotipos que asocian negativamente la crianza de parejas homosexuales. En todo caso, las pruebas técnicas pertinentes deben mostrar cuando la conducta parental tiene un impacto negativo en el desarrollo de los niños.

La CtIDH recurrió a los trabajos de peritos reconocidos en la materia para explicar los estudios científicos que reflejan que las aptitudes maternas en personas homosexuales son equivalentes a las de heterosexuales; que el desarrollo emocional de los hijos en ambos tipos de pareja es semejante; que la orientación sexual de los padres no afecta a los niños respecto del género u orientación sexual propia, por lo que el bienestar y desarrollo

psicológico de los menores no está relacionado con la orientación sexual de los padres.

Toda vez que la Corte Suprema de Chile analizó el riesgo de confusión de roles de manera especulativa y posibilidad futura, no probó que el deterioro del entorno social de las menores se debía concretamente a la convivencia homosexual de la madre, la CtIDH concluyó que el máximo tribunal chileno incumplió con el test estricto de análisis para sustentar el daño concreto.

Ahora bien, la corte chilena refirió igualmente que al manifestar su orientación sexual y elegir la convivencia en el hogar con su pareja sentimental, Atala Riffó estaba anteponiendo sus propios intereses al bienestar de sus hijas, afirmación que tiene implícita la suposición de que el rol materno es incompatible con la orientación sexual. Ante ello, la CtIDH se pronunció expresando que el derecho a la no discriminación por orientación sexual incluye tanto la propia condición como su expresión y consecuencias en el proyecto de vida de las personas.

Tal derecho guarda íntima relación con el derecho a la vida privada que protege la identidad física y social, el desarrollo y autonomía personal, así como la posibilidad de establecer relaciones con otras personas, mismas que contemplan relaciones homosexuales y su ejercicio. De manera que el derecho a la no discriminación por orientación sexual incluye la protección de las conductas en ejercicio de la homosexualidad, y al ser la orientación un componente de la propia identidad no podía exigírsele a la señora Atala Riffó renunciar a su proyecto de vida o posponerlo. La CtIDH concluyó que este argumento tampoco cumplía con el propósito de asegurar el interés superior del niño.

Al respecto, la CtIDH resaltó que el proceso de custodia propició la exposición de diversos aspectos de la vida privada de la señora Atala, lo cual constituyó una injerencia arbitraria en su vida privada al violar el artículo 11.2 de la Convención. Más aún, la separación de las niñas del núcleo familiar constituyó también una violación a la vida familiar protegida por su artículo 17.1.

Acerca del supuesto derecho de las menores a una familia tradicional, la Corte reiteró el hecho de que la Convención Americana no favorece ni protege un tipo específico de familia, sino que parte de la idea de un concepto amplio, que admite otros lazos familiares, por lo que las razones de los tribunales internos reflejaron una concepción limitada y estereotipada del concepto de familia, que es incompatible con la propia Convención.

Adicionalmente, el hecho de que el proceso de custodia girara en torno a la orientación sexual de la madre provocó una discriminación indirecta

en las menores hijas, ya que tomó en cuenta consideraciones que no habrían sido utilizadas en un proceso de tuición de una pareja heterosexual, de modo que la discriminación a la madre irradió sus consecuencias negativas sobre las niñas.

En conclusión, la CtIDH consideró que ninguno de los argumentos ofrecidos por la Corte Suprema de Chile —ni por sí mismos ni en conjunto— probaron que la convivencia de la señora Atala con su pareja vulneraron el interés superior de las menores hijas, y en cambio, emplearon supuestos abstractos, estereotipados y discriminatorios para fundamentar su decisión, por lo que la sentencia constituyó un trato discriminatorio para la señora Atala Riffo.

III. DERECHOS HUMANOS, DISCRIMINACIÓN Y CONFLICTOS DERIVADOS

Ahora bien, la sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile es relevante, porque se trata del primer caso que aborda el tema de la orientación sexual como tal en el sistema interamericano de derechos humanos, ya que si bien es cierto que la CtIDH se había pronunciado sobre asuntos que involucraban de alguna manera igualdad y no discriminación, fue en este caso en el que profundizó el análisis en torno al alcance y contenidos de esos principios y sus relaciones con otros derechos tutelados en el contexto latinoamericano.⁹

Además, el caso sienta un primer precedente que habría de influenciar las resoluciones futuras de la CtIDH y los Estados obligados, avanzando en el reconocimiento de los derechos de las personas pertenecientes a minorías sexuales.¹⁰ Así, a pesar de que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos no tiene normatividad expresa en torno a derechos específicos de la diversidad sexual, la CIDH y la CtIDH han avanzado en el análisis y construcción jurisprudencial de esos derechos.

Cabe señalar que en otros sistemas ya había pronunciamientos previos en torno a casos sobre discriminación por orientación sexual y su protec-

⁹ Figueiredo Terezo, Cristina, “Derechos humanos y diversidad sexual en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Beltrão, Jane Felipe *et al.* (coords.), *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, Barcelona, 2014, p. 392; Rodríguez Jiménez, Sonia, “El caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, p. 1272.

¹⁰ Término comúnmente utilizado para referirse en el ámbito global a las personas que integran la comunidad LGBTI, que comprende a su vez los grupos de: (L), lesbianas; (G), gay o gai; (T), transexual; (B), bisexual; (I), intersexual. Figueiredo, *op. cit.*, p. 382.

ción, por ejemplo en el sistema universal de derechos humanos, el primer caso resuelto por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas data de 1994 con el caso *Toonen vs. Australia*. El primer antecedente del sistema europeo de derechos humanos es de 1981, en el caso *Dudgeon vs. Reino Unido*.¹¹

Ahora bien, aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma la dignidad y derechos de todo el género humano, lo cierto es que el sexo y el género no fueron expresamente atendidos como categorías protegidas en ese documento,¹² y ha sido sólo en los años recientes que el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas está participando de un debate sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans.¹³ Por su parte, la Organización de Estados Americanos (OEA) determinó incluir en su agenda prioritaria los derechos de las minorías sexuales a partir de la Resolución núm. 2435, (XXXVIII-O/08) de 2008, denominada “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, de manera que se trata de una incorporación relativamente reciente.¹⁴

Los diversos instrumentos internacionales protectores afirman que las personas tienen derechos y libertades proclamados en dichos instrumentos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. A partir de esta fórmula y con independencia de las diversas posturas filosóficas al respecto, la idea general acerca de los derechos humanos contempla cuatro características definitorias, a saber: a) son derechos; b) son plurales; c) son universales, y d) son prioritarios.¹⁵

¹¹ Manzano Barragán, Iván, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. LXIV/2, julio-diciembre, 2012.

¹² Naples, Nancy A. y Gurr, Barbara, “Human Rights and Gender”, *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, Nancy A. Naples (ed.), Wiley Blackwell, 2016, pp. 1 y 2.

¹³ La resolución 17/19, adoptada en junio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos, es la primera resolución de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género. *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Nueva York, 2012, p. 7.

¹⁴ Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/enlaces/>.

¹⁵ Nickel, James, “Human Rights”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/rights-human/>, el 2 de julio de 2016.

Primordialmente, los derechos humanos han sido entendidos como garantías morales que tienen las personas en todos los países y culturas por el simple hecho de ser humanos;¹⁶ la denominación como derechos sugiere su exigibilidad obligatoria y su alta prioridad.¹⁷ Afirmar que los derechos humanos son “derechos” está relacionado con el hecho de que los derechos humanos son ampliamente entendidos como demandas asociadas directamente con deberes y responsabilidades asignados a los garantes de esos derechos, responsabilidades como las acciones necesarias para proteger, respetar, facilitar su pleno ejercicio y prevenir su violación.¹⁸

La pluralidad de los derechos admite la posibilidad de la existencia de una amplia variedad o catálogo de derechos a proteger, que bien puede ser admitida como una breve lista de derechos generales de la cual derivan derechos más específicos, o bien como una lista de derechos independientes y autónomos entre sí. La universalidad de los derechos se refiere al hecho de que toda persona tiene derechos humanos, lo cual significa que su existencia es independiente de las prácticas, la moral y el derecho de su comunidad o cultura. La característica de tener alta prioridad se refiere no sólo a la centralidad que tienen para competir con otras altas consideraciones en los Estados, sino también a la posibilidad de gradación interna entre los propios derechos.¹⁹

Un problema persistente, sin embargo, ha sido la dificultad que han tenido los sistemas jurídicos para reconocer y garantizar estos derechos a las minorías sexuales. Históricamente ha existido una falta de igualdad de derechos para las personas que forman parte de estos grupos que han sido sistemáticamente subordinados o se encuentran en posición de desventaja en relación con el ejercicio de sus derechos humanos; ésta ha sido una preocupación constante en el movimiento de los derechos humanos.

Este problema quedó al descubierto con la argumentación que Chile, como Estado parte en el caso Atala Riffo, presentó en su defensa. La pretensión de justificar el tratamiento discriminatorio de la rama judicial

¹⁶ Estos derechos giran en torno a las personas, y por ello presupone una concepción de lo que significa “ser humano”. Gewirth, Alan, “Human Rights and Conceptions of the Self”, *Philosophia*, vol. 18, núm. 2, 1988, p. 129. Las concepciones de los derechos humanos que los asumen como inherentes a la naturaleza humana son denominadas “esencialistas”. Para una discusión acerca de los modelos de derechos humanos, véase Rodríguez Trujano, Enrique, “Cuatro modelos de derechos humanos”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 2, núm. 2, 2006, p. 46.

¹⁷ Fagan, Andrew, “Human Rights”, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://www.iep.utm.edu/hum-rts/>, el 30 de junio de 2016.

¹⁸ Nickel, *op. cit.*

¹⁹ *Idem.*

en el caso se basó en la falta de consenso de la comunidad internacional para considerar la orientación sexual como una categoría prohibida para discriminar. Atinadamente la CtIDH señaló que la referencia a los diferentes niveles de protección de los países a este respecto no constituye un argumento válido, ya que precisamente esas actitudes estatales perpetúan y reproducen la discriminación histórica y estructural que esas minorías han sufrido.²⁰

Existe un gran número de problemas y constantes violaciones derivados de la falta de reconocimiento²¹ en condiciones de igualdad a los derechos de las minorías sexuales. Las personas de estos grupos enfrentan discriminación en las diferentes esferas de la vida:²² en el acceso al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a prestaciones sociales, en el núcleo familiar, son víctimas de violencia física y psicológica, tortura, abuso sexual y homicidio.²³ Según cifras de la ONU, en más de 75 países están vigentes leyes discriminatorias que castigan penalmente las relaciones privadas y consentidas entre personas del mismo sexo, por ejemplo.²⁴

Estos datos revelan la existencia de un claro escenario de desigualdad en diferentes ámbitos sociales y legales. De hecho, se presenta un alto número de violaciones a derechos humanos debido a la presencia de alguna consideración basada en el sexo, la orientación sexual, el género o la identidad de género de las personas.

Según los principios de Yogyakarta y la Asociación Americana de Psicología: 1) el sexo se refiere al estatus biológico de una persona, y es carac-

²⁰ Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, p. 34, para. 92.

²¹ Las violaciones desde el derecho pasan por la falta de reconocimiento de los derechos de las minorías hasta las prohibiciones y penas que sancionan la expresión y ejercicio de la propia identidad de género y/o sexualidad. Algunas posturas teóricas al respecto sostienen que estas manifestaciones en lo jurídico son un reflejo de lo que se concibe en una comunidad como socialmente prohibido, en donde la heterosexualidad es la noción dominante, por lo que las posiciones que desestabilizan estas normas sociales se han venido construyendo desde una posición marginal. Al prohibir tales expresiones; sin embargo, el derecho posibilita que las pensemos, reflejando que nuestra estructura conceptual incluye más posibilidades. Alsop *et al.*, *op. cit.*, pp. 94-113.

²² Para un acercamiento detallado de la violencia y discriminación que sufren estos grupos véase el informe: “Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.

²³ O’Flaherty, Michael and Fisher, John, “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 2, p. 208.

²⁴ Nacidos libres e iguales..., *op. cit.*, p. 5.

terizado típicamente como masculino, femenino e intersex; 2) la orientación sexual se refiere la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo (heterosexuales), o de su mismo género (hombres gai o mujeres lesbianas), o de más de un género (bisexuales), así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas; 3) el género se refiere a las actitudes, sentimientos y comportamientos que una determinada cultura asocia con el sexo biológico de la persona; en tanto que 4) la identidad de género se refiere a la vivencia interna del género de cada persona, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento e incluye la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género.²⁵

Usualmente las distinciones basadas en alguna de estas consideraciones —sexo, orientación sexual, género o identidad de género— se valoran de manera negativa²⁶ en diversos contextos y están asociadas a prejuicios. Etimológicamente, el vocablo “prejuicio” se refiere al momento previo a la emisión de un juicio, y en algún sentido se trata de juicios provisionales errados que toman como fundamento objetivo información que es subjetiva.²⁷ En ese sentido, se trata de intuiciones o predisposiciones mentales para reaccionar ante determinadas situaciones; al ser imprecisas y no razonadas carecen de objetividad.

Las actitudes prejuiciosas conducen directamente a la discriminación; de hecho, el prejuicio es una de las condiciones necesarias del concepto de discriminación. Esto ocurre cuando se desfavorece a una persona o grupo en razón de su pertenencia a cierta categoría; esto es, sobre una base irrelevante para el asunto en cuestión, aun cuando no sea intencional. En ese sentido, el desfavor o desventaja ocasionados son producto de prejuicios, en

²⁵ La protección internacional de las personas LGBTI, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), México, p. 13-17; “Definition of Terms: Sex, Gender, Gender Identity, Sexual Orientation”, *op. cit.*

²⁶ Como ejemplo, pensemos en la difundida noción “...de que hay dos y sólo dos géneros es una de las ideas más básicas en nuestra binaria forma de pensar occidental. Las personas transgénero desafían nuestro propio entendimiento del mundo. Y nosotros les hacemos pagar el precio de nuestra confusión con sufrimiento”, O’Flaherty, *op. cit.*, p. 209.

²⁷ Teruel, Pedro Jesús, “La noción de prejuicio en la obra de Immanuel Kant”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, vol. 30, núm. 2, julio-diciembre, 2013. Para Gadamer, el prejuicio es una opinión previa o precomprensión que nos da sentido intuitivo acerca de los factores relevantes en las discusiones que son más importantes según nuestros intereses de una manera incorrectamente prematura. En Wachterhauser, Brice R., “Prejudice, Reason and Force”, *Philosophy*, vol. 63, núm. 244, abril, 1988, pp. 232-235. Empleo la explicación del término “prejuicio” aquí propuesta, aunque no suscribo las demás posturas sustantivas que el autor desarrolla.

suma, se trata de una denigración irracional hacia las personas que les ocasiona la pérdida de algún beneficio o la adquisición de una carga.²⁸

En ese sentido, es irracional emplear un criterio irrelevante —como la orientación sexual— para distribuir cargas y beneficios entre seres humanos, como es irracional el prejuicio que conduce tanto al empleo del criterio irrelevante como a la supresión de los criterios verdaderamente relevantes.²⁹ Esto fue precisamente lo que ocurrió en la sentencia de la Corte Suprema de Chile:

- 1) Se utilizó un criterio irrelevante: la orientación sexual de la madre.
- 2) Para asignar una carga: la pérdida de la custodia de sus hijas.
- 3) Guiándose por prejuicios: predisposición hacia las personas homosexuales.
- 4) Que suprimieron el criterio verdaderamente relevante en el caso: la habilidad maternal para cuidar de las menores hijas.

Con base en este argumento central se pronunció la CtIDH en torno al caso *Atala Riffo*, haciendo referencia a que el resultado de la sentencia en la jurisdicción interna habría estado justificado de haberse analizado el perfil psicológico de la madre ofrecido pruebas que evidenciaran violencia física en el hogar o peritajes que revelaran conductas parentales concretas potencialmente generadoras de daño a las hijas; es decir, de haberlo sustentado en criterios relevantes para la cuestión analizada, que era el proceso de custodia.

La pertinencia, sin embargo, no implicaba ignorar plenamente las características particulares del caso, que se relacionan con la pertenencia de la madre a un grupo históricamente discriminado, lo cual conduce de inmediato a una reflexión rigurosa de su posición ante las posibles cargas a imponer. A esto se refiere primordialmente la CtIDH cuando habla de las “categorías sospechosas”. Desafortunadamente, la Corte Suprema de Chile no entró en una reflexión profunda del tema y empleó una valoración negativa de la distinción.

Si bien es cierto que el derecho pretende no atender a distinciones de color, sexo o religión para evitar la debilidad recién señalada, también lo es que “ignorar una característica distintiva e importante de un grupo donde ésta tiene relevancia puede ser tan ofensivo y objetable y tan discriminatorio”.

²⁸ Campbell, Tom, “Sex Discrimination: Mistaking the Relevance of Gender”, en McLean, Sheila and Burrows, Noreen (eds.), *The Legal Relevance of Gender. Some Aspects of Sex-Based Discrimination*, New Jersey, Humanities Press International Inc., 1988.

²⁹ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

rio como implementar tal criterio cuando no tiene una función propia que cumplir. La discriminación es equivocarse de manera que se insulta la relevancia de las características del grupo, sea por comisión o por omisión”.³⁰

El caso Atala muestra lo complejo que puede ser argumentar una decisión judicial cuando convergen elementos o características particulares. En los casos difíciles no es clara la respuesta al conflicto planteado, y existe una delgada línea entre una distinción válida y otra que no lo es, de modo que quienes juzgan pueden deslizarse entre estas posiciones incluso sin advertirlo. Con su análisis, la CtIDH concluyó que la Corte chilena violó con la emisión de su sentencia, diversos derechos humanos de la señora Atala Riffo y sus hijas.

Entre los derechos violados se encuentran en la sentencia de la Corte chilena, el derecho a la igualdad y la no discriminación —en la modalidad de igualdad ante la ley y en la modalidad de obligación de respetar y garantizar esos derechos—, el derecho a la vida privada, la protección a la honra y la dignidad, en relación con la protección a la familia de la señora Atala, así como también diversos derechos de sus hijas, a saber: el derecho a la igualdad y la no discriminación en relación con los derechos del niño, la protección a la honra y la dignidad, y el derecho a ser oídas como garantía judicial.

Dotar de significado y delinear los alcances de los derechos humanos en el contexto de los sistemas jurídicos particulares no es una labor fácil, debido a que con frecuencia se entrelaza, traslapa y/o entra en conflicto con otros derechos o principios que también gozan de protección. En sede judicial se han aplicado algunas estrategias argumentativas que permiten arribar a soluciones razonables en conflictos de esta naturaleza; el caso Atala da una muestra de ello en la argumentación que proporciona la CtIDH.

Así pues, de manera destacada, es la judicatura en el ámbito estatal la que impulsa los cambios y modificaciones más urgentes y trascendentales en la manera de aproximarse y entender las verdaderas dimensiones de los derechos humanos en general, y en cuanto a minorías sexuales se refiere, en particular. Ha sido en la sede judicial que se ha interpretado gradualmente el derecho con lecturas cada vez más amplias e incluyentes, que permiten ir atendiendo los diferentes aspectos de las interacciones sociales que las leyes no contemplan plenamente. Por ello, es de la mayor importancia el desempeño y el análisis de la función judicial, de una manera profunda y reflexiva, que tiene en sus manos la atribución permanente de significados para casos presentes y futuros.

³⁰ *Ibidem*, p. 22.

IV. DERECHO, RAZONAMIENTO JUDICIAL Y ESTEREOTIPOS

Cotidianamente estamos en contacto con una gran variedad de situaciones y objetos que tienen sentido en razón de su significado. Conocemos y comprendemos nuestra realidad a través de conceptos³¹ que nos permiten aproximarnos al mundo, comprenderlo y analizarlo. El lenguaje posibilita la comunicación y el intercambio de significados y conceptos.

La explicación del concepto nos ayuda a obtener un entendimiento común sobre algún fenómeno para sentar las bases del análisis y la discusión.³² En ese sentido, es común tratar de explicar nuestro entorno con conceptos y organizar los objetos en categorías más amplias —que pueden, incluso, tener un punto de intersección entre ellas— que sean fácilmente manejables; de hecho, cotidianamente no nos detenemos a identificar las propiedades de todos y cada uno de los conceptos que empleamos o de las categorías a las que pertenecen, porque “la vida es corta y el espacio mental es limitado”.³³

Una organización semejante ocurre también en el derecho. El derecho se compone de normas jurídicas generales, lo que significa que tales normas se refieren a una generalidad de casos y están dirigidas a una generalidad de personas situadas en el mismo supuesto de hecho. Para Hart, el germen de la justicia se refleja en la generalidad de las normas jurídicas, en tanto que en el tratamiento general a casos semejantes se presume una conexión con la justicia a través de la igualdad.³⁴

Al generalizar, clasificamos objetos particulares en categorías más amplias que privilegian algunas propiedades al tiempo que eliminan otras ha-

³¹ Al respecto, Stevi Jackson observa que las categorías heterosexual y lesbiana no podrían existir sin la capacidad que tenemos para definirnos a nosotros mismos y a otros a través del género, ya que el deseo hacia el otro sexo o hacia el mismo sexo presupone la existencia de hombres y mujeres como categorías sociales y eróticamente significativas. Alsop *et al.*, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

³² Bix, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, 3a. ed., trad. de Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Toticacáñena y Juan Vega Gómez, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 24.

³³ Schauer, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 19 y 20. Coinciden en esto los estudios de Tversky y Kahneman al explicar que existen un gran número de decisiones que tomamos de manera cotidiana sin analizar sus componentes cada vez. El estudio desarrollado por los autores revela que los postulados de la tesis de la elección racional son normalmente satisfechos en situaciones claras y transparentes, aunque normalmente son violados en situaciones no claras.

³⁴ Vega Gómez, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, *Philosophy Compass*, vol. 9, núm. 1, 2014, p. 51.

bilitándonos para identificar cuáles son miembros de una clase de objetos y cuáles no lo son. Dicha generalización se encuentra en el predicado fáctico de las normas jurídicas para hacerlas aplicables a todas las conductas de una determinada categoría genérica. Esa categoría genérica es la justificación de la norma que revela el mal que se desea evitar o la meta que se persigue con esa norma. Así, la justificación determina qué generalización de todas las posibles será el predicado fáctico de la regla.³⁵

Con estas ideas en mente podemos entender que para funcionar adecuadamente, los sistemas jurídicos intentan cotidianamente conciliar dos necesidades básicas que se presentan en su interior: por un lado, la necesidad de proporcionar reglas claras que puedan ser aplicadas de manera directa para facilitar la coordinación sin necesidad de nuevas guías, y, por otro, la necesidad de proporcionar reglas que puedan ser planteadas en términos generales, reglas abiertas que puedan precisarse al momento de su aplicación mediante una elección oficial informada.³⁶

Como se ha advertido, son múltiples las combinaciones de circunstancias que pueden ocurrir para dar lugar a un problema jurídico en general. En particular, los problemas jurídicos que enfrentan las personas que pertenecen a un grupo vulnerable³⁷ pueden situarse en la gama de esas combinaciones, pero con la característica adicional de que en el caso de estos grupos, los estereotipos juegan un papel (generalmente en contra de sus intereses) importante en el análisis.

La situación jurídica de una persona promedio es analizada en términos de una normatividad estándar, pero cuando se lleva a cabo el análisis de la situación jurídica de una persona que pertenece a un grupo vulnerable, la aplicación de esa normatividad estándar se ve modificada por ciertos

³⁵ Las normas jurídicas se componen de un predicado fáctico y un consecuente. El predicado fáctico se refiere a los hechos que al actualizarse darán lugar a la aplicación de la regla, y el consecuente es la consecuencia que se sigue de la actualización del predicado fáctico; por ejemplo: si un conductor excede los 80 km/hr, entonces deberá pagar una multa de 1,399 pesos. Schauer, Profiles, *Probabilities and Stereotypes*, cit., pp. 24-27.

³⁶ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 162-168.

³⁷ Si bien todos los seres humanos somos igualmente vulnerables, en el contexto jurídico se hace referencia particularmente a los grupos que tienen disminuida su capacidad para enfrentar una posible violación a sus derechos asociada directamente a la característica que le identifica como miembro del grupo o colectivo. Así, por ejemplo, se identifica como grupos vulnerables a las mujeres en razón del género; a lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y transexuales, en razón de la orientación sexual; a niños, niñas y adolescentes en razón de la edad; a personas con discapacidad en razón del tipo de discapacidad; a comunidades indígenas en razón de la etnia, entre otros. Beltrão, Jane Felipe et al. (coords.), *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, Barcelona, 2014.

estereotipos que pueden potencializar la discriminación.³⁸ Así, el análisis está condicionado —en muchas ocasiones— desde el momento mismo de la creación jurídica normativa, lo que sugiere dos ámbitos y elementos que condicionan el análisis.³⁹

Aun cuando muchas normas jurídicas operan a través de generalizaciones, los estereotipos son un tipo de categorización social problemático para el derecho, ya que no es claro cuándo una clasificación de personas o grupos de personas genera consecuencias positivas o negativas en contextos específicos. En ese sentido, es complicado determinar si todos los estereotipos deben evitarse, cuándo son inevitables o, incluso, si estamos obligados a emplearlos en algunos casos.

En el derecho hay dos ámbitos jurídicos en los que se emplean estereotipos de una manera relevante: el ámbito de la producción normativa y el ámbito jurisdiccional. Si bien son distintos los estereotipos que aparecen en uno y otro ámbito, es relevante observar que aunque muchos de ellos tienen una carga negativa, otros son irrenunciables, y se dice, incluso, que algunos podrían ser deseables.⁴⁰

Siguiendo la clasificación de Arena, identificamos dos clases de estereotipos. Los estereotipos descriptivos asocian (de manera probabilística) ciertas propiedades a las personas que pertenecen a un grupo particular,⁴¹ aunque puede haber personas del grupo que no exhiban esas propiedades; así por ejemplo, al decir que los perros callejeros tienen pulgas estamos estereotipando al asociar la propiedad de tener pulgas a la categoría de perros callejeros, y, aunque probablemente esto sea cierto, puede haber perros callejeros sin pulgas. Lo mismo ocurre con la afirmación de que los hijos de padres divorciados son problemáticos.

En ese sentido, el estereotipo descriptivo tiene, por una parte, una dirección de ajuste general, que se refiere a la corrección del estereotipo respecto del grupo; la falta de ajuste general promueve abandonar el estereotipo. Por otra parte, tiene una dirección de ajuste individual, que se refiere a la corrección del estereotipo respecto de un miembro del grupo; la falta de ajuste individual promueve inaplicar el estereotipo al caso particular.⁴²

³⁸ Arena señala la dificultad que presenta el estudio de los estereotipos descriptivos debido a la estrecha relación que guardan con las categorizaciones. Arena, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIX, núm. 1, junio de 2016.

³⁹ Schauer, Profiles, *Probabilities and Stereotypes*, cit., p. 36.

⁴⁰ Arena, *op. cit.*, pp. 60-63.

⁴¹ Por ello son semejantes a las generalizaciones, señala Arena, *ibidem*, p. 53.

⁴² *Ibidem*, pp. 56-58.

Los estereotipos normativos atribuyen un deber a quienes pertenecen a un grupo, y asumen que por el hecho de pertenecer a este grupo las personas deben desempeñar ciertas tareas o ciertos roles; así el estereotipo normativo se compone de dos elementos: la inclusión de personas en una categoría y la especificación de las normas que se les aplica y los roles que deben desempeñar.⁴³

El derecho contiene estereotipos descriptivos y normativos en la configuración de sus leyes.⁴⁴ Un claro ejemplo de los estereotipos en las leyes se encuentra en el hoy reformado artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que definía el matrimonio como “La unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de crear hijos de manera libre, responsable e informada...”.

Esta norma jurídica estaba diseñada para establecer la forma del matrimonio empleando un estereotipo normativo, según el cual la institución del matrimonio debe ser heterosexual. Simultáneamente, parecía contener un estereotipo descriptivo, al reflejar un estado de cosas tal que el matrimonio existía solamente cuando se efectuaba entre personas de distinto sexo. Esto cambió con la reforma de diciembre de 2009 al artículo, que removió los estereotipos, y ahora señala que el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, que debe celebrarse ante el juez del registro civil con las debidas formalidades.

Sin embargo, no sólo las normas jurídicas contienen estereotipos, sino también en sede jurisdiccional se aplican estereotipos, y es innegable que en un buen número de casos cobran especial relevancia en la interpretación, particularmente cuando se limitan o restringen derechos con base en ellos, razón por la cual su empleo cotidiano y su falta de identificación es el principal obstáculo para el reconocimiento de derechos de grupos vulnerables, así como el camino hacia la discriminación.

Es cierto que en ocasiones el derecho está parcialmente determinado o está indeterminado, lo cual significa que existen normas jurídicas que

⁴³ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁴ Debemos tener en cuenta que las normas jurídicas son producto de la voluntad de una autoridad (persona o grupo) que eligió determinada regla como una buena razón para actuar. El derecho es producto de las elecciones y decisiones de la autoridad que tuvo intención de crearlo de una forma determinada, e indicó el modo en que debía actuarse en ciertas circunstancias. Ese producto que son las leyes contienen y reflejan los estereotipos sostenidos por sus creadores. Dickson, Julie, “Interpretation and Coherence in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/legabreas-interpret/>, última consulta: 12 de julio de 2016.

regulan el núcleo de la disputa, temas o aspectos cercanos a ella, pero que resultan demasiado amplias para aplicarlas directamente; son tan generales, que realmente no proporcionan guía en algún sentido, o incluso son incompletas, de tal forma que no contemplan ciertos aspectos específicos de una cuestión jurídicamente regulada, o bien resultan novedosas, y por ello nunca antes fueron cuestionadas ni incorporadas al derecho. Puede ocurrir simplemente que la redacción de la norma jurídica es oscura al incorporar términos afectados de vaguedad.⁴⁵

Cuando se requiere aplicar el derecho parcialmente determinado, los tribunales recurren a la interpretación para asignar el significado que la norma jurídica tiene a la luz del caso concreto con sus particularidades. Este ejercicio necesariamente afecta y cambia el objeto de interpretación;⁴⁶ por ello es tan importante que los operadores judiciales identifiquen y distingan las generalizaciones válidas de los estereotipos, que pueden tener una carga negativa en la interpretación, y por medio de ésta en la asignación y/o limitación de derechos y obligaciones.

Ordinariamente se considera adecuado decidir con base en las generalizaciones contenidas en las reglas jurídicas, pero en algunas ocasiones, errar al individualizar adecuadamente el caso concreto puede resultar en injusticia. Se trata, pues, de una tarea bastante compleja. En ese sentido, la tendencia a mantener la generalización como llamado a la igualdad —tratando de evitar la discriminación— puede fallar en distinguir las características que precisamente hacen al caso excepcional, ya que las diferencias específicas cobran especial relevancia en el análisis.⁴⁷

A la luz de estas ideas, se comprende la trascendencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, ya que nos muestra la forma en que diversos estereotipos asociados con la orientación sexual de las personas aparecieron y, de hecho, condicionaron la interpretación que los tribunales chilenos efectuaron respecto de las normas jurídicas aplicables. Tanto el Juzgado de Menores de Villarrica —al conceder la custodia provisional al padre— como la

⁴⁵ Gómora Juárez, Sandra, “Coherencia y progresividad en el concepto de precedente”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Barcelona, Marcial Pons, 2016, pp. 190-197.

⁴⁶ Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 312.

⁴⁷ En referencia a la afirmación de que “...hay una forma de evitar el error causado por la aplicación de la regla simple y universal a un caso particular, sería «absurdo», «nocivo», una «desgracia», y una injusticia no evitar el error...”. Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, cit., p. 30. Campbell, *op. cit.*, p. 19.

Corte Suprema de Chile sustentaron sus respectivas resoluciones en razones que encierran estereotipos respecto de Atala Riffo.

Es relevante observar que en este caso los estereotipos relevantes que dieron lugar a la sentencia de la CtIDH no se encontraban en la ley que regula el proceso de custodia en la jurisdicción local, sino que se introdujeron en sede jurisdiccional como parte de los argumentos que —en un ejercicio de interpretación— el tribunal desarrolló para resolver sobre la custodia en el caso concreto.

En dicho proceso de interpretación el tribunal incluyó a Atala en la categoría de las “personas homosexuales”, como persona perteneciente a un grupo específico. A partir de la clasificación de Atala en la categoría, se asignaron conductas, actitudes y roles de manera arbitraria, en razón de su pertenencia a dicho grupo social. La decisión que debía girar en torno a las consideraciones relevantes para asignar la custodia analizó en cambio características de la madre (irrelevantes para el caso), pero además lo hizo empleando estereotipos.

Si bien es cierto que no todos los estereotipos conllevan una carga negativa, en el caso sólo se identifican estereotipos descriptivos falsos⁴⁸ o estereotipos normativos que no tienen justificación racional, que describen un estado de las cosas incorrecto, y que asignan actitudes y roles de manera arbitraria.

Los argumentos empleados en la sentencia de la Corte Suprema de Chile encierran estereotipos como: las personas homosexuales son perjudiciales para los niños; los hijos de padres o madres homosexuales son discriminados; la convivencia con personas homosexuales genera confusión de identidad sexual en los niños; la convivencia con personas homosexuales genera confusión de orientación sexual en los niños; las madres divorciadas que rehacen su vida son egoístas; las mujeres que son madres divorciadas no deben rehacer su vida; las madres divorciadas que manifiestan su homosexualidad son egoístas; las personas homosexuales no deben manifestar abiertamente su orientación sexual; el entorno de una familia heterosexual es mejor para los niños que el de una familia homosexual; la familia debe integrarse por padre, madre e hijos, o los niños que crecen sin padre no se desarrollan adecuadamente.

La referencia anterior permite advertir que los casos donde están involucradas personas pertenecientes a grupos vulnerables suponen mayor complejidad que los casos regulares, ante la necesidad de tomar en consideración categorías y distinguir estereotipos en la aplicación del principio

⁴⁸ Arena, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

de proporcionalidad. Tal labor no es fácil —menos aun cuando quienes aplican el derecho no reconocen los estereotipos implícitos en las normas jurídicas y/o los que ellos mismos sostienen— y avanzar en su comprensión e identificación es un paso en la dirección correcta en cuanto a administración de justicia a grupos vulnerables.

Ahora bien, un problema diverso, aunque directamente relacionado en el caso *Atala*, es el de la falta de aplicación del principio de proporcionalidad en la medida judicial de retirar la custodia a la madre con quien vivían las menores. La CtIDH consideró a lo largo de su sentencia que la autoridad jurisdiccional chilena había fallado en aplicar un “test estricto de proporcionalidad” por estar involucrada una restricción a derechos humanos y una categoría sospechosa. Veamos por qué.

El test exigido por la Corte se refiere al principio de proporcionalidad, que se ha venido empleando en casos constitucionales o de derecho internacional de protección de derechos humanos garantizados por algún documento jurídico como la Constitución o tratados internacionales para definir la solución de conflictos entre esos derechos.⁴⁹

Dicho principio de proporcionalidad busca la protección óptima de los derechos humanos, al limitar al máximo sus posibles restricciones por parte de la autoridad estatal, proporcionando un método de evaluación que permite —en los casos de eventuales restricciones— que las medidas sean estrictamente indispensables para alcanzar un fin legítimo. De este modo, este principio ha jugado un papel central en estas jurisdicciones en cuanto a interpretación judicial, cuando se argumenta sobre los alcances de derechos fundamentales, colisiones entre principios o entre principios y derechos.⁵⁰

Se ha dicho que es un método que brinda algún grado de racionalidad y certeza⁵¹ plausible al alcanzar soluciones ante la colisión de principios.⁵²

⁴⁹ Orrego-Sánchez, Cristóbal, “Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la filosofía del derecho”, *Dikaion*, vol. 24, núm. 1, junio, 2015, pp. 123 y 124. No deja de advertirnos sobre las críticas que el desarrollo y aplicación de este principio ha despertado, así como una posible vía para mitigar los inconvenientes que presenta.

⁵⁰ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 20-22.

⁵¹ Debe tenerse en cuenta que la tesis de la proporcionalidad no está libre de críticas y cuestionamientos, que si bien no son objeto de este trabajo, es relevante tener en cuenta. Véase por ejemplo, Botero Bernal, Andrés, “Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy”, *Ensayos jurídicos sobre teoría del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010.

⁵² En la materia existe la presunción de que los derechos fundamentales son un tipo de normas jurídicas conocidas como principios. Siguiendo el planteamiento teórico de Robert Alexy, los derechos fundamentales han de ser tratados como principios, y no como reglas;

Entendido como método de interpretación constitucional, el principio de proporcionalidad estipula que un derecho fundamental sólo puede limitarse en una medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin lícito, por lo que la eventual limitación debe efectivamente satisfacer el fin lícito propuesto.⁵³

Los subprincipios que integran el examen o test de proporcionalidad, y que se espera sean aplicados en estos casos son la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Así, la solución judicial o medida debe tener la aptitud para alcanzar el fin legítimo, debe además ser estrictamente indispensable; esto es, se trata de la única medida posible o de la menos lesiva. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad o ponderación en estricto sentido consiste en valorar la importancia de las posiciones del caso para determinar cuál ha de protegerse, considerando que el beneficio obtenido a uno de los principios debe justificar la intensidad con que se menoscaba el principio restringido.⁵⁴

La falta de aplicación del examen de proporcionalidad con las identificaciones e implicaciones que acarrea por parte de la Corte Suprema de Justicia chilena en el caso Atala fue advertida y reprobada tanto por la CIDH como por la CtIDH. El alto tribunal chileno interpretó el Código Civil chileno y la orientación sexual de la madre junto con las potenciales consecuencias que le atribuyó como una condición que por sí misma constituía una causa calificada para retirarle la custodia.

De lo expuesto, se advierte que en un primer momento la Corte chilena incurrió en violación al principio general de igualdad, que impone el deber genérico de tratar todos los casos —de custodia que están dirigidos a una generalidad de personas; es decir, padres y madres divorciados, situados en el mismo supuesto de hecho, a saber: pidiendo la custodia de sus hijos o hijas— de la misma forma. Con esto, se omitió considerar la disposición del Código Civil chileno, que establece que el cuidado de los hijos corresponde a la madre.⁵⁵

de esta manera, mientras que las reglas sólo pueden cumplirse o incumplirse, los principios pueden cumplirse en diversos grados, e implican un mandato de optimización para satisfacerlos al máximo grado posible. Cárdenas Gracia, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLVII, núm. 139, enero-abril, 2014, pp. 68-69; Sánchez, *op. cit.*, pp. 27-29.

⁵³ Cárdenas, *op. cit.*, pp. 66 y 67.

⁵⁴ Sánchez, *op. cit.*, pp. 36-59; *ibidem* pp. 69 y 70.

⁵⁵ La propia disposición legislativa contiene un estereotipo descriptivo e incluso normativo relacionado con que las mujeres que son madres, tradicionalmente se quedan en el hogar y deben cuidar de los hijos, el cual puede ya no tener una base estadística que lo sustente, pero la valoración del mismo no es objeto de este trabajo.

En un segundo momento, al analizar los riesgos potenciales al desarrollo de las menores, el tribunal chileno construye su razonamiento con estereotipos descriptivos falsos y normativos acerca de las madres divorciadas, de las personas homosexuales y de las consecuencias de su convivencia en el hogar con las menores hijas, como se desprende de los peritajes y diversos estudios aportados por la CtIDH.

En un tercer momento, al deslizarse de la consideración de los elementos relevantes al análisis de la custodia en los casos de divorcio, la Corte Suprema de Chile emprendió un razonamiento en el que consideró como razones permitidas los estereotipos previamente referidos, que, además de ser categorizaciones arbitrarias o falsas, son razones que no versan sobre las capacidades parentales y de cuidado de la madre hacia las hijas. En ese sentido, las razones aportadas versan sobre aspectos irrelevantes al asunto en cuestión, y por lo tanto son discriminatorios, al diferenciar en sentido negativo un caso de custodia de madre homosexual del resto de casos heterosexuales, y al restringir con base en esa distinción derechos humanos.

Cuando intervienen “categorías sospechosas” en el derecho constitucional comparado se ha recurrido a la aplicación del principio de proporcionalidad, por la complejidad de los casos. Recordemos que hay una delgada línea entre las categorías admisibles y los estereotipos, de modo que cuando en la interpretación judicial entra en consideración una de esas categorías respecto de las cuales existe el riesgo de traspasar la línea divisoria al momento de la distribución de cargas y beneficios, lo aconsejable es analizar cuidadosamente el caso para advertirlo y aplicar de manera estricta un examen de proporcionalidad al caso. Desafortunadamente, la Corte chilena no consideró la orientación sexual como una “categoría sospechosa” en el análisis.

Finalmente, de la sentencia de la CtIDH se desprende que la Corte chilena pareció identificar un conflicto entre el principio del interés superior de las niñas y el derecho de la madre a ejercer su sexualidad libremente. En mi opinión, el planteamiento del caso fue errado también en este aspecto, ya que falló en identificar los elementos que intervenían en el análisis que no tenían que ver con la sexualidad de la madre, sino con su derecho a conservar la custodia como la ley establece. En ese sentido, parece que no se configuraba en la jurisdicción local una verdadera colisión entre los elementos verdaderamente relevantes para el análisis: el principio del interés superior de las niñas y el derecho a la custodia, en tanto que no son excluyentes ni incompatibles entre sí.⁵⁶

⁵⁶ Éste, por cierto, es uno de los riesgos que los críticos de la ponderación advierten en su ejercicio, la facilidad para considerar un problema como un problema de colisión de principios.

En ese sentido, del análisis que la CtIDH efectuó de la sentencia adoptada por la Corte chilena se desprende que no cumple con el test de proporcionalidad en tanto que los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no se satisfacen. Separar a las hijas de la señora Atala no era la medida idónea para lograr el fin perseguido; es decir, el desarrollo integral de las niñas, y al no ser una medida idónea, es solamente una medida restrictiva de derechos. Sin pruebas reales de daño a las hijas menores, la medida no era estrictamente necesaria; no era claro que se obtuviera un beneficio superior para las niñas al separarlas de su entorno familiar y limitar el derecho de la madre.

V. CONCLUSIONES

El caso Atala es muy relevante, y aún tiene mucho que enseñarnos acerca del derecho y de cómo lo aplicamos. Vemos pues que operadores y operadoras judiciales tienen un papel privilegiado en el desarrollo de los sistemas jurídicos y en la protección y configuración de los derechos humanos. Los avances más contundentes que se pueden vislumbrar a nivel local se han logrado a través de sentencias judiciales y precedentes que, a su vez, abrevaron de sentencias y precedentes confeccionados por tribunales internacionales.

Es prácticamente imposible ya negar la centralidad de la interpretación judicial activa o la tremenda responsabilidad que sus sentencias conllevan. Como en la mayoría de los temas más controvertidos y poco atendidos por las normas jurídicas, los asuntos relacionados con la orientación sexual e identidad de género han encontrado su configuración y gradual expansión gracias a la labor judicial a nivel nacional e internacional, en la que recae el peso de un compromiso real con el análisis y la transformación de las instituciones jurídicas.

Como resultado de la interpretación, es posible arribar a resultados razonables sobre una base de igualdad que permita considerar, en el balance, elementos externos a la aplicación ordinaria de las normas jurídicas —como las categorías sospechosas—, que sin embargo juegan un papel en el balance de razones que se evalúan en sede judicial. Aunque no existe una fórmula exacta que arroje resultados correctos, la comprensión del significado e importancia de las generalizaciones, las distinciones y los estereotipos nos permiten dar un paso adelante en la comprensión y confección de sentencias más adecuadas. Con suerte, tales sentencias contribuirán a que más personas puedan, efectivamente, disfrutar de sus derechos.

APORTES DEL CASO GONZALES LLUY: SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Juan Jesús GÓNGORA MAAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las obligaciones de los centros privados de atención a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. III. *El VIH y las barreras actitudinales como una forma de discapacidad: su impacto en el derecho a la educación*. IV. *Debates jurisprudenciales sobre la justiciabilidad del derecho a la salud*. V. *Perspectivas sobre la justiciabilidad de los DESC en el sistema interamericano*.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana, el Tribunal Interamericano o la Corte IDH) ha sentado importantes precedentes en diversas materias en pro de la protección y promoción de los derechos humanos de la región interamericana. En este sentido, gran parte del acervo jurisprudencial del tribunal interamericano ha versado en “derechos de primera generación”, es decir, derechos civiles y políticos o derechos libertad. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, aunque también ahora ambientales (en adelante DESC o derechos sociales), la jurisprudencia de la Corte IDH no ha profundizado en su justiciabilidad directa.¹

¹ En la actualidad existe una tendencia a incluir a los derechos ambientales de manera autónoma, por lo que también es común encontrar la referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales “DESCA”. Véase al respecto: Gutiérrez, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”. pp. 91-106, en Cervantes, Madgalena *et al.*, *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. En la tradición constitucional se habla de los

Así, debemos recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana, la CADH o el Pacto de San José) sólo en su artículo 26 hace referencia a los derechos de naturaleza social.² Si bien encontramos enmarcado en el sistema interamericano el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador como complemento ante la ausencia de referencias expresas sobre derechos sociales en el cuerpo del Pacto de San José, lo cierto es que este instrumento interamericano solamente contempla, en su artículo 19.6, como justiciables de manera directa ante los órganos del sistema interamericano dos derechos: el derecho de asociación sindical (artículo 8.1.a) y el derecho a la educación (artículo 13).³ De esta forma, pese a que el Protocolo de San Salvador tiene un catálogo más amplio en materia de DESC, al sólo permitir como justiciables dos derechos, excluye los otros derechos contemplados en ese instrumento, entre ellos el derecho a la salud.

Sobre esta temática, la protección de los DESC en la jurisprudencia interamericana ha sido desarrollada de manera indirecta, en gran medida haciéndolos justiciables por conexidad a los derechos consagrados de los artículos 3 al 25 de la Convención Americana. En este sentido, será objeto de nuestro análisis el derecho a la salud y su estudio en el caso Gonzales Lluy. El derecho a la salud ha sido relacionado con diferentes derechos, como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la vida privada, el acceso

“derechos sociales”, y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales”, e inclusive “derechos ambientales”. Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64, y Aldunte, Eduardo, “De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático. Una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales”, *Anuario de Derecho Público*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2014, p. 22.

² El texto de la Convención Americana enuncia: “Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

³ A lo anterior habría que sumarle que no todos los DESC se encuentran en el Protocolo de San Salvador, ya que, por ejemplo, el derecho a la vivienda no fue plasmado en dicho instrumento interamericano. Véase al respecto el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al caso *Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2016, serie C, núm. 325.

a la información, las garantías judiciales y el debido proceso. Sin embargo, una particularidad de algunos casos en los cuales se ha abordado el derecho a la salud es que no únicamente se han vertido obligaciones específicas para centros de atención médica que dependan directamente del Estado (entidades públicas), sino que también el tribunal interamericano ha extendido las obligaciones de respeto y garantía a los centros privados de atención a la salud humana, por lo que no quedan exentos del pleno respeto de la dignidad humana.

Gran parte de las discusiones jurisprudenciales que se han suscitado en fechas recientes han versado sobre la necesidad de declarar de manera autónoma y directa aquellos derechos que no se encuentran consagrados en el artículo 19.6. Sobre este tenor, el caso de Talía Gabriela Gonzales Lluy y los criterios y discusiones vertidos en la decisión han sido de vital importancia para impulsar la justiciabilidad directa del derecho a la salud a través del artículo 26 de la CADH, delimitando el contenido autónomo de cada derecho de naturaleza social.

El presente trabajo pretende abordar algunos aspectos esenciales que se reiteraron en la sentencia del caso Gonzales Lluy, y que se relacionan con el derecho a salud, pese a que la Corte Interamericana no declara violado de manera autónoma este derecho en el caso. Así, se abordarán, en primer lugar, las obligaciones que tienen los entes privados en materia de cuidado de salud y la forma en que estas obligaciones se aplicaron en el caso de Talía Gabriela; en segundo lugar, la discapacidad (generada por las barreras actitudinales) que enfrentó la víctima del presente caso por su condición de VIH y su impacto en el derecho a la educación; en tercer lugar, las nuevas discusiones sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud y, a modo de conclusión, algunas perspectivas en lo relativo a la justiciabilidad directa del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

II. LAS OBLIGACIONES DE LOS CENTROS PRIVADOS DE ATENCIÓN A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Una de las más grandes líneas jurisprudenciales en el sistema interamericano que se ha vertido en materia de derechos sociales es la relativa al derecho a la salud, abarcando diferentes temáticas.⁴ No obstante, quizá una de

⁴ A la fecha (2017) la Corte IDH ha emitido 217 casos, de los cuales al menos 27 casos contenciosos están relacionados con el derecho a la salud en diferentes temáticas.

las líneas jurisprudenciales más importantes que ha desarrollado la Corte Interamericana en la materia ha sido la relativa a las obligaciones que los Estados deben observar cuando deleguen a los centros privados la atención de la salud humana; es decir, las obligaciones de regulación, supervisión y fiscalización de centros privados de atención a la salud. La primera ocasión que el tribunal interamericano se enfrentó a esta particular problemática fue en 2005, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, en donde la víctima recibía atención médica en la Casa de Reposo Guararapes para mejorar su estado de salud mental.

En el caso *Ximenes Lopes*, la Corte Interamericana constató que en ese centro existía un contexto de violencia en contra de las personas que se hallaban internadas, quienes se encontraban bajo amenaza constante de ser agredidas directamente por los funcionarios de dicho hospital, o bien de que éstos no impidieran las agresiones entre los pacientes, ya que los empleados, en su mayoría, no tenían entrenamiento para trabajar con personas con discapacidades intelectuales. Además, la violencia era palpable cuando las personas entraban en un estado crítico de salud, ya que la contención física y el control de pacientes que entraban en crisis eran frecuentemente realizados con la ayuda de otros pacientes. Por otro lado, la Corte IDH también constató que las precarias condiciones de mantenimiento, conservación e higiene, así como de la atención médica y la falta de medicamentos constituían un impedimento para las personas que se encontraban internadas en dicho recinto.⁵

En lo tocante a las obligaciones estatales, resulta pertinente destacar que la Casa de Reposo Guararapes era una institución de atención privada de salud mental, lo que no impedía que las obligaciones emanadas del artículo 1.1 de la CADH (respeto y garantía) también debieran aplicarse para poder determinar responsabilidad internacional del Estado. De esta forma, el tribunal interamericano consideró que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles de manera directa al Estado en cuestión; las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos proyectan sus efectos, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales.⁶

⁵ *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, para. 120.

⁶ *Ibidem*, para. 85.

La Corte Interamericana consideró que los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la CADH pueden ser, tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos.⁷ En otras palabras, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.⁸

En lo tocante al derecho a la salud, el tribunal interamericano consideró que, dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal respecto de las personas que se encuentren recibiendo atención médica. Así, la Corte IDH concluyó que los Estados “tenían el deber de regular y fiscalizar” toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privada.⁹ Por lo tanto, la falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional, en razón de que los Estados son responsables, tanto por los actos de las entidades públicas como privadas, que prestan atención a la salud. Bajo la Convención Americana, los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos.

La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud. Sin embargo, la Corte Interamericana ha sido enfática al señalar que las obligaciones de regulación (crear un marco normativo adecuado) y fiscalización (ver si cumple con esta normativa) no son las únicas mediante las cuales los Estados pueden ser responsables internacionalmente cuando la atención a la salud se delegue a una institución privada, sino que también de las obligaciones de garantía frente a terceros surge la obligación de supervisión de las entidades particulares que brindan el servicio público de atención médica.

⁷ *Ibidem*, para. 86.

⁸ *Ibidem*, para. 87.

⁹ *Ibidem*, para. 89.

En el caso *Albán Cornejo vs. Ecuador*, en 2007, la Corte Interamericana consideró nuevamente que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana. De esta forma, las violaciones a derechos humanos también pueden surgir cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de terceros que vulnere los bienes jurídicos.¹⁰ Sin embargo, en este caso añadió que si bien la señora Laura Albán había muerto en el hospital Metropolitano (hospital de naturaleza privada), el Estado ecuatoriano no era inmediatamente responsable de la actuación del personal de esta institución privada; no obstante, sí le correspondía supervisar el desempeño de la institución para alcanzar la adecuada prestación de servicios en materia de salud.¹¹

Sobre la obligación de supervisión, la Corte Interamericana manifestó en este caso que, en primera instancia, los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. En este sentido, a criterio del tribunal interamericano, para lograr lo anterior se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, pero, además, la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas.¹²

En el caso de *Talía Gonzales Lluy*, dado que las afectaciones a su salud por la contaminación con sangre infectada por VIH se originaron en la conducta de terceros privados, en una institución de salud y un banco de sangre privados, la Corte Interamericana consideró relevante reiterar sus pronunciamientos previos sobre la responsabilidad internacional por hechos que se derivaron de la conducta de prestadores privados de servicios de salud. No obstante, el análisis de las tres obligaciones (regulación, supervisión y fiscalización) no podía ser aplicable de manera integral en el caso *Gonzales Lluy*.

En primer lugar, en relación con la obligación de la regulación, la Corte Interamericana notó que si bien es cierto que la normativa vigente al momento de los hechos no especificaba de manera concreta la periodicidad en la que se llevaría a cabo el monitoreo o la supervisión ni los aspectos concretos que serían monitoreados o supervisados, sí existía una regulación

¹⁰ *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, núm. 171, para. 119.

¹¹ *Ibidem*, para. 122.

¹² *Ibidem*, para. 121.

en la materia que tenía como objetivo controlar la calidad de servicio de tal forma que, a través de transfusiones de sangre, no se contagiaran enfermedades como el VIH.¹³ Así, el análisis de las violaciones sobre las afectaciones al estado de salud de Talía se centró en las obligaciones de supervisión y fiscalización.

En lo tocante a las dos obligaciones antes mencionadas, el tribunal interamericano observó que la Secretaría Nacional de Sangre, órgano auxiliar de la Cruz Roja de carácter privado, era la entidad a cargo de aplicar las sanciones por el incumplimiento de las normas del reglamento sobre el manejo de sangre, lo cual, a criterio de la Corte IDH, implicaba una delegación de funciones de monitoreo y supervisión a la propia entidad privada a la que se le habían delegado la tarea de manejar los bancos de sangre, lo cual resultaba especialmente problemático respecto de la debida diligencia en diseños institucionales de fiscalización, dado que ésta debía ser realizada por el Estado.¹⁴

En conclusión, la afectación a la salud, por la gravedad de la enfermedad y el riesgo que en diversos momentos sufrió Talía, constituyó una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y podría enfrentar la víctima por causa de la enfermedad de VIH.¹⁵

¹³ La Corte notó que si bien el Código de la Salud de 1971 no contaba con regulaciones específicas sobre el funcionamiento de los bancos de sangre, desde 1984 y 1986 existían leyes que regulaban las donaciones voluntarias de sangre, así como el aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados. Posteriormente, en 1987 se establecieron normas que regulaban la práctica obligatoria de pruebas de VIH a todas las unidades de sangre y sus derivados, en todos los bancos de sangre de Ecuador. Además, las normas señalaron las autoridades en materia de salud encargadas de sancionar el incumplimiento de estas normas. Asimismo, en normativas creadas en 1992 y 1998 se identificaron organismos, como la Secretaría Nacional de Sangre, encargados de supervisar el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y manuales operativos, señalando las sanciones contempladas en caso de inobservancia de dichas disposiciones y manuales. Adicionalmente, en 1998 se estableció el marco bajo el cual debían funcionar los bancos de sangre para la colecta de sangre y su disposición final, a fin de evitar la transmisión de infecciones mediante la transfusión. En el mismo sentido, la Constitución Política de 1998 contemplaba la formulación de la política nacional de salud y la vigilancia de las empresas que se dedicaran a los servicios de salud privados. La delegación a la Cruz Roja del manejo de los bancos de sangre se mantuvo hasta 2006, cuando se expidió la Ley Orgánica de Salud, en la cual el Estado volvió a asumir la rectoría de los bancos de sangre. *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, paras. 180, 181, 182 y 183.

¹⁴ *Ibidem*, para. 186.

¹⁵ *Ibidem*, para. 190.

Con independencia de que la Corte Interamericana arriba a que en el presente caso se violó la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía en una entidad privada y, por tanto, declara violado los derechos a la vida y a la integridad personal, protegidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, lo cierto es que en el presente caso el incumplimiento de las obligaciones de fiscalización y supervisión afectaron directamente el derecho a la salud de la víctima y subsidiariamente a la vida y a la integridad personal.¹⁶

Si bien el tribunal interamericano circunscribe las violaciones a derechos civiles y políticos (derecho a la vida y a la integridad personal), y no propiamente al derecho a la salud, lo cierto es que analiza —aunque no lo declara violado— las dimensiones del derecho a la salud que el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado en la Observación General 14 sobre el derecho a la salud. En este sentido, la Corte IDH hace pronunciamientos sobre la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud que recibió Talía dentro del Estado ecuatoriano.

III. EL VIH Y LAS BARRERAS ACTITUDINALES COMO UNA FORMA DE DISCAPACIDAD: SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La Corte Interamericana ha considerado que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación, a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas a la sociedad.¹⁷

Es importante señalar que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. Así, no basta con que los Estados se abstengan de violar derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables según las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho,

¹⁶ *Ibidem*, para. 191.

¹⁷ *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *op. cit.*, para. 105 y *caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, para. 135.

ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre, como la discapacidad. Es, entonces, obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad, por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones sean desmanteladas.¹⁸

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de discapacidad y salud ha evolucionado de manera gradual con el paso de los años. En este entendido, al igual que el apartado anterior, la primera ocasión que la Corte Interamericana conoció de un caso relacionado con alguna persona con alguna limitación funcional fue en el caso *Ximenes Lopes*. Sin embargo, es de destacar que ese caso se enmarca dentro del modelo clínico de discapacidad (donde se considera a la persona con alguna limitación como una persona enferma), basándose en gran medida en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

Es de resaltar que en 2006 se aprobó, en el seno del sistema universal de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en donde se dio un cambio de concepción sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya que aquella contempla expresamente, por primera vez, los principios de I) autonomía e independencia, II) de no discriminación, III) participación e inclusión efectiva en la sociedad, IV) el respeto y la aceptación de las personas con discapacidad, V) la igualdad de oportunidades, VI) la accesibilidad, VII) la igualdad entre el hombre y la mujer, y VIII) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad.¹⁹

El segundo caso relacionado con la discapacidad conocido por el tribunal interamericano, fue el caso de *Sebastián Furlan* contra el Estado argentino. En este segundo caso, pese a que no se hizo ninguna alusión al derecho a la salud de manera directa, en gran medida se encontraba involucrada la rehabilitación de la víctima, tal como lo expuso el voto de la jueza Macaulay al señalar que

las omisiones y deficiencias en la atención médica provista por los hospitales y la falta de orientación adicional por las distintas instituciones del [E]stado involucradas en este caso, particularmente al principio, luego del accidente [del cual había sido víctima Sebastián Furlan], obstaculizaron el acceso a

¹⁸ *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit.*, para. 134

¹⁹ ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 3.

los beneficios de seguridad social y a un tratamiento oportuno, real, permanente, integral y adecuadamente supervisado, el cual hubiera prevenido o disminuido el deterioro de salud física y mental...²⁰ Además, estas omisiones e insuficiencias limitaron la posibilidad de alcanzar una rehabilitación, lo cual probablemente hubiera instaurado actitudes más positivas en Sebastián Furlan sobre su discapacidad, el logro del mayor grado de integración posible, autonomía y el fortalecimiento de sus capacidades con atributos positivos en su personalidad.²¹

Sin embargo, la Corte IDH, en este caso declaró la violación por no haberse cumplido el plazo razonable dentro de los procedimientos de daños y perjuicios y del cobro de la indemnización, por lo que el Estado no actuó con debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián Furlan, lo que constituía una violación al artículo 8.1, en relación con los artículos 19 (Derechos del niño) de la Convención Americana.²² Si bien la Corte Interamericana no hizo alusión de manera concreta a los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sí tomó en cuenta que en aquellos casos en donde esté en juego un procedimiento, y que, además, se refiera a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, los Estados tienen la obligación de observar especial diligencia en los procedimientos.²³

Un tercer caso en donde se vinculó el derecho a la salud y la discapacidad fue el caso *Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, en donde la Corte Interamericana expresó, tras diversas consideraciones, que teniendo en cuenta la definición desarrollada por la Organización Mundial de la Salud, según la cual la infertilidad de las personas es una enfermedad del sistema reproductivo, concluyó que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, y que las personas con infertilidad, al enfrentar barreras generadas por la Sala Constitucional de Costa Rica, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demandaba una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.²⁴

²⁰ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, para. 12.

²¹ *Ibidem*, para. 13.

²² *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, para. 194.

²³ *Ibidem*, para. 195.

²⁴ *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257, para. 293.

Hasta 2012, todos los casos sobre discapacidad se habían vinculado, directa o indirectamente, con un tema general de salud; ya sea mediante el tratamiento médico en instituciones privadas, como en el caso Ximenes Lopes; mediante la obtención de tratamiento de rehabilitación, como en el supuesto de Sebastián Furlan, o mediante el acceso de las técnicas de fertilización, como en el caso Fecundación *in vitro*.

En el caso Gonzales Lluy, la Corte expuso que las personas con VIH han sido históricamente discriminadas, debido a las diferentes creencias sociales y culturales, que han creado un estigma alrededor de la enfermedad. De este modo, el que una persona viva con VIH/sida, o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que ésta acceda, en igualdad de condiciones, a todos sus derechos. La relación entre este tipo de barreras y la condición de salud de las personas justifica el uso del modelo social de la discapacidad como enfoque relevante para valorar el alcance de algunos derechos involucrados en el presente caso.²⁵

En este sentido, la Corte IDH reiteró que, como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno, por lo que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.²⁶

En este caso, el tribunal interamericano constató que las barreras sociales, por la condición de VIH, habían afectado de manera especial el derecho de Talía a educarse, pues las instituciones educativas consideraron que sería un riesgo para los demás niños que se encontraban dentro de las mismas instalaciones que ella. La Corte expresó que vivir con VIH no es *per se* una situación de discapacidad; sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con VIH generan que las circunstancias de su entorno la coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad, por las barreras actitudinales y sociales.²⁷

Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno, y no responde

²⁵ *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, op. cit.*, para. 236.

²⁶ *Ibidem*, para. 237.

²⁷ *Ibidem*, para. 238.

únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas que viven con VIH/sida pueden ser consideradas personas con discapacidad, bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.²⁸ En este sentido, el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud.²⁹

Al igual que en el apartado anterior —sobre las obligaciones de los entes particulares frente al derecho a la salud—, pese a que el tribunal interamericano hace referencia a diversos estándares en los cuales se vincula el derecho a la salud, la discapacidad y la educación, la Corte Interamericana circunscribe todo el análisis respecto del derecho a la educación y no, por ejemplo, el derecho a la salud visto desde la perspectiva de la falta de información de la sociedad sobre el VIH/sida y las barreras actitudinales que se generan por las preconcepciones que se tienen en torno a la enfermedad. En sí mismo, este precedente es de vital importancia, pues por primera vez el tribunal interamericano declara violada una disposición del Protocolo de San Salvador (el derecho a la educación). No obstante, lo cierto es que el derecho a la educación es uno de los dos derechos que el Protocolo de San Salvador contempla como justiciables de manera directa ante los órganos del sistema interamericano, lo cual no significa, por ahora, que sean los únicos que podrían ser exigidos ante la Corte IDH.

IV. DEBATES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA JUSTICIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

Más allá de las consideraciones expuestas en los dos apartados anteriores, quizá el aspecto más relevante, fuera de la sentencia, son las diversas posturas que se han manifestado —a partir del conocimiento del caso Gonzales Lluy— en la Corte Interamericana sobre la posibilidad de hacer justiciables, o no, los derechos de carácter social contenidos en el Protocolo de San Salvador, lo que para muchos, más que contribuir a su justiciabilidad, implican nuevos problemas interpretativos. El término “problema” no es, quizá, el concepto adecuado para reflejar lo que sucede en el sistema interamericano sobre las imposibilidades para hacer justiciables los derechos sociales; lo cierto es que, en el caso del máximo tribunal de nuestra región, éste muestra cierta reticencia para entrar al fondo de la temática.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, para. 265.

Rodolfo Arango ha identificado que la realidad de los derechos sociales en América Latina responden, al menos a tres deficiencias, que llevan implícitas barreras u obstáculos: a) conceptuales, b) ideológicas,³⁰ y c) presupuestas. En el caso del sistema interamericano, son las barreras conceptuales e ideológicas las que, en el seno de la Corte Interamericana, han tenido mayor arraigo. A su vez, es posible traducir las barreras en seis principales líneas argumentativas: I) el alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; II) establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un protocolo adicional a la Convención Americana; III) la alegada incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; IV) los métodos de interpretación *vs.* interpretación evolutiva; V) la alegada imposibilidad de la aplicación del principio pro persona, y VI) la alegada imposibilidad de utilizar el derecho comparado.³¹

1. *El alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Sobre el alcance del artículo 26, la Corte IDH ha indicado que la obligación principal que se desprende de este artículo es el desarrollo progresi-

³⁰ Rodolfo Arango identifica que las barreras ideológicas tienen que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos. Siendo necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales que debe ser reemplazada por una otra social de derechos construida a partir de una reflexión crítica del discurso de los derechos. A partir de una concepción integrada por los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los DCP en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC. Arango, Rodolfo, *Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas del futuro, derechos humanos y democracia*, p. 7 y 9. Disponible en: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Los-derechos-sociales-en-Iberoamérica.pdf>.

³¹ Aunado a los anteriores argumentos, también podría tomarse en consideración la “sinergia” que podría surgir con relación a los derechos sociales entre la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador. *Cfr.* Góngora Maas, Juan Jesús, “Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate inacabado”, pp. 241 a 254, en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Construcción de un ius constitucional de comunione en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2016.

vo de los derechos económicos, sociales y culturales,³² que conlleva un deber de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho,³³ por lo que las obligaciones de respeto y garantía a la adecuación del derecho interno deben ser aplicadas al artículo 26.³⁴

En este sentido, una postura en contra sostiene que el artículo 26 no establece un catálogo de derechos, sino que realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos. Así, el juez Humberto Sierra Porto considera que, de una lectura de la Carta, se puede concluir que ésta tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos, sino que, por el contrario, se trata de un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región, lo cual dificulta vislumbrar cuáles son los derechos a los que se hace mención en el artículo. En concreto, no hay referencias expresas a los DESC.³⁵

Además, el juez Sierra Porto apunta que hubiera sido deseable, cuando se estableció el artículo 26, que se utilizara una técnica legislativa menos problemática, como lo es el sistema de remisiones complejo a la Carta de la OEA, pues la remisión es a la Carta, y no a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo cual podría haber producido una interpretación distinta, debido a que la Declaración sí cuenta con referencias más claras a los DESC.³⁶

Christian Courtis, por el contrario, sostiene que si bien el artículo 26 establece normas programáticas, y no derechos, la derivación de derechos no es imposible. Dilucidar el alcance de la remisión hecha por el artículo 26 requiere dos pasos hermenéuticos. El primero consiste en determinar cuáles son las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, y el segundo paso, ya identificadas esas normas, consiste en determinar cuáles son los derechos que se derivan de esas normas.³⁷

³² *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98, para. 147.

³³ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, para. 103.

³⁴ *Ibidem*, para. 100.

³⁵ Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto al *caso Gonzales Llyy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, para. 7.

³⁶ *Ibidem*, para. 9.

³⁷ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, p. 365 en

En cuanto al primer paso, el autor sostiene que la Carta de la OEA ofrece al menos dos niveles de normas de contenido económico, social y sobre educación, ciencia y cultura. El primero, más general, se refiere a la naturaleza y propósitos de la organización y a los principios reafirmados por sus miembros. En este nivel es posible encontrar objetivos de política pública que permiten derivar derechos de ellos. El segundo nivel, mucho más detallado, está constituido por ciertas normas unificadas por el Protocolo de Cartagena, con el título de “Desarrollo integral”, estableciéndose principios y objetivos de política pública en materia de DESC.³⁸

Courtis expresa que después de identificar estas normas programáticas, el siguiente paso tiene su esencia en cómo traducir esas normas de política pública en derechos, ya que generalmente se establecen los derechos, y de los derechos se derivan los objetivos o las políticas públicas que se deben seguir para realizar ese derecho.³⁹ No obstante, ciertos derechos se consagran en instrumentos internacionales y constituciones a través de objetivos y políticas públicas para desarrollar su contenido, lo que facilita la derivación de derechos a partir de los objetivos y las medidas de políticas públicas, en la medida que ofrecen el contexto hermenéutico para reconstruir aquellos derechos “escondidos” detrás de la Carta de la OEA.⁴⁰

Si bien ni el artículo 26 ni la Carta de la OEA contienen DESC de manera expresa, el mandato de dicho artículo es precisamente la derivación de derechos de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA. Es decir, impone recurrir a textos auxiliares para identificar derechos cuando aparezcan objetivos o medidas de políticas públicas que sean índices de aquéllos.⁴¹ Esto se ve reforzado con la opinión consultiva 10 de la Corte IDH sobre “La interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, cuando dispone que, “en el marco del artículo 64 de la Convención Americana, para identificar derechos humanos a los que se refiere la Carta de la OEA, es menester acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, tomo IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 366.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 366 y 367.

⁴¹ *Ibidem*, p. 367.

Hombre”.⁴² Evidentemente, el trabajo interpretativo para derivar un derecho de naturaleza social, a través de normas programáticas, requerirá un trabajo interpretativo de mayor esfuerzo; no obstante, esto no significa que dicha derivación sea imposible a través de la remisión que hace el artículo 26 del Pacto de San José.

2. *Establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un protocolo adicional a la Convención Americana*

Un segundo argumento que se ha vertido sobre el reconocimiento de los derechos sociales mediante la voluntad de los Estados, es que si éstos hubieran querido reconocer los derechos económicos, sociales y culturales de manera directa y clara, lo que hubiera procedido era reconocerlos mediante una enmienda a la Convención Americana y no un protocolo adicional.

Sobre esta segunda posible problemática, los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor han destacado que, según esta postura, el sentido ordinario del término “enmienda” denota el fortalecimiento o la revisión de un texto. Por el contrario, la idea de un “protocolo”, a la luz del artículo 77 de la Convención Americana, implicaría la inclusión de algo no existente previamente. En consecuencia, según estas posturas, el sentido literal de los términos lleva a la conclusión de que el artículo 26 de la Convención Americana no puede contener los derechos incluidos en el protocolo.⁴³ Sin embargo, ambos jueces consideran que es posible una interpretación distinta sobre la relación entre “tratados” y sus “protocolos adicionales” en el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁴ Así, afirman que

28. ...Es cierto que a diferencia de las enmiendas, el artículo referido a los protocolos sí establece que sería para “incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”. Sin embargo, esto no implica que las enmiendas no puedan servir para cumplir con este objetivo. Asimismo, tampoco puede inferirse que los protocolos solo estén restringidos a la consagración de derechos nuevos sino que también pueden contemplar

⁴² *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10, para. 43 y 45.

⁴³ Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2015, serie C, núm. 296, para. 26.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 27.

el complemento de aspectos ya previstos en la Convención. La diferencia central entre ambos mecanismos la constituye el mecanismo para su aprobación. Además, el protocolo no permitiría reducir los derechos previstos en la Convención, para lo cual se requeriría una enmienda, en los términos señalados previamente.⁴⁵

3. *La alegada incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Sobre este tercer punto, una postura en contra establece que el protocolo señala de manera expresa dos artículos que pueden ser exigidos ante la Comisión Interamericana y eventualmente ser llevados ante la Corte Interamericana. En este sentido, el Protocolo de San Salvador es “claro” al señalar que sólo la libertad de formar y asociarse en sindicatos y el derecho a la educación, consagrados en los artículos 8.1.a y 13, respectivamente, pueden ser justiciables de manera directa ante los órganos del sistema interamericano, lo cual excluye al resto de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador para que sean invocados ante dichos órganos interamericanos.

En el caso *Furlan vs. Argentina*, la exjueza Margarette May Macaulay señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”, y, además, consideró que

...al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Así, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁴⁶

Esta interpretación de buena fe, a juicio de la jueza, requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones, al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los

⁴⁵ *Ibidem*, para. 28.

⁴⁶ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, para. 8.

artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o que lo reconoce en un menor grado. Finalmente, la exjueza apunta que la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión de que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otros efectos distintos para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.⁴⁷

La exjueza precisó que

...lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.⁴⁸

4. *Los métodos de interpretación versus interpretación evolutiva*

Quienes sostienen la postura en contra, arguyen que no sólo el método evolutivo debe tenerse en cuenta para poder determinar el alcance y contenido de un tratado internacional; al respecto, proponen otros métodos interpretativos que arrojarían la no justiciabilidad directa de los DESC. En este sentido, esta postura se resume de la siguiente manera:

<i>Interpretación literal</i>	Considera que el artículo 19.6 es claro al establecer que sólo los artículos 8.1.a y 13 son justiciables ante los órganos del sistema interamericano
-------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Ibidem*, para. 9.

<i>Interpretación sistemática</i>	Analizar el Protocolo de San Salvador y la Convención Americana conjuntamente. Al respecto, considera que, por ejemplo, el artículo 4 (no admisión de restricciones) del Protocolo no es aplicable al analizarlo conjuntamente con los artículos 26 de la CADH y 19.6 del Protocolo, ya que el artículo 26 no contiene derechos propiamente, además de que el artículo 4 del Protocolo no deroga o cancela la competencia del artículo 19.6 del mismo instrumento, en la medida en que no restringe derechos, sino la competencia de la Comisión y de la Corte.
<i>Interpretación teleológica</i>	Esta postura sostiene que el Protocolo de San Salvador tuvo como finalidad incorporar en el sistema interamericano de manera más exacta los DESC y ampliar el ámbito de protección del sistema, por lo que no es justo posicionar al Protocolo de San Salvador como un tratado que atentaría contra el fin del sistema interamericano por simplemente establecer reglas de competencia. En segundo lugar, en cuanto al uso de los trabajos preparatorios, se constata cuán reacios fueron la mayoría de los Estados para determinar lo que iba a reconocer el artículo 19.6 (exceptuando a Guatemala y a Brasil).

Por otro lado, se encuentra la interpretación evolutiva de los derechos humanos.⁴⁹ En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades⁵⁰ que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, se ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵¹ Es entonces que la propia práctica judicial de la Corte Interamericana debe dejar de ver como una cláusula pétrea al artículo 26 de la Convención Americana y empezar a dotar de contenido esta disposición.

Además, como la propia Corte ha determinado, los tiempos son cambiantes y, por lo tanto, las interpretaciones tienen que ser acordes con las nuevas realidades sociales que se presenten en América Latina, y no ser ajenas a las discusiones que se gesten dentro de los propios Estados, por lo

⁴⁹ Al respecto, la Corte Interamericana ha sido de esta práctica a partir de la opinión consultiva 16, solicitada por el Estado mexicano, sobre el derecho de asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

⁵⁰ *Cfr.* El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, para. 114.

⁵¹ *Idem.*

que la interpretación evolutiva puede ser aplicable no sólo a las normas sustantivas de un tratado internacional, sino que se extiende a las disposiciones operativas (procedimentales)⁵² del mismo.

En materia de derechos sociales, el tribunal interamericano no ha sido ajeno a esta temática; por ejemplo, en el caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, la Corte Interamericana consideró que las medidas generales contenidas en el artículo 19 de la Convención Americana, bajo los preceptos de la Convención de los Derechos del Niño, contenían una serie de obligaciones que ampliaban el contenido del precepto de San José. Así, cabría destacar que la Corte, en relación con la Convención de los Derechos del Niño, reconoció que los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestido y la vivienda.⁵³

5. *La alegada imposibilidad de la aplicación del principio pro persona*

El tribunal interamericano ha establecido que

el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca a los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el sistema interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia del tribunal interamericano no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.

⁵² Voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade en *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, cit., para. 11.

⁵³ *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, para. 196, y Feria Tinta, Mónica, “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions”, p. 445 en *Human Rights Quarterly: A Comparative and International Journal of the Sciences, Humanities and Law*, vol. 29, Number 1 February 2007, The Johns Hopkins University Press.

Una postura en contra, considera que el principio pro persona debe ser aplicado cuando la Corte IDH se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. La justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma.⁵⁴

Si bien esta postura parecería arrojar cierto tipo de lógica, no es menos cierto que inclusive una norma que establece competencia, o de naturaleza operativa, también puede tener dos interpretaciones, o más, y el juzgador debe tener en cuenta la interpretación más favorable. Abonando a lo anterior, el artículo 29.b de la Convención Americana dispone que ninguna norma se puede interpretar en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En palabras del juez Ferrer Mac-Gregor, “una posible vía para interpretar el artículo 26 de la Convención Americana conduciría a que no es suficiente con una interpretación literal de dicho precepto, como tampoco bastan los criterios previstos en el artículo 29 del Pacto de San José, sino que, en primer término, este último numeral debe ser interpretado conforme al principio pro persona. Una vez realizado lo anterior, es posible entender que conforme al referido artículo 29, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en otras leyes, incluyendo las Constituciones de los Estados partes y la Declaración Americana, se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarse.⁵⁵

6. *La alegada imposibilidad de utilizar el derecho comparado*

Al respecto, una postura en contra ha enfatizado que fueron los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad directa de los demás derechos, y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo de San Salvador resolvieron limitar la

⁵⁴ Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto al caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, para. 29.

⁵⁵ Voto Concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de mayo de 2013, serie C, núm. 261, para. 66.

competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana. Entonces, si bien internamente los Estados han ido ampliando su posición, no le competería a la Corte Interamericana modificar la voluntad que fue inicialmente expresada en el Protocolo de San Salvador, independientemente de que en la práctica interna de los Estados se estén consagrando catálogos de DESC, y que, en muchos, se conceda la posibilidad de justicia-bilidad directa de los mismos.⁵⁶

Independientemente de esta apreciación, es un hecho innegable que las altas jurisdicciones nacionales utilizan, y cada vez con mayor frecuencia, su propia normativa constitucional para brindar mayor protección a los derechos de naturaleza social (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales). Además, habría que recordar que la propia Corte Interamericana recurre, cada vez con mayor frecuencia, a las altas cortes nacionales para fundamentar sus decisiones a modo de ejemplo, creando, de esta manera, un verdadero diálogo jurisprudencial,⁵⁷ lo cual no genera ningún impedimento para que los DESC sean la excepción en la creación de este diálogo jurisprudencial.⁵⁸

Todos y cada uno de los aparentes problemas que se han planteado anteriormente no sólo impactan los casos específicos donde se han venido desarrollando estas discusiones, sino que también tienen una incidencia en todas aquellas personas que de manera individual o colectiva deseen hacer justiciables de manera directa sus derechos, como lo son mujeres, niñas y niños, personas adultas mayores, personas migrantes, personas que pertenecen a un pueblo indígena o tribal, personas con alguna discapacidad, o personas que confluyen simultáneamente en dos o más de estas categorías

⁵⁶ Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto al caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, para. 28.

⁵⁷ En el ámbito interno, una de las manifestaciones del diálogo jurisprudencial es el ejercicio del control de convencionalidad *ex officio* por los juzgadores. En este sentido, Luis Jimena Quesada expone que este mecanismo representa una manifestación de la observancia por el juez local de la jurisprudencia internacional —*mutatis mutandis*— “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*; esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos ya que la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera piedra de toque del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”. Jimena Quesada, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 542.

⁵⁸ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, *op. cit.*, para. 74.

de especial protección de vulnerabilidad; ante lo cual, la negativa del criterio mayoritario de la Corte Interamericana sobre la no justiciabilidad de los DESC a través del artículo 26 crea una barrera jurídica ante los órganos del sistema interamericano que no analizan las violaciones a los derechos sociales con la verdadera óptica que implica la naturaleza de estos derechos.

Cambiar la concepción tradicionalista que ha venido predominando en la jurisprudencia del tribunal interamericano de subsumir los derechos sociales en derechos de naturaleza civil o política quizá necesitaría de otras formas de hacer compatibles los propios instrumentos del sistema interamericano que, al menos aparentemente, resultan incompatibles.

V. PERSPECTIVAS SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El hecho de que el tribunal interamericano consolide una línea jurisprudencial sobre la justiciabilidad de los DESC a través del artículo 26 en el sistema interamericano es de vital importancia para las personas que se encuentran bajo la jurisdicción y protección internacional de este órgano, ya que si bien en sede interna se han emitido pronunciamientos protegiendo derechos de naturaleza social, lo cierto es que en muchas ocasiones no se materializa su cumplimiento.⁵⁹ Además, si la Corte Interamericana procediera a conocer sobre las violaciones de derechos sociales, tendría la oportunidad de proporcionar un piso mínimo de obligaciones en el que los Estados, bajo la competencia contenciosa de la Corte, se verían comprometidos a velar por su cumplimiento y garantía.

Como se ha visto, la justiciabilidad directa de los DESC en el sistema interamericano es posible a través de las diversas formas interpretativas que se den al artículo 26 de la Convención Americana. En efecto, el artículo 26 puede ser interpretado en dos vertientes: una, que pudiera ser muy restrictiva —viendo los argumentos que se han emitido contra la justiciabilidad de los DESC ante el tribunal interamericano—, lo que podría ocasionar que se atente contra el objeto y fin de la Convención Americana y reducir al absurdo —*reductio ad absurdum*— la protección que brinda el Pacto de San José por simples formalismos. La otra sería, tomando en consideración los propios criterios evolutivos del tribunal interamericano, dotar de contenido el artículo 26 a través de otros instrumentos internacionales —incluido el

⁵⁹ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco han considerado este problema en el derecho constitucional como “el punto ciego de los derechos sociales”. Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *El juicio a la exclusión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

Protocolo de San Salvador—, que pudieran expandir el contenido de dicha disposición, ayudaría en gran medida a solucionar los graves problemas de desigualdad que existen en nuestro hemisferio, pues la falta de servicios sociales básicos tiene un alto impacto en el nivel de vida de las personas.

El que la Corte Interamericana analice casos con mayor rigurosidad y tome en cuenta diversos estándares sobre el derecho a la salud que otros organismos internacionales hayan emitido resulta de vital importancia, pues no ha sido una temática que ha estado ajena al acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana en los 37 años del actuar del tribunal interamericano. Si bien el caso de Talía representó el caso idóneo para que la Corte IDH se pronunciara sobre la justiciabilidad directa de derechos sociales no contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, lo cierto es que, con independencia de la omisión que hace el criterio mayoritario, el caso pone de manifiesto que esta temática seguirá avanzado en cuanto a las discusiones dentro del seno del tribunal interamericano, pues la salud humana es un derecho que debe ser garantizado de manera directa y permeando obligaciones concretas a cada uno de los Estados que conforman el sistema interamericano.

La importancia de la justiciabilidad directa de otros derechos no contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador radica en la posibilidad que tengan las personas en la región interamericana para poder reclamar directamente derechos de naturaleza social ante las instancias internacionales interamericanas con la certeza de que las obligaciones que de esa eventual responsabilidad emanen emitirán un contenido de obligaciones específicas para reparar integralmente a las víctimas,⁶⁰ ya que los Estados, hoy en día, presentan un proceso en el que las altas cortes recurren a la Corte Interamericana para justificar sus decisiones jurisdiccionales,⁶¹ y en donde el principal protagonista es la Corte Interamericana y la jurisprudencia que emana.

⁶⁰ Ventura Robles, Manuel, “Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 56, julio-diciembre de 2012, pp. 139-156, San José, Costa Rica, y Cançado Trindade, Augusto Antonio, “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aznar Gómez, Mariano, *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Universidad de Coruña-Universidad de Santiago de Compostela-Tirant lo Blanch, 2012, pp. 283-314.

⁶¹ Puede verse en este sentido la obra: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM-Tirant lo Blanch, 2013.

MUERTE DIGNA. ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE DOS SENTENCIAS SOBRE EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO

Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA

SUMARIO: I. *Introducción: la vida y su imposición.* II. *Formas de asistencia para la muerte digna.* III. *Dos sentencias: Colombia y Canadá.* IV. *Breve análisis de ambas sentencias.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: LA VIDA Y SU IMPOSICIÓN

Una de las máximas del liberalismo es la autonomía sobre la propia vida y el propio cuerpo. La definición de la “buena vida” detrás de cualquier concepto de libertad se coloca como el fundamento de toda reflexión que apueste por reconocer a la persona la facultad para autodeterminarse.

En este sentido, el tema de la muerte digna se enclava directamente en el reconocimiento liberal de la autonomía de la persona. Vale recordar la frase lapidaria de John Stuart Mill:¹ “Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”, pues la discusión sobre la moralidad y legalidad de la muerte elegida se incrusta directamente allí.

Ello nos lleva a meditar sobre dos cuestiones: una, respecto del valor de la vida, y, otra, respecto de qué conductas pueden ser sancionadas penalmente.

El primer aspecto ha sido discurrendo de manera abundante, pero uno de los textos más emblemáticos en la discusión jurídica sobre la vida (análisis a partir del aborto y de la eutanasia) es el de Ronald Dworkin,² quien conclu-

¹ Stuart Mill, John, *On Liberty*, 1859.

² Dworkin, Ronald, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage Books, Random House, 1993. Me refiero en específico al capítulo 3, titulado “What is sacred?”, en donde el filósofo discurre acerca del concepto de sacralidad de la vida.

ye que los desacuerdos sobre el valor de la vida son espirituales, y que por tanto el concepto de vida y su disposición no podrá ser pacífico en tanto las personas sostengamos diversas convicciones éticas y religiosas. El análisis de Dworkin se acerca a la concepción de la sacralidad de la vida desde el concepto de valor que se le otorga a ésta, y concluye que las convicciones sobre la vida descansan en creencias similares, pero diferentes en formas muy relevantes, creencias sobre cómo y por qué la vida humana es inviolable.³

Emily Jackson,⁴ en su debate con John Keown, ataca la concepción de “sacralidad de la vida”, pues, por un lado, se basa en una concepción incompatible con un Estado laico, y por otro, en que debe aceptarse que hay personas que consideran que su vida ya no los beneficia —lo cual no es igual a aceptar que existen vidas que no tengan valor—.⁵

De manera similar, Peter Singer⁶ analiza desde un punto de vista utilitarista el concepto de sacralidad de la vida, pero lo hace diseccionando lo que se entiende por vida. Es decir, parte por definir la vida de quién (especismo) y en qué momento (evolución o degeneración de la vida humana) debe ser entendida como sagrada. El “derecho a la vida”, concluye Singer, está relacionado con los efectos que puede tener el quitar la vida a alguien, la capacidad de tener deseos relevantes, la capacidad de concebirse a sí mismo con un futuro y el respeto a la autonomía.⁷ Sin embargo, el autor concluye que ninguno de los cuatro aspectos es aplicable cuando hablamos de eutanasia voluntaria; es decir, cuando la persona misma es quien desea su propia muerte.

El segundo aspecto, respecto de qué conductas pueden ser sancionadas penalmente, ha sido de igual forma tratado de manera amplia, y, al igual que con el concepto de vida humana, no existen conclusiones pacíficas.

Uno de los debates más representativos sobre el fundamento de la prohibición de ciertas conductas por parte del Estado fue el sostenido por H.

³ *Ibidem*, p. 81.

⁴ Jackson, Emily, *Debating Euthanasia*, Portland and Oregon, Hart Publishing, 2012.

⁵ La autora refiere a lo planteado por James Rachels: “Imaginemos que nos dan la oportunidad de elegir entre dos muertes. Una es a los 80 años de edad, muriendo tranquilamente y sin dolor a través de una inyección letal. La otra es a los 80 años y unos días, pero de una enfermedad muy dolorosa lo cual implica que esos días los pasaremos aullando de dolor, acompañados por nuestra familia sin que ésta pueda hacer nada”. Jackson reflexiona: “Estoy preparada para creer que habrá quienes, por su fe, elegirían la segunda opción; sin embargo, muchas otras personas, con base en sus propios intereses y los de su familia, elegirían la primera. Sin embargo, en la mayoría de países la muerte en paz está prohibida”. *Ibidem*, p. 39.

⁶ *Practical Ethics*, Cambridge, 2011.

⁷ *Ibidem*, p. 84.

L. A. Hart⁸ y Patrick Devlin.⁹ Para Devlin, el derecho penal está basado en un principio moral;¹⁰ sostiene que una sociedad está legitimada para imponer su moralidad con la finalidad de preservar su forma de vida (*way of life*) y los valores comunitarios que le distinguen (*distinctive communal values*); por el otro lado, Hart critica la concepción de sociedad y moralidad de Devlin y concluye, apoyado en Mill, que el único propósito para el cual puede ser ejercido el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada en contra de su voluntad es para prevenir el daño a terceros. Critica a Devlin explicando que su punto de vista no se fundamenta ni en mandamientos divinos ni en principios racionales, sino más bien en la intolerancia, en la repulsión y en la indignación.

Y es precisamente sobre la base de estos fundamentos que, en mi opinión, se sustenta la prohibición del suicidio asistido y la eutanasia en la mayoría de países del planeta, pues ¿en qué medida afecta a terceros el hecho de que una persona considere que su vida ya no vale la pena vivirla? No existen razones, ni siquiera paternalistas, para prohibirle a una persona morir, más que las que se encuentran fundamentadas en un perfeccionismo moral.

Ambos temas nos traen de vuelta al principio liberal sobre la autonomía para decidir sobre la vida propia (cómo vivirla y cómo acabar de vivirla), pues prohibirnos a toda costa acabar con la vida que creemos indigna, implica, precisamente, la imposición de un modelo de “vida buena”, significa que lo que sea que yo como individuo crea que deba ser una vida digna no

⁸ *Law, Liberty and Morality*, 1963. Este texto inició el debate sobre la imposición de la moral a través del derecho penal.

⁹ Devlin sostiene en *The Enforcement of Morals* (1965) que “el Estado tiene el poder de legislar sobre cuestiones morales para protegerse a sí mismo en contra de comportamientos que puedan desintegrar a la sociedad y sus instituciones”.

¹⁰ A pesar de esta concepción, Lord Devlin con base en el principio de doble efecto (*double effect principle*) participó en el proceso en que se absolvió a John Bodkin Adams, quien fue acusado de asesinar a dos de sus pacientes Edith Alice Morrell y Gertrude Hullett. En este caso (R vs. Adams de 1957) se resolvió que un médico puede administrar medicamentos como heroína o morfina a sus pacientes aun y cuando éstos puedan provocar la muerte (como intención secundaria) pues está autorizado a hacer todo lo que sea necesario para aliviar el dolor. “Puede ser evitada la responsabilidad por homicidio si se proporciona al paciente medicamento que le beneficia, a pesar de que se tenga conocimiento de que como efecto secundario podría provocarle la muerte”. Cita de Devlin J: “A life shortened by weeks or months is just as much murder as one shortened by years... However, a doctor is entitled to do all that is proper and necessary to relieve pain and suffering even if such measures may incidentally shorten life”.

tiene relevancia, y que el concepto de vida y muerte me será impuesto por otros, a quienes, además, no les toca vivir bajo mi piel.¹¹

Cuando una persona decide de manera autónoma que su vida debe llegar a un fin ¿puede el Estado imponerle continuar viviéndola? ¿Quién decide sobre el momento en que nuestra existencia debe cesar? Si vivimos en un Estado laico, ¿puede el Estado imponernos un concepto de vida y sancionar, a partir de éste, a quien no lo comparta aun cuando no se lastime a terceros?

Básicamente, una puede percibir la imposición de determinados dogmas fundamentados en convicciones religiosas —que en un Estado laico no pueden imperar— a la hora de repasar las razones¹² clásicas para estar en contra de la muerte con asistencia médica:

- La vida es sagrada y no es un bien disponible.
- Es obligación del Estado proteger el derecho a la vida.
- Todas las personas tienen derecho “a completar su obra”.
- La eutanasia o el suicidio asistido refleja tendencias de los Estados totalitarios comunistas o fascistas donde los débiles deben ser eliminados.
- Permitir quitarse la vida a una persona con una enfermedad terminal, con dolor incurable o cierto padecimiento discapacitante, desvalora la vida de otras personas en las mismas circunstancias (discriminación).
- No hay seguridad de que la eutanasia o el suicidio asistido no puedan ser practicados en personas vulnerables (pendiente resbaladiza).
- La prohibición del suicidio asistido y la eutanasia protege a los más vulnerables.
- Los médicos tienen como obligación cuidar la salud (la vida).

En cambio, si se repasan los argumentos a favor, subyace a ellos el principio liberal que prima la autonomía de las personas para decidir su propio concepto de “vida buena”:

- La prohibición protege un concepto demasiado amplio de vida, pues impone a las personas vivir en contra de sus propios deseos.
- La prohibición lastima el derecho a la muerte digna.

¹¹ Siempre es bueno recordar la frase de Atticus Finch en *Matar a un ruiseñor*, de Harper Lee, “nunca entiendes realmente a una persona hasta que no consideras las cosas desde su punto de vista, hasta que te metes bajo su piel y caminas con ella...”.

¹² Estas razones se han obtenido de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Suprema de Canadá, que adelante se analizarán.

- La prohibición limita el derecho a la autonomía.
- La prohibición limita el libre desarrollo de la personalidad.
- La prohibición priva de su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad a adultos competentes que sufren de una condición médica irremediable y grave que les causa un sufrimiento físico o psicológico intolerable.
- La prohibición priva a adultos que están impedidos físicamente, de su derecho a ser tratados igual que otros que pueden, por sí mismos, quitarse la vida.
- La sanción penal de la eutanasia y el suicidio asistido como homicidio es inequitativa con respecto a la ausencia de sanción cuando un médico retira tratamientos que finalmente producirá la muerte (disparidad).

Peter Singer¹³ reconoce cuatro razones por las cuales debe respetarse el “derecho a la vida” de las personas, las cuales fueron referidas párrafos arriba. Dichas razones pueden asimismo encuadrarse en estos argumentos, pues en mi opinión el derecho a morir se desprende del derecho a vivir, si entendemos éste como el derecho a vivir una vida digna, y no el derecho a vivir como sea y a toda costa. Resulta evidente, en la línea liberal que se viene sosteniendo, que el derecho a morir dignamente puede perfectamente razonarse a través de las mismas premisas que Singer plantea: el miedo a una muerte indigna, dolorosa o llena de sufrimiento; el deseo de no vivir más (debido a un sufrimiento físico o psicológico, presente o futuro);¹⁴ la habilidad de desear no continuar con la existencia propia (por las razones que sean) y el respeto a la autonomía.

No escapa que el debate sobre la asistencia médica para morir requiere del delineado de cuestiones que han ocupado a la filosofía durante toda la historia: ¿qué es la vida?, ¿cuál es el contenido esencial del derecho a la vida?, ¿existe un derecho a morir?

A ello, se siguen cuestiones estrictamente jurídicas, que nos permiten delimitar el tema sobre quiénes y bajo qué circunstancias pueden elegir

¹³ Singer, Peter; *op. cit.*, *passim*, capítulos 4 y 7. El miedo a la propia muerte como un efecto, el tomar en cuenta el deseo de vivir, el deseo de continuar con la existencia propia y el respeto a la autonomía.

¹⁴ Existe un fuerte debate respecto del sufrimiento psicológico, pues no es “objetivamente” perceptible (casos como el de una mujer deprimida, el de una mujer abusada sexualmente durante la mayor parte de su vida, el de un hombre pedófilo, por mencionar algunos que han aparecido en las noticias). Asimismo, otro tema que se discute es el de las enfermedades degenerativas y los deseos de morir en un futuro.

morir, si pueden o no hacerlo con asistencia médica, si la profesión médica permite la ayuda al suicidio. Y las cuestiones más específicas, sobre si las normas que prohíben la asistencia para la muerte son constitucionales y si una corte puede regularlo o debe ser discutido en un parlamento.

Ahora bien, ¿qué razones puede uno tener para la muerte? Fundamentalmente se habla de dos: autonomía (que implica voluntad y consentimiento), y el alivio del sufrimiento (siempre se habla de que para solicitar la muerte asistida debe existir un sufrimiento, algunas legislaciones hablan solamente de un dolor físico, mientras que otras, como la belga, reconoce el sufrimiento psicológico).

Sobre estas cuestiones se han ocupado las sentencias que se analizarán adelante, una de la Corte Constitucional de Colombia; otra, de la Corte Suprema de Canadá. En ambos casos los jueces enfrentaron estas cuestiones. La sentencia colombiana se ocupó de la eutanasia; la sentencia canadiense, del suicidio asistido. En ambas, la consecuencia es la muerte del paciente. Sin embargo, su valoración moral y, por ende, su valoración jurídica, difiere por cuanto hace a la participación del médico. Veamos.

II. FORMAS DE ASISTENCIA PARA LA MUERTE DIGNA

A pesar de que todos podríamos estar de acuerdo en que la vida digna y la autonomía son valores que debemos privilegiar en las personas, no siempre hay acuerdos sobre la permisibilidad moral (y legal) de las prácticas en que médicos asisten a sus pacientes para acabar con la vida.

Usualmente hay menos objeciones con respecto a que los médicos sirvan a estos valores para facilitar el suicidio (suicidio asistido) que con respecto a que los médicos activamente le quiten la vida a sus pacientes (eutanasia). Mientras que la valoración que se da a la suspensión de tratamientos, por cuanto implica una omisión —y no una acción, como en las otras dos variantes—, es diametralmente distinta.¹⁵

Existen al menos dos supuestos en que puede hablarse de muerte asistida:

1. Paciente consciente y competente

¹⁵ Singer concluye que la distinción entre la acción (suicidio asistido y eutanasia) y la omisión (suspensión de tratamientos) se debe a que su valoración se fundamenta en una ética que juzga los actos de acuerdo con normas morales específicas (no matarás); mientras que ambas cuestiones serán irrelevantes para quienes juzguen los actos de acuerdo con una ética consecuencialista, pues al final, en ambos casos el paciente muere, y además, agregó, en el caso de la suspensión de tratamientos, el paciente muere muchas veces con sufrimiento. *Cfr. op. cit.*, p. 181.

- Suspensión de tratamiento
 - Fin de la vida (eutanasia o suicidio asistido)
2. Paciente inconsciente e incompetente
- No puede haber ni eutanasia ni suicidio asistido¹⁶

1. *Breve excursio sobre la autonomía*

Un principio bioético en que se debe fundar todo análisis sobre la muerte asistida es el de autonomía, y en tanto el paciente no está consciente, no podemos hablar de decisiones autónomas. En este sentido, para analizar la asistencia en la muerte se requiere que el paciente elija libremente, y se requiere de la ayuda activa del médico.

La autonomía es el derecho de formar y perseguir lo que uno concibe como bueno, libre del escrutinio e interferencia. En la filosofía kantiana se ha destacado la racionalidad como condición relevante para la autonomía, y precisamente se refiere a la tarea en que cada persona evalúa, calibra, sopesa y asigna un orden —un orden que responderá a pautas que revelan la disposición moral y emocional de uno mismo—. ¹⁷

John Christma¹⁸ explica:

La idea de autodeterminación contiene dos componentes: la independencia de la deliberación propia y la elección sin la manipulación de los demás, y la capacidad de autogobierno... Para gobernarse a sí mismo, se debe estar en posición para actuar competentemente y desde los deseos (valores, condiciones, etcétera) que son, en cierto sentido, propios... Ello lleva a dos tipos de concepciones de la autonomía: las condiciones de competencia, que incluyen varias capacidades de pensamiento racional, autocontrol y el estar libre de patologías debilitantes, autocompasión sistemática y otras; y las condiciones de autenticidad, que incluyen la capacidad de reflejarse en y respaldar (o identificarse con) los deseos propios, valores y otros.

¹⁶ Peter Singer sí reconoce que puedan existir, y basa su análisis en el paternalismo, por un lado y, otro, en las reflexiones en torno al aborto eugenésico. Escapa al objetivo de este trabajo la reflexión sobre si debe hablarse de eutanasia involuntaria y no voluntaria, pero se recomienda revisar las del autor, pues lo analiza de manera más detallada. Véase capítulo 7 de su texto, *op. cit.*

¹⁷ Álvarez, Silvina, *La autonomía personal de las mujeres. Una aproximación a la autonomía relacional y la construcción de las opciones*, primer borrador, Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 13 de diciembre de 2012.

¹⁸ Christman, John, "Autonomy in Moral and Political Philosophy", en Zalta, Edward N. (ed.), "The Stanford Encyclopedia of Philosophy" (Spring 2011 Edition), traducción libre.

Proteger la autonomía puede involucrar no solamente la ausencia de interferencia por parte del Estado, sino que puede requerir la provisión de recursos que permitan que una persona tenga un conjunto considerable de opciones.

Por otro lado, Joseph Raz¹⁹ explica que para ser autónoma, una persona requiere no solamente una elección, sino que le sea proporcionado un rango adecuado de elecciones. Aquí precisamente se enclava parte de la discusión sobre la muerte asistida, pues argumentan algunos que el paciente puede pensar que sus opciones son menores (no ha tenido tratamiento paliativo adecuado, tuvo un diagnóstico equivocado, no le fue explicado de manera correcta su padecimiento, no ha tenido acceso a tratamiento psiquiátrico por depresión, etcétera), y por tanto su elección sobre su muerte puede no obedecer a una decisión autónoma.

En este sentido, existen situaciones (como la gestación subrogada, la prostitución, o el suicidio asistido, por ejemplo) en que se plantea la cuestión sobre si el Estado debe protegernos de nuestras elecciones imprudentes.²⁰ Pero, más bien aquí la pregunta debe plantearse un paso atrás: debe cuestionarse sobre la naturaleza de la elección (¿había otras opciones?, ¿la capacidad para tomar decisiones autónomas fue comprometida por el entorno?). En dichas circunstancias la sociedad debe proveer de recursos y apoyo que enriquezcan el desarrollo de las capacidades para ejercitar un control autónomo sobre la vida propia. Así, quienes defienden el derecho a morir dignamente argumentan que esto puede solucionarse poniendo requisitos elevados para que se pueda acceder a la eutanasia o suicidio implicando, precisamente, la existencia de segundas opiniones médicas, acceso a consultas psiquiátricas, entre otros.

Por otro lado, también es relevante deshacerse de estereotipos y reconocer la diversidad de elecciones y la posibilidad de que una persona pueda, voluntariamente, tomar una decisión determinada, por más que nosotros no podamos compartirla. Percibir como vulnerable e impedirle tomar una decisión sobre su propia vida a una persona por su disminuido estado de salud, me parece que la re-vulnera,²¹ pues no toma en serio sus deseos y disminuye su capacidad de agencia.

¹⁹ *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 369 y ss.

²⁰ Imprudentes desde algunas concepciones morales, no quiero yo decir que lo sean, pero sí que bajo determinadas concepciones sobre moralidad, algunas personas consideran que lo son, pues se trata de temas límite.

²¹ Evoco el concepto de revictimización.

2. *Conceptos sobre muerte digna. Distingamos*

- Eutanasia (E) es el acto que realiza un médico para producir la muerte (con toda la intención) de un paciente, sin dolor, y a petición de éste (voluntad) para terminar con un sufrimiento intolerable. Por ejemplo: inyectar morfina con la finalidad de que el paciente muera.
- El suicidio²² médicamente asistido (SMA) es la ayuda que da un médico a una persona en respuesta a su solicitud, proporcionándole los medios para quitarse la vida, y que la persona sea quien realice la acción final que causa la muerte. Por ejemplo: el médico proporciona al paciente unas pastillas para producirse la muerte.
- Suspensión de tratamiento (ST), implica dejar morir al paciente —también llamada eutanasia pasiva—. Es el retiro de cuidados u omisión de cuidados. Por ejemplo: retirar el respirador o ventilador o dejar de proporcionar alimento y agua al paciente.

3. *Asimetría moral y legal en los tres supuestos de asistencia para la muerte*

Ahora bien, existe una dificultad²³ respecto del análisis moral —y legal— de los supuestos, pues si los tres casos son iguales con respecto a las razones que los llevan a decidir la muerte (el sufrimiento), los sujetos que intervienen (su calidad y su intencionalidad) y sus resultados (la muerte): ¿por qué se separan para ser valorados moralmente —y legalmente—?

En su capítulo, R. G. Frey²⁴ plantea que resulta increíble que el hecho de que un paciente con una enfermedad terminal esté —o no— conectado a un sistema de respiración artificial pueda transformar un caso moralmente (y legalmente), pues parece que el poder de un derecho a rehusarse a recibir tratamiento es más fuerte que el derecho a quitarse la vida a través de

²² Tradicionalmente, la palabra “suicidio” ha sido entendida como un acto negativo. Intenté en este trabajo no utilizar la palabra; sin embargo, me parece que es difícil evitarla, en tanto que existen tantos tipos de muerte asistida que requieren ser distinguidos. Más bien, creo, lo que debe hacerse es desprender del concepto de suicidio el tono negativo, culturalmente relacionado con la doctrina católica sobre la indisposición de la propia vida —por ser donada— y ubicarlo en un ámbito liberal que nos permita reapropiarnos de nuestras vidas.

²³ Sobre el tema de la asimetría moral en las tres posibilidades véase Dworkin, Gerald, Frey, R. G. y Bok, Sissela. *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide. For and Against*, Cambridge University Press, 1998, y Jackson, Emily y Keown, John, *Debating Euthanasia*, Oxford, Portland and Oregon, Hart Publishing, 2012; Singer, Peter, *Practical Ethics*, cit.

²⁴ Dworkin, Gerald, Frey, R. G. y Bok, Sissela, *op. cit.*, loc 412 de 2485 (versión Kindle).

la asistencia médica. Sin embargo, argumenta, ambos están anclados en el derecho a suicidarse, y ambos se miran con distinta fuerza moral. Concluye que esta diferencia se ha convertido en un límite artificial en la forma de quitarse la vida, pues en el caso de la ST se obliga a alguien a permanecer vivo en contra de su voluntad. En el caso del SMA (y de la E), se previene que alguien se quite la vida.

En este sentido, Frey ataca los argumentos de asimetría, pues estima que hay una diferencia moralmente relevante entre la intencionalidad y/o la causalidad: no es lo mismo matar que dejar morir, ni la intención de matar, con la probabilidad de que muera, actuar que omitir. Es lo mismo que Singer destaca como ética del acto y ética de las consecuencias.

Frey plantea lo que llama el “caso por antonomasia de suicidio médicamente asistido (SMA)”: un paciente competente e informado que padece una enfermedad terminal, solicita voluntariamente la asistencia de su médico para morir (cuya solicitud ha sobrevivido el tratamiento por depresión), y a partir de éste, repasa cuestiones básicas que pretenden desvelar que las prohibiciones no tienen un respaldo lógico, y sí una base moral específica, que se impone a la generalidad.

En un caso como éste, ¿puede un médico permisiblemente proporcionar a este paciente los medios para morir? Si la respuesta es no, difícilmente habrá un caso en que un médico pueda asistir a su paciente para morir. Así, se llama al punto central de la cuestión:

Si el médico puede proporcionar estos medios a petición de un paciente con una enfermedad terminal (permisiblemente recetar la dosis letal de una cierta droga) con el conocimiento (hasta una certeza práctica) de que el paciente los usará para quitarse la vida.

Quedan pues demasiadas interrogantes:

¿Cuál es la diferencia moral entre la E y el SMA?

¿No puede igualmente acusarse al médico de lo que prevé que de lo que pretende?²⁵

¿Pretende —quiere— el médico la muerte de su paciente?

¿No puede acusarse por “homicidio por piedad” (eutanasia) al médico que aunque no da muerte a su paciente, sí prevé y pretende ésta?

Pretender la muerte de su paciente, ¿no es lo mismo que matarlo?

¿Hay diferencia moral entre un médico que “mata” a su paciente (muerte) con uno que pretende que muera (aliviar sufrimiento)?

²⁵ Aquí entrarían las cuestiones sobre el llamado doble-efecto. Dicha doctrina, que deriva de una concepción tomista, es frontalmente rebatida por Singer en su texto *Practical Ethics*, pues sostiene que tienen que mirarse las consecuencias sobre las acciones, y no solamente la intención en éstas.

La suspensión de tratamientos (ST) se refiere ya sea al retiro de tubos o apagado de máquinas, así como a la omisión deliberada de proporcionar alimentos y agua al paciente. En el primer caso, el paciente muere de la enfermedad o padecimiento previo que lo colocó en esa situación; en el segundo, el paciente muere de hambre y deshidratación.

En ambos casos precede una decisión médica previamente solicitada por el paciente. Aquí el paciente no pide al médico que lo mate, sino que pide al médico que acepte su plan de morir.

El SMA: la decisión del médico de proporcionar al paciente los medios para quitarse la vida es la causa de la muerte de éste. La responsabilidad de proporcionar la pastilla es del médico; la responsabilidad en la decisión de tomarla, es del paciente.

La suspensión de tratamientos (ST): el médico toma la decisión (con determinados requisitos que cumplir) de retirar los tubos o apagar las máquinas; por ello, él continúa con la responsabilidad; el resultado es causa de la decisión que él toma, pero la muerte se produce por otras razones (la enfermedad o padecimiento “sigue su curso”).

La eutanasia (E): la inyección de morfina es suficiente para producir la muerte del paciente; proporcionar las pastillas o desconectar la máquina, no.

En el SMA hay una decisión sucesiva a la prescripción médica: que el paciente decida tomar la pastilla para morir. En la ST hay una decisión previa del médico, retirar los tratamientos para permitir que la salud del paciente siga su curso y desemboque en la muerte. En la E hay una decisión que provoca la muerte.

En los tres casos hay una colaboración entre el paciente y el médico. El elemento de certeza de que la muerte se producirá es prácticamente el mismo si en el caso del SMA el médico está prácticamente seguro de que el paciente tomará la dosis (lo cual hace que no haya gran diferencia entre la E y el SMA). Y lo mismo puede decirse de la ST, si el médico tiene una certeza práctica de que el paciente morirá al retirar el tratamiento.

¿Lo relevante para una sanción de tipo penal es, entonces, quién actúa al último en la cadena hacia la muerte?

4. Derecho a decidir sobre la vida propia. El papel del médico

Finalmente, quisiera apuntar el tema de la objeción de conciencia, que a pesar de que escapa a los objetivos del presente trabajo, debe ser mencionado.

Si el médico se toma en serio el plan de muerte de su paciente, y al tomar ciertas decisiones se llega a ese resultado (la muerte), el médico habrá respetado una decisión autónoma. En este sentido, el paciente se entiende como una persona competente, informada y autónoma.

En los tres casos que se han repasado, el médico se toma en serio la autonomía del paciente. Son tres casos en que el médico interactúa de distintas formas con su paciente para producir su muerte. En los tres casos las medidas adoptadas son efectivas para producir la muerte.

La autonomía significa libertad para la autodeterminación. El “autogobierno” sin control externo o influencia externa. Sin embargo, resulta de suma relevancia mencionar que la autonomía del paciente no puede reducir al médico a un medio para sus fines, de la misma forma que el médico no puede reducir al paciente a un medio para la realización de sus convicciones, y el respeto a las convicciones o creencias de un médico debe formar parte de la relación médico-paciente en los casos de muerte asistida.

III. DOS SENTENCIAS. COLOMBIA Y CANADÁ

<i>Colombia 1997</i>	<i>Canadá 2015</i>
<i>Revisión abstracta</i>	<i>Revisión concreta</i>
<p>Norma que prohíbe el homicidio piadoso o eutanasia (con pena disminuida de seis meses a tres años).</p> <p>Análisis:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) La piedad como elemento necesario y relacionado con 2) El consentimiento: <ul style="list-style-type: none"> — el principio de dignidad. — el derecho a la vida. — la autonomía. — obligaciones del Estado respecto de la garantía y respeto de dichos derechos. 3) Regulación de la muerte digna 	<p>Normas que prohíben el suicidio asistido con penas normales (hasta catorce años).</p> <p>Análisis:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Vinculatoriedad del precedente 2) Transgresión de los derechos a la vida, la libertad y la seguridad. 3) Cumplimiento de estándares para la restricción de los derechos y libertades reconocidos en la Carta.

Resuelve: la norma es constitucional, pero establece una causa de justificación (no hay delito) para el médico que lo practique si media consentimiento del paciente (regulación de su práctica en la sentencia) que sufre de alguna condición terminal.	Resuelve: declara a la prohibición como inválida a la luz de la Carta; sin embargo, suspende doce meses dicha declaración y establece ciertos lineamientos: a) apela al legislador para emitir regulación, y b) establece dos parámetros para su regulación: consentimiento y condición médica.
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

1. *Caso Colombia (1997)*

La Corte Constitucional de Colombia resolvió hace ya casi veinte años, que la eutanasia practicada por médicos no es ilegal, y por ende no podrá derivarse responsabilidad por la vía del artículo 326 del Código Penal de Colombia, que establece una pena para las personas que priven de la vida a otra por razones pietísticas.

En este caso, un ciudadano²⁶ interpuso la demanda, pues consideró que la redacción del artículo 326 del Código Penal de Colombia viola diversos principios constitucionales, entre ellos la inviolabilidad del derecho a la vida y el derecho a la igualdad y no discriminación, al desvalorar la vida de personas con enfermedades terminales o muy dolorosas.

La Corte Constitucional colombiana (CCC) concluye que la norma impugnada es exequible,²⁷ es decir, es constitucional; pero además, concluye que la eutanasia practicada por médicos, en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo, no será sancionada por la ley penal, toda vez que se trata de una conducta justificada. El texto del artículo 326 del Código Penal es el siguiente:

Homicidio por piedad

El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.

Los argumentos de la Corte fueron que el homicidio pietístico o eutánico es “la acción de quien obra por la motivación específica de poner

²⁶ En Colombia, los ciudadanos pueden interponer demandas de análisis abstracto de normas.

²⁷ Es decir, es válida. En Colombia, la Corte realiza el análisis de exequibilidad de las normas; es decir, de constitucionalidad de las normas.

fin a los intensos sufrimientos de otro”. Y que el tipo precisa de unas condiciones objetivas en el sujeto pasivo que se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable.

Posteriormente, la Corte procede a resolver las siguientes interrogantes:

¿Desconoce o no, la Carta, la sanción que contempla el artículo 326 del Código Penal para el tipo de homicidio piadoso?, y

¿Cuál es la relevancia jurídica del consentimiento del sujeto pasivo del hecho?

Asimismo, se realiza un análisis del derecho a la vida y la autonomía a la luz de la Constitución de 1991²⁸ a partir de las siguientes premisas:

- Principio de dignidad como fundamento de todos los derechos y como valor objetivo que irradia todas las normas del sistema.
- El derecho a la vida implica el derecho a la muerte digna.

Otro aspecto analizado fue, la vida como valor constitucional, y la obligación del Estado de protegerla y su relación con la autonomía de las personas. Se determinó que el Estado tiene deberes de proteger la vida, pero que esta obligación tiene como límite la autonomía y la dignidad de las personas.

La Corte analizó la cuestión acerca de enfermos terminales y el homicidio por piedad y el consentimiento del sujeto pasivo, y determinó que el derecho fundamental a vivir en forma digna implica el derecho a morir dignamente, y que el Estado no está obligado a la preservación de la vida como valor abstracto.

La Corte, al final de su sentencia, emite una regulación respecto de la muerte digna, la cual establece las pautas que debía cumplir una ley,²⁹ y concluye que la eutanasia practicada por un médico no es antijurídica, y por lo tanto el juez debe exonerar de responsabilidad a los médicos que la practiquen.

Las premisas en que se basa esta decisión son:

- El principio de dignidad como fundamento de todos los derechos y como valor objetivo que irradia todas las normas del sistema.

²⁸ Y realiza un reenvío a la sentencia T-493 de 1993, donde la Corte determinó la legalidad de la suspensión de tratamientos.

²⁹ Se trata de una sentencia sustitutiva, pues llena un vacío normativo y determina pautas para la labor legislativa y exhortativa, pues apela al Congreso para que legisle.

- La vida es un derecho que pende del principio de dignidad, y que comprende, también, el derecho a la muerte digna.
- Al ser la vida un valor constitucional, el Estado tiene el deber de protegerla; sin embargo, ésta tiene como límite la autonomía y la dignidad de las personas.
- En el caso de enfermos terminales, el Estado no está obligado a la preservación de la vida como valor abstracto
- Un paciente, con la capacidad de comprender la situación en que se encuentra, puede solicitar a un médico que acabe con su vida.

A pesar del exhorto de la CCC al legislador, no se cumplió con la sentencia. En 2014, una mujer con cáncer terminal solicita la eutanasia, y le es negada; presenta un amparo ante la CCC basada en la sentencia de 1997. La mujer murió durante su trámite; sin embargo, la Corte igualmente resuelve y nuevamente exhorta al Congreso a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los criterios que en la misma establece.

2. Caso Canadá 2015

En 2009, Gloria Taylor, una mujer con esclerosis lateral amiotrófica, presentó una demanda para revisar la constitucionalidad del artículo del Código Criminal, que sanciona la asistencia del suicidio. Se unieron, entre otros, a la demanda los familiares de la señora Kathleen Carter, a quien ayudaron a morir dignamente en Suiza.

La jueza de primera instancia en British Columbia le dio la razón apartándose del precedente del caso Rodríguez vs. British Columbia (1993). Por este motivo, en la corte de apelación, Taylor y Carter sufrieron un revés, pues los magistrados consideraron que la jueza no debía apartarse de este precedente.

El asunto llega a la Suprema Corte en apelación. La Corte reitera los argumentos de la jueza de primer grado y determina que el precedente de Rodríguez es distinto (se usa la doctrina del *distinguishing*), pues no se trata de un caso igual, y desde entonces el debate ha evolucionado.

Los artículos del Código Penal que fueron impugnados son los siguientes:

14. No person is entitled to consent to have death inflicted on him, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person by whom death may be inflicted on the person by whom consent is given.

21. (1) Every one is a party to an offence who . . . (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or . . . (2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

22. (1) Where a person counsels another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence, the person who counselled is a party to that offence, notwithstanding that the offence was committed in a way different from that which was counselled. (2) Everyone who counsels another person to be a party to an offence is a party to every offence that the other commits in consequence of the counselling that the person who counselled knew or ought to have known was likely to be committed in consequence of the counselling (3) For the purposes of this Act, “counsel” includes procure, solicit or incite.

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

(2) Homicide is culpable or not culpable. (3) Homicide that is not culpable is not an offence. (4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide. (5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being, (a) by means of an unlawful act; .

241. Everyone who (a) counsels a person to commit suicide, or (b) aids or abets a person to commit suicide, whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

Según la Corte, dos de estas normas están en el centro de la revisión constitucional:

- La sección 241(b), que determina que cualquier persona que auxilie o incite a otra a cometer suicidio, comete una ofensa penal.
- La sección 14, que establece que ninguna persona puede consentir su propia muerte.

Son estos dos artículos los que prohíben la asistencia para morir. Las secciones 21, 22 y 222 son aplicables mientras la norma de asistencia para morir sea entendida como ilegal o un delito. La sección 241 (a) no contribuye a la prohibición del suicidio asistido.

La cuestión presentada es si la prohibición criminal que pone a una persona en la posición de elegir entre quitarse la vida (muchas veces de manera violenta y por medios peligrosos) o continuar sufriendo hasta que muera de

causas naturales viola los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona y al trato igual por y ante la ley.

Se trata de una cuestión que requiere la ponderación entre valores que compiten: la autonomía y la dignidad de un adulto competente que busca la muerte como respuesta a una condición médica grave e irremediable, y la inviolabilidad de la vida y la necesidad de proteger a los vulnerables.

La Corte concluye que la prohibición del suicidio asistido por un médico es inválida, pues priva a un adulto competente de tal asistencia cuando:

- 1) la persona afectada claramente consiente la terminación de su vida, y
- 2) la persona sufre una condición médica grave e irremediable (incluyendo enfermedad, padecimiento o discapacidad) que cause sufrimiento permanente que es intolerable por el individuo bajo las circunstancias de su condición.

Para llegar a dicha conclusión, la Corte analiza la medida desde varios aspectos que le son planteados; destacan:

- a. Como cuestión de precedente: concluye que Rodríguez es distinguible, y por tanto no aplicable,
- b. Como cuestión competencial: concluye que no hay una invasión de competencias,
- c. Como violación a la sección 7 de la Carta canadiense: que protege el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, y
- d. Como violación a la sección 1 de la Carta canadiense, que establece los requisitos para las restricciones a los derechos reconocidos en la Carta.

Respecto de la violación al derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, la Corte, primero, realiza un análisis sobre su contenido esencial y concluye que:

- La formulación del derecho a la vida no requiere de una prohibición absoluta de la asistencia para morir, o que los individuos no puedan renunciar a ella, pues ello implicaría un “deber vivir” en lugar de un “derecho a la vida”, y cuestionaría la legalidad de cualquier tipo de consentimiento otorgado para suspender tratamientos que prolonguen la vida, por ejemplo.
- Reconoce que la sección 7 también comprende la vida, la libertad y la seguridad de la persona, durante su proceso de muerte, y por esta razón la inviolabilidad de la vida no puede ser entendida como que la vida humana deba ser preservada a cualquier costo.

- La libertad protegida en la sección 7 protege el derecho a tomar decisiones personales fundamentales libres de la interferencia del Estado.
- La seguridad de la persona comprende la noción de autonomía persona, que involucra el control sobre la integridad corporal libre de interferencias del Estado.

La sección 7 garantiza que el Estado no interferirá en los derechos allí reconocidos de manera que viole los principios de justicia fundamental. Para determinar si el Estado los viola, o no, la Corte analiza la medida en tres gradas, las cuales deben ser contrastadas con el objeto de la ley, en este caso el objeto de la prohibición del suicidio asistido (proteger la vida y proteger a los vulnerables):

- Arbitrariedad. La norma no es arbitraria, pues existe una conexión racional entre el objetivo de la ley (evitar que una persona en estado de vulnerabilidad sea inducida a cometer suicidio en un momento de debilidad).
- Amplitud (*overbreadth*). Se concluye que la norma es desmedida para el cumplimiento de su objetivo, pues no toda persona que desea cometer suicidio es vulnerable; la limitación de sus derechos no está, en algunos casos, conectada con la protección de personas vulnerables. La prohibición tan amplia extiende a su ámbito a conductas que no están relacionadas con el objetivo de la norma.

Desproporcionalidad. La medida no es proporcional al objeto, pues impacta de manera relevante en los derechos y libertades de la persona. El impacto negativo en la vida, libertad y seguridad es muy severo, pues no permite a las personas decidir sobre sus cuerpos, orillándolas a tomar decisiones que, de no existir la prohibición, no tomarían.

La sección 1 garantiza que los derechos y libertades reconocidos serán limitados únicamente en la ley, y de manera justificada dentro de una sociedad libre y democrática. La Corte realiza nuevamente un test para revisar los límites a los derechos que comprende las tres gradas clásicas, y concluye que los medios están conectados lógicamente con el objetivo de la norma; sin embargo, el núcleo del caso descansa en la grada de análisis sobre el mínimo perjuicio, pues se trata, precisamente, de medir el perjuicio que la medida causa al disfrute de los derechos de las personas. Y después de estudiar la evidencia presentada por las partes; es decir, por científicos, profesionales y expertos, la corte de apelación concluyó que el perjuicio es alto.

En ambos testes, la Corte Suprema concluye que a pesar de que el objeto de la medida es lícito y justificado dentro de una sociedad libre y democrática, su perjuicio y amplitud son tan altos y graves que lastiman derechos y libertades protegidos por la propia Carta. Se trata, pues, de una medida sobreinclusiva; es decir, al incluir a todas las personas en todos los casos en la prohibición, protege a unos (a los vulnerables), pero lastima a otros (a los no vulnerables que desean morir), y ello transgrede derechos y libertades.

Concluye que la norma impugnada debe ser invalidada, pues no cumple con los principios de justicia fundamental ni con los principios para la limitación de los derechos y libertades garantizados en la Carta: “The prohibition on physician-assisted dying infringes the right to life, liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice”.

La Corte, al invalidar la norma del código criminal, que prohibía el suicidio asistido por un médico, dio un plazo de un año al gobierno (que vencía el 6 de febrero de 2016) para reglamentar la práctica, por lo que la decisión no tendría efecto hasta entonces.

Sin embargo, la Corte anuncia el 15 de enero de 2016, que el suicidio asistido por parte de un médico puede realizarse ya bajo ciertas condiciones, y otorga al gobierno cuatro meses más para emitir el reglamento (hubo cambio de gobierno en noviembre de 2015,³⁰ y por esta razón se atrasó su emisión).

La sentencia resuelve tres preguntas:

- 1) Si la Corte debe otorgar la extensión de la suspensión de la declaración de invalidez;
- 2) Si Quebec debe ser eximido de la extensión de la suspensión;
- 3) Si durante la extensión de la suspensión, la Corte puede otorgar una excepción a aquellos que deseen terminar con su vida de acuerdo con las determinaciones tomadas en *Carter vs. Canadá* (deberán solicitar un amparo para que se les conceda la excepción).

La Corte responde de manera positiva a las tres preguntas. Y fue votada 5-4.

IV. BREVE ANÁLISIS DE AMBAS SENTENCIAS

La sentencia de Colombia tiene un enfoque discursivo-emotivo. Se trata de una sentencia poco analítica que intenta dar contenido a los derechos que

³⁰ Mientras esto se escribe sigue pendiente de aprobación la iniciativa enviada por el primer ministro canadiense, Justine Trudeau, durante el primer semestre de 2016.

considera involucrados y a ciertos principios constitucionales (como la piedad y la solidaridad); sin embargo, se pierde en la argumentación, y me parece que ello es problemático, pues la Corte lo declara constitucional, pero me parece que el demandante tiene razón en sus conceptos de invalidez, ya que la norma no incorpora el concepto de consentimiento.

La Corte resuelve el problema diciendo que el médico que lo realice con el consentimiento de la víctima no será sancionado; sin embargo, me queda la duda sobre qué sucede con el homicidio por piedad cuando el sujeto activo no es médico y el sujeto pasivo no ha consentido.³¹

La Corte basa su razonamiento en un elemento ausente de la norma: el consentimiento, y no lo incorpora, y al encontrarnos frente a una norma penal, me parece que resulta en suma problemático, pues éstas no admiten interpretación. Creo que la tipificación del homicidio por piedad, en su caso, debe hacerse de forma que medie siempre el consentimiento del paciente, pues de otra forma se deja abierta la posibilidad de la eutanasia no voluntaria o involuntaria, lo cual me parece sumamente problemático.³²

En cambio, la sentencia de Canadá realiza un enfoque analítico más cuidadoso, al correr el test, primero, para revisar si se garantizan los derechos de la sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos, y luego, para revisar si la limitación de los derechos es razonable.

Nos parece que comparativamente, la sentencia canadiense es una sentencia redonda, que amarra los argumentos y no deja cabos sueltos. Ambas sentencias analizan el derecho a la muerte digna; la Corte Suprema de Canadá lo hace desde el aspecto de la voluntad como autonomía, mientras que la Corte Constitucional de Colombia lo hace desde el consentimiento.

³¹ Se nos ocurre, por ejemplo, el caso de un hombre que mata por piedad, por iniciativa propia y sin preguntarle a su madre con un cáncer terminal doloroso, pues teme que sufrirá más en las próximas semanas; sin embargo, ella tenía interés en conocer a su nieto, que nacería una semana más tarde. O el caso de una mujer que mata, por piedad, a otra joven que fue atropellada en un sitio alejado de la ciudad, con una fractura expuesta muy dolorosa. Me parece muy problemático que en ambos casos la sanción sea la de un homicidio por piedad y no la de un homicidio simple.

³² Claro que hay situaciones excepcionales en donde podría ser posible pensar en este tipo de muerte; sin embargo, creo que allí la ley penal debe actuar de otra manera (a través de excluyentes, por ejemplo). El tipo del Código Penal del Distrito Federal me parece un buen ejemplo: artículo 127. Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciera una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años.

V. CONCLUSIÓN

Mientras esto se escribe, son apenas cinco países³³ los que permiten la eutanasia, y cinco países³⁴ y cinco estados de los Estados Unidos (Oregon, Washington, Vermont, California y Montana) los que permiten la muerte asistida. El proceso de legalización inició en 1994, y en Oregon se permitió el SMA por la vía de la iniciativa ciudadana hasta 2002; el Parlamento holandés aprobó la ley que permite la eutanasia, y ello impulsó los cambios en los países vecinos: Bélgica y Luxemburgo. Suiza es conocida por ser un oasis para el suicidio asistido, ya que se permite realizar a los extranjeros y sin asistencia médica; por ello, muchas personas con posibilidades de viajar (de salud y económicas) se trasladan a ese país para acabar con sus vidas.

Tres son las razones que presentan quienes se oponen a la muerte asistida: 1) la protección de los vulnerables, 2) la pendiente resbaladiza, y 3) la sacralidad de la vida. Dichas razones han sido ampliamente discutidas por expertos en filosofía moral. Los argumentos sobre la protección de los vulnerables y la pendiente resbaladiza (que normalmente evocan al nazismo) se caen por su propio peso: es evidente que la permisibilidad de la asistencia para la muerte traería consigo una serie de medidas y requisitos para, precisamente, evitar, por un lado, la muerte de personas vulnerables y la muerte indiscriminada de pacientes (o personas que “no deben seguir viviendo”), mientras que el tercer argumento que evoca diversas concepciones morales, no puede ser sostenido en una sociedad plural y diversa. Como al principio de este artículo se explicó: las concepciones sobre la vida son, todas, su enorme importancia; sin embargo, descansa sobre una diversidad de fundamentos religiosos y éticos, que son irreconciliables.

Tal y como se planteó en la llamada “Amicus de los filósofos”,³⁵ presentada ante la Corte Suprema de los Estados Unidos: existe un principio moral general y constitucional de que toda persona competente tiene el dere-

³³ Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Irlanda y Colombia. Sin embargo, en Colombia, a pesar de la sentencia, no ha habido hasta ahora modificación legal alguna.

³⁴ Suiza, Alemania, Japón, Albania y Canadá (aunque en Canadá no ha sido aprobada la iniciativa, la sentencia de la Corte Suprema permite el suicidio asistido a través de un amparo).

³⁵ Se trata de una *amicus curiae* presentada en el caso *Washington et al. vs. Glucksberg* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, que fue firmada por Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Jarvis Thomson. Consultada en el sitio del New York Review of Books. Disponible en: <http://www.nybooks.com/articles/1997/03/27/assisted-suicide-the-philosophers-brief/>. Última consulta el 16 de julio de 2016.

cho a tomar decisiones personales que invocan convicciones fundamentales religiosas o filosóficas sobre el valor que uno mismo le da a la vida.

El concepto de vida —qué vida y en qué condiciones debe vivirse— encierra concepciones tan individuales, así como ideas de vida buena y de vida digna, y mientras no se dañe a otros, cada persona tiene el derecho a definir las por sí mismo. No puede ser el Estado quien, en nombre de nuestro derecho a la vida, nos imponga cómo y cuánto vivirla.

¿PATENTAR O NO PATENTAR? CÉLULAS TRONCALES EMBRIONARIAS Y DIGNIDAD: CASO BRÜSTLE VS. GREENPEACE

María de Jesús MEDINA ARELLANO
Perla Rubí TIRADO AMADOR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes e interrogantes planteadas en el caso Brüstle vs. Greenpeace*. III. *Argumentos controvertidos: dignidad, patentes y justicia*. IV. *Derecho al beneficio de los avances de la ciencia y acceso a la atención de la salud*. V. *Derecho y libertad de investigación científica*. VI. *Importancia de patentar las innovaciones biotecnológicas*. VII. *Notas finales: ¿lecciones para México?*

I. INTRODUCCIÓN

El 19 de diciembre de 1997, el neurobiólogo Oliver Brüstle patentó un método relativo a la derivación de “células progenitoras neuronales aisladas y depuradas”, es decir, la producción o procuración de células troncales a partir de embriones humanos, en particular, derivación de células troncales neuronales para su utilización en la investigación y terapia sobre padecimientos neurológicos.¹

El objeto de la patente era producir líneas de células troncales neuronales aisladas y depuradas con posibles propiedades de convertirse en células neuronales o gliales, obtenidas a partir del uso de embriones humanos. El resultado de la investigación con células troncales neurales podría en un futuro llevarse al espacio clínico, en tanto exista evidencia científica suficiente de seguridad, eficacia y eficiencia, para el trasplante de células troncales

¹ Raja, Amer, “To Patent or not to Patent, That is the Question: Embryonic Stem Cell Patents Rejected in Europe”, *Intellectual Property Brief*, 3 (2), (2012), Article 8, disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/ipbrief/vol3/iss2/8>, consultado: 16 de septiembre de 2016.

neuronales al sistema nervioso, y así tratar enfermedades neurológicas. Lo anterior implicaría utilizar células troncales-progenitoras inmaduras, presentes en la fase de desarrollo del cerebro, en específico en tejidos cerebrales de embriones humanos.²

Greenpeace controversió la patente otorgada a Brüstle ante el Tribunal Federal de Patentes Alemán (*Bundespategericht*, en adelante Corte de Patentes Alemana). Dicho tribunal declaró su nulidad por referirse a células progenitoras obtenidas a partir de embriones, puesto que atenta contra la ‘moralidad’ al utilizar embriones humanos con fines industriales. Oliver Brüstle tomó la decisión y solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante Corte Europea) la interpretación del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE³ (en adelante Directiva), que concierne a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

La Corte Europea resolvió revocar la patente a Oliver Brüstle (en adelante caso ‘Brüstle vs. Greenpeace’⁴) considerando como inmoral la destrucción de embriones humanos con fines tanto industriales como de investigación, declarando que ambas persiguen fines comerciales, que atenta contra la dignidad humana que posee el embrión.

En este ensayo argumentamos que se dio prioridad a la dignidad humana de los embriones por encima de la dignidad y derechos humanos de las personas. Por un lado, esta consideración de inmoralidad puede obstaculizar el desarrollo de conocimiento valioso que coadyuve a la atención de enfermedades neurodegenerativas, mientras que por otro se erige como un atentado a la libertad de investigación científica.⁵

² Regenber, Alan y Mathews, Debra J. H., “Promoting Justice in Stem Cell Intellectual Property”, *Regenerative Medicine*, 6 (6s), 2011, pp. 79-84.

³ Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, *Diario Oficial*, núm. L213 de 30/07/1998, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31998L0044>, consultado el 16 de septiembre de 2016.

⁴ Caso C-34/10, Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 18 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial promovida por Bundesgerichtshof – Alemania), el extracto de la sentencia puede ser consultado en la página InfoCuria- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-34/10>.

⁵ Esta línea de argumentación ha sido avanzada en análisis previos. Véase Mathews, Debra J. H., Graff, Gregory D., Saha, Krishanu, y Winickoff, David E., “Access to Stem Cells and Data: Persons, Property Rights, and Scientific Progress”, *Science*, 331 (6018), 2011, pp. 725-727.

II. ANTECEDENTES E INTERROGANTES PLANTEADAS EN EL CASO BRÜSTLE *VS.* GREENPEACE

1. *Argumentos establecidos por Oliver Brüstle*

En principio, debido a que la sentencia versa sobre la patentabilidad de una técnica en específico, es importante establecer, de acuerdo con los puntos establecidos por el solicitante Oliver Brüstle, las razones por las cuales su invención requería ser protegida mediante una patente, en relación con la utilización de células troncales embrionarias para la producción de células progenitoras neuronales, así como la justificación del uso de las mismas. Así pues, Oliver Brüstle estableció en el folleto que forma parte de la patente, tal como lo requiere la Directiva, los siguientes puntos:⁶

- 1) El trasplante de células cerebrales al sistema nervioso es un método prometedor para el tratamiento de numerosas enfermedades neurológicas.
- 2) Es necesario trasplantar células progenitoras inmaduras, que todavía puedan evolucionar, para tratar los trastornos neurológicos. Dichas células sólo se pueden encontrar durante la fase de desarrollo del cerebro.
- 3) La utilización de tejidos cerebrales de embriones humanos en esta técnica no permite —como lo hacen las células cerebrales— responder a las necesidades de células progenitoras que se requieren para que el tratamiento por terapia celular sea accesible al público.
- 4) Las células troncales embrionarias generan grandes expectativas respecto de la posibilidad de producción de células destinadas al trasplante, debido a que se trata de células pluripotenciales.
- 5) Oliver Brüstle no sólo se queda en el ámbito de la ciencia para justificar dicha patente, sino que va más allá, y afirma que el objeto de la patente es “resolver el problema técnico de una producción en

⁶ Los puntos que se enlistan se extrajeron de las conclusiones del abogado general, señor Yves Bot, presentadas el 10 de marzo de 2011 en el caso Brüstle *vs.* Greenpeace. Véase <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62010CC0034>, consultado: 16 de septiembre de 2016. Para un comentario de los puntos establecidos por el abogado Yves Bot, también se sugiere la lectura de Nuevo López, Pablo, “TJUE – Sentencia de 18.10.2011 (Gran Sala), Oliver Brüstle *vs.* Greenpeace Ev., C-34/10 –Directiva 94/44/CE sobre Protección Jurídica de las Invencciones Biotecnológicas – Obtención de Células Progenitoras a partir de Células Madre Embrionarias Humanas–”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (42), 2015, pp. 593-605.

cantidad prácticamente ilimitada de células progenitoras aisladas y depuradas con propiedades neurológicas o gliales obtenidas a partir de células madre embrionarias”.⁷

Es decir, lo que él vislumbraba en la solicitud de su patente, es que dicha producción ilimitada se llevaba a cabo con o sin patentes, y que al concederle la patente no se permitiría el lucro primordialmente, sino su utilización con fines de investigación, y en un momento dado terapéuticos. De este modo, significaría una contención a dicha producción mientras se conseguía fijar el curso hacia donde debía dirigirse la regulación y limitación de investigaciones con líneas celulares derivadas de embriones humanos, sin que ello implicara la prohibición y erradicación total, y por ende, la privación de otros investigadores a la libertad de investigación.

2. *Tribunal Federal de Patentes alemán*

De acuerdo con los artículos primero al quinto de la Ley de Patentes alemana en vigor al momento de que Greenpeace promovió la nulidad de la patente cuya titularidad era ostentada por Oliver Brüstle, no era objeto de patente. Puesto que se trataba de la utilización de embriones humanos que por ser “una materia de alcance social muy sensible” no se pronunciarían respecto del ámbito médico o ético, sino que se limitarían a una interpretación jurídica. El artículo quinto de la mencionada ley prohíbe “que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable”.⁸

El Tribunal alemán indicó que el concepto de ‘embrión humano’ tendría que ser interpretado en sentido amplio, es decir, existe la potencialidad de que los gametos (óvulos y espermatozoides) puedan iniciar el proceso de desarrollo de ser humano; por tanto, los siguientes tres casos quedarían abarcados dentro del concepto:

- a) Todo óvulo humano a partir de la fecundación, la cual debe entenderse como aquella que puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano;

⁷ Las células pluripotenciales, según lo establecido en el propio folleto, son aquellas que “pueden diferenciarse en todo tipo de células y de tejidos, y conservarse durante varias fases en este estado de pluripotencia y proliferar”.

⁸ Guillem-Tatay Pérez, David, “No es patentable una invención biotecnológica que implique la destrucción de embriones humanos. Sentido y alcance de la sentencia del TJUE en el asunto C-34/10”, *Revista de Bioética y Derecho*, 26, 2012, pp. 44-54.

- b) Todo óvulo humano no fecundado en el que se implante el núcleo de una célula humana madura;
- c) Todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.⁹

El Tribunal alemán excedió su análisis jurídico a un ámbito biológico, puesto que dentro de los tres casos se difiere que existe una posibilidad o potencialidad de dar lugar a un ser humano, y en medio de la diversidad de posibilidades existe igual potencialidad de que el desarrollo de un nuevo ser ocurra o no. Entre las situaciones que pueden ocurrir o no, están la manipulación, la fusión, la fertilización e implantación de dichos óvulos con la interferencia del ser humano; por tanto, resulta un sinsentido que se incluyan a los gametos dentro del concepto de ‘embrión humano’. En apartados posteriores analizaremos en detalle estos argumentos.

Otra de las cuestiones analizadas por el Tribunal alemán fue la determinación de si la prohibición de la comercialización e industrialización de embriones humanos estaría incluyendo también las actividades de investigación científica. En este punto, resolvió que podría protegerse la invención que persiga fines terapéuticos o de diagnóstico, pero sólo aplicables y de beneficio al embrión. Por ejemplo, si un investigador obtuviera resultados para avanzar en el entendimiento de alguna enfermedad como el cáncer, sea cual fuere el área específica, o bien encontrase un tratamiento capaz de combatir las células cancerígenas o volverlas saludables, estas técnicas no serían objeto de invención.

Este punto resulta controversial, puesto que con esta decisión podrían afectarse en cierta medida las investigaciones científicas con células troncales embrionarias, al menos respecto de la Directiva 94/44/CE, pues hasta ahora la única forma de proteger, darle seguimiento e inyectarle recursos a una investigación —sea del área que sea— sigue siendo a través de la exclusividad, y en el caso de la medicina, la patentabilidad de las invenciones.

Finalmente, el Tribunal alemán resolvió que la Directiva excluye a una invención de la patentabilidad cuando “la información técnica objeto de la solicitud de patente de la misma requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos” (para. 52).

En este punto supongamos que las y los científicos omitan cierta ‘información en técnica’; es decir, oculten el uso de ‘embriones humanos’ en la

⁹ *Idem.*

solicitud, y describan el uso de tejidos y/o células de una manera ambigua para obtener la protección de una invención. Puesto que el Tribunal alemán incluye en el concepto de embrión también a los gametos, dejó de ver una gama de variedades de obtención de células con la misma potencialidad para la investigación y comercialización; por ejemplo, dejó de incluir células troncales pluripotenciales inducidas (son similares a las embrionarias, pero provienen de células troncales adultas).

Estas cuestiones técnicas escapan al ojo del jurista, y por eso resulta necesario el apoyo de expertos en la toma de decisiones judiciales. Esta postura tomada por el Tribunal alemán carece de fundamentación técnico-científica. Aunque se indique dentro de sus señalamientos que no incluirán razones médicas ni éticas, es claro que al no haberlo hecho podría implicar el establecimiento de precedentes amplios, y por ende ambiguos.

3. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea: normas aplicadas para declarar la nulidad de la patente de Brüstle*

En resumen, de acuerdo como lo plantea Juan-Ramón Lacadena,¹⁰ las principales cuestiones formuladas por la Corte de Patentes alemana ante la Corte Europea son las siguientes:

- ¿Qué debe entenderse por ‘embriones humanos’ en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE?¹¹
- ¿Están comprendidos todos los estadios de desarrollo de la vida humana desde la fecundación del óvulo o deben cumplirse requisitos adicionales; por ejemplo, alcanzar un determinado estadio de desarrollo?
- ¿Están comprendidos también los siguientes organismos: óvulos humanos no fecundados a los que ha sido trasplantado (transferido) el núcleo de una célula humana madura (diferenciada)?
- ¿Están comprendidos los óvulos humanos no fecundados que han sido estimulados mediante partenogénesis para que se dividan y sigan desarrollándose?

¹⁰ Lacadena, Juan-Ramón, “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las patentes de células troncales embrionarias. A propósito de un informe jurídico sobre patentes: el concepto y dignidad del embrión humano”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 35, 2011, pp. 145-180.

¹¹ *Idem*.

- ¿Están comprendidas también las células troncales obtenidas a partir de embriones humanos en el estadio de blastocisto?
- ¿Qué debe entenderse por ‘utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales’?
- ¿Entra en ese concepto toda explotación comercial en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 98/44/CE, especialmente la utilización con fines de investigación científica?
- ¿Está excluida de la patentabilidad, con arreglo artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva, una información técnica también cuando la utilización de embriones humanos no constituye en sí la información técnica reivindicada con la patente, sino un requisito necesario para la aplicación de esa información:
 - a) porque la patente se refiere a un producto cuya elaboración exige la previa destrucción de embriones humanos, o
 - b) porque la patente se refiere a un procedimiento para el que es necesario dicho producto como materia prima?¹²

La patente se refiere a células progenitoras neurales obtenidas a partir de células troncales embrionarias humanas y procedimientos de producción de las mismas; ello implica el uso y destrucción de embriones humanos. Por tanto, a la luz de lo que el Tribunal alemán ha considerado como ‘embrión humano’, es decir, desde el momento previo en que el óvulo sea fecundando, se les reconoce dignidad humana, y por tanto la invención derivada de tal investigación no podrá ser patentada conforme al artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva.

- El artículo 6, apartado 2 de la Directiva establece: “En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: ... c) las utilidades de embriones humanos con fines industriales o comerciales...” (para. 7).¹³

Se ha considerado importante analizar y cuestionar las disposiciones más relevantes que fueron el marco jurídico en el que se basó la sentencia, para lo cual se citará cada una, y a su vez se hará un comentario sobre la misma:

- El artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio dice lo siguiente: “Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las inven-

¹² *Ibidem*, pp. 147 y 148.

¹³ *Ibidem*, nota 3.

ciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad...”.¹⁴

De igual manera, dentro del derecho nacional de cada Estado europeo, la exclusión de patentabilidad se ha regulado de la misma forma, como se puede apreciar a continuación:

- El artículo 2 de la Ley de Patentes Alemana (vigente al tiempo del juicio) dice: “No se concederán patentes por invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria”.¹⁵
- El artículo 4 de esta misma ley, que establecía la ‘garantía de protección’ a los embriones humanos, en el contexto de la importación y utilización de células troncales embrionarias, señalaba: “La autorización se denegará cuando la obtención de células madre embrionarias se haya producido manifiestamente en contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico alemán. La denegación no podrá basarse en el motivo de que las células madre proceden de embriones humanos”.¹⁶

Aquí vale la pena resaltar la permisión que había tenido la jurisdicción alemana para importar líneas celulares extraídas de embriones humanos, al mismo tiempo que excluye y prohíbe la creación y uso de embriones humanos en Alemania para la derivación de líneas celulares embrionarias.¹⁷ Sin duda, deja en entredicho la supuesta ‘moralidad’ con la que han dirigido la normativa, una doble moral, puesto que de la lectura de estas prohibiciones podemos inferir que los únicos embriones humanos poseedores de dignidad humana son aquellos nacidos en territorio alemán.¹⁸

¹⁴ Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf, fecha de consulta: 16 de septiembre de 2016.

¹⁵ Esta legislación ha sido modificada en diversas ocasiones. La última modificación data del 3 de diciembre de 2015. La versión vigente se encuentra disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=16033>, fecha de consulta: 16 de septiembre de 2016.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Elstner, A. *et al.*, “The Changing Landscape of European and International Regulation on Embryonic Stem Cell Research”, *Stem Cell Research*, 2(2), 2009, p. 104.

¹⁸ Takala, Tuija y Häyry, Matti, “Benefiting From Past Wrongdoing, Human Embryonic Stem Cell Lines, and the Fragility of the German Legal Position”, *Bioethics*, 21(3), 2007, pp. 150-159.

Por otra parte, en el párrafo 14 de la exposición de motivos de la Directiva se indica lo siguiente:

Considerando que una patente de invención no autoriza a su titular a dar aplicación a la invención, sino que se limita a conferirle el derecho de prohibir a terceros su explotación con fines industriales y comerciales y que, por consiguiente, el derecho de patentes no puede sustituir ni dejar sin efecto las legislaciones nacionales, europeas o internacionales que fijan, en su caso, limitaciones o prohibiciones, o que organizan el control de la investigación y de la utilización o comercialización de sus resultados... (para. 14).

Del dispositivo de la Directiva antes plasmado, primero, se entiende que una patente sólo implica para su titular el derecho a prohibir a terceros la explotación de dicha invención con fines industriales y comerciales; entonces, podría ser que ni la propia investigación persiga objetivos de lucro con la protección de la invención, y se podría interpretar que si otro que no sea el titular de dicha patente decide utilizar la patente con fines terapéuticos o de diagnóstico; puede hacerlo? De ser afirmativa la respuesta, resultaría una razón a favor de que se permita la patentabilidad, ya que no se perseguiría un fin utilitarista y/o lucrativo en beneficio del titular de la patente, sino un fin loable, como lo es la investigación en materia de salud.

Además, se establece en la Directiva que la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales queda excluida de la patentabilidad; y, por otro lado, el artículo 5o., apartado 1, de la legislación alemana (en vigor en ese entonces), mencionaba que dicha patentabilidad sería permitida cuando se demostrara científicamente que los objetivos de la investigación son para el avance científico, desarrollar procedimientos de diagnóstico preventivos o terapéuticos de uso humano.

Como podemos observar, lo que existe y existía en ese momento es una carencia de armonización normativa entre las disposiciones de las directivas de la Unión Europea y la legislación nacional en la materia. Esta discrepancia es la fuente medular del conflicto. Este conflicto normativo abre la puerta para la toma de decisiones judiciales, en donde se adolece de conocimiento experto, e imprime mediante las prohibiciones prejuicios, juicios de valor e inconsistencia basados en argumentos dogmáticos, que se utilizan para construir desde el derecho conceptos que le atañen a otras disciplinas científicas, como son la biología del desarrollo celular, la biología y la embriología.¹⁹

¹⁹ Quigley Muireann, "Stem Cell Therapies & Benefiting from the Fruits of Banned Research", en Quigley Muireann, Chan Sarah y Harris John (eds.), *Stem Cells, New Frontiers in Science & Ethics*, Reino Unido, World Scientific, 2012, pp. 163-186.

Por supuesto, no se pretende establecer el que no se deba proteger este tipo de material biológico —células troncales embrionarias—, y mucho menos que no se deba regular; pero resulta excesivo que las y los jueces pretendan convertir a los gametos —es decir, óvulos y espermatozoides— en embriones humanos. La falta de conocimiento científico propicia que los tribunales vayan más allá de la simple aplicación de normas vigentes, estableciendo con juicios de valor y ‘ciertas moralidades’, definiciones y conceptos que desconocen.²⁰

Lo que se debería hacer es delimitar de manera gradual los alcances que estas investigaciones deben tener —esto, por supuesto, siempre allegándose de expertos—, así como proporcionar a la sociedad, información verídica y accesible en la materia. De esta manera, las cuestiones de dignidad, patentabilidad y pluralidad moral permitirán la inclusión de diversas perspectivas, garantizando, por un lado, la protección del material biológico y, por el otro, generando políticas públicas en investigación y atención a la salud, que permitan a todas las personas, tener acceso a los beneficios del avance científico de manera equitativa.²¹

III. ARGUMENTOS CONTROVERTIDOS: DIGNIDAD, PATENTES Y JUSTICIA

1. *Razón económica y de competencia justa para las patentes*

Debido a la naturaleza particular de la investigación y el desarrollo en la industria de la biotecnología, el nivel de inversión que se requiere antes de obtener productos comercializables es alto. Los riesgos financieros asociados con el proceso de la comercialización de la tecnología se incrementan en varios niveles de magnitud.²² Una de las razones para la existencia de las patentes es fomentar la investigación científica, particularmente en el área de

²⁰ Braun, Kathrin, “From Ethical Exceptionalism to Ethical Exceptions: The Rule and Exception Model and the Changing Meaning of Ethics In German Bioregulation”, *Developing World Bioethics*, DOI: 10.1111/dewb.12103, 2016.

²¹ Harmon, Shawn H. E., Laurie Graeme y Courtney Aidan, “Dignity, Plurality and Patentability: The Unfinished Story of *Brüstle v Greenpeace*”, *European Law Review*, núm. 1, 2013, pp. 92-106.

²² Porter, Gerard, “The Drafting History of The European Biotechnoloy Directive”, en Plomer, Aurora y Torremans, Paul, *Embryonic Stem Cell Patents*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 7.

la investigación de la ciencia de las células troncales.²³ Debido al alto riesgo financiero y a competencias desleales, la industria de la biotecnología requiere una protección especial.²⁴ En este momento no nos detendremos en este punto, puesto que el objetivo del comentario es analizar a profundidad el establecimiento de la dignidad humana del ‘embrión’ en ‘sentido amplio’.

2. *Pluralidad de visiones acerca de la ‘dignidad humana’ de los embriones*

La investigación con células troncales provenientes de embriones humanos es éticamente discutible, puesto que implica la destrucción de embriones humanos viables en el proceso de la extracción de células troncales a partir de la masa celular interna del blastocisto en una etapa temprana. El tema es objetivo de diversos debates dentro de la bioética, y en el ámbito legislativo existe una falta de consenso entre los Estados a nivel global en relación con el estatus jurídico y moral de los embriones humanos.²⁵

Debido a que no existe una visión común respecto de la investigación con células troncales embrionarias, entonces, no se debería establecer una postura unánime impuesta por el Tribunal Europeo, y mucho menos pretender que sea aplicable a todas las jurisdicciones que componen la Unión Europea.²⁶ Se trata de una cuestión de soberanía y de evaluación del contexto cultural nacional; por tanto, el otorgamiento de patentes sobre técnicas que impliquen la destrucción de embriones debería ser una cuestión a definir por cada Estado.

Aunque la cuestión de la patentabilidad de la tecnología relacionada con las células troncales embrionarias humanas no se había considerado

²³ La prohibición de patentes e investigación en ciencia básica podría tener repercusiones negativas para el desarrollo de ensayos clínicos en el área. Al respecto, véase Mansnérus, Juli, “Brüstle v. Greenpeace: Implications for Commercialisation of Translational Stem Cell Research”, *European Journal of Health Law*, 22(2), 2015, pp. 141-164.

²⁴ Un análisis del impacto económico de la comercialización de la investigación de la ciencia de las células troncales, se puede examinar en: Burningham, Sarah, Adam Ollenberger y Timothy Caulfield, “Commercialization and Stem Cell Research: A Review of Emerging Issues”, *Stem Cells and Development* 22. Suppl. 1, 2013, pp. 80-84.

²⁵ *Idem*; Harmon, Shawn H. E., *op. cit.*, nota 21, p. 23.

²⁶ Busardò, Francesco Paolo *et al.*, “The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members”, *Bio Med. Research International*, 2014; Engeli, Isabelle y Rothmayr Allison, Christine, “Diverging against all Odds? Regulatory Paths in Embryonic Stem Cell Research Across Western Europe”, *Journal of European Public Policy*, 20 (3), 2013, pp. 407-424.

específicamente por los autores de la Directiva,²⁷ volvamos a analizar el apartado normativo por el cual se interpretó y fundamentó la nulidad de la patente Brüstle:

La Corte Europea decidió interpretar el artículo sexto, apartado 2, letra c), de la siguiente manera:

Constituye un “embrión humano” todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.

Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un “embrión humano” en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44.²⁸

Esta interpretación corresponde al primer punto resolutive del caso Brüstle vs. Greenpeace, que tuvo por objetivo definir el concepto de embrión humano, para lo cual engloba no sólo al resultado de la fecundación natural, sino también a los creados mediante técnicas artificiales, como transferencia nuclear y partenogénesis. De nueva cuenta, señalamos que los jueces han atribuido una concepción ideológica y subjetiva respecto de lo que se debe entender por ‘embrión humano’.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo que es y no es un embrión, es preciso centrarse en el problema inicial: el reconocimiento de ‘dignidad humana’ al embrión por parte del tribunal de justicia europeo. Lo anterior se ve reflejado en los puntos resolutive 2 y 3 de la sentencia:

2) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo sexto, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

3) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye de la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.²⁹

²⁷ *Idem*; Harmon, Shawn H. E., *op. cit.*, p. 24.

²⁸ Caso 34/10, Oliver Brüstle vs. Greenpeace... nota 4, punto resolutive 1.

²⁹ *Ibidem*, puntos resolutive 2 y 3.

En el segundo punto, se prohíben las patentes que usen a los embriones humanos con un fin industrial o comercial; es decir, cuando sean utilizados como un medio para generar ganancias económicas, y en el tercero se impide su destrucción para los mismos fines. De esta manera, el Tribunal les otorga dignidad humana (decimos “otorga” porque no son personas para que se les reconozcan) al “garantizarles” derechos de ¿libertad?, ¿a la vida?, lo cual sería ilógico si recordamos que sólo un país de la Unión Europea prohíbe aún el aborto, es decir, la República de Irlanda.

Inclusive, el análisis de la legislación de la Unión Europea (UE) sobre terapias avanzadas indica que la explotación industrial y comercial de tejido embrionario humano y de los basados en células, en Europa, no sólo está prohibida (ya sea destructiva de embriones humanos o no), sino que fue considerada por el legislador de la UE como una concesión importante con potenciales beneficios económicos y para la salud de los ciudadanos en Europa. Las implicaciones para el derecho de patentes son críticas, y de hecho el cuerpo combinado de la legislación de la UE sobre la concesión de licencias y la comercialización de los medicamentos derivados de tejidos y células humanas, incluyendo células embrionarias humanas, indica claramente que los usos industriales y comerciales de dichos productos están sujetos a los controles reglamentarios moralmente permisivos.

Si la construcción del artículo 6o. de la Directiva es correcta, entonces hay un conflicto sistémico dentro de la legislación de la Unión Europea entre la legislación que permite la realización de actividades que involucran la utilización de embriones humanos, incluyendo el desarrollo de productos en una empresa industrial y la base comercial; sin embargo, se opone a la concesión de derechos de propiedad sobre las “invenciones” identificadas como “inmorales”. Una interpretación de este nivel de conflicto entre la ley de patentes y las leyes nacionales de patentes crea incoherencia sistémica, y en última instancia viola el principio de seguridad jurídica.³⁰

Insistimos: existe una inconsistencia en la regulación europea, pues algunas normas sí permiten y consideran positivo el uso y destrucción de embriones, mientras que otras, como la interpretación de la Directiva, la misma acción la considera como inmoral.

Los argumentos esgrimidos para otorgar dignidad humana al embrión radican en la influencia que la opinión de Yves Bot, el abogado general del tribunal, tuvo en la sentencia, en donde no tomó como base, evidencia

³⁰ Plomer, Aurora, “Towards Systemic Legal Conflict: Article 6 (2) of the Eu Directive on Biotechnological Inventions”, en Plomer Aurora y Torremans, Paul, *Embryonic Stem Cell Patents*, Oxford University Press, 2009, p. 186.

científica para sus afirmaciones, al realizar sólo suposiciones sobre hechos científicos;³¹ así, podemos leer en sus conclusiones presentadas el 10 de marzo de 2011 (7 meses antes de la resolución):

...debe convenirse, aunque sea por afán de coherencia, que las invenciones que se refieren a células madre pluripotenciales sólo pueden patentarse si no se obtienen en detrimento de un embrión, ya se trate de su destrucción o de su alteración... Dar una aplicación industrial a una invención que utilice células madre embrionarias significaría utilizar los embriones humanos como una banal materia prima. Tal invención instrumentalizaría el cuerpo humano en los primeros estadios de su desarrollo...³²

Esto es contradictorio, ya que consideran como ser humano al embrión, pero dejan que sea usado siempre y cuando no lo destruyan; entonces, si le ‘reconoce dignidad’, ¿en qué momento le piden permiso para usarlo? En ninguno, puesto que no puede dar su consentimiento, no razona, no siente, no tiene consciencia, no es un ser humano. No obstante, si no lo destruyeran, ¿qué garantía le confiere la Unión para que se desarrolle? Pues, o son donados o creados; su futuro no radica en ser implantados y convertirse en personas; su futuro radica en ser estudiados, utilizados y destruidos en pos de la ciencia e investigación.

No obstante, existen posturas conservadoras que luchan por ‘la dignidad humana’ de los embriones, las cuales manifiestan que éstos son personas desde la fertilización del óvulo por el espermatozoide,³³ lo que justifican en muchas ocasiones gracias a la encíclica *Evangelium Vitae* dictada por el papa Juan Pablo II en 1995, y que habla sobre lo sagrado y la dignidad del genoma humano.³⁴ Pero esto no es todo; es tan grande el número de seguidores de este pensamiento, que en 2014 se consolidaba la iniciativa europea “Uno de nosotros”, la cual contaba con dos millones de personas en la Unión Europea, y cuyo fin radicaba en proteger a los embriones en

³¹ Cuchiara, Maude *et al.*, “Defining Research in the US and EU: Contrast of *Sherly vs. Sebelius* and *Brüstle vs. Greenpeace* rulings”, *Stem cell Rev. and Rep.*, núm. 9, 2013, p. 750.

³² Bot, Yves, Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot, presentadas el 10 de marzo de 2011. Asunto C-34/10 *Oliver Brüstle vs Greenpeace* (demanda de decisión prejudicial formulada por Alemania), puntos 109 y 110.

³³ Lisker, Rubén, “Aspectos bioéticos del estudio y uso de células troncales”, en Tapia, Ricardo y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014, p. 61.

³⁴ Ortiz Millán, Gustavo, “La dignidad, entre el escepticismo y el entusiasmo”, en Tapia, Ricardo y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014, p. 189.

contra de su uso para beneficio de otros, así como la protección judicial de la “dignidad”, el derecho a la vida, y a la integridad de cada ser humano desde su concepción; sin embargo, la iniciativa fue vetada el 28 de mayo del mismo año.³⁵

Usualmente este tipo de personas que creen en la ‘dignidad’ del embrión basan sus creencias en la religión y en la existencia del alma, creyendo que el embrión la posee desde la fecundación, pero al ser el ácido desoxirribonucleico (ADN) el determinante en este proceso, quienes creen en lo anterior estarían considerando entonces que el alma ya se encuentra en el ADN.³⁶

Según Kant, las personas tienen dignidad incondicionada e incomparable en virtud de la clase de entidades que son. Este atributo no es de seres humanos particulares de sus partes, sino de personas como fines en sí mismas, que son miembros del reino de los fines. Las personas que merecen respeto, para Kant, son aquellas entidades que pertenecen a una comunidad moral a la que podemos atribuir la dignidad y la autonomía de cada miembro que es una persona con una ración de voluntad.³⁷ La idea de dignidad humana, así entendida por Kant, se refiere a las personas racionales con voluntad.

Para Kant, el fundamento de “dignidad” consiste en la razón y autonomía del ser humano;³⁸ no obstante, el seguir al pie de la letra esa teoría no permitiría reconocer dignidad a quienes se encuentran en un estado carente de autonomía o de ejercer razón, como personas en estado de interdicción, por ejemplo.³⁹ Sin embargo, existe la llamada conciencia fenoménica, la cual refleja la capacidad de la sintiencia (sentir dolor y sufrimiento), y es ésta la que puede tener valor moral.⁴⁰ Entonces, aquellos que hablan acerca de la no comercialización o de la cosificación de los embriones y tienen como sustento una idea de la dignidad la están extendiendo de manera

³⁵ Faltus, Timo, “No Patent-No Therapy: A Matter of Moral and Legal Consistency Within the European Union Regarding the Use of Human Embryonic Stem Cells”, *Stem Cells and Development*, vol. 23, sup. 1, 2014, p. 59.

³⁶ Tapia, Ricardo, “La ética de la investigación científica y los límites de la ciencia”, en Álvarez del Río, Asunción y Rivero Weber, Paulina (coords.), *El desafío de la bioética. Textos de bioética*, vol. II, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 41.

³⁷ Viens, Adrian, “Morality Provisions in Law Concerning the Commercialization of Human Embryos and Stem Cells”, en Plomer, Aurora y Torremans Paul, *Embryonic Stem Cell Patents*, United States, Oxford University Press, 2009, pp. 109 y 110.

³⁸ Ortiz Millán, Gustavo, *op. cit.*, p. 194.

³⁹ *Ibidem*, p. 195.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 196.

errónea a seres que no cuentan con las características para entrar al “reino de los fines”.⁴¹

Lo anterior es una de las razones que maneja la postura liberal respecto a la “dignidad” del embrión. Mientras éste no desarrolle una corteza cerebral que le permita tener conciencia y sensaciones, no tiene valor moral, y no se le pueden atribuir derechos ni es persona,⁴² lo cual será posible sólo hasta el desarrollo del sistema nervioso (esto sucede en el tercer trimestre del embarazo).⁴³

Tomando esto como referencia, al respecto se puede concluir que si la capacidad de sintiencia tiene un valor moral para el ser humano, y el embrión aún no puede sentir ni tener consciencia, entonces no es un ser humano, y por lo tanto no se le pueden conferir ni dignidad humana ni derechos.

Aunado a lo anterior, los embriones utilizados en el laboratorio en investigación con células troncales, ya sea que hayan sido donados de terapias de reproducción asistida o creados, no tienen la posibilidad de llegar a ser humanos, pues su fin —como dijimos anteriormente— era su destrucción; esto, debido a que no son inmortales, y a la larga necesitan ser implantados en un útero para recibir los nutrientes necesarios para su desarrollo.

En el caso de los embriones donados, tarde o temprano habrían de ser desechados si ya no son necesarios, y los creados ya sea mediante partenogénesis o transferencia nuclear, tienen mínimas posibilidades de poder implantarse, además de los fabricados con la inhibición del gen CDX2, los cuales son incapaces de convertirse en fetos al convertirse en blastocistos anormales y no poder implantarse.

Para cerrar este apartado se presenta un caso hipotético del finado Rubén Lisker, dedicado a quienes aún conservan una postura en favor de la dignidad del embrión:

Entra usted a una oficina a realizar un trámite y observa que en la habitación hay una carriola con un bebé pequeño y encima del mostrador está un paquete con la leyenda: 1000 blastocistos humanos para congelación inmediata. En ese momento se inicia un temblor bastante fuerte y quiere salirse lo antes posible del lugar por temor a que se colapse el edificio. Dado que es manco sólo puede llevarse consigo al bebé o al paquete con blastocistos por congelar ¿A quién salvaría?⁴⁴

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Ibidem*, p. 197.

⁴³ Tapia, Ricardo, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁴ Lisker, Rubén, *op. cit.*, p. 66.

3. *El registro europeo de células troncales embrionarias*

Siguiendo la política europea, el registro no aceptará líneas de células troncales embrionarias, lo que implica a cualquiera de las actividades no financiadas, ni aceptará propuestas para el uso de estas células con el fin de registro para cualquier tipo de investigación. Por otra parte, las actividades de investigación que destruyen embriones humanos no son elegibles para la financiación de la Unión Europea, y por lo tanto, las células madre obtenidas a través de estas actividades prohibidas no son elegibles para estar registradas.⁴⁵ ¿Y qué sucede con los embriones que se generaran todos los días para los fines de reproducción asistida en toda Europa?

Este registro europeo se observa como un elemento de la comunidad y consenso dentro de la divergencia que causa el tema del estatus jurídico y moral embrión humano en Europa. Si no se pueden registrar las actividades que implican la destrucción de embriones humanos, entonces podría pensarse que su destrucción va en contra del consenso europeo sobre este tema, y por tanto todas las tecnologías de reproducción asistida deberían estar prohibidas también.

4. *Requerimiento de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad se refiere a limitar la investigación con embriones a las prácticas que sirven objetivos y propósitos importantes y valiosos. Sin embargo, la definición de los objetivos de gran importancia varía mucho entre las distintas jurisdicciones. En algunos casos, las políticas están en silencio o bastante inestables, y por lo tanto, se requiere una gran cantidad de interpretación.⁴⁶ En el caso de Oliver Brüstle, este principio de proporcionalidad es satisfecho, puesto que se persigue generar un método para el tratamiento de ciertas enfermedades. El artículo menciona otro tipo de requisitos, que también pueden ser analizados y argumentados a favor, como el requisito de necesidad para el desarrollo de conocimiento científico, para así proporcionar nuevos tratamientos para la atención de la salud. Estos argumentos se abordarán en la siguiente sección.

⁴⁵ Isasi, Rosario y Knoppers, Barth M., “Towards Commonality? Policy Approaches to Human Embryonic Stem Cell Research in Europe”, en Plomer, Aurora y Torremans, Paul, *Embryonic Stem Cell Patents*, Oxford University Press, 2009, p. 31.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 45.

IV. DERECHO AL BENEFICIO DE LOS AVANCES DE LA CIENCIA Y ACCESO A LA ATENCIÓN DE LA SALUD

La protección de la salud es un derecho que la Unión Europea reconoce en su Carta de Derechos Fundamentales en su artículo 35: “ Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana ”.⁴⁷

Asimismo, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, este derecho incluye el “ acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente ”.⁴⁸ Teniendo esto en consideración, es procedente analizar cómo la sentencia *Brüstle vs. Greenpeace* vulnera directamente este derecho humano al negar la patentabilidad de las células troncales obtenidas mediante la destrucción de un embrión en el afán de “ proteger su dignidad ”.

Una célula troncal es aquella que no se encuentra diferenciada, por lo que puede originar a un ser humano o a varios tipos de células con especialización que realicen distintas funciones en el organismo.⁴⁹ Existen tres clases: totipotentes, pluripotentes y multipotentes. Las primeras crean todos los tipos de células del cuerpo en cualquier estado de su desarrollo, siendo en el ser humano totipotenciales sólo las ocho que integran al cigoto, pues únicamente éstas pueden formar la placenta y el cordón umbilical. Las segundas pueden dar origen a cualquier clase de célula del cuerpo de un adulto, pero no a un individuo completo, puesto que son incapaces de constituir una placenta y un cordón umbilical, indispensables para el desarrollo y sustento del mismo; éstas se encuentran en la masa del blastocisto, el cual se forma al quinto día de la fecundación. Por último, las terceras se caracterizan por poder desarrollar diferentes tipos de células dentro de una categoría específica; por ejemplo, células multipotentes sanguíneas pueden originar eritrocitos, leucocitos o trombocitos.

Las células troncales extraídas del embrión en la etapa de blastocisto poseen varias características que las hacen más atractivas para la investigación que las células troncales adultas, ya que pueden dividirse y crecer más

⁴⁷ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/1, art. 35. Publicada en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

⁴⁸ Organización Mundial de la Salud (diciembre de 2015). Obtenido de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>, fecha de consulta: 16 de septiembre de 2016.

⁴⁹ Mayani, Héctor, “Células troncales y terapia celular”, en Tapia, Ricardo y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014, p. 68.

o menos indefinidamente, pueden diferenciarse en cualquier tipo de célula en el cuerpo de un adulto y pueden ser usadas por largos periodos de tiempo sin perder su potencia.

Conocer los tipos y propiedades de las células troncales nos ayuda a entender los problemas que la investigación con éstas puede resolver, entre los cuales destacan: crear células con especialización requerida para cada tipo de enfermedad (ejemplo, células beta pancreáticas en el caso de diabetes tipo 1), que puedan ser trasplantadas a seres humanos, ayudar en el desarrollo de fármacos más baratos y más efectivos, desarrollar órganos y tejidos, que el cuerpo reconozca como suyos, sin correr el riesgo de alguna infección o rechazo.⁵⁰ Asimismo, en la actualidad los tratamientos que tienen como base las células troncales y que funcionan muy bien son los usados para tratar quemaduras, generando tejido sobre el sitio quemado, tratando la esclerosis múltiple, diabetes tipo 1, lupus, Alzheimer, Parkinson, especializando para ello a las células en pancreáticas beta para que produzcan insulina, en nerviosas, entre otras.⁵¹

Actualmente millones de personas sufren alguno de estos padecimientos, que pudieran tratarse, e inclusive curarse mediante una terapia celular.⁵² De hecho, nuestro país no se encuentra exento de esto, ya que las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y la diabetes ocupan el primero, segundo y cuarto lugares entre las causas de muerte de los mexicanos.⁵³

Es por todo lo antes expuesto que la investigación con células troncales embrionarias tiene repercusiones en la salud; por tanto, el conocimiento derivado de ésta puede llegar a crear o mejorar tratamientos para enfermedades que antes se creían incurables e incrementar de esta forma la calidad y la prolongación de la vida. Ahora bien, la decisión de la Corte Europea respecto a la no patentabilidad de células troncales que conlleven la destrucción de embriones genera polémica al preferir otorgarles dignidad que respetar el derecho de las personas a acceder a la salud, pues niega incentivos a la investigación en esta rama tan prometedora —y que, de hecho, ya ha mostrado resultados—.

Al no otorgar estos incentivos, la inversión decrece, y con ello la investigación, lo cual evita el acceso a tratamientos efectivos en la Unión Europea, generando que las personas busquen estas terapias en otros países con legislaciones más permisivas, lo que deriva en un turismo médico que en muchas ocasiones no suele ser lo que esperaban, o resulta en una potencial fuente de

⁵⁰ *Ibidem*, p. 70.

⁵¹ *Ibidem*, p. 186-194.

⁵² Mayani, Héctor, *op. cit.*, p. 77.

⁵³ *Idem*.

engaños. Es de esta forma en que si la Unión Europea busca respetar el derecho al acceso y protección de la salud de sus ciudadanos, no puede dejar fuera la patentabilidad de los avances en células troncales relacionados con la destrucción de embriones.

V. DERECHO Y LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

El derecho a la libertad de investigación puede entenderse como la garantía de la “realización sin trabas de todas las actividades destinadas a la búsqueda del conocimiento, en cualquier ámbito del saber... su objeto es el desarrollo de la ciencia a través de la investigación científica”.⁵⁴ Asimismo, este derecho se encuentra estipulado en el artículo 15, punto 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora”.⁵⁵

Además de aparecer más de una vez en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, tanto en el preámbulo: “Reconociendo que, gracias a la libertad de la ciencia y de la investigación, los adelantos científicos y tecnológicos han reportado y pueden reportar grandes beneficios a la especie humana, por ejemplo aumentando la esperanza de vida...”,⁵⁶ como en los objetivos en el artículo 2: “d) reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico...”.⁵⁷

Como se puede ver, la libertad de investigación científica es un derecho humano reconocido internacionalmente, siendo uno de sus fines primordiales beneficiar a los seres humanos, y más aún en el ámbito de la salud. Entonces, ¿cómo vulnera la sentencia en cuestión este derecho? Al no permitir la patentabilidad de las células troncales embrionarias, como ya lo mencionábamos, se inhibe la inversión en este rubro, por lo que se carece de fondos para la investigación, lo que no permite a los científicos desarrollar libre-

⁵⁴ Ahumada, Marcela, “La libertad de investigación científica. Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012, p. 415.

⁵⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, artículo 15.

⁵⁶ Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, del 19 de octubre de 2005, preámbulo.

⁵⁷ *Ibidem*, artículo 2.

mente su trabajo en el tema de su predilección. De esta manera, la sentencia está en contravención de este principio fundamental, el cual incluso está protegido por la legislación de la Unión Europea.⁵⁸ Lo anterior, no obstante que uno de los “objetivos” de la decisión del tribunal en su interpretación de la directiva 98/44/CE fue promover la industria biotecnológica europea al homologar el sistema de patentes en esta región, cuando lo que logró fue lo contrario.⁵⁹

Al contrario de la Unión Europea, que contiene excepciones a la patentabilidad en el área de la biotecnología, existen países como Canadá y Estados Unidos en donde no las hay, o al menos no en lo que respecta a las células troncales embrionarias,⁶⁰ lo que se constata con el caso WARF (Wisconsin Alumni Research Foundation) y su fundador, James Thomson, quienes en 1998 fueron los primeros en patentar células troncales embrionarias humanas en ese país.

También, de acuerdo con el *Wisconsin State Journal*, de 1999 a 2006 esta fundación recibió 3.2 millones de dólares por derechos de licencia de la patente, de los cuales el 75% se reinvertió en investigación, reflejando con ello un modelo de autofinanciamiento que garantiza la libertad de investigación y el acceso a la salud de las personas en caso de éxito de la misma. Asimismo, esta situación mostró a los Estados Unidos como un ejemplo a seguir en la regulación de patentes que garanticen los derechos humanos, que tanto la Unión Europea como nuestro país deberían adoptar. Al respecto, hacemos hincapié en las palabras de Ricardo Tapia cuando menciona que “La decisión de dejar de investigar sobre la base de que el progreso científico o su mal uso puede generar catástrofes, o inclusive amenazas a la civilización, sólo nos llevará a retrasos en los beneficios para la sociedad”.⁶¹

VI. IMPORTANCIA DE PATENTAR LAS INNOVACIONES BIOTECNOLÓGICAS

De acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, una patente es la facultad del creador de una invención a tener un derecho ex-

⁵⁸ Adcock, Mike y Beyleveld, Deryck, “Morality in Intellectual Property Law: A Concept-Theoretic Framework”, *Intellectual Property Rights: Open Access*, vol. 4, núm. 1, 2016, p. 6.

⁵⁹ Parker, Scott y England, Paul, “Where Now For Stem Cell Patents?”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, UK, vol. 7, núm. 10, 2012, p. 744.

⁶⁰ Zachariades, Nicholas, “Stem Cells: Intellectual Property Issues in Regenerative Medicine”, *Stem Cells and Development*, vol. 22, sup.1, 2013, p. 62.

⁶¹ Tapia, Ricardo, *op. cit.*, p. 50.

clusivo de la misma frente a terceros,⁶² la cual es otorgada por determinado Estado previo a una solicitud, y se refiere más exactamente al derecho de ser la única persona en explotar comercialmente dicho invento por un periodo de tiempo, por lo general de veinte años.

El origen de las patentes como tal suele remontarse a principios del Renacimiento, en 1474, con la emisión en Venecia de la Primera Ley de Patentes, y en 1551 en Bolonia con el otorgamiento de una patente para fabricar artículos de vidrio.⁶³ Pero ¿de dónde surge la importancia de patentar? Sin duda alguna la gestión del conocimiento tiene un rol de gran preeminencia en la competencia de instituciones, tanto empresas como universidades.⁶⁴ Esta generación de saber se vuelve más importante en el sector biotecnológico, como lo indicó la Comisión Europea, al estimar que a finales de la primera década del siglo XXI el valor del mercado mundial de esta ciencia ascendería a más de dos billones de euros.⁶⁵ De este modo es como la biotecnología ha sido decisiva en muchos avances de la medicina y farmacología, lo que genera un importante crecimiento de la industria farmacéutica, que a la vez se traduce en mayores ingresos. Las patentes en el sector biotecnológico son de gran relevancia debido a que en éste, la investigación es más utilizada y exhaustiva, lo que conlleva una fuerte inversión tanto monetaria como de tiempo y de recursos, además de que se debe tomar en cuenta que no toda investigación concluye en éxito, o al menos no hasta dentro de varias décadas.

La investigación en biotecnología es más rentable en cierta medida, porque sus resultados se orientan comúnmente a obtener avances en la medicina. Comparando este sector con otros, como el informático, la salud de las personas es un bien jurídico inigualable, por lo que es de gran valor, lo que desencadena en un mayor precio en los productos y terapias para contrarrestar enfermedades, ya que las personas están dispuestas a pagar lo que sea necesario. De esta forma, invertir en este tipo de investigación puede considerarse un buen negocio en caso de obtener buenos resultados, puesto que eso conllevaría a generar medicamentos o terapias que al patentarse pueden ubicarse en el mercado a precios muy altos.

⁶² Patentes. Disponible en: <http://www.wipo.int/patents/es/>, fecha de consulta: 10 de agosto de 2016.

⁶³ Díaz, Maidelyn, “La propiedad industrial y los sistemas de patentes en el mundo de la información”, *ACIMED*, vol. 18, núm. 6, 2008, p. 2.

⁶⁴ Ramírez, Rafael, “La propiedad intelectual como soporte en la gestión del conocimiento. Su importancia en el proceso de investigación científica”, *Zootecnia Tropical*, vol. 32, núm. 1, 2014, p. 54.

⁶⁵ Burrone, Esteban, “Las patentes, pilar esencial del sector de la biotecnología”. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2006, disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/documents/patents_biotech.htm, fecha de consulta: 10 de agosto de 2016.

Lo anterior implica un enfoque realista, considerando el sistema económico predominante en el mundo, el sistema de patentes actual. Las patentes sobre medicamentos e innovaciones en este sector tienen grandes ventajas; por un lado está la competencia, la patente que genera un incentivo para las instituciones en el desarrollo de innovaciones; entre más grande sea la competitividad entre estas para patentar, mayor será su esfuerzo por buscar soluciones o mejorar las existentes dotándolas de mejor calidad, y al hablar de soluciones nos referimos al ámbito médico, fármacos y tratamientos que contrarresten enfermedades, procurando la salud de las personas.

La inversión genera investigación, los resultados satisfactorios de la investigación generan patentes, las patentes generan ingresos monetarios, lo que a su vez incentiva el volver a invertir en investigación, desarrollándose así un círculo, que si bien es provechoso para los titulares de la patente, también lo es para las personas en general. Es entonces cuando nos preguntamos: ¿por qué negar la patentabilidad de células troncales embrionarias al considerar una “dignidad” del embrión (que no existe), en lugar de velar por los resultados en beneficio del progreso científico y de la salud de las personas que esto puede generar?

VII. NOTAS FINALES: ¿LECCIONES PARA MÉXICO?

La Unión Europea y los países que la conforman son y han sido en muchos sentidos ejemplos a seguir para el Estado mexicano. No obstante, su cultura democrática y de legalidad que conlleva el respeto a los derechos humanos se ve ensombrecida por la decisión de la Corte Europea en la resolución del caso *Brüstle vs. Greenpeace*, en la cual la opinión de su abogado general, repleta de tintes conservadores y criterio no fundamentado en datos científicos, sino en simple ideología, ha sido de gran peso para el resultado de la sentencia.

Cabe recordar que en la Unión Europea se encontraba regulada la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas en la Directiva 98/44/CE aun cuando no establecía nada específicamente respecto a células troncales embrionarias, por lo que se tuvo que recurrir a la judicialización del tema. En lo que respecta a México, la Ley de Propiedad Industrial señala en su artículo 16, fracción II, que se prohíbe la patentabilidad del material biológico y genético tal como se encuentra en la naturaleza, sin mencionar ninguna cuestión en relación con embriones o células troncales embrionarias.⁶⁶

⁶⁶ Ley de Propiedad Industrial, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de junio de 1991, artículo 16, fracción II.

Sin embargo, la Ley General de Salud de nuestro país hace mención en varias ocasiones, a las células troncales: proporciona una definición, regula las donaciones de las mismas tanto en lo referente a consentimiento informado como a los fines (terapéuticos o de investigación), el centro que llevará el registro de estas donaciones, los establecimientos que estarán a cargo de su disposición, la obligación de las entidades federativas de impulsar la donación de estas células “para coadyuvar en el tratamiento o curación de los pacientes que las requieran”;⁶⁷ lo anterior, ubicado en los preceptos 314, 323 y 321 bis, 338 y 341, respectivamente.

A diferencia de la Unión Europea, en México no se ha suscitado controversia alguna sobre patentabilidad de células troncales de origen embrionario, pero de presentarse el problema, se resolvería de forma judicial, pues la legislación que regula la materia no hace mención a las de origen embrionario, o vaya, a las extraídas gracias a la destrucción de embriones, por lo que el criterio judicial podría ser negar la patente argumentando una laguna legal, y con base en el criterio europeo derivado de la sentencia *Brüstle vs. Greenpeace*. En el mejor de los casos, la otorgaría, considerando el principio general del derecho “lo que no está prohibido está permitido”.

México tiene mucho que recorrer tanto en materia de regulación como de investigación y aplicación clínica en torno a las células troncales de origen embrionario, misma que deberá ser acorde a un sistema de respeto a los derechos humanos y laico. Esto representa un desafío para un Estado con creencias católicas arraigadas, y que tiene como misión no seguir y, además superar las opiniones conservadoras respecto al tema, pues la salud de las personas, de los seres humanos, es más importante que la vida de un conglomerado de células que se encuentran en etapas tempranas de desarrollo, como los blastocitos.

⁶⁷ Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 1984, artículo 341 bis.

IMPACTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA ARTAVIA MURILLO *VS.* COSTA RICA PARA MÉXICO EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Ser humano y persona.* IV. *Interpretación evolutiva de los derechos humanos: las diferencias entre fecundación y concepción.* V. *Costa Rica, ¿un Estado contumaz?* VI. *Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana en el contexto mexicano.* VII. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El siglo pasado, sin lugar a dudas, concluyó con diversos avances tecno-científicos que décadas atrás parecerían cosa de ciencia ficción. En ese sentido, como humanidad hemos logrado avances en muchas áreas, el internet es una muestra evidente de ello, y lo son también los grandes avances en términos biotecnológicos.

No es accidente que lo anterior esté vinculado al gran desarrollo de la llamada ingeniería genética; en este sentido, es imposible no hacer notar que, precisamente a finales de la anterior centuria, recibimos la noticia de la obtención de la secuencia del genoma humano, un hecho que sin duda alguna marca un hito en la historia de la humanidad.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, si bien durante siglos, en lo que hace la ciencia jurídica, términos biológicos como genoma, células germinales, células madre, embrión o ADN, fueron expresiones ajenas a la disciplina, hoy se ven obligados a cohabitar un mismo espacio y a generar reflexiones de tipo biojurídico. Biología y derecho, consecuentemente, se han convertido en un binomio que, nos guste o no, resulta en estos tiempos inseparable.

La reflexión jurídica, hoy se ve obligada a nutrirse de elementos biológicos y biotecnológicos, dado que las biotecnologías contemporáneas tienen,

indudablemente, una incidencia directa en diversos aspectos de la regulación [jurídica], no sólo de la vida en sociedad, sino de la vida humana en sí misma.

El derecho, hoy más que nunca, debe adaptarse a la nueva realidad sociopolítico-biotecnológica. Lo anterior no es una alternativa, sino una obligación indefectible; esto, en la medida en que dichos avances inciden en la vida social del hombre.

Es precisamente en el contexto de esta nueva realidad científica de donde partiremos para el análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Para nosotros, un hecho es evidente: la biogenética ha avanzado vertiginosamente, y no así el derecho.

Efectivamente, hoy es posible concebir vida humana por medio de diferentes técnicas. Así, tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* se han convertido en técnicas cada vez más accesibles. Es en ese orden de ideas que consideramos que en la medida en que la aplicación de dichas técnicas incide en la esfera social, es en la misma medida en que el derecho está obligado a intervenir.

El grueso de los países de la región, suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han asimilado bien la utilización y aplicación de dichas técnicas; sin embargo, en el ámbito jurídico, particularmente en Latinoamérica, la actividad legislativa se encuentra desfasada, ya que existen las técnicas, pero no se han regulado sus consecuencias.

La controversia central en el caso de la sentencia de *Artavia Murillo vs. Costa Rica* radica en qué debemos entender por persona, una discusión que si bien es vieja, tal parece que en algunos casos sigue siendo inacabada.

En ese sentido, partiremos de una visión estrictamente científica respecto de los inicios de la vida humana, ya que si bien es cierto que a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide humano surge vida humana, no siempre el resultado es una persona en el sentido jurídico de las cosas, pues de la fecundación se pueden derivar fenómenos como los carcinomas, las molas hidatiformes, siameses, e inclusive, técnicamente es posible la creación artificial de seres híbridos.¹

¹ Cuando hablamos de fecundación, básicamente estamos haciendo alusión al momento en que las células germinales, masculina y femenina, se unen y fusionan entre sí dando lugar a un cigoto. Generalmente asociamos este momento con el surgimiento de la vida, lo cual es acertado; sin embargo, siguiendo una lógica simplista, derivamos que ante la existencia de un cigoto nos encontramos siempre frente al equivalente de la persona humana. El sofisma que nos lleva a tales conclusiones es más o menos el siguiente: fusión de óvulo y espermatozoide igual a fecundación, fecundación, igual a un nuevo individuo de la familia humana, único e irrepetible, llamado cigoto; cigoto igual a embrión, embrión igual a feto,

Recordemos sólo como dato anecdótico que es Charles Darwin el primero que con sus ideas da un duro golpe a la humanidad. Darwin, sin aviso previo y de un solo golpe, nos sustrae de un mundo mágico y divino, ubicándonos en un plano terrenal y humano. A partir de las ideas darwinianas, resulta que no descendemos de Adán y Eva, sino que somos producto de un complejo proceso evolutivo. Darwin, entonces, nos expulsa abruptamente del edén y nos lanza sin cortapisas a un universo diverso, el universo de lo biológico.

La propuesta de Darwin resquebrajó antiquísimos paradigmas. La idea del mundo creado en un único momento quedó sin efecto. Darwin, en su momento, propuso un nuevo y audaz modelo: la creación evolutiva de todas las especies y de la humanidad misma por medio de la selección natural. Aunque la teoría de Darwin se refería a las especies, su impacto era mayor, ya que extrapolando sus ideas, el universo mismo se encontraba —y se encuentra— en un proceso constante de cambio. Hoy los avances rutinarios que podemos ver día con día en materia de biotecnologías nos confirman lo anterior.

En el caso de la sentencia que ahora se analiza, el punto focal se encuentra en el tratamiento que debemos dispensar a esa pequeña entidad denominada embrión.

II. ANTECEDENTES

Como ya lo adelantamos, el surgimiento de las técnicas de reproducción humana asistida ha provocado profundos cambios en la concepción que se tiene respecto del concepto vida, amén de que con la aparición de dichas técnicas, conceptos tanto culturales como jurídicos se han visto afectados de manera sustancial.

En particular, la fecundación *in vitro*, con todas las alternativas que nos ofrece ha venido a cuestionar afirmaciones, en algunos casos milenarias, como *mater semper certa est*. Este principio jurídico de atribución de la maternidad, hoy se enfrenta a las diversas posibilidades ofrecidas por la tecnología, alternativas que tiran por la borda certezas que parecían inamovibles,

y feto igual a persona. Pareciera que lo anterior es completamente correcto. Sin embargo, un cigoto puede dar lugar a dos individuos, ya sean gemelos o siameses, e igualmente la fecundación de dos pares de óvulos y espermatozoides no siempre deriva en la creación de dos individuos de la especie humana únicos y diferentes, sino que bajo ciertas circunstancias dos cigotos derivan en un solo ser humano, que es el caso del quimerismo. Siendo esto cierto, hemos de ser cautelosos cuando afirmamos que frente a la unión de óvulo y espermatozoide tenemos siempre un individuo al que podemos categorizar como persona.

pues el proceso de gestación ya no sólo es, como lo era antes, un hecho biológico, un hecho natural de características invariables. Hoy, la gestación de un ser humano se ve atravesada por las diversas posibilidades que nos ofrece la tecnología.

Efectivamente, hoy en día la vinculación entre gestante y gestado no es un hecho irrefutable. La tecnología nos ofrece, en ese sentido, múltiples alternativas desconocidas hasta hace relativamente poco. Si bien este tipo de avances médicos escaparon, por razones de época, al grueso de las legislaciones nacionales de la región,² podemos afirmar que lo mismo sucedió con ciertos lineamientos jurídicos de carácter internacional.

En el caso que nos ocupa, debemos señalar que por los mismos motivos antes citados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tenido que actualizarse, en este caso por vía jurisprudencial; ello, en virtud de que al momento de su surgimiento, muchos de los avances biotecnológicos con los que ahora contamos simplemente no existían.

Efectivamente, una primera observación que en ocasiones parece olvidarse, y que consideramos necesario hacer notar, es que la versión original de la Convención Americana³ data de 1969,⁴ momento en el que fenómenos como la fecundación *in vitro* aún no habían sido desarrollados. No olvidemos, además, que la misma entrada en vigor de dicha Convención sucede el 18 de julio de 1978,⁵ que es cuando finalmente se logra el número de ratificaciones necesarias para su puesta en marcha.

² En este caso por región nos referimos al continente americano, y particularmente a Latinoamérica y los países integrantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³ El sistema interamericano de derechos humanos estaría configurado, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990); la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); la Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); la Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, 1996) y eventualmente los demás tratados que puedan dar competencia a la Corte. (Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, pp. 350 y 351; Henríquez Viñas, Miriam Lorena, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, p. 129.)

⁴ También conocida como Pacto de San José.

⁵ Lo anterior, en los términos del artículo 74.2 de la misma Convención.

El caso de Artavia Murillo *vs.* Costa Rica se centra en la prohibición que desde 2000 estableció el gobierno costarricense respecto de la utilización en dicho país de la fecundación *in vitro*.⁶ El argumento principal para dicha prohibición estaba basado en la hipótesis de que el ordenamiento interno de aquel país protegía la vida desde la concepción.

Adicionalmente, y en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se argumentaba que el numeral 4.1. de la misma protegía la vida del concebido no nacido. Dicho artículo de la Convención establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”.

Es decir, el argumento central del gobierno de Costa Rica era que su legislación interna estaba debidamente armonizada con los lineamientos del artículo 4.1 de la Convención, toda vez que en dicho artículo se permitía la protección del *no nacido* desde la concepción.

Al respecto, una primera precisión resulta obligada. Como ya lo adelantamos, resulta imposible pensar que los redactores originales de la convención hubieran podido pensar en 1969, que era posible generar un embrión fuera del cuerpo de una mujer.

En 1969, como ya lo hemos sostenido, la fecundación *in vitro* de seres humanos se encontraba, si acaso, en el terreno de la especulación. Pero vayamos más allá. La Convención Americana sobre Derechos Humanos encuentra sus orígenes en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, declaración que fue emitida en 1948 en la ciudad de Bogotá, y en la que en los trabajos preliminares sí se incluyó una mención específica respecto de un supuesto derecho a la vida de los que están por nacer.⁷ Sin embargo, esa idea que dotaba de derechos a los no nacidos fue finalmente abandonada, y en consecuencia, en la versión final de la declaración ya nada se dijo al respecto.⁸

⁶ En Costa Rica, la fecundación *in vitro* fue legal entre 1995 y 2000, ya que el Decreto Ejecutivo del Ministerio de Salud No. 24029-S del 3 de febrero de 1995, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales.

⁷ Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos, vol. V, p. 449 (1948).

⁸ Véase el punto 197 de la sentencia del caso Artavia Murillo *vs.* Costa Rica, en donde se aclara que en su momento se eliminó cualquier alusión al no nacido en virtud de diferentes reclamos hechos por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico, dado que la definición del alcance del derecho a la vida en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes sobre la pena capital y el aborto en la mayoría de los Estados americanos.

Fue precisamente y, como ya se mencionó, hasta la redacción de la Convención, cuando se incluyó la mención “en general” en el ya citado artículo 4.1. Ahora bien, el primer caso en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el alcance del artículo 4.1 es en el caso conocido como *Baby Boy vs. EUA*.⁹ En dicho caso, el demandante alegó que se había violado el derecho consagrado en el artículo 4.1 de la Convención, al provocarse la muerte de un feto que había sido abortado.

En dicha ocasión, la Comisión Interamericana se manifestó por primera vez sobre el alcance del artículo 4.1, y dejó claro que la redacción de dicho artículo respondía a la necesidad de respetar la legislación en materia de aborto de cada Estado firmante.

Insistimos, pues, en que por simples razones de temporalidad, ni la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá de 1948) ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969) pudieron haber considerado, siquiera, la posibilidad de fecundar un óvulo de manera extracorpórea. Es decir, en ambos instrumentos la posibilidad de la fecundación *in vitro* ni siquiera estuvo presente en la mente de los redactores.

Como hemos demostrado, resulta imposible que la fecundación *in vitro* (como fenómeno biotecnológico) estuviera presente en las discusiones de los redactores originales de la Declaración o de la Convención. Un hecho adicional que confirma todo lo antes dicho es que la primera fecundación *in vitro* exitosa no sucede sino hasta 1978, paradójicamente en el mismo año y en el mismo mes en que entró en vigor la Convención.

Efectivamente, el 25 de julio de 1978 (apenas siete días después de la entrada en vigor de la Convención) es cuando nace, en Inglaterra, la llamada primer bebé probeta, Louise Brown.¹⁰ Este hecho por sí mismo viene a demostrar lo que hemos venido sosteniendo, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos jamás contempló la posibilidad de que hubiera embriones fecundados de manera extracorpórea, característica singular de la fecundación *in vitro*.

⁹ Véase caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* en: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm> [sitio web consultado el 25 de mayo de 2017].

¹⁰ Después de Louise Brown, las fechas relevantes en cuanto al surgimiento de nuevos “niños probeta” son: julio de 1980, primer bebé probeta australiana; mayo de 1981, primer bebé probeta francesa (de nombre Anadine); diciembre del mismo año, primer bebé probeta estadounidense; 1983, primer bebé probeta italiana; julio y septiembre de 1984, primera y segunda bebés probeta españolas (Anna y Lorena); 1984, primer bebé probeta australiana, nacida a partir de embriones previamente cigogenizados (Zoe Leyland). Véase al respecto Anson, Francisco, *Se fabrican hombres (informe sobre la genética humana)*, Madrid, Ediciones Rialph, 1988, p. 87.

Así pues, en un primer momento, y solamente a partir del orden cronológico de los acontecimientos, es imposible pensar que la Convención Americana haya dotado de derechos a los no nacidos y mucho menos a los no nacidos bajo las diferentes técnicas de la reproducción humana asistida.

Para cerrar este apartado, hay que insistir en que la alusión a los no nacidos, pero sí concebidos de la Convención, tuvo como única finalidad, dar un cierto margen de maniobra para los Estados firmantes, pero con relación a un tema diverso, el aborto.

Ahora bien, y no obstante lo dicho en el anterior párrafo con relación al aborto, esto tampoco significa que la Convención haya dotado de derechos al no nacido por encima de la mujer gestante. Reiteramos que ya desde 1981 en el caso mencionado entre *Baby Boy vs. Estados Unidos*, la Comisión se había manifestado claramente en el sentido de que no existe un derecho a la vida desde la concepción, y que es precisamente por ello que los redactores incluyeron la expresión “y en general”.

III. SER HUMANO Y PERSONA

Como sabemos, la controversia en el caso de *Artavia Murillo vs. Costa Rica* se originó porque en 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto 24029, emitido por el Ejecutivo de Costa Rica, acción de inconstitucionalidad en la que se alegaban diversas violaciones en relación con el derecho a la vida de los *nasciturus*. En este contexto, en 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró que dicho decreto era efectivamente inconstitucional, con lo que de facto quedó prohibida la fecundación *in vitro* en aquel país. Los argumentos centrales de aquella sentencia constitucional fueron los siguientes:

- a) El embrión humano es persona desde el momento de la concepción.
- b) En virtud de lo anterior, el o los embriones no pueden ser tratados como simples objetos.
- c) De igual forma, no deben ser utilizados para fines de investigación ni deben ser sometidos a procesos de selección.
- d) En virtud de ser personas, no deben ser conservados en congelación.
- e) No es legítimo constitucionalmente, que dichos embriones sean expuestos a un riesgo desproporcionado de muerte.

El argumento central era que la utilización de la fecundación *in vitro* implicaba la necesaria pérdida de un elevado número de embriones, se decía

así en la sentencia, que era inadmisibles que para lograr el nacimiento de un ser humano fuera necesario la pérdida de una elevada tasa de embriones.

Se argumentó, además, que resultaba inapropiado provocar la vida de esos embriones para luego frustrarla; esto, partiendo de la idea original de que dichos embriones eran seres humanos. Así, bajo estos supuestos se dejó claro en la sentencia que el orden constitucional costarricense protegía la vida como valor supremo y no distinguía entre nacidos y no nacidos, por lo que en tales circunstancias era evidente que la fecundación *in vitro* atentaba contra la vida humana.

En este orden de ideas, una confusión común y recurrente es equiparar los conceptos *ser humano* con *persona* cuando son en realidad, conceptos que se encuentran en diferentes niveles. Digamos que *ser humano* alude a una idea biológica, ser humano es aquel individuo que pertenece a la especie humana, en tanto que *persona* es una categorización jurídica.

Efectivamente, el concepto de persona es una ficción creada por y desde el derecho, que el propio Kelsen definió de la siguiente manera:

El concepto de sujeto de derecho o persona no es otra cosa que una construcción artificial, un concepto auxiliar que ha creado el conocimiento jurídico con el fin de representarse gráficamente el material que trata de dominar, y bajo la presión de un lenguaje jurídico antropomórfico y personificador. La persona no es más que una expresión unitaria personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, de un complejo normativo: este punto de vista garantiza al derecho contra posibles hipótesis perturbadoras, que lo reduplican inútilmente como objeto del conocimiento. Sólo de ese modo es posible dar plena satisfacción a la antigua exigencia de la teoría positivista del derecho: comprender la persona jurídica y la persona física como cosas esencialmente idénticas. La persona física no es el hombre, como afirma la doctrina tradicional. El hombre no es un concepto jurídico, sino bio-psicológico. Pero la persona física es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de un hombre; así como la persona jurídica es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de una pluralidad de hombres...¹¹

Como podemos ver, el concepto jurídico de persona es una creación artificiosa, que resulta muy útil para poder atribuir derechos y obligaciones, pero que no representa realmente la idea de persona humana, la idea del *homo*.

Entonces, en estricto sentido, la persona desde la óptica jurídica no significa hombre (*homo* en el sentido biológico), no es ese “yo” como realidad

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Colofón, 1994, p. 43.

sustancial, sino que hace alusión a los atributos —derechos y obligaciones— que la norma jurídica le asigna a ese *homo*, a ese hombre, a esa realidad jurídica.

De igual forma, el filósofo del derecho, Recaséns Siches,¹² al plantear el problema de la persona jurídica (tanto individual como colectiva) estableció que “El concepto de persona jurídica (individual o colectiva) es la expresión del conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos o imputados a un mismo ente...”¹³

Así, los atributos de la persona jurídica no son más que las cualidades o atribuciones que desde una perspectiva normativa, condicionada por el sistema jurídico del que hablemos, le asignamos al *homo*, además, y en nuestro caso, al *homo* ya nacido.

En este mismo sentido fue que la Corte Interamericana resolvió el caso Murillo, dado que la misma concluyó que el concepto persona es un concepto puramente jurídico.¹⁴

IV. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: LAS DIFERENCIAS ENTRE FECUNDACIÓN Y CONCEPCIÓN

La Corte Interamericana en sus razonamientos aceptó lo dicho en el presente análisis; es decir, reconoció que al momento del surgimiento de la Convención, procedimientos como la fecundación *in vitro* simple y llanamente no existían.¹⁵

Bajo este orden de ideas, la Corte Interamericana consideró necesario hacer una interpretación evolutiva de los derechos consagrados en la Convención, es decir, de frente al hecho de que el tema de la fecundación *in vitro* no pudo haber sido considerada por los redactores originales, resultaba necesario analizar si existían diferencias entre los conceptos “fecundación y concepción”. Para ello se hizo allegar de elementos científicos aportados

¹² Recaséns Siches, Luis, *Introducción al derecho*, México, Porrúa, 1977.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Véase el punto 176 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en donde la Corte aclara que el concepto de “persona” es un término jurídico. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona se encuentra estrechamente vinculada con los conceptos de “concepción” y “ser humano”, términos cuyo alcance jurídico deben ser valorados desde una perspectiva científica.

¹⁵ Véase el punto 246 de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

por diversos peritos a quienes la Corte llamó. En concreto, lo que estaba diciendo la Corte era que lo plasmado en la Convención debía ser adaptado a las nuevas circunstancias del estado del arte en materia biotecnológica.

Así, finalmente la Corte concluyó, con base en los diversos elementos científicos que se hizo allegar, que fecundación y concepción son dos momentos diferentes del proceso evolutivo del embrión. La fecundación alude al primer momento en que un óvulo es penetrado por un espermatozoide, éste es el momento originario; sin embargo, no es el momento definitivo, siquiera, para determinar un embarazo.

Efectivamente, la fecundación es un proceso que no se da en un solo momento, y al contrario de lo que se puede pensar, cuando la cabeza del espermatozoide se introduce en el óvulo, realmente estamos muy lejos de saber cuál será el final de la historia; de hecho, en un alto porcentaje de casos ese óvulo fecundado ni siquiera llega a implantarse y es expulsado de manera natural fuera del cuerpo de la mujer.

Para la Corte, el momento decisivo no es la fecundación, sino la implantación de dicho embrión en el endometrio de la mujer, ya que es precisamente en ese momento en que se cierra el ciclo entre fecundación y concepción.¹⁶ La Corte consideró que de no darse el anterior supuesto, es decir, si el embrión no logra implantarse, las posibilidades de desarrollo del mismo son nulas, lo que en términos de la fecundación *in vitro* no es un dato irrelevante, dado que en este caso existen múltiples factores, por lo que, eventualmente, dichos embriones podrían, incluso, jamás llegar al útero de una mujer.

En ese sentido, destaca la Corte que en la Convención ni siquiera se alude al primer momento; es decir, a la fecundación, por lo que ateniéndose a la misma Convención, “la concepción” debe entenderse como el momento de anidación del óvulo fecundado en el endometrio de la mujer; es, pues, la implantación el hecho fundamental en la discusión, y, por lo tanto, mientras no haya implantación, ni siquiera es posible pensar en la aplicación del artículo 4o. de la Convención.¹⁷

En el mismo sentido, al hacer un análisis sistemático de la Declaración Americana y la Convención Americana, la Corte concluye que si bien es cierto que en ambos instrumentos se utiliza la expresión “persona”, no es posible entender que dicha expresión incluye a los embriones. De hecho, la Corte va un paso más allá, y establece claramente que el objeto de protección con-

¹⁶ Véase el punto 186 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

¹⁷ *Ibidem*, punto 189.

ferido por el artículo 4.1 de la Convención se refiere a las mujeres, y no a los embriones. Así, cualquier defensa del no nacido se debe dar por conducto de la mujer, y no de cualquier mujer, sino de aquella en la que ya se haya anidado un embrión. Al respecto, la Corte destaca que, en los términos del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, son los Estados parte quienes deben “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, de igual forma que lo hace el artículo séptimo de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.¹⁸

A partir de ese análisis histórico y sistemático efectuado por la Corte Interamericana, ésta concluye enfáticamente que “... la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.¹⁹

Igualmente, la Corte ratifica lo anterior en el punto 244 de la sentencia, al establecer que

La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

Cabe señalar, aunque sea de manera marginal, que la Corte analizó los diferentes sistemas internacionales de derechos humanos, incluyendo el europeo y africano, y de todo ese trabajo concluyó lo mismo: que no existe, en términos de derecho internacional de los derechos humanos, una normativa que explícitamente proteja al embrión o equipare a éste con una persona ya nacida.²⁰

De igual manera, la Corte concluyó que las palabras “en general”, utilizadas en el artículo 4.1 de la Convención, no significan que exista una protección absoluta a la vida, ni mucho menos a la vida embrionaria, por lo

¹⁸ *Ibidem*, punto 222.

¹⁹ *Ibidem*, punto 223.

²⁰ *Ibidem*, puntos 247-256.

que en todos los casos dicha expresión debe entenderse como una protección gradual e incremental según el desarrollo mismo del embrión o feto.

Para cerrar este apartado cabe señalar que si bien es cierto que la Corte Interamericana se posicionó claramente en cuanto a la distinción entre *ser humano* y *persona* (o embrión y persona), la misma Corte señaló que en realidad el verdadero fondo del asunto no era determinar si existía o no un derecho a tener hijos, o bien un derecho para acceder a la fecundación *in vitro*.

Para la Corte, el fondo del asunto tuvo que ver con la desproporcionada interferencia por parte de un Estado miembro en decisiones de carácter personalísimo, y que tienen que ver con el derecho de los individuos a decidir sobre su vida personal y familiar, así como el impacto que tienen las decisiones de un Estado determinado, en el pleno ejercicio de tales derechos.²¹

V. COSTA RICA, ¿UN ESTADO CONTUMAZ?

No obstante la claridad y contundencia de la decisión de la Corte Interamericana, tuvieron que pasar casi cuatro años para que el Estado de Costa Rica cumpliera (aunque no de forma definitiva) con la condena que le fue impuesta, particularmente en lo que se refiere a modificar sus reglas internas para permitir la fecundación *in vitro*.

En la sentencia de 2012, en el punto 336, la Corte Interamericana ordenó al Estado de Costa Rica que

...las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia.

Costa Rica se encuentra obligada a respetar las decisiones de la Corte en virtud de lo dispuesto en el artículo 68.1 de la misma Convención Americana; adicionalmente, Costa Rica promulgó el 9 de septiembre de 1983, la ley 6889, en la que se establece que las decisiones de la Corte Interamericana son directamente aplicables y ejecutables a nivel interno, por lo que la sentencia de 2012 tiene pleno valor al interior de Costa Rica y se debía considerar como cosa juzgada.

²¹ *Ibidem*, punto 326.

Un primer intento para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana fue por la vía legislativa. Así, fueron presentados tres proyectos de ley: el proyecto 18.057, denominado Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia de Óvulos Fecundados; el Proyecto 18.738, denominado Ley de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones Humanos, y el Proyecto 18.824, titulado Ley Marco de Fecundación In Vitro. Sin embargo, ninguno de dichos proyectos prosperó, por lo que en los hechos la prohibición sobre la utilización de la fecundación *in vitro* continuó.

Frente a dicho panorama, el Ejecutivo costarricense decidió emitir el decreto 39210-MP-S, mediante el cual se autorizaba la utilización de la técnica de fecundación *in vitro*, así como la transferencia embrionaria. Dicho decreto fue publicado en el *Diario Oficial La Gaceta* el 11 de septiembre de 2015.

En el artículo primero de dicho decreto se estableció claramente, que la intención del mismo era autorizar la realización de la técnica de reproducción asistida denominada fecundación *in vitro*, con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de personas con infertilidad. Se reconocía así a la fecundación *in vitro*, como un tratamiento médico, cuya finalidad es ayudar a las personas con infertilidad a fin de mejorar sus posibilidades de lograr un embarazo.

Ahora bien, el decreto antes mencionado fue impugnado, por lo que el 7 de octubre de 2015, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica ordenó la suspensión del mismo. Los principales argumentos de la Sala Constitucional seguían siendo los mismos: la protección de la vida prenatal.

En este contexto, la Corte Interamericana requirió al Estado de Costa Rica a fin de que le informara los avances, y emitió una resolución complementaria el 26 de febrero de 2016, mediante la cual ordenó que se mantuviera la vigencia del decreto Ejecutivo 39210-MP-S, esto “en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”.

Por último, cabe mencionar que el Estado de Costa Rica fue demandado nuevamente por un caso similar. Efectivamente, el 18 de enero de 2016, la Comisión Interamericana remitió a la Corte un nuevo caso, que incluía la demanda de seis parejas costarricenses. Dicho asunto se le conoce como el caso “Gómez Murillo y otros (fecundación *in vitro*) *vs.* Costa Rica”.

Ahora bien, en esta ocasión el asunto se resolvió mediante un arreglo amistoso suscrito el 4 de agosto del 2016 entre las víctimas y el Estado de Costa Rica, arreglo que fuera homologado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencia del 29 de noviembre de 2016.²² Cabe destacar que en el punto 6 de la parte resolutive se fija el 11 de setiembre del 2017 como fecha en la que las entidades a cargo de la salud pública deben cumplir con una serie de exigencias en vistas de garantizar un acceso efectivo a la FIV.

Igualmente, es de destacarse que mediante dicho acuerdo, el Estado de Costa Rica reconoce que hubo una violación a los derechos humanos con las medidas que prohibían la fecundación *in vitro*.²³

VI. OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CONTEXTO MEXICANO

Algunos autores²⁴ consideran que sentencias como la emitida en el caso de Artavia Murillo sólo obligan al Estado parte condenado. Sin embargo, esa interpretación es errónea.

En nuestra opinión, a partir de las modificaciones a nuestra Constitución Política de junio de 2011, es obligación de todo juez nacional aplicar los criterios derivados de sentencias como la antes citada, dado que éstas conforman lo que podemos denominar como un *corpus* jurisprudencial internacional en materia de derechos humanos.

²² Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf [sitio web consultado el 25 de mayo de 2017].

²³ En el cuarto punto resolutive de la sentencia que homologa el acuerdo se puede leer lo siguiente: “El Estado, conforme al Acuerdo de solución amistosa, reconoce la violación del derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, protección de la honra y de la dignidad, la protección a la familia y la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención, en perjuicio de Daniel Gerardo Gómez Murillo, Aída Marcela Garita Sánchez, Roberto Pérez Gutiérrez, Silvia María Sosa Ulate, Luis Miguel Cruz Comparaz, Raquel Sanvicente Rojas, Randall Alberto Torres Quirós, Geanina Isela Marín Rankin, Carlos Edgardo López Vega, Albania Elizondo Rodríguez, Miguel Acuña Cartín y Patricia Núñez Marín”.

²⁴ Por ejemplo, Max Silva Abbott, en su artículo “El caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: análisis crítico y posibles efectos regionales”, publicado en la revista *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 6, de abril de 2015.

Adicionalmente, hay que hacer notar que el 16 de diciembre de 1998 nuestro país reconoció como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana.

Dicho reconocimiento de la competencia y, consecuentemente, de las decisiones de la Corte, se hizo con carácter general, y de acuerdo con las manifestaciones del Estado mexicano, dicho compromiso continuaría vigente incluso hasta un año después de la fecha en que nuestro país notificara lo contrario.

Por otra parte, y para zanjar cualquier posible duda sobre la obligación del Estado mexicano respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, nuestro máximo tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se manifestó al respecto mediante la tesis jurisprudencial P./J. 21/2014 (10^{a.}), que en lo sustancial establece:

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.²⁵

Como se puede apreciar, independientemente de que México sea o deje de ser parte en una controversia resuelta por la Corte Interamericana, sus

²⁵ “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, en: *Época Décima*, Registro: 2006225, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo I, Materia(s): Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), P. 204. Tesis derivada de la Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013. Mayoría de seis votos de los ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza; votaron en contra: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, quien reconoció que las sentencias que condenan al Estado mexicano sí son vinculantes y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

sentencias, convertidas en jurisprudencia internacional, son aplicables a todos los signatarios de la Convención y México no es la excepción, ya por disposición de la propia Convención Americana, ya en virtud de la jurisprudencia nacional.

VII. REFLEXIONES FINALES

Las posibilidades ofrecidas por las diversas técnicas de reproducción humana asistida han calado hondo en los diversos sectores conservadores de la región. El caso de Costa Rica es ilustrador, primero, porque es el país sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, segundo, porque no obstante haber sido condenada por la Corte Interamericana, diversos sectores conservadores siguen oponiéndose a la utilización de procedimientos como la fecundación *in vitro*.

Nos guste o no, los avances tecnológicos se han convertido, como bien lo señaló la Corte Interamericana, en medios para ejercer derechos. Así, la reproducción asistida en sus diversas facetas permite a los seres humanos continuar con sus proyectos de vida, con sus propios proyectos de familia, dado que ofrecen la oportunidad de poder tener hijos en circunstancias que antes resultaban imposibles.

Resulta importante mencionar que Grettel Artavia fue declarada personaje del año, y en una entrevista manifestó: “Siento que los años se me van de las manos”, palabras que reflejan claramente la angustia de la misma Grettel y de todas las mujeres que como ella, necesitan recurrir a procedimientos como la fecundación *in vitro* para lograr su proyecto de vida, proyecto de vida que, al menos en el caso de Costa Rica, se ha visto truncado en los últimos dieciséis años en virtud de que, como bien lo señaló la Corte Interamericana, el fondo del asunto, más que la fecundación *in vitro* en sí misma, tenía que ver con la desproporcionada interferencia por parte de un Estado miembro, interferencia que afectaba directamente decisiones de carácter personalísimo, relacionadas íntimamente con el derecho de los individuos a decidir sobre su vida personal y familiar.²⁶

Por último, y después de todos estos periplos legales, la prensa ha dado cuenta que el 8 de marzo de 2017 nació en Costa Rica, María José,²⁷ la primera bebé producto de la utilización de la técnica de fecundación *in vitro*.

²⁶ Véase el punto 326 de la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos del 28 de noviembre de 2012, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

²⁷ Hija de Jenny Garbanzo y José Barana.

De igual forma, la prensa ha informado que hay al menos 53 parejas más que esperan un bebé gracias a la utilización de dicha técnica, y que la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) ha iniciado la construcción y equipamiento de una Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad, que se ubicará en el Hospital Nacional de las Mujeres.²⁸

²⁸ Disponible en: http://www.nacion.com/nacional/salud-publica/Nacio-Costa-Rica-Corte-Interamericana_0_1620437972.html.

NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES IRREGULARES Y SU DERECHO A LA SALUD EN ESTADOS PRIMORDIALMENTE DE DESTINO

Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho a la salud y el principio de no discriminación.* III. *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos.* IV. *Niños migrantes irregulares y el derecho a la salud en Estados primordialmente receptores.* V. *Algunas líneas de acción en materia de acceso al derecho a la salud de niños migrantes irregulares y sus familias.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la salud es un derecho humano fundamental, los migrantes irregulares, en general, no tienen acceso a este derecho.¹ El debate público sobre migración irregular se expresa, en buena medida, en términos tendenciosos y despectivos, que transmiten la impresión no sólo de que los migrantes irregulares no tienen derecho de estar en el Estado de destino, sino, también, de que no tienen derechos en absoluto. Los Estados alrededor del mundo tienden a excluir a los migrantes explícitamente del acceso a los derechos, especialmente los sociales, adoptando una retórica que los equipara con los criminales y terroristas que amenazan la seguridad y soberanía nacionales.²

En este sentido, los niños migrantes irregulares se encuentran afectados por las leyes y políticas de control de la migración irregular, las cuales, al no tener un enfoque compatible con sus derechos como niños, no diferencian, en la mayoría de las veces, si son niños o adultos, y restringen su acceso a

¹ World Health Organization, “International Migration, Health, and Human Rights”, en *Health and Human Rights Publication Series*, núm. 4, 2003, disponible en: <http://www.who.int/hhr/activities/en/FINAL-Migrants-English-June04.pdf>.

² Koser, Khalid, *Irregular Migration, State Security and Human Security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005, p. 10.

derechos humanos básicos. Esto ha sido resaltado, entre otros, por la Corte Europea de Derechos Humanos³ y por organismos internacionales, como la UNICEF, que ha reconocido que “al carecer de los documentos apropiados, pueden experimentar dificultades en el acceso a los servicios básicos y problemas con la ley”.⁴

Los niños y las familias en situación irregular están expuestos a mayores riesgos de pobreza, explotación, discriminación, exclusión social y violencia, que el resto de los migrantes.⁵ La criminalización de su condición migratoria y la de sus familiares hace que vivan en la ‘invisibilidad’ y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el miedo constante de ser detectados y, en consecuencia, deportados. Como resultado, los niños migrantes irregulares pueden experimentar dificultades en el acceso a derechos, en particular los sociales; además de correr el riesgo de convertirse en apátridas si nacen en el Estado de destino por la falta de registro de sus nacimientos.⁶ Por estas restricciones impuestas a sus derechos o a los de sus padres, su desarrollo en los países de tránsito y destino se ve gravemente afectado.⁷

Las múltiples formas de discriminación, violencia y explotación a las que se enfrentan los niños migrantes irregulares afectan directamente su sa-

³ Véase el caso de Tabitha Mitunga, en el cual la Corte Europea de Derechos Humanos condenó al gobierno belga por tratamientos inhumanos en contra de un niño: *CoEDH, Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, demanda 13178/03, sentencia del 12 de octubre de 2006.

⁴ UNICEF, *A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective, Informe presentado en la Tercera Reunión de Coordinación sobre Migración Internacional*, Nueva York, 27-28 de octubre de 2004, p. 55.

⁵ Al respecto, el Comité de Protección Social de la Comisión Europea ha señalado que “Los niños que viven en un ámbito familiar migrante se enfrentan a riesgos de pobreza más altos de aquellos cuyos padres nacieron en el país de acogida. En la mayoría de los países, el riesgo de pobreza al que se enfrentan llega al 30% y es entre dos y cinco veces más alto del que tienen los niños cuyos padres han nacido en el país de residencia”. Comisión Europea, *Child Poverty and Well-Being in the EU*, Luxemburgo, Oficina para las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2008, disponible en: http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2008/ke3008251_en.pdf.

⁶ Se estima que anualmente dejan de registrarse unos cincuenta millones de nacimientos, de los cuales una proporción considerable la integran los niños nacidos en el contexto de la migración. Las razones para dejar de registrar a un niño no sólo pueden ser las relativas a que la legislación correspondiente lo impida por el estatus de los padres, sino también al miedo de ser detectados, desconocimiento del idioma, de las formas de registro o las elevadas tasas para realizar el trámite. Unión Interparlamentaria, “Protección de la niñez y la adolescencia”, *Manual para parlamentarios*, núm. 7, Suiza, SRO-Kundig, 2008, p. 47.

⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, 5 de julio de 2010, A/HRC/15/29, para. 26, 33.

lud física y mental. Además, pueden padecer afecciones que en los Estados de destino no se conocen ni entienden bien. Incluso, en los países en los que sí tienen acceso a los servicios de salud, cabe la posibilidad de que éstos no tengan en cuenta las necesidades, la cultura o el idioma de los migrantes. Esto, como se señaló anteriormente, se ve agravado por la existencia de los obstáculos jurídicos y socioeconómicos a los que se enfrentan por su condición de migrantes y de irregulares.

Los Estados que reciben a un gran número de migrantes se enfrentan a diversos desafíos, entre los cuales se encuentran el aumento de la diversidad de la población y los consiguientes cambios en su perfil cultural y las perspectivas de salud de los pacientes. Todo esto, sin duda, modifica las labores usuales de los profesionales de la salud y debe, también, influir en la gestión de los Estados de los sistemas de salud, pública y su acceso por parte de la población migrante, de modo que dichos sistemas puedan hacer frente al volumen, la velocidad, la diversidad y la disparidad de los flujos migratorios modernos.

Es preciso notar que el desarrollo progresivo del derecho internacional público desde la segunda mitad del siglo XX ha llevado aparejado que las normas y los tratados internacionales sobre derechos humanos reconozcan a toda persona el derecho a gozar del mayor grado de salud física y mental posible, al igual que también ocurre con los principios de igualdad y no discriminación. De este modo, es preciso que los Estados de destino de migrantes ajusten sus políticas en materia de salud a los estándares internacionales de derechos humanos respecto de los cuales se han obligado, y que garanticen que todos los migrantes tengan acceso al derecho fundamental a la salud, especialmente los grupos vulnerables de migrantes, entre los que se hallan los niños irregulares.

Excluir a los migrantes de un enfoque de salud basado en los derechos es una mala práctica de salud pública, pues aumenta la vulnerabilidad, crea discriminación y desigualdades sanitarias y las exacerba, genera un mayor gasto sanitario para los migrantes y, en general, viola sus derechos humanos. En cambio, atender las necesidades de salud de los migrantes puede mejorar el estado de salud y los resultados sanitarios, facilitar la integración, evitar gastos sanitarios y sociales prolongados, contribuir al desarrollo social y económico, y, lo más importante, proteger la salud pública y los derechos humanos.

Dada la compleja interrelación que existe entre los derechos humanos, la salud y la migración internacional, y teniendo en cuenta las diversas circunstancias nacionales, el presente trabajo se enfoca en reflexionar sobre la situación actual que guarda el derecho a la salud de los niños migrantes

irregulares en diez Estados desarrollados, principalmente de destino, y su contraste con lo que disponen los estándares de derechos humanos. Se enfatiza la vulnerabilidad de los migrantes irregulares como grupo humano y la necesidad de proveer acceso a los servicios públicos de salud a todas las personas sin discriminación alguna.

II. EL DERECHO A LA SALUD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es el instrumento internacional de derechos humanos del sistema universal que consagra el derecho a la salud. Al igual que el resto de tratados internacionales de derechos humanos, parte del supuesto de la universalidad de los derechos humanos, no haciendo diferencia, la mayoría de las veces, entre los derechos de nacionales y extranjeros, ni distinciones basadas en el estatus migratorio de las personas. Como señalan los Principios de Limburgo: “Como regla general, el Pacto aplica por igual a los nacionales y no nacionales de un país determinado”.⁸ El artículo 2.2 del PIDESC corrobora esta afirmación al establecer el principio de no discriminación:

Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Como se puede apreciar, entre los motivos prohibidos de discriminación no se encuentra la de ser extranjero (aunque sí la del “origen nacional”),⁹ por lo que se ha discutido si es un supuesto válido la diferenciación entre nacionales y extranjeros en el aseguramiento de los derechos contenidos en el PIDESC. Al respecto, Lillich señala que los supuestos señalados en

⁸ ONU, *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, NU Doc. E/CN.4/1987/17, Anexo, reproducido en *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, para. 42.

⁹ El Comité ha señalado que “origen nacional” se refiere al Estado, la nación o el lugar de *origen* de una persona, lo cual no implica su nacionalidad. La “nacionalidad” la incluye dentro del rubro “otra condición social”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General núm. 20, 42o. periodo de sesiones, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, para. 24, 30.

el artículo 2.2 no son exhaustivos, si bien el PIDESC no tiene una norma general de no discriminación contra los extranjeros en comparación con el PIDCP.¹⁰ Goodwin-Gill anota que la disposición es lo suficientemente amplia como para limitar las circunstancias en que la discriminación en contra de los extranjeros está justificada, pero señala que el artículo 2.3 puede debilitar este argumento.¹¹

Klerk indica que, desde un punto de vista estricto, el uso de las palabras “por motivos de” en vez de “tales como” no necesariamente significa que la lista de motivos prohibidos de discriminación tenía la intención de ser exhaustiva, dada la falta de discusión sobre este aspecto en el proceso de elaboración del Pacto. Aún más, observa que los redactores vieron que la inclusión de supuestos adicionales como la “asociación con grupos minoritarios” era innecesaria al estar adecuadamente cubiertos en la disposición por términos como “sin discriminación alguna” y “cualquier otra condición social”.¹² Warzazi señala, por el contrario, que la mayoría de los redactores consideraron que la palabra “discriminación” daba a los Estados suficiente libertad para hacer distinciones entre nacionales y extranjeros con respecto a ciertos derechos, en particular con el derecho al trabajo y los beneficios sociales, los cuales los gobiernos consideran deben seguir siendo limitados a los nacionales.¹³

La práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por otro lado, indica que la lista de motivos señalados en el artículo 2.2, en efecto, sólo es ilustrativa. La inclusión de “cualquier otra condición social” indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría,¹⁴ en virtud de que el carácter de la discriminación varía según el contexto, y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos

¹⁰ Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, pp. 47 y 48.

¹¹ Goodwin-Gill, Guy S., *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 68.

¹² Klerk, Y., “Working Paper on Article 2 (2) and Article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, p. 256.

¹³ Warzazi, Halima E., *Exploitation of Labour Through Illicit and Clandestine Trafficking*, Preliminary Study, New York, United Nations, 1974, p. 30, para. 93.

¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General núm. 20, 42o. periodo de sesiones, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, para. 15.

expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.¹⁵ Entre los motivos comprendidos en la categoría de “cualquier otra condición social” ha señalado: discapacidad, edad, nacionalidad, estado civil y situación familiar, orientación sexual e identidad de género, estado de salud, lugar de residencia y situación económica y social,¹⁶ así como la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria, o una intersección de dos causas prohibidas de discriminación, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad.¹⁷

En cuanto a la nacionalidad se refiere, el Comité ha señalado que no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el PIDESC por razones de nacionalidad;¹⁸ por ejemplo, todos los niños que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado parte, incluidos los irregulares, tienen derecho a recibir educación, alimentación adecuada y atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean.¹⁹ Por lo anterior, se puede afirmar que los Estados tienen prohibida la discrimi-

¹⁵ *Ibidem*, para. 27.

¹⁶ *Ibidem*, para. 28-35.

¹⁷ *Ibidem*, para. 27.

¹⁸ Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, cuyo texto es: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., nota 14, para. 30. Cabe señalar que, sobre la base de un estudio de las observaciones generales y finales del Comité, Sepúlveda observó: “En cuanto al alcance personal... todos los derechos contenidos en el Pacto se aplican para cada una de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado Parte, con independencia de su condición de legalidad dentro de él”. No obstante, “el estudio mostró que, aunque el Comité ciertamente ha enfatizado este principio en sus Observaciones Generales, al considerar los reportes de los Estados Partes no lo ha aplicado de una forma estricta. El grado de flexibilidad en la aplicación del principio depende de las diferentes categorías de no nacionales involucrados y los derechos en cuestión”. Y que, “en cuanto a la aplicación territorial del Pacto, la investigación concluyó que allí no hay dudas de que el Pacto se aplica a cada uno dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Esta es la interpretación señalada consistentemente por el Comité en el examen de los informes de los Estados Partes, como en sus observaciones

minación de los extranjeros y los trabajadores migrantes, regulares e irregulares, al asegurar los derechos contenidos en el PIDESC.

1. *Limitación general de los derechos de los extranjeros*

El artículo 2.3 del PIDESC establece una clara limitación de los derechos de los extranjeros al señalar que: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.²⁰

Como Lillich señala, esta disposición constituye una *carte blanche* para los países en vías de desarrollo para dar prioridad a sus nacionales en el aseguramiento de los derechos económicos.²¹ Sin embargo, el objetivo de esta disposición fue permitir a los Estados en vías de desarrollo el rectificar el legado del colonialismo que dejó a ciertos grupos de extranjeros con una indebida influencia sobre sus economías.²² Esta razón no ha salvado de críticas a esta disposición.²³ De hecho, en el proceso de elaboración del PIDESC, varios delegados la vieron como contraria al espíritu de universalidad e igualdad que subyace al Pacto y con posibilidades de suscitar toda clase de discriminaciones en contra de los extranjeros.²⁴

Ahora, cabe recordar que el artículo 2.3 no significa que los Estados puedan discriminar a los extranjeros ni en general ni en particular bajo el

generales”. Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 425.

²⁰ Goodwin-Gill señala que esta disposición es acorde con algunas resoluciones de la Asamblea General, por ejemplo: AG Res. 1803 (XVII) de 1962, Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales; AG Res. 3281 (XXIX) de 1974, por la cual se adopta la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Goodwin-Gill, 1978, *op. cit.*, p. 68.

²¹ Lillich, R. B., 1984, *op. cit.*, p. 47.

²² La disposición fue adoptada en una cerrada votación de 41 votos a favor y 38 en contra con 12 abstenciones. McKean, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press; Oxford University Press, 1983, p. 201; *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *cit.*, para. 43.

²³ Por ejemplo, McKean señala que el artículo 2.3 debe ser considerado como una “infortunada inclusión en un convenio de esta naturaleza y probable de causar odiosas e irrazonables distinciones en contra de los extranjeros sobre la base de su nacionalidad extranjera”. *Ibidem*, p. 201.

²⁴ Sohn, L., Supplementary Paper: A Short History of United Nations Documents on Human Rights, en Commission to Study the Organization of Peace (ed.), *The United Nations and Human Rights*, Metuchen, Scarecrow Press, 1968, p. 116.

PIDESC, pues las disposiciones de derechos humanos serían totalmente innecesarias si en general los Estados pudieran discriminar a los extranjeros.²⁵ Esto significa que los derechos económicos de los extranjeros sólo pueden ser limitados y no anulados.²⁶ Al ejercitar el artículo 2.3, los Estados en vías de desarrollo deben dar la debida consideración a los derechos humanos, asegurando todos aquellos que no son económicos y se encuentran incluidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y a su economía nacional, lo que significa que sólo deberán ejercitar esta disposición si la economía nacional así lo requiere.²⁷

Además, a pesar de que el artículo 2.3 ha sido criticado por socavar el concepto de la universalidad de los derechos humanos, probablemente otorga a los Estados no desarrollados el mismo grado de discrecionalidad que los países desarrollados ya disfrutaban en esta materia. En la práctica, estos últimos Estados siempre han protegido los derechos económicos de sus nacionales al imponer exigentes requisitos de entrada y permanencia a los extranjeros y, en general, al controlar sus economías.²⁸ Eso sí, el artículo 2.3 deja claro que los Estados desarrollados no pueden excluir manifiestamente a los extranjeros de la protección de sus derechos económicos.

Otra crítica que ha suscitado el artículo 2.3 es la ambigüedad de algunos de sus términos.²⁹ Por ejemplo, a pesar de que los derechos no económicos contenidos en el PIDESC no se encuentran afectados por lo dispuesto en este artículo, no está enteramente claro cuáles son los derechos económicos. Si fueran definidos como “los derechos que permiten a una persona ganarse el sustento o que se relacionan con ese proceso”,³⁰ el derecho al trabajo establecido en el artículo 6³¹ estaría claramente afectado por el artículo

²⁵ Lillich, R. B., 1978, *op. cit.*, pp. 395-396; Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, *Human Rights and World Public Order. The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 769.

²⁶ Dankwa, E. V. O., “Working paper on article 2 (3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 9, núm. 3, 1987, pp. 244 y 245.

²⁷ *Ibidem*, pp. 238 y 242.

²⁸ *Ibidem*, p. 247.

²⁹ Cholewinski, Ryszard, *Migrants Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 58.

³⁰ Dankwa, E. V. O., *op. cit.*, p. 240.

³¹ El artículo 6.1 señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende *el derecho de toda persona* a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

2.3, si bien también es considerado como un ‘derecho social’.³² La garantía del artículo 7 a ‘condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias’ también puede caer dentro de la categoría de derechos económicos.³³ Sin embargo, sería muy difícil justificar restricciones al artículo 7. Aunque los Estados no están obligados a garantizar a los extranjeros el derecho al trabajo en los mismos términos que a sus nacionales,³⁴ una vez que se ha otorgado a los extranjeros, regulares e irregulares, este derecho, deben tener el mismo derecho que los nacionales a gozar de ‘condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias’.³⁵

El término “países en desarrollo” también ha sido considerado como no suficientemente claro en el artículo 2.3. Al respecto, aunque no se otorga una definición de “países en desarrollo”, se entiende que son aquellos económicamente débiles, especialmente los que han estado sometidos por el colonialismo.³⁶ No obstante, la clasificación de países desarrollados y en vías de desarrollo no siempre es clara. El Banco Mundial señala que el término “economías en desarrollo” se usa para denotar al grupo de economías de bajo y mediano ingreso,³⁷ si bien dicho término “no implica ni que todas las economías pertenecientes al grupo estén en proceso de desarrollo, ni que aquellas que no estén en ese grupo necesariamente hayan alcanzado alguna etapa ideal o final de desarrollo”.³⁸ Lo que sí es claro, sin embargo, es que hay muchos más países en el mundo que se encuentran dentro de la clasificación del Banco Mundial de “economías en desarrollo” que dentro

³² Dankwa, E. V. O., *op. cit.*, pp. 239 y 240.

³³ *Ibidem*, p. 240.

³⁴ Craven, Matthew C. R., *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 215 y 216.

³⁵ Goodwin-Gill, G. S., “Immigration, Nationality and the Standards of International Law”, en Dummett, A. (ed.), *Towards a Just Immigration Policy*, London, Cobben Trust, 1986, p. 14; Goodwin-Gill, G. S., Jenny, R. K., Perruchoud, R., “Basic Humanitarian Principles Applicable to Non Nationals”, *International Migration Review*, vol. 10, 1985, p. 558.

³⁶ Dankwa, E. V. O., *op. cit.*, pp. 236, 238.

³⁷ Para 2009, el Banco Mundial consideró como *economías de bajo ingreso* a aquellas con ingresos iguales o menores a 995 dólares americanos per cápita (ingreso nacional bruto-INB) y como *economías de mediano ingreso* a aquellas con ingresos de 996 a 3,945 dólares americanos per cápita (ingreso nacional bruto-INB). Véase Banco Mundial, *World Bank Analytical Classifications, (presented in World Development Indicators), GNI per capita in US\$ (Atlas methodology)*, Country Analytical History. Disponible en: <http://data.worldbank.org/about/country-classifications/a-short-history>.

³⁸ Banco Mundial, *How We Classify Countries. A short History*, disponible en: <http://data.worldbank.org/about/country-classifications/a-short-history>.

de la de “economías desarrolladas”.³⁹ Presumiblemente, una vez que la economía de un país alcanza cierto nivel de desarrollo, dicho país no caerá por mucho tiempo dentro de la categoría de “economías en desarrollo”,⁴⁰ y, en consecuencia, no podrá imponer limitantes a los derechos de los extranjeros conforme al mencionado artículo 2.3.

Finalmente, otro término no definido en el artículo 2.3 es el de “no nacionales”. Aunque se han planteado dudas sobre si los migrantes irregulares pueden beneficiarse de los derechos contenidos en el PIDESC, el goce de los derechos contenidos en el Pacto,⁴¹ al igual que el de los contenidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no está restringido por la condición migratoria de las personas (salvo que así expresamente se señale como es el caso del artículo 12.1 del PIDCP). Como señala Cholewinski, “es importante evitar una construcción tan limitada de estos derechos si se quiere mantener su naturaleza universal”.⁴²

2. *El derecho a la salud bajo el PIDESC y derechos relacionados: el caso de los migrantes irregulares*

Además del artículo 2.3 (y el 4, que contiene una limitación general a los derechos reconocidos en el Pacto⁴³), no existen limitaciones específicas a los derechos de los extranjeros en el PIDESC. De hecho, el Pacto reconoce a todas las personas un amplio catálogo de derechos, algunos de los cuales son de suma importancia para los migrantes irregulares por su condición de vulnerabilidad. Entre estos derechos se encuentra el derecho a la salud y algunos otros relacionados:

³⁹ De 214 países considerados, en 2009 el Banco Mundial clasificó a setenta países como *países de alto ingreso* (ingresos mayores a 12,195 dólares americanos per cápita de INB); a 48 países como *países de ingreso medio alto* (ingresos entre 3,946 y 12,195 dólares americanos per cápita de INB); a 56 países como *países de ingreso medio bajo* (ingresos entre 996 y 3,945 dólares americanos per cápita de INB); y a 40 países como *países de ingreso bajo* (ingresos menores a 995 dólares americanos per cápita de INB). Banco Mundial, *World Bank Analytical Classifications, (presented in World Development Indicators), GNI per capita in US\$ (Atlas methodology)*, Country Analytical History. Disponible en: <http://data.worldbank.org/about/country-classifications/a-short-history>.

⁴⁰ Comisión de Derechos Humanos, Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non Citizens*, Estudio preparado por la Baronesa Elles, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.I, 1980, p. 8, para. 51.

⁴¹ Dankwa, E. V. O., *op. cit.*, p. 242.

⁴² Cholewinski, Ryszard, 1997, *op. cit.*, p. 59.

⁴³ Este artículo se analiza en la sección 4.4.3 de este capítulo.

- a) Derecho a la salud (artículo 12). Este derecho también está redactado de tal forma que no previene su disfrute a extranjeros o que diferencian su otorgamiento según su condición migratoria. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha anotado que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos, entre los que se halla la nacionalidad,⁴⁴ por lo que es claro que los trabajadores migrantes deben gozar de este derecho sin discriminación alguna por su carácter de extranjeros.
- b) Derecho a la seguridad social (artículo 9). Este derecho, también de importancia crítica para los trabajadores migrantes, está redactado de una forma en que no hace distinciones entre su disfrute por nacionales o extranjeros (regulares e irregulares): “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.⁴⁵ Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha apuntado que, de conformidad con el artículo 2.2, que prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad, y toda vez que el Pacto no contiene ninguna limitación jurisdiccional expresa, los trabajadores migratorios que han cotizado a un plan de seguridad social deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país.⁴⁶ Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse lesionados por el cambio del lugar de trabajo.⁴⁷

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación general, núm. 14, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, para. 12, 18, 19.

⁴⁵ La seguridad social en este artículo está contemplada en un sentido limitado, al referirse solamente a los esquemas de aseguramiento que garantizan el bienestar de los trabajadores y otras personas económicamente activas en situaciones de riesgo. Es decir, no contempla la asistencia de fondos públicos financiados con impuestos. Las Directrices generales núm. 9 del Comité delimitan ampliamente los estándares desarrollados por la OIT. Los Estados deben reportar sobre nueve ramas de la seguridad social: atención médica, prestaciones por enfermedad, seguro de desempleo, pensión por jubilación, prestaciones por accidentes de trabajo, prestaciones familiares, prestaciones por maternidad, seguro de invalidez y viudez. Scheinin, Martin, “The Right to Social Security”, en Eide, Asbjørn; Krause, Catarina; Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht, M. Nijhoff Publishers, 1995, pp. 159-162.

⁴⁶ Véase el *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo (A/60/871)*, para. 98. También véase el artículo 27 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, Observación General 19, 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, para. 36.

Los no nacionales deben poder tener acceso a planes no contributivos de apoyo a los ingresos, y acceso asequible a la atención de salud y el apoyo a la familia. Cualquier restricción, incluido un periodo de carencia, debe ser proporcionada y razonable. Todas las personas, independientemente de su nacionalidad, residencia o condición migratoria, tienen derecho a atención médica primaria y de emergencia.⁴⁸ Los refugiados, apátridas, solicitantes de asilo y otras personas o grupos desfavorecidos y marginados —por ejemplo los trabajadores migrantes irregulares— deben disfrutar del mismo trato para el acceso a los planes de seguridad social no contributivos, incluido un acceso razonable a la atención de la salud y el apoyo a la familia, de conformidad con las normas internacionales.⁴⁹

- c) Protección de la familia, la mujer embarazada y el niño (artículo 10). Esta disposición protege, sin discriminación alguna, a la familia, a la mujer embarazada y al niño. El apartado 1 del artículo 10 reconoce a todas las personas el derecho a la protección de la familia y a contraer matrimonio. El apartado 2 hace hincapié en la protección especial que se debe otorgar a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto, y que, durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. Esta disposición es de especial importancia para las migrantes irregulares, quienes, a causa de su vulnerabilidad y la falta de oportunidades de educación en materia de planificación familiar, tienen una tasa mayor de embarazos no deseados y menores posibilidades de acceso a la atención prenatal, y, no se diga, de falta de prestaciones, como la concesión de licencia con remuneración o prestaciones de seguridad social. Por ello, es importante resaltar que las migrantes irregulares están protegidas por esta disposición, independientemente de su condición migratoria.

Por último, el apartado 3 del artículo 10 señala el deber de los Estados, de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en materia laboral a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, como lo puede ser su situación migratoria irregular o la de sus padres. Entre las medidas que establece están las de: protegerlos contra la explotación económica y social; castigar su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se

⁴⁸ *Ibidem*, para. 37.

⁴⁹ Véanse los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley; y la de establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. La protección que esta disposición otorga a los niños migrantes irregulares es de gran relevancia, pues éstos constituyen un grupo especialmente vulnerable a la violación de sus derechos humanos básicos, incluidos los de carácter laboral cuando entablan una relación de trabajo en los Estados de destino.

III. LOS NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS HUMANOS

1. *Nivel general*

Los niños migrantes irregulares se encuentran protegidos por todas las normas del marco internacional de derechos humanos, que se basan en el principio de igualdad y no discriminación, y están redactadas en un lenguaje inclusivo. A nivel universal, estas normas incluyen a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los cinco tratados fundamentales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTTPCID); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM). Y a nivel regional, estas normas incluyen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

2. *Nivel especializado*

Los niños migrantes irregulares se encuentran protegidos por tres normas internacionales que tratan específicamente el tema de los derechos de los niños: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN),⁵⁰ la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Traba-

⁵⁰ La CDN fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

jadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 (CDTM)⁵¹ y los convenios de la OIT sobre trabajo infantil.⁵²

De estos instrumentos, la Convención sobre los Derechos del Niño, sin duda, es la que presenta mayor relevancia para nuestro trabajo, en virtud de ser un tratado internacional de aceptación general y el más completo en lo que se refiere a la protección de los derechos de todos los niños. En la CDN se detallan una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que los Estados deben cumplir para garantizar la protección de todos los niños presentes en su jurisdicción. Los Estados partes de la Convención están obligados legalmente a garantizar que todas las protecciones y los estándares de ésta aparezcan reflejados en la legislación nacional.

Cabe señalar que la CDN es aplicable planamente a los niños migrantes irregulares: por un lado, porque está redactada en un lenguaje incluyente que no diferencia entre los niños nacionales o extranjeros (regulares o irregulares) en el otorgamiento de los derechos que establece; por otro lado, porque el órgano autorizado para interpretarla ha manifestado de forma explícita en su Observación General 6 (2005), que

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.⁵³

De esta forma, la CDN protege a los niños migrantes irregulares, sin discriminación alguna, y los Estados que se han vinculado en sus términos

⁵¹ La CDTM tiene un récord bajísimo de ratificación, y ningún país mayor de migración y desarrollado lo ha hecho. Sobre las razones de la baja aceptación de la Convención, véanse Cholewinski, Ryszard, Guchteneire, Paul de, Pecoud, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, UNESCO, 2010, pp. 13 y ss. Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990. Véase la situación de su ratificación y reservas disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en.

⁵² Convenio 138 de la OIT sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo de 1973, y Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999. Véanse las ratificaciones a estos convenios en: <http://www.ilo.org/ipec/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm>.

⁵³ Comité sobre los Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Observación General, núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), para. 12.

están obligados a respetar y garantizar los derechos que contiene a todos los niños presentes en su jurisdicción. Los Estados deben considerar siempre los cuatro principios fundamentales de la CDN en la implementación de leyes, políticas o prácticas nacionales:

a) Principio de no discriminación. Este principio implica que todos los derechos protegidos por la Convención están garantizados sin discriminación o distinciones de ningún tipo a todos los niños presentes en la jurisdicción de los Estados miembros de la CDN (artículo 2). El Comité sobre los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que el principio de no discriminación es aplicable independientemente del estatus migratorio:

El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados. A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.⁵⁴

De este modo, cualquier ley, política de actuación o decisión adoptada por un Estado que afecte a los niños migrantes en situación irregular debe cumplir el principio de no discriminación en todo momento.

b) Interés superior del niño. Este principio implica que los Estados, a través de sus tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen, deben otorgar una consideración primordial al interés superior del niño (artículo 3.1). El Comité ha establecido de forma explícita que antes de tomar cualquier decisión que afecte a un niño, los Estados deben evaluar de forma exhaustiva su identidad, incluida su nacionalidad y su bagaje educativo, étnico, cultural y lingüístico, así como cualquier vulnerabilidad específica o necesidad de

⁵⁴ *Ibidem*, para. 18.

protección que pudieran tener.⁵⁵ La CDN obliga también a los Estados a dar prioridad al interés superior del niño en todas las decisiones que afecten a la unidad familiar. Al respecto, el artículo 9 señala que la separación en contra de los deseos del niño sólo es posible cuando sea imprescindible para proteger el interés superior del niño, y cuando las autoridades competentes lo consideren estrictamente necesario. En este sentido, el Comité ha enfatizado que la limitación general de la inmigración no puede prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior del niño.⁵⁶

c) Supervivencia y el desarrollo del niño. La CDN señala que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, lo cual va más allá de la mera supervivencia física, e incluye el desarrollo del niño, puesto que los Estados deben “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (artículo 6). Este derecho se debe proteger, respetar y tener en cuenta en todos los procedimientos de migración. Por ejemplo, se debe tener en cuenta el derecho del niño a la supervivencia y el desarrollo cuando un Estado considera la deportación de un niño a su país de origen. El derecho de supervivencia y desarrollo debe aplicarse a todos los niños, independientemente de su estatus migratorio.

d) El derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo. La CDN afirma que “se tendrán debidamente en cuenta las opiniones del niño” y “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado” (artículo 12). Al respecto, el Comité ha manifestado que los niños que llegan a un país siguiendo a sus padres, en busca de trabajo o como refugiados, están en una situación especialmente vulnerable. Por ese motivo, se debe respetar su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo, especialmente para evaluar cuál es su interés superior. Aclara que este derecho incluye la garantía de que el niño comprenda perfectamente los procedimientos y tenga oportunidad de expresar sus opiniones. Por lo tanto, los Estados deben garantizar que los procedimientos de migración se interpreten siempre de forma competente y accesible para los niños. Además, este derecho garantiza que el niño esté bien informado de los procedimientos, así como de los posibles resultados y la forma en que éstos podrían afectarle.⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, para. 20.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, *El derecho del niño a ser escuchado*, Observación General 12, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, para. 123 y 124.

3. *¿Y los derechos humanos de los niños migrantes irregulares?*

Las protecciones legales internacionales garantizan el acceso de todos los niños a los derechos civiles, económicos, sociales y culturales. Todos los tratados internacionales de derechos humanos de aceptación general reconocen que todos los niños, sin importar si son nacionales o extranjeros o migrantes regulares o irregulares, tienen derecho a la educación,⁵⁸ a la asistencia sanitaria⁵⁹ y a una vivienda dignas.⁶⁰ Así, existe un marco internacional de derechos humanos que establece unos principios de no discriminación e igualdad de trato, y garantiza la protección de la mayoría de los derechos humanos a todas las personas.

De este modo, los niños migrantes irregulares se encuentran amparados por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, sin importar su condición migratoria. Su irregularidad no los excluye de los derechos humanos. Por el contrario, toda vez que son triplemente vulnerables, al ser niños, migrantes e irregulares, requieren una atención especial diferenciada que los proteja. Así, las normas de derechos humanos les reconocen la totalidad de derechos, al igual que al resto de niños (nacionales y migrantes regulares). Sin embargo, en la práctica los Estados eluden sistemáticamente sus responsabilidades en esta materia. Utilizan la discriminación y la miseria de los niños y las familias irregulares como medida de control de la seguridad. Los discursos políticos nacionales apenas crean espacio para hablar de los “niños migrantes irregulares” y los problemas que afrontan. El resultado es la aceptación general, pública y política de que la exclusión de estos niños de los derechos humanos se puede justificar por su estatus irregular.

Como se verá en la siguiente sección, para los niños migrantes irregulares existen diversas barreras que impiden que los derechos humanos —especialmente los sociales como la educación, la salud o la vivienda— sean

⁵⁸ Artículo 26 DUDH, artículo 28.1 y 29.1 CDN, artículo 13 PIDESC, artículo 5.e.v CEDR, artículo 30 CDTM, artículo 34.h), 49.a), b), 50 Carta de la OEA (COEA); artículo XII Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (DADH); artículo 26 CADH; artículo 13 Pacto de San Salvador (PSS), artículo 2 Protocolo núm. 1 CEDH, artículo 17 Carta Social Europea revisada (CSEr), artículo 14 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

⁵⁹ Artículo 25.1 DUDH, artículos 24, 25 y 39 CDN, artículo 12 PIDESC, artículo 5.e.iv CEDR, artículo 28 CDTM, artículo XI DADH, artículo 10 PSS, artículo 3 CEDH (CoEDH, *Pretty v. Reino Unido*, demanda núm. 2346/02, sentencia del 29 de abril de 2002, para. 52), artículos 11 y 13 CSEr, artículo 35 CDFUE.

⁶⁰ Artículo 25.1 DUDH, artículo 27.3 CDN, artículo 11 PIDESC, artículo 5.e.iii CEDR, artículo 43.1 CDTM, artículos 34.k), 45.a) COEA, artículo 12 PSS, artículos 13.4, 19 CSEr; artículo 34.3 CDFUE.

asequibles para ellos sin discriminación alguna, impidiendo su cumplimiento efectivo. Es preciso destacar la interdependencia que existe entre los derechos sociales y los problemas que conlleva que su accesibilidad encuentre distintas barreras. Por ejemplo, sólo garantizando a los niños migrantes irregulares el acceso a alojamientos decentes se les puede garantizar el acceso a la educación y a la salud. Hay una estrecha interconexión: las malas condiciones de las viviendas tienen efectos considerables en la salud de los niños y en los bajos niveles educativos. Los niños en situación irregular con una buena formación y en buen estado de salud alcanzarán un mayor desarrollo cognitivo, social y físico, y aportarán más a la sociedad que aquellos que viven marginados, sin derechos y en una situación de indigencia de la que no pueden escapar. Su acceso a los derechos sociales es crucial, tanto para su propia seguridad y bienestar como para la sociedad en su conjunto. Ésta es la lógica de las regulaciones internacionales en materia de derechos humanos y su protección a todos los niños, sin discriminación alguna.

IV. NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES Y EL DERECHO A LA SALUD EN ESTADOS PRIMORDIALMENTE RECEPTORES

Los niños migrantes irregulares encuentran serias dificultades para acceder a una asistencia sanitaria completa, en términos de impedimentos burocráticos, falta de información adecuada (para migrantes y médicos) de que al menos tienen derecho a la atención médica de urgencia, problemas para entender el idioma, miedo a ser detectados y deportados, falta de recursos económicos y el poder discrecional del que gozan los médicos para decidir si les otorgan o no la atención.⁶¹ Por estos obstáculos es difícil que los niños irregulares tengan acceso continuo a un médico de cabecera, quedando relegados a las situaciones de emergencia. Por supuesto, el acceso al servicio dental, oftalmológico, psiquiátrico y de otras especialidades queda fuera de su alcance en la mayoría de los casos.

La protección que se otorga a los niños migrantes irregulares varía dependiendo del país de destino del que se hable, si bien en la práctica existen ciertos patrones en los Estados. En algunos, la legislación no prohíbe ni permite el acceso completo a la asistencia sanitaria de los niños migrantes irregulares, dejando el asunto a la discrecionalidad del médico de cabecera. En otros, toda la asistencia sanitaria, incluida la de urgencia, es de pago.

⁶¹ Al respecto, véase PICUM, *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas, PICUM, 2007.

También están los países que distinguen entre niños migrantes irregulares no acompañados y acompañados por sus padres: los niños no acompañados tienen un estatus igual a los niños nacionales, mientras que los acompañados por sus padres sólo tienen acceso a la asistencia sanitaria esencial, al igual que sus padres. Claramente, esto contraría los estándares internacionales en la materia, puesto que si bien es importante reconocer la vulnerabilidad de los niños no acompañados, aquellos que sí lo están también se encuentran en una situación delicada y deben tener derecho a la asistencia sanitaria completa.

1. *Estados Unidos*

No hay un programa de servicio médico universal, pero existe un programa de atención médica dirigido a personas de bajos recursos: Medicaid,⁶² que fue establecido por el gobierno federal en 1965, como parte de la Social Security Act. No obstante, los migrantes irregulares no tienen acceso a este programa, pues —entre otros requisitos— se pide que los solicitantes tengan un número de seguro social y una situación migratoria regular, ya que se pide que firmen —bajo pena por perjurio— una declaración de ciudadanía o “estatus migratorio satisfactorio”. El estatus migratorio es verificado a través del Systematic Alien Verification for Entitlements (SAE).⁶³

Anteriormente a la aprobación de la Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act de 1996, los niños irregulares podían acceder a Medicaid, puesto que se aceptaba su declaración de estatus migratorio regular sin verificarse, pero con la nueva ley ya no están permitidas este tipo de declaraciones. Sin embargo, existe un programa de atención médica especial para niños en el que pueden ser atendidos los hijos de los migrantes irregulares que hayan nacido en Estados Unidos. Este programa se llama “State Children’s Health Insurance Program”, y fue establecido en 1997 como parte de la Balanced Budget Act.⁶⁴ Además, a pesar de que como regla general sólo pueden acceder a Medicaid los migrantes regulares,⁶⁵ los

⁶² La regulación de *Medicaid* puede encontrarse en el título 42, sección 1396, del United States Code (USC), disponible en: <http://uscode.house.gov/beta.shtml>.

⁶³ Para mayor información sobre el programa *Medicaid*, en general véanse: *Medicaid: A Primer*, Kaiser Commission on Medicaid and the Uninsured, August 1999; *Medicaid’s Role for People with Aids*, Fact Sheet, The Henry J. Kaiser Family Foundation, December 1996.

⁶⁴ Schlosberg, Claudia, *Immigrant Access to Health Benefits. A Resource Manual*, Washington, D. C. National Health Law Program, 2000, p. 16.

⁶⁵ United States Code (U.S.C.), título 42, sección 1396 (b)(v)(1).

migrantes irregulares pueden recibir de forma gratuita tratamiento médico en caso de emergencia, la cual se define como

el surgimiento de una condición médica (incluido el parto) que se manifiesta con síntomas agudos de suficiente severidad (incluido dolor severo), en la que la ausencia de tratamiento médico inmediato pueda resultar en: 1) poner la salud del paciente en un riesgo serio, 2) la pérdida seria de las funciones del cuerpo, o 3) la disfunción seria de algún órgano o parte del cuerpo.⁶⁶

2. Canadá

Los migrantes irregulares pueden ser elegibles para recibir atención básica en el centro de salud de su comunidad y pueden recibir atención médica de urgencia en los hospitales, pero tienen que pagar por el servicio. De acuerdo con la Canada Health Act (R.S.C., 1985, c. C-6), tienen derecho al servicio médico sin costo todas las personas “aseguradas”, que son los residentes de Canadá, incluidos los extranjeros regulares que han permanecido al menos tres meses en el país (o menos, dependiendo de la regulación de cada provincia). La sección 2 del acta señala que son residentes las personas admitidas legalmente para permanecer en Canadá, que hacen del país su hogar y permanecen ordinariamente en una provincia canadiense, pero no incluye a turistas, visitantes o residentes temporales.

De este modo, están excluidos del servicio médico los “no asegurados”, entre los que se encuentran los migrantes irregulares. Sin embargo, hay provincias como Ontario en las que se otorga el servicio médico a estas personas, si bien es limitado, sujeto a largas listas de espera, hay varias personas rechazadas y usualmente los médicos tienen que decidir a quien atienden.⁶⁷ En otras provincias como Toronto no existe una política oficial sobre el trato que se debe dar a los migrantes irregulares. El estatus de estas personas hace que se dificulte su remisión a otros médicos o que se proporcione atención médica adicional; incluso algunos médicos pueden negarse a atender a determinadas personas por su estatus. Por ello, no se puede decir que el servicio médico para los migrantes irregulares en Canadá sea confiable o consistente.⁶⁸

⁶⁶ U.S.C., título 42, sección 1396(v)(3); Code of Federal Regulations (C.F.R.), título 42, sección 40.255.

⁶⁷ Bernhard, Judith K., “Living with Uncertain Legal Status in Canada: Implications for the Wellbeing of Children and Families”, *Refuge*, vol. 24, núm. 2, 2007, p. 105.

⁶⁸ Elgersma, Sandra, *Immigration Status and Legal Entitlement to Insured Health Services, Library of Parliament*, PRB 08-28E, 28 de octubre de 2008, p. 6.

Así, en términos generales, los migrantes irregulares, incluidos los niños, tienen que pagar por el servicio médico en caso de que lo necesiten, o comprar un seguro de gastos médicos, si bien los costos del aseguramiento privado son muy elevados y se encuentran destinados a la atención de emergencia, más que a la preventiva.⁶⁹ El problema de esto es que la atención de emergencia puede ser inadecuada para personas con condiciones como el embarazo o el sida. De hecho, se ha encontrado que en provincias como British Columbia el reconocimiento de seguros privados en clínicas y hospitales es limitado y se pide el pago por adelantado para poder ser atendido, lo cual es una barrera importante para los migrantes irregulares.⁷⁰ Los migrantes irregulares tienen grandes dificultades para poder acceder al servicio médico en Canadá, incluso si sus hijos son nacidos ahí, pues temen pedir su documentación por miedo a que los deporten. Esto tiene graves consecuencias; de hecho cada año se cuentan muertes⁷¹ por la falta de servicio médico, lo cual, sin duda, vulnera los derechos más fundamentales de estas personas.

3. Reino Unido

Tienen derecho a los servicios del National Health Service (NHS) todos los extranjeros que hayan residido de forma regular en el país por doce meses. Además, tienen derecho al servicio, libre de cargo, los niños no acompañados y los solicitantes de asilo rechazados que reciban algún tipo de ayuda de la UK Border Agency. El servicio es accesible para los migrantes irregulares en casos de emergencia. Si bien para poder ser atendido de forma cotidiana en una clínica familiar es necesario ser admitido por el médico titular de ésta, de quien depende si admite o no al migrante irregular.⁷² Para otros servicios en el hospital, el migrante irregular debe pagar el costo de la

⁶⁹ Oxman-Martinez, Jacqueline *et al.*, “Intersection of Canadian Policy Parameters Affecting Women with Precarious Immigration Status: A Baseline for Understanding Barriers to Health”, *Journal of Immigrant Health*, vol. 7, núm. 4, 2005, p. 254.

⁷⁰ Fairey, David, *Cultivating Farmworker Rights: Ending the Exploitation of Immigrant and Migrant Farmworkers in BC*, Canadian Centre for Policies Alternatives, Justice for Migrant Workers and the BC Federation of Labour, junio de 2008, p. 47.

⁷¹ Ruiz-Casares, Mónica *et al.*, “Right and Access to Healthcare for Undocumented Children: Addressing the Gap Between International Conventions and Disparate Implementations in North America and Europe”, *Social Science & Medicine*, vol. 70, 2010, p. 333.

⁷² The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations 2011, del 21 de junio de 2011. Entró en vigor el 1 de agosto de 2011.

atención.⁷³ De este modo, los hijos de migrantes irregulares tienen derecho a la asistencia sanitaria gratuita cuando sea “urgente” e “inmediatamente necesaria”, siendo sus padres o tutores responsables de los gastos de los tratamientos secundarios. Los tratamientos para los niños no acompañados también son “cobrables”: se entrega una factura a la persona que acompaña al niño y “se envían copias a sus padres”. Desde 2007 entró en vigor una nueva reglamentación, que señala que los médicos de cabecera pueden decidir discrecionalmente si registran a grupos excluidos legalmente como pacientes del NHS.⁷⁴

4. Francia

El artículo L 251-1⁷⁵ del Código Familiar y de Acción Social señala que cualquier extranjero que vive en Francia sin interrupción durante más de tres meses y no tiene seguro médico privado, así como los extranjeros en situación irregular, tienen derecho, para sí y sus dependientes, a recibir atención médica gratuita. De este modo, la atención médica es accesible a todos los migrantes irregulares en los hospitales públicos franceses. Esta cobertura incluye la atención médica proporcionada en el hospital, así como las prescripciones médicas. Los migrantes irregulares que pueden probar que han vivido por tres años sin interrupción en Francia pueden calificar para recibir atención médica fuera de la red de hospitales públicos (*les soins de ville*). Esto cubre los costos médicos de visitas médicas a domicilio, costos farmacéuticos, atención médica y dental, exámenes de laboratorio, abortos, entre otros. Así, los migrantes irregulares tienen derecho a la asistencia médica gratuita del Estado, siempre que prueben que han estado viviendo sin interrupción tres meses en Francia. La emergencia médica de urgencia está exenta de esta disposición. Y, toda vez que los migrantes irregulares tienen derecho a la atención médica, los médicos y profesionales de la salud no tienen el deber u obligación de reportarlos ante las autoridades migratorias.⁷⁶

⁷³ Financial Planning & Allocations Directorate, Department of Health, *Access to the NHS by Foreign Nationals – Government Response to the Consultation*, 18 de marzo de 2011, p. 13, disponible en: <http://www.dh.gov.uk/publications>.

⁷⁴ Instrumento legislativo 2004 614’ (SI614), del Departamento de Salud; *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) (Amendment) Regulations 2004*, marzo de 2004; y *Me-dact, Proposals to Exclude Overseas Visitors from Eligibility to Free NHS Primary Medical Services: Impact on Vulnerable Migrant Groups*, 2004.

⁷⁵ Modificado por la Ley 2010-1657 del 29 de diciembre de 2010 (artículo 188).

⁷⁶ Más información en PICUM: *Basic Social Rights-France*. Disponible en: <http://www.picum.org/nl/node/381>.

Existe un sistema llamado “Ayuda Médica del Estado” (Aide Médicale de l’Etat —AME—), que permite a los migrantes irregulares y a los que están a su cargo, acceder a la asistencia pública subvencionada si se respetan determinadas condiciones, como el llevar viviendo en el país tres meses. Los niños irregulares no acompañados tienen acceso a la asistencia sanitaria completa en el marco de la Ley de Cobertura Sanitaria Universal (CMU), siempre que la Ayuda Social para la Infancia (Aide Sociale d’Enfance —ASE—) se encargue de ellos.⁷⁷

5. Alemania

Los migrantes irregulares tienen acceso al servicio médico en caso de emergencia, embarazo y parto, de acuerdo con la Ley de Asistencia a los Solicitantes de Asilo —*Asylbewerberleistungsgesetz*— (secciones 4, 1, párrafos 5 y 6) y, en casos donde esto no sea aplicable, la Ley Federal de Asistencia Social —*Bundessozialhilfegesetz*— (sección 120.1). Estas leyes establecen que los extranjeros residentes en Alemania, sin hacer referencia a su estatus migratorio, deben recibir asistencia médica en los supuestos señalados.

Sin embargo, en la práctica este deber es muy difícil de cumplir, porque, de acuerdo con la sección 87 de la *Aufenthaltsgesetz*, todos los miembros de la administración pública tienen la obligación de reportar a las autoridades migratorias cualquier información que obtengan de un extranjero en situación irregular durante el cumplimiento de sus deberes. Como la ley señala que la información de los migrantes debe ser obtenida de este modo y los médicos no deben investigar como parte de sus deberes el estatus migratorio de sus pacientes, los médicos no tienen la obligación de denunciar a los migrantes irregulares. Sin embargo, la Oficina de Seguridad Social (*Sozialämter*) sí tiene la obligación de reportarlos, porque es parte de sus deberes establecer el estatus de residencia de sus asegurados. Por ello, aunque los migrantes irregulares tienen el derecho de recibir atención médica en caso de emergencia, embarazo y parto, muy pocos se arriesgan a entrar en un hospital para ser atendidos, aun en caso de lesiones severas.⁷⁸

El tratamiento médico es muy costoso para los migrantes irregulares porque tienen que pagar en efectivo o necesitan comprar un seguro médico

⁷⁷ Al respecto, véase el artículo 3 de la Ley de Cobertura Sanitaria Universal (*Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999. Loi portant la création d’une couverture maladie universelle, Journal Officiel de la République Française of 28 juillet 1999*).

⁷⁸ *Idem*.

privado. Si la administración del hospital teme que el costo del tratamiento no será pagado por el paciente, reporta dicha situación a la Oficina de la Seguridad Social y ésta, a su vez, a las autoridades migratorias. Por ello, los migrantes irregulares tienen que desarrollar sus propias estrategias para recibir atención médica. Algunos regresan a sus países, otros piden prestadas tarjetas médicas de otras personas como familiares o amigos para recibir la atención. La mayoría, sin embargo, recibe ayuda de redes sociales —como iglesias o activistas— que organizan asistencia médica para ellos, gratis o a bajo costo.⁷⁹

6. Italia

El artículo 35 del texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (decreto legislativo 286/1998) asegura atención médica a los migrantes irregulares en las siguientes áreas: atención médica de urgencia; programas médicos preventivos necesarios para salvaguardar la salud individual o colectiva; atención médica en el embarazo y la maternidad; atención médica para enfermedades menores; vacunas requeridas por la ley, y diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades contagiosas. Asimismo, existen centros de cuidado médico que son especiales para extranjeros —en su mayoría irregulares— que llevan a cabo investigación médica relacionada con patologías frecuentes en las condiciones de vida de sus pacientes. El costo del servicio médico es cubierto por el migrante, en las mismas condiciones que los italianos, salvo que se encuentren en estado de pobreza. Existen organizaciones no gubernamentales que tienen una red que otorga atención médica a los migrantes irregulares sin costo alguno (por ejemplo NAGA en Milán y CESAİM en Verona). Las actividades de estas ONG están permitidas por la ley, dentro de los límites definidos para las profesiones involucradas.⁸⁰

Cabe señalar que los médicos y los profesionales de la salud no tienen el deber de denunciar a los migrantes irregulares que acudan a solicitar atención médica, puesto que el artículo 35 del texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (decreto legislativo 286/1998) establece expresamente el derecho de estas personas a recibir atención médica. Otro aspecto a resaltar es que no está permitida

⁷⁹ Una de estas redes sociales es *Malteser Migranten Medizin of the Malteser Hilfsdienst e.V.*, la cual tiene presencia en Berlín y en Colonia. *Malteser Hilfsdienst e.V., Erfahrungsbericht nach 3 Jahren Malteser Migranten Medizin*, Berlín, 2004.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 37.

la expulsión de las mujeres hasta que sus hijos tienen seis meses de edad; de hecho, se otorga un permiso especial de residencia a las madres por seis meses. Aún más, la Corte Constitucional italiana señaló en el juicio 376, del 27 de julio de 2000, que en esos casos el esposo, si vive con la madre del niño, también tiene derecho de no ser expulsado por el mismo plazo, a pesar de ser irregular. Y a los niños no acompañados se les garantiza un permiso de residencia y de protección social que les permite registrarse en el sistema sanitario nacional. Sin embargo, esto no se concede a los niños irregulares acompañados, por lo que están sujetos a las mismas leyes que los adultos, y sólo tienen derecho a los tratamientos de urgencia o esenciales (STP).⁸¹

Si bien en la ley está previsto que se otorgue el servicio médico a los migrantes irregulares, en la práctica estas personas suelen no acudir, por la creencia de que los médicos los van a denunciar a las autoridades migratorias, lo cual, como ya se vio, no está permitido. Esto afecta especialmente a las mujeres embarazadas, quienes prefieren dar a luz en condiciones inseguras, que acudir a un hospital para recibir la atención adecuada. Otro factor que contribuye a ello es el desconocimiento de los profesionales de la salud de los derechos de los migrantes irregulares.

7. España

El derecho a la salud de los extranjeros en España está regulado por el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), la cual ha sido reformada en numerosas ocasiones desde su emisión.⁸² Anteriormente a la reforma de 2012, los migrantes irregulares tenían derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que estuvieran empadronados. No obstante, desde 2012 la LOEX remite la regulación del derecho a la salud al Real Decreto-ley 16/2012 del 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

⁸¹ Al respecto, véanse los artículos 34 y 35 de la Ley de inmigración no. 286/98 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

⁸² Pueden verse trabajos completos sobre este tema en: Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, "Inmigración irregular y asistencia sanitaria en España", en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España, Laborum, 2009, pp. 195-202; Trejo Chacón, María Fernanda, "La asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular", en *ibidem*, pp. 227-307; Arbeláez Rudas, Mónica y García Vázquez, Sonia, "El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes", en Aja Fernández, Eliseo (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 437-462.

De acuerdo con la regulación vigente del derecho a la salud en España, sólo tienen acceso a la asistencia sanitaria los migrantes regulares que ostenten la calidad de “asegurados”,⁸³ dejando la “posibilidad” a las personas no “aseguradas” de recibir los servicios de salud a cambio del pago de una contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (artículo 3 decreto-ley). El acceso al sistema de urgencias está garantizado y es gratuito para todos los extranjeros presentes en el país que enfermen gravemente o tengan accidentes, para toda la duración de los tratamientos, de acuerdo con el artículo 3 ter del decreto-ley señalado, al igual que las mujeres embarazadas durante la gestación, el parto y el posparto. En cuanto al acceso a la asistencia sanitaria de los niños migrantes, dicho artículo establece que podrán acceder al sistema nacional español de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales.

8. *Bélgica*

En principio, la atención de emergencia es asegurada a todas las personas de forma gratuita, incluidos los migrantes irregulares sin necesidad de cumplir con requerimientos administrativos especiales.⁸⁴ De hecho, hasta los seis años de edad todos los niños tienen acceso gratuito al servicio médico preventivo, consistente en consultas y vacunas. Además, los padres de niños pequeños también tienen acceso al servicio médico de forma gratuita sin necesidad de contar con seguro médico. Los migrantes irregulares no tienen acceso al sistema universal de salud de los nacionales, pero sí a la “asistencia médica de urgencia”, que no sólo es de urgencia, como dice su nombre, sino que incluye los servicios preventivos y de rutina, además de cubrir todos los tratamientos cubiertos por el sistema básico nacional de salud.⁸⁵ Sin embargo, el hecho de que el nombre del servicio médico haga referencia a la atención de urgencia hace que muchos médicos se confundan y no otorguen toda la gama de servicios a los migrantes irregulares. El procedimiento para que los migrantes irregulares obtengan la asistencia

⁸³ Cabe señalar que el reconocimiento y control de la condición de asegurado corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social. A este respecto, los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar a este Instituto, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos para condición de asegurado o beneficiario. Además, la cesión al Instituto Nacional de la Seguridad Social de estos datos no precisará del consentimiento del interesado (artículo 3 bis decreto-ley).

⁸⁴ Al respecto, véase la Ley sobre asistencia médica de urgencia del 8 de julio de 1964.

⁸⁵ Decreto Real del 12 de diciembre de 1996 sobre asistencia médica del Estado.

médica consiste en registrarse en su clínica más cercana con el fin de obtener un carnet médico y que sea verificado que viven de forma irregular y habitual en Bélgica en condiciones de marginación. Este procedimiento genera retrasos y que los migrantes irregulares tengan que pagar las primeras consultas y tratamientos.

Los niños no acompañados, independientemente de su estatus, se pueden inscribir al sistema de seguro sanitario, al igual que los niños nacionales, pero deben haber asistido a una escuela primaria o secundaria por tres meses consecutivos.⁸⁶ Sin embargo, los niños irregulares acompañados sólo pueden acceder a la asistencia sanitaria básica, salvo que estén alojados junto con sus familias en centros de acogida para solicitantes de asilo.⁸⁷

9. Países Bajos

La Ley de Conexión de 1998 establece que los migrantes irregulares sólo pueden recibir los “tratamientos que son médicamente necesarios”. En principio, ellos deben pagar el costo del tratamiento médico; pero si no pueden pagarlo, será cubierto por un fondo especial llamado ‘Koppelingfonds’, que rembolsa directamente al proveedor de asistencia sanitaria, pero nunca al paciente. La ley hace una distinción específica en el caso de las mujeres embarazadas y sus hijos: todo tipo de tratamiento se considera necesario si es antes o después del nacimiento y si se encuentra relacionado con los tratamientos preventivos y vacunaciones del niño. Además, en 2007 se publicó un informe oficial en que se establecen los criterios para los tratamientos médicamente necesarios para los migrantes irregulares.⁸⁸

10. Austria

Toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) es de pago,⁸⁹ y los tratamientos suelen ser inaccesibles para los migrantes irregu-

⁸⁶ Al respecto, véanse: *Loi portant dispositions diverses en matière de santé* (13/12/2006), y la circular OA n 2008/198 (9/05/2008).

⁸⁷ Véase el Real Decreto del 12 de diciembre de 1996, concerniente a la asistencia médica de urgencia proporcionada por el Centro de Bienestar Social (SWA) para los extranjeros que residen irregularmente.

⁸⁸ Al respecto, véanse la Ley del 26 de marzo de 1998, *Koppelingswet*; y *Commission on Medical Care for Failed Asylum Seekers and Illegal Migrants, Arts en vreemdeling*. Pharos, Utrecht, 2007.

⁸⁹ Si bien hay atención médica sin costo para enfermedades como tuberculosis. Véase *Tuberkulosegesetz*, BGBl Nr. 127/1968, secciones 2 y 10.

lares. Por ello, sólo acuden a los hospitales en casos muy graves, quedando a deber altos recibos médicos, lo cual tiene consecuencias para aquellos que llegan a regularizar su situación: obtienen el permiso más una deuda, que puede durar toda su vida.⁹⁰

V. ALGUNAS LÍNEAS DE ACCIÓN EN MATERIA DE ACCESO AL DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES Y SUS FAMILIAS

A pesar de los avances realizados en el campo de los derechos humanos, todavía no se ha producido una aplicación sistemática de leyes y políticas nacionales que protejan el acceso de los niños migrantes irregulares a sus derechos humanos. Los marcos legales revisados demuestran que las distintas legislaciones nacionales siguen sin estar a la altura de los estándares internacionales de protección legal. Esto implica que los Estados están dejando de cumplir con la legislación internacional en materia de derechos humanos respecto de la cual se han obligado.

De esta forma, la normativa internacional aún debe reflejarse e incorporarse de forma apropiada en las leyes, en las políticas y en los programas nacionales que afectan de forma directa las vidas de los niños migrantes irregulares. Resulta, por lo tanto, necesario instaurar leyes nacionales que brinden garantías más completas para la protección de los derechos de estos niños. Es preciso resaltar que si bien los estándares internacionales son una herramienta útil en este proceso, la legislación nacional es fundamental, toda vez que es una forma más directa, rápida y efectiva de provocar cambios en la situación de grupos humanos tan vulnerables como estos niños.

En la práctica, los niños migrantes irregulares se enfrentan a muchas barreras para acceder y disfrutar de los derechos básicos que el ordenamiento internacional y las propias legislaciones les otorgan. Por ello, los Estados deben reformar sus leyes y políticas migratorias para garantizar el acceso de estos niños a derechos civiles, económicos, sociales y culturales, así como a servicios básicos. La interdependencia entre los derechos hace necesario un enfoque intersectorial en la legislación, en las políticas y en las prácticas en el contexto de la migración, con el fin de que se garantice el acceso de los niños migrantes irregulares a todos los derechos que el ordenamiento internacional les confiere.

⁹⁰ Véase la Ley Bundesgesetz über Krankenanstalten- und Kuranstalten (KAKuG) BGBl. Nr. 1/1957, secciones 22 y 23.

El acceso a la asistencia en materia de salud es un derecho humano que se debe otorgar de forma irrestricta a todas las personas, sin importar su condición de nacionales o extranjeros, regulares e irregulares. Los instrumentos internacionales de derechos humanos son claros en este respecto. Sin embargo, como se ha visto, lo que sucede en la realidad dista mucho de esta afirmación, incumplándose lo que dicta el derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones contraídas por los Estados en la materia. De este modo, es preciso que los Estados que tienen principalmente el papel de receptores de migrantes adecuen sus modelos de gestión de acceso al derecho a la salud, con el fin de garantizar este derecho de forma cabal a todas las personas, especialmente a las más vulnerables, como los niños, las niñas y los adolescentes migrantes irregulares.

En este sentido, es preciso que se adopten leyes y políticas que respeten el derecho de los migrantes a la salud, de conformidad con la legislación y las normas internacionales. Esto implicaría regulaciones que eliminen barreras administrativas en el acceso a este derecho por todas las personas, incluidas la denegación de forma discriminatoria la prestación del servicio médico y la solicitud de documentos que los migrantes irregulares no pueden presentar. Además, conllevaría cerciorarse de que los migrantes reciben servicios de salud de un modo cultural y lingüísticamente adecuado; capacitar a los profesionales de la salud sobre las particularidades de la salud de la población migrante, y ofrecer servicios de salud que integren a los migrantes de forma completa, coordinada y económicamente sostenible.

Lo anterior requiere desligar de una forma clara el acceso al derecho a la salud de la residencia regular de los extranjeros en los Estados de destino. En este sentido, el otorgamiento de los servicios de salud debe estar también desvinculado del control migratorio, y bajo ninguna circunstancia se debe requerir a los profesionales de salud el reportar a los migrantes irregulares que atiendan y/o compartir la información personal de sus pacientes. Por último, sería preciso establecer medidas proactivas que involucren a la sociedad civil, con el fin de hacerla empática con la problemática y crisis de derechos humanos que vive esta población.

VI. CONCLUSIONES

La salud es un derecho humano, y el derecho a la salud es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos; es decir, está estrechamente relacionado con el ejercicio de derechos como el derecho a la vivienda, a la alimentación, a la seguridad social, al trabajo y a la familia, y depende de

éstos. El derecho a la salud también está ligado al principio fundamental de no discriminación, que reconoce la dignidad inherente a todo ser humano, migrante o no migrante. Ese principio garantiza que los derechos humanos se apliquen a todas las personas, sin distinción de nacionalidad, raza, color, sexo u otra condición. Por consiguiente, todo Estado tiene la obligación de proteger y promover los derechos de los migrantes, sin discriminación de ningún tipo. Además, deben eliminar cualquier clase de discriminación que se ejerza en su territorio.

Los principios de no discriminación y de igualdad de trato a todo individuo, incluidos los migrantes, son aplicables a distintos aspectos del derecho a la salud, de forma que los países han de velar por que los establecimientos, los bienes y los servicios de salud estén disponibles, y sean accesibles, aceptables y de buena calidad. Esas obligaciones son responsabilidad de todos los Estados partes en los tratados que consagran el derecho a la salud, ya sean países de origen, de tránsito o de destino.

Como se vio, a pesar de la vulnerabilidad de los migrantes y el hecho de que sus derechos sociales estén firmemente fundamentados en el derecho internacional, en la práctica muchos Estados restringen el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la salud de la población migrante, en particular de quienes están en situación irregular. Estas prácticas incluyen la exclusión de los migrantes y sus familiares de los sistemas nacionales de salud, la prestación de una cobertura de salud insuficiente, la limitación de su acceso a los servicios de emergencia y la denegación de admisión y residencia a los migrantes que padezcan alguna enfermedad; además de la evidente falta de competencia del personal sanitario en materia cultural, la falta de formación de los profesionales de la salud en el ámbito de los derechos de los migrantes y la salud, la seguridad ocupacional de los migrantes, la prestación de servicios de salud a los que retornan, la participación de los profesionales de la salud en el control de la migración y el uso generalizado de la detención de migrantes como instrumento de gestión migratoria. Todas esas cuestiones no sólo dificultan que los países puedan cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, sino que se consideran una mala práctica sanitaria pública. Negar a un migrante el derecho a la salud conduce a la marginación, aumenta la susceptibilidad a las enfermedades y exacerba las desigualdades sanitarias.

Además, al carecer de protección financiera y jurídica para acceder a los servicios de salud, muchos migrantes suelen tardar en acudir a los servicios médicos, y no van hasta que están gravemente enfermos y tienen que recurrir a costosos tratamientos de emergencia. Inevitablemente, esos retrasos tienen efectos a largo plazo en la salud de la población migrante. A

la postre, la exclusión de los migrantes de los servicios de salud se convierte en una carga económica para el país de destino y puede suponer un riesgo para la salud pública de las comunidades de acogida. Por ello, se requiere que los Estados adopten un enfoque comprensivo e integrador respecto del derecho a la salud de los migrantes que incluya estrategias que prevean sus necesidades sanitarias y su vulnerabilidad. La materialización de los derechos humanos de los migrantes es una práctica de salud pública acertada que beneficia a todos, aporta nueva información y permite alcanzar logros en materia de migración internacional, salud y derechos humanos.

LA PROHIBICIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO COMO PARADIGMA CATÓLICO: ES VIOLADOR DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y DEL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD EN MÉXICO

Alan Francisco OSORIO ARAGÓN

SUMARIO: I. Los derechos humanos alrededor del acceso a la interrupción del embarazo en la Ciudad de México. II. Los límites a la libertad para legislar de los estados mexicanos. III. Una concepción teleológica de la vida en el ser humano. IV. El acceso a la interrupción del embarazo como derecho protector del proyecto de vida y de la autonomía personal. V. La tutelación estatal del derecho al derecho a la interrupción del embarazo en su carácter sustantivo y adjetivo. VI. El principio pro persona y nuestra propuesta sobre el alcance de los precedentes judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la función legislativa del Estado. VII. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. VIII. La religión católica como paradigma violatorio del derecho humano a la igualdad. Una comparación entre el estado de Veracruz y la Ciudad de México. IX. Reflexiones finales.

I. LOS DERECHOS HUMANOS ALREDEDOR DEL ACCESO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN LA CIUDAD DE MÉXICO

A raíz del decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal en sus artículos 144, 145, 146 y 147 en 2007, se dejó de considerar a la interrupción del embarazo como un delito hasta antes de las doce semanas de gestación tomando en cuenta elementos científicos que probaban “que el embrión, antes de las doce semanas, no es un individuo biológicamente caracterizado como un ser que tiene la condición de persona”;¹ es por ello que se estableció lo siguiente:

¹ Exposición de motivos disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-b6a9eab0063a314791f3c017511b2d17.pdf>.

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

[...]

Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado...

Es importante hacer la aclaración lingüístico-jurídica que hace el Código Penal para el Distrito Federal entre aborto e interrupción del embarazo, pues la primera es la especie y la segunda el género; así, cuando la interrupción del embarazo se realiza después de las doce semanas de gestación nos encontramos ante una interrupción del embarazo penalizada denominada aborto.

Es de reconocerse que esta reforma es un auténtico paso laico² para la construcción normativa de nuestro país, y un avance en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas que el Estado mexicano tiene ante instrumentos internacionales regionales y universales del cual forma parte,³ pues de forma directa resguarda derechos y bienes jurídicos tutelados, como el derecho a la vida privada,⁴ el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para la salud reproductiva,⁵ el derecho a elegir responsable y libremente sobre el número de hijos que se ha de tener,⁶ el derecho a la salud, y de forma indi-

² Laico en el sentido de proteger jurídicamente a una minoría demandante del reconocimiento de un derecho humano frente a una mayoría opositora de ideales de corte religioso, principalmente de la Iglesia católica, generando, como lo menciona el doctor Pedro Salazar Ugarte, “un antídoto contra la discriminación”.

³ Obligaciones establecidas de forma expresa tanto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CADH) como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

⁴ El artículo 11.2 de la CADH establece que “nadie puede ser sujeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales en su honra o en su reputación”.

⁵ Además, la Corte IDH ha establecido en el párrafo 146 de la sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* que “el derecho a la vida privada se relaciona con I) la autonomía reproductiva y II) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para acceder a ese derecho.

⁶ El cual está garantizado por el artículo 16 e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer al establecer que los Estados tienen el deber de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres “los mismos derechos a decidir libremente y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

recta, y no por ello menos importante, el derecho a la no discriminación⁷ y el derecho a no ser sometido a un trato cruel, inhumano y degradante.⁸

Estos últimos mediante el reconocimiento legal en el citado Código, de prohibir hasta las doce semanas la interrupción del embarazo y, *ergo*, permitirlo hasta antes de ese lapso otorgándole *ipso facto* el carácter de derecho, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, como lo hizo en el párrafo 142 del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, que se debe interpretar “en forma amplia el artículo 7o. de la Convención Americana”, al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones, coadyuvando a que se suprima la discriminación ejercida sobre la mujer que se encuentra a favor de ello, mediante el derecho público subjetivo que se le delega de denunciar dicha discriminación.⁹

Todos esos derechos, derivados del principio de autonomía personal, tienen la calidad de derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional y constitucional, que en voz de la comunidad americana, y declarado en el preámbulo de la Convención Americana de los Derechos Humanos, párrafo segundo, son:

...derechos esenciales del hombre [que] no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...

Por lo que gozan de supremacía formal, reconocida por los artículos 1o. y 133¹⁰ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

⁷ El artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer establece que “el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho, entre otros... a ser libre de toda forma de discriminación, y... a ser valorada y educada *libre de patrones estereotipados*... basados en conceptos de inferioridad o subordinación”.

⁸ Artículo 5.1 de la CADH establece que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

⁹ Ya sea por la vía civil, penal o administrativa.

¹⁰ “ARTÍCULO 133. Esta constitución, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la Republica, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes

reconocida por nuestro más alto tribunal de la función judicial del Estado mexicano, como lo explico a continuación.

De acuerdo con la contradicción de tesis 293/2011 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹ —derivada del asunto Radilla Pacheco *vs.* México, sustanciado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos— no existe jerarquía formal (legislada ya sea en instrumentos domésticos o internacionales) para ponderar o jerarquizar los derechos establecidos en nuestra carta magna y en los tratados internacionales, pues la resolución menciona que la jerarquía se establece de una manera material; es decir, de acuerdo con su contenido se ponderará un derecho sobre otro, prevaleciendo en todo momento los derechos humanos sobre cualquiera de otra especie; por lo que, de encontrarse en contravención algunos derechos ya fueran de fuente doméstica o tutelados por un instrumento internacional, prevalecerían aquellos que tengan la calidad de derechos humanos.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recientemente, ha considerado que “dejando a un lado la pretensión de determinar en qué momento inicia la vida humana, es posible afirmar que el derecho no ha considerado al concebido como una persona en sentido jurídico, susceptible de ser titular de derechos humanos. No obstante ello, el no nacido sí encuentra protección constitucional, como un valor intrínsecamente relevante”.¹²

Además, la tesis 293/2011 amplía el campo en materia de derechos humanos al reconocer, derivado de la resolución Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como los precedentes judiciales que genere la Corte Interamericana de Derechos Humanos —considerada esta última por sí misma como intérprete última de la Conven-

y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones de las entidades federativas”.

¹¹ “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”. Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204.

¹² Amparo en revisión 1388/2015, p. 39, disponible en: https://www.SupremaCorte.deJusticia.de/la.Nacion.gob.mx/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf.

ción—¹³ forman parte del derecho positivo de los Estados miembros del sistema interamericano de derechos humanos, incluyendo a México, en clave de colaboración jurisdiccional, por lo que todas las autoridades mexicanas en su correspondiente ámbito de competencia deberán sujetarse a los derechos humanos contenidos en estos instrumentos jurídicos, ya sean las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sean las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (como lo explicaré más adelante), o bien sean de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de nuestra Constitución.

II. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD PARA LEGISLAR DE LOS ESTADOS MEXICANOS

Sin embargo, y pese al reconocimiento, bajo el concepto de modelo federal con el que está construido el sistema político de nuestro país, algunos de los estados componentes de la República mexicana han olvidado que la libertad que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos les otorga para tutelar algunos bienes jurídicos de acuerdo con sus necesidades sociales en la circunscripción geográfica en la que tienen jurisdicción¹⁴ debe ir aparejada de la obligación de adecuar su normativa de manera armónica con el ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad,¹⁵ incluyendo en esta última a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como se indicó en la ya mencionada tesis),¹⁶ y con nuestra carta

¹³ En el párrafo 124 de la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* establece que “... el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

¹⁴ “ARTÍCULO 124. Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

¹⁵ En el párrafo 497 de la sentencia del caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, del 28 de agosto de 2014, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró “pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”.

¹⁶ Debemos recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el parámetro de control de convencionalidad no se ve limitado solamente por los tratados internacionales de los que los Estados formen parte, pues también ha establecido que la cosa juzgada internacional debe tomarse en cuenta dentro de dicho parámetro. Prueba de ello es el párrafo 65 de la sentencia de la *Supervisión de Cumplimiento de sentencia del caso Gelman*

magna, en particular con el artículo primero constitucional, pues declara este último, que

En los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales* de los que el Estado mexicano sea parte...

Las normas relativas a los derechos humanos *se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales* de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, *tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos* de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Así, haciendo hincapié en los fragmentos remarcados en cursivas, los estados de la República

A) No pueden legislar de forma contraria, ni en menor medida, que lo que la Constitución y los tratados internacionales establecen en materia de derechos humanos.

B) Deben otorgar en todo momento la protección más amplia a las personas, recordando que *la normativa que rige tanto a las facultades de las autoridades como a las libertades de los gobernados deben interpretarse de acuerdo con esos cuerpos normativos* que “conforman la ley suprema de toda la unión”, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad que se ha remarcado en la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal y en la academia jurídica mexicana.

C) Deben atenerse, en sus diferentes expresiones de ejercicio de sus facultades, y en particular en la expresión legislativa, a la obligación que les impone el artículo primero de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos que son reconocidos por nuestra carta magna —y a su vez por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte— bajo los principios de universalidad (los estados deben *asegurar la total vigencia de esos derechos humanos a todas las personas entoda la República Mexicana*) y de *progresividad* (jamás hacia una dirección retrograda o regresiva, ni *minimizándolos o restringiéndolos*).

vs. Uruguay, del 20 de marzo de 2013, en el que se avoca a otorgar una especie de definición sobre lo que es el control de convencionalidad, en el que menciona lo siguiente: “Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del «control de convencionalidad», concebido como una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la *Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal*”.

Si bien es cierto que la función legislativa del Estado, bajo la democracia en la que estamos constituidos como república, representa a la sociedad y genera normativas para dar cumplimiento a las demandas y necesidades de la población, además de buscar su bienestar y la pacífica y ordenada convivencia entre quienes la componen, también lo es que hay circunstancias en que, aunque exista una mayoría social que demande la inclinación de la legislación hacia una dirección determinada, la figura del legislador debe tener precaución a los límites de la sujeción que tendría ante esas demandas; ello debido a que debe prevenirse el reconocimiento jurídico de un dogma o paradigma social que vulnere la integridad de las minorías, y si éste omite realizar esta tarea, el Poder Judicial debe actuar para frenar al Legislativo en la producción desmedida de normativas en atención de los deseos de la mayoría, debido fundamentalmente a dos razones:

A) El Constituyente estableció que es “voluntad del pueblo constituirse en una república democrática, laica, federal compuesta de estados libres y soberanos... pero unidos en una federación establecida según los principios de [la] ley fundamental”,¹⁷ por lo que no es jurídicamente adecuado legislar vulnerando la laicidad en la que está constituida la República mexicana, incluso si así lo demandara un grupo mayoritario, de lo contrario se violaría parte de ese precepto, y nos encontraríamos en una democracia tan radical que pondría en peligro los derechos humanos de las minorías. Al respecto, Michelangelo Bovero menciona que

La democracia es incompatible con la intolerancia al disenso, precisamente porque es el régimen antidogmático por excelencia: ninguna decisión determinada, incluso aunque fuera sostenida por la enorme mayoría, puede ser impuesta como un dogma público indiscutible e inmodificable. Una colectividad cerrada al disenso, incluso eventual o futuro, no es democracia.¹⁸

B) Nuestra Constitución es rígida, y su finalidad es salvaguardar principios y derechos mínimos que no puedan modificarse radicalmente, cuya protección debe ser velada por el Poder Judicial, que por la naturaleza de las tareas que se le han encomendado, por no verse viciadas sus facultades con cargas político-electorales, por ser un auténtico perito del derecho, y

¹⁷ Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸ La laicidad es definida por los principios de antidogmatismo “...Laico es aquel que rechaza la imposición de dogmas morales”. Bovero, Michelangelo, “El concepto de laicidad”, en Salazar Ugarte, Pedro y Capdevielle, Pauline (coords.), *Colección de cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 18 y 19.

por tener un salario bien remunerado, es el menos peligroso para proteger a las minorías de posibles daños generados por los deseos de las mayorías,¹⁹ protección que puede realizarse no sólo mediante el amparo, sino mediante el control de constitucionalidad y convencionalidad derivados de nuestra Constitución y de los diferentes instrumentos internacionales de los que formamos parte.

Cuando el deseo de la mayoría social consiste en que el sistema jurídico mexicano se conduzca hacia una dirección determinada a causa de principios morales que se desprenden de la común profesión de una particular religión, la función legislativa debe conducirse de manera neutral,²⁰ limitándose a proteger la diversidad de creencias religiosas y a fomentar la tolerancia²¹ entre los creyentes de una religión y los de otras, o de lo contrario coadyuvaría a proteger o alentar los ideales de una Iglesia, lo cual contravendría al principio constitucional de progresividad en materia de derechos humanos, y dejaría sin valor el fruto de constantes batallas ideológicas²² que mundial, tímida y paulatinamente se han superado mediante el crítico y científico análisis que ha desembocado, en casi todos los tópicos, no sólo en el reconocimiento constitucional y judicial, sino también en un acuerdo global del cual formamos parte, y que al mismo tiempo forma parte de nuestro sistema jurídico.²³

Tratándose de la interrupción del embarazo, los Estados se han valido de argumentos aparentemente laicos y jurídicos para sostener una prohibición que tiene un *telos* meramente religioso; es decir, los Estados se han encargado de prohibir la interrupción del embarazo teniendo como justifi-

¹⁹ Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, cap. LXXVIII, Librodot, pp. 294-298, disponible en: <http://bit.ly/2dwoke3E>.

²⁰ Más aún si dichas demandas versan sobre la prohibición del goce de un bien que ya se había constituido como un derecho humano, ya fuera por un reconocimiento estatal expreso o por una permisión derivada del principio de libertad.

²¹ "...el tolerante es aquel que tiene el poder de tratar de suprimir o prevenir (o, al menos, de oponerse u obstaculizar) lo que resulta lesivo... [por] poseer, entonces, la competencia o facultad que le permita fácticamente intervenir en contra de una acción que lesiona sus convicciones". Vázquez, Rodolfo, "Democracia y laicidad activa", en Salazar Ugarte, Pedro y Capdevielle, Pauline (coords.), *Colección de cuadernos Jorge Carpijo para entender y pensar la laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 16.

²² El derecho de las mujeres, los derechos civiles de los afroamericanos, la investigación médica con cuerpos humanos sin vida, etcétera.

²³ Ello debido al reconocimiento que le hemos dado, como fuente de derecho, a la costumbre internacional y a los precedentes jurisdiccionales internacionales. Artículo 38, inciso b, e inciso c, del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que hemos firmado y ratificado, reconoce como fuente de derecho internacional a *la costumbre internacional* como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, y a *las decisiones judiciales*.

cación la privación del derecho a la vida de un ser humano, explicando que en cuanto un óvulo es fecundado por un espermatozoide nace una célula sinónimo de ser humano; esto es, un ser humano que ya existe, por contener información genética que lo hace único e inigualable, y que sólo necesita elementos externos (alimento o temperatura) para su desarrollo y plenitud. Sin embargo, están perdiendo de vista el concepto ontológico y la teleología del ser humano, y la diferencia entre éste y un gameto,²⁴ pues este último es en realidad una célula compleja susceptible de convertirse en un ser humano, pero no es aún un ser humano *per se*.²⁵

Dichos Estados, al enunciar esos argumentos aparentemente laicos, en realidad coadyuvan con la tesis de la confusión entre la moral y el derecho, generando en nuestro sistema jurídico una especie de “absolutismo moral”, que impregna a las normas jurídicas locales de ideales religiosos, no seculares, por lo que para ellos “un pecado también puede ser tratado como delito”.²⁶ Es decir, aquel argumento goza de coherencia si lo miramos desde la deontología de los cánones de la religión católica, que reconoce como disponente único de la vida humana a Dios, y es éste quien concede o priva a una persona de la vida,²⁷ recordando que esta religión entiende por vida humana a ese óvulo que ha sido apenas fecundado.

III. UNA CONCEPCIÓN TELEOLÓGICA DE LA VIDA EN EL SER HUMANO

¿Debe prevalecer la protección de una oportunidad de existencia de un ser humano ante la protección de la salud y de la autonomía de un ser humano ya existente?

²⁴ La Real Academia Española lo define como “cada una de las células sexuales, masculina y femenina, que al unirse forman el huevo de las plantas y de los animales”.

²⁵ Como lo analizaremos en el tema VII del presente ensayo, respecto de la prohibición constitucional al aborto en el estado de Veracruz.

²⁶ Vázquez, Rodolfo, “«La cuestión del embrión» y algunos problemas de la bioética”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coords.), *La construcción de la bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, vol. I, pp. 25 y 26.

²⁷ A manera de ejemplos, el salmo 24, versículos 1 y 2, de la Biblia que profesa la religión católica, establece que “Del señor es la tierra y lo que contiene, el mundo y todos sus habitantes; pues él la edificó sobre los mares, y la puso más arriba que las aguas”. También, el salmo 30, versículos 18 y 19, menciona que “Los ojos del Señor están fijos sobre sus fieles, sobre los que esperan en su misericordia, *para librar sus vidas de la muerte*, y sustentarlos en tiempo de indignancia”. Por otro lado, en el salmo 39, versículo 6, del mismo texto, se le dirigen palabras a Dios en las que se establece lo siguiente: “A mis días no les diste más de una cuarta y mi existencia es nada para ti”.

Consideramos que el concepto de vida en el ser humano tiene una mayor dimensión que el simple concepto de vida en un nivel biológico; ello porque, desde una óptica teleológica, además de encontrarse en dicho concepto una serie de funciones fisiológicas que nos hacen seres vivos autónomos, existen también una serie de capacidades, aptitudes, habilidades, experiencias e ideales que conforman la identidad humana, siendo éstas el contenido, y la vida (en sentido biológico) el continente. Así, desde una óptica teleológica más allá de la biológica, a la vida podríamos ejemplificarla con una tetera, la cual es un continente para lo que ha sido fabricada; es decir, la preparación del té, considerando a este último elemento, por analogía, como la identidad que se desarrolla en un ser humano ante sus circunstancias; así, la vida humana es la tetera en su conjunto, continente y contenido.

Es por ello que consideramos, sin lugar a dudas, que debe prevalecer el proyecto de vida, la salud y la autonomía personal de un ser humano que ya tiene una vida humana (como continente y contenido), y no el de un ente que tiene vida, pero no aún vida humana,²⁸ por lo que no es admisible una ponderación entre el proyecto de vida, la autonomía personal y la salud de una mujer, y la vida de un complejo celular denominado cigoto, gameto o embrión, que, aunque está de alguna manera protegido por la ley, puede vérselo sólo como un complejo celular con estatus de persona potencial, pues, siguiendo al profesor Rodolfo Vázquez, tiene un valor biológico, pero carece de valor moral. Para obtener ese valor moral tendrán que hacerlo “de manera derivada, cuando en una etapa posterior, más desarrollada, se conecte causalmente con otras propiedades ya no sólo biológicas sino con propiedades de las que se derive un valor moral”.²⁹

Quisiéramos abrir aquí un paréntesis. Por nuestra parte, y a pesar de la diversidad de teorías interdisciplinarias y multidisciplinarias existentes al respecto del comienzo de la vida del ser humano, consideramos que ese valor moral se refiere al desarrollo de la identidad de un ser humano, ya fuera no nacido o ya nacido.

²⁸ La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la reciente tesis del amparo en revisión 1388/2015 menciona que “en esta sentencia se justificará por qué, a pesar de que el concebido tiene un valor intrínseco muy relevante —el cual es incremental mientras avanza el embarazo— este valor puede ceder en determinadas circunstancias frente a los derechos de la mujer... Como consecuencia, esta Primera Sala advierte que *nuestro marco legal y constitucional no reconoce al concebido como una persona en el sentido jurídico y no es, por tanto, titular de derechos fundamentales*”. Amparo en revisión 1388/2015, pp. 36 y 42, disponible en: https://www.SupremaCorteJusticia.deJusticia.gob.mx/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf

²⁹ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*

Respecto del no nacido, consideramos que ha formado una identidad cuando alguno o varios de sus cinco sentidos ya se encuentran en funcionamiento, y puede distinguir una serie de colores y elegir su preferido, o se arrulla al escuchar los latidos del corazón de su madre o la voz de su padre, o reacciona ante el sonido de la mascota familiar, o distingue entre movimientos bruscos y suaves o entre la sensación de placer y de dolor, pues “esa misma capacidad tiende a despertar... respuestas afectivas específicas (compasión, cuidado, deseo de proteger, etcétera)... si algo es capaz de tener deseos, de hacer planes a futuro... esa capacidad nos hace verlo como vulnerable, como moralmente digno de consideración y respeto”.³⁰

Por otro lado, tratándose de un ya nacido, continuaría con el desarrollo de su identidad mediante las relaciones e interacciones con otras personas más allá de las biológicas (creando lazos afectivos o relaciones sociales), o la realización de planes y su ejecución, o la creación y consecución de ideales de excelencia o de virtud propios,³¹ etcétera.

IV. EL ACCESO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO COMO DERECHO PROTECTOR DEL PROYECTO DE VIDA Y DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

Una mujer que se ha enterado, no mucho tiempo atrás, de que se encuentra embarazada, debería tener el derecho privado y personalísimo³² de decidir si quiere permitir o no:

- a) Un cambio drástico y algunas veces violento en la fisiología de su organismo, que podría generarle problemas directos en su persona, particularmente en la salud o en la integridad física y mental, o indirectos, como en lo académico, en lo laboral, en lo económico y en lo familiar; además
- b) La gestación de un embrión susceptible de convertirse en una persona, cuya relación consanguínea será de por vida, la cual posiblemente no desea, y que le acarreará una serie de obligaciones jurídicas y

³⁰ Valdés, Margarita, “El problema del aborto. Tres enfoques”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999, pp. 132 y 133.

³¹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 204.

³² Privado en el sentido de ser una decisión que a) no transgrede el derecho de terceros, y b) no forzosamente se realiza con el erario. Personalísimo, ya que es un derecho que forma parte del libre desarrollo de la personalidad humana bajo el principio de la autonomía personal.

responsabilidad morales, que además en México no son pocas, que tal vez no pueda cumplir dada su particular situación, ya fuera económica, física, familiar, etcétera, teniendo en entendido las sanciones futuras que el incumplimiento a ellas podría ocasionarle.

Siempre y cuando no se verifique, mediante los medios científicos médicos necesarios, que su exestatus de complejo celular ya le dio la calidad fisiológica de ser humano autónomo³³ y que ha comenzado a formar aquella identidad.

En este sentido, y respecto de los cambios fisiológicos de una mujer embarazada y sus consecuencias en la integridad psicológica, se ha demostrado que durante el embarazo

...se suceden una serie de cambios bioquímicos, psicológicos y sociales que ocasionan una mayor vulnerabilidad para la aparición de trastornos en la esfera psíquica de la mujer. La depresión posparto es entendida como la presencia de todo trastorno depresivo, sin síntomas psicóticos, que se manifiesta durante el primer año posparto. El cuadro clínico de la depresión posparto es similar al de los episodios depresivos observados en otras etapas de la vida, sin embargo, la depresión posparto posee características peculiares que justifican su consideración como entidad específica. La presencia del trastorno depresivo mayor, con frecuencia abreviado o llamado simplemente como depresión, durante el embarazo, incrementa en forma importante la morbilidad y mortalidad tanto para la madre como para el producto del embarazo...³⁴

Por lo que, desde una óptica pragmática, al obligar a una mujer a continuar con el embarazo que se encuentra sufriendo hasta su natural terminación, se le estaría obligando también a sufrir un trato cruel indeseable por ella, y al ser un trato cruel forzoso, nos encontraríamos también ante

³³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha explicado que "...existen diferencias muy importantes entre un óvulo recién fecundado y un feto que ha desarrollado casi plenamente sus órganos y tejidos, y se encuentra en etapas finales del embarazo. De esta manera, a medida que aumenta progresivamente la capacidad del organismo para sentir dolor, experimentar placer, reaccionar a su entorno, y sobrevivir fuera del vientre materno, aumenta también su viabilidad para ser persona y con ello, el valor que el Estado puede asignarle como objeto de tutela". Amparo en revisión 1388/2015, p. 46, disponible en: https://www.SupremaCorte.deJusticia.de.la.Nación.gob.mx/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf.

³⁴ Urdaneta M., José *et al.*, "Prevalencia de depresión posparto en primigestas y múltiples valoradas por la escala de Edimburgo", *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, Santiago, 2010, p. 313.

un trato denigrante,³⁵ el cual tuvo oportunidad de evitarse, pues además se le estaría privando de gozar del derecho de disfrutar de los avances de la ciencia, que en este caso pudieron haber servido para mantener el estatus biológico que ella deseaba.

Como veremos, se trata de una decisión de tal trascendencia que por antonomasia le corresponde única y exclusivamente a la mujer embarazada tomar, pues, además de ponerse en juego su integridad personal (en el sentido físico, moral y psicológico), se pone en juego su proyecto de vida, el cual engloba, de acuerdo con la resolución del caso *Loayza Tamayo vs. Perú* de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, lo siguiente:

Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto... se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone... Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación.³⁶

Si se le prohibiera a la mujer tomar la decisión de acceder a la interrupción del embarazo, se estaría en presencia de un Estado que en su función legislativa:

- a) No se ha desprendido del todo de ideales religiosos, y tampoco de la Iglesia en su morfología católica, dejando sin vigencia el reconocimiento constitucional de habernos construido en una república que practica la laicidad, dirigiéndose de forma regresiva hacia un esquema de derechos humanos restringido y “moralmente absolutista”;

³⁵ El cual viola directamente el derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención IDH de proteger la integridad personal, pues el Estado está obligado a respetar y a observar que sea respetada “su integridad física, psíquica y moral”.

³⁶ Párrafos 147 y 148 de la sentencia derivada del caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf.

- b) Se encuentra violando la autonomía personal y la libre determinación de una persona al inmiscuirse, como un Estado paternalista, en una situación de auténtica privacidad, dejando sin oportunidad de decidir sobre su cuerpo y su futuro a una persona que intenta ejercer su derecho a decidir cuántos hijos ha de procrear, generando una serie de violaciones en cadena a una gran cantidad de derechos civiles, económicos y sociales, y cuya consecuencia directa es vulnerar el más íntimo bien que tiene resguardo en la dignidad humana; es decir, la autonomía personal. Carlos Santiago Nino, respecto de la autonomía personal, señala

...que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.³⁷

- c) Genera que se califique como delincuente a quien tenga deseo de practicar o asistir en la interrupción del embarazo, generando una violación al derecho humano a la no discriminación,³⁸ tal y como lo ha establecido la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al mencionar que “las disposiciones legislativas que impiden el acceso de las mujeres a la interrupción del embarazo, constituyen una forma de discriminación basada en género... Además, el propósito de este tipo de disposiciones es discriminatorio en razón de que subestima la capacidad de la mujer para tomar decisiones responsables sobre su vida y cuerpo”.³⁹

Asimismo, es importante tomar en cuenta los efectos dañinos que tiene aparejada la prohibición a la interrupción del embarazo en el ámbito psicológico. La prohibición genera un sentimiento de miedo por parte de

³⁷ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, cit.

³⁸ La Primera Sala de nuestro máximo tribunal constitucional ha establecido que existen “normas [que] generan una intromisión continuada en la esfera más íntima de las mujeres, aun cuando éstas no sean enjuiciadas bajo estas disposiciones”, tal y como sucede con las normas penales que al prohibir la interrupción del embarazo de manera absoluta, generan una afectación continuada en la esfera de derechos de las mujeres con deseo de interrumpir su embarazo, derivada de la latente discriminación ejercida por la sociedad hacia ellas. Amparo en revisión 1388/2015, p. 22, disponible en https://www.suprema.corte.de.justicia.de.la.nacion.gob.mx/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf.

³⁹ *Ibidem*, p. 23.

quien desea practicarlo debido a que se concibe a sí misma y por los demás como una delincuente, una inmoral y, con apoyo de la coincidencia entre la prohibición estatal y la prohibición religiosa, como una “pecadora”, siendo la misma estructura jurídica el elemento que, una vez realizada la interrupción del embarazo, día a día revictimiza a quien la practicó.

Por otro lado, la misma Suprema Corte ha reconocido que las normas que prohíben la interrupción del embarazo generan un efecto inhibitorio (*chilling effect*), que puede provocar que las mujeres se inhiban de embarazarse por el miedo a que posteriormente, por un cambio radical en sus circunstancias o por una grave complicación, decidan abortar,⁴⁰ generando otra especie de daño psicológico y otro elemento que obstruye la consecución de su proyecto de vida.

Ahora bien, el Congreso de la Unión y los congresos locales deben considerar que el hecho de prohibir la interrupción del embarazo no genera *ipso facto* que deje de practicarse; por el contrario, genera que se realice de forma oculta o clandestina a la luz pública, por lo que difícilmente se hará en circunstancias de salubridad suficiente o con personal adecuadamente capacitado, generando altos riesgos sobre la salud, e incluso sobre la vida de quien sufre la interrupción del embarazo. Bajo una mirada comparada, en el estudio de Langer, respecto del embarazo no deseado y su impacto en la salud pública, se establece que:

En un estudio realizado en Brasil se estimó que el 20% de los abortos clandestinos realizados por médicos en clínicas y el 50% de los efectuados en casas particulares por la propia mujer o por personal sin entrenamiento se complican. Estos datos contrastan con los provenientes de países donde el aborto es legal y se realiza en buenas condiciones, donde sólo el 5% de las mujeres que interrumpen su embarazo sufre algún problema. Las complicaciones inmediatas más frecuentes del aborto inseguro son la perforación del útero, la hemorragia y la infección. A mediano plazo, la infertilidad es una secuela frecuente...⁴¹

La última parte de la cita pone en evidencia que la prohibición a la interrupción del embarazo trae aparejada otra consecuencia, que podría causar un daño de imposible reparación; es decir, el riesgo a la infertilidad, por practicarla clandestinamente, la cual aniquilaría de por vida el derecho

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ Langer, Ana, “El embarazo no deseado: impacto sobre la salud y la sociedad en América Latina y el Caribe”, *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, D. C., 11(3), 2002, p. 195.

de una persona a decidir cuántos hijos ha de procrear de manera natural, siendo esto otro de los factores que vulneran el proyecto de vida de una mujer, pues, es ella la que ha decidir cuál es el momento de su vida oportuno —por sus circunstancias económicas, biológicas o sociales— para tener y criar a un nuevo ser humano con quien tendrá de por vida una relación de parentesco, y a su vez, una serie de derechos y obligaciones jurídicos, así como prerrogativas y deberes morales, recíprocos.

V. LA TUTELACIÓN ESTATAL DEL DERECHO AL ACCESO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN SU CARÁCTER SUSTANTIVO Y ADJETIVO

Si bien es cierto que

La falta de homogeneidad en el derecho surge en mayor medida por los principios contenidos en las constituciones, los cuales se perciben como conflictivos... [y que] las normas jurídicas no pueden ser actualmente la expresión pacífica de los ideales de las sociedades, los cuales son instrumentos y manifestaciones de conflicto y enfrentamiento social...⁴²

Estamos de acuerdo en que no es teleológica ni jurídicamente apropiado para la evolución en la procuración y protección de los derechos humanos, que, basados en la idea del sistema constitucional federal, existan legislaciones estatales que remarquen una diferencia tal, en materia de protección de bienes jurídicos tutelados y restricción a la libertad de los gobernados, que en unos se suprima un derecho humano y en otros se le dé pleno reconocimiento;⁴³ incluso si la población, en su mayoría, demandara esa prohibición, pues sería tanto como obligar a una minoría a creer y profesar la religión de la mayoría por demandarla ésta, vulnerando el libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de ese grupo minoritario y su derecho de profesar la religión de su elección en aras de satisfacer la felicidad de las mayorías.

⁴² Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 27.

⁴³ Es decir, que en algunos estados se permita practicar despenalizadamente la interrupción del embarazo, resguardándola *ergo* como una decisión que protege derechos humanos para quien desea realizarla (tal y como lo comentamos en la primera parte del presente trabajo), y en otros dicha práctica se encuentre prohibida, y que, además, actualice la comisión de un delito.

La existencia tan drástica entre legislaciones estatales hace vigente una desigualdad evidente en los patrimonios de las personas a lo largo de la República, en donde en unos estados las personas gozan de un menor número de derechos humanos que en otros por consideraciones morales que derivan de un paradigma social,⁴⁴ el cual se desprende, en la mayoría de los casos, de la profesión mayoritaria de una común religión, generando violaciones graves a lo establecido en el artículo primero de nuestra Constitución, y severos incumplimientos a las obligaciones estatales, consistentes en realizar un control de convencionalidad por parte de todas las autoridades del Estado, que debe realizarse no sólo con base en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino también con base en todas las fuentes de derecho internacional, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁵

La libertad de la que gozan los estados para legislar sobre las materias que les reserve la Constitución tiene como finalidad ajustar su normatividad a sus propias y particulares realidades sociales; sin embargo, debe regirse por un estándar mínimo, que emana de las características inherentes al ser humano, y por ende inalienables por el Estado. Los estados tienen ese estándar mínimo en los derechos humanos, protegidos y reconocidos principalmente en el derecho internacional de los derechos humanos (regional y universal) y en nuestra Constitución, que deben ser tutelados en su forma más amplia, no sólo por el Poder Legislativo, sino por todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, incluyendo a las políticas públicas del Poder Ejecutivo y a los criterios establecidos por los tribunales jurisdiccionales.

Entonces, si bien es cierto que existen instrumentos estatales (carácter adjetivo) para tutelar esos derechos humanos (carácter sustantivo), y que la obligación que tienen los estados es la de cumplir al final con esa tutela, también lo es que ese carácter adjetivo de la tutela debe estar de acuerdo con la Constitución, y existiendo vicios en ella, con lo que el máximo tribunal judicial interprete de ella.

Ese carácter adjetivo se traduce en la infraestructura y en la oportunidad de acceso que en la República mexicana exista para que las personas puedan gozar de esos derechos, por lo que si en la Ciudad de México se está otorgando la libertad, y por ende el derecho a que una mujer acceda a la interrupción del embarazo (carácter sustantivo), el Estado tendrá que otorgar

⁴⁴ Como lo son las restricciones al matrimonio homosexual, al acceso regulado a la eutanasia, al consumo de marihuana, y lo es también el acceso al aborto.

⁴⁵ Recordando que la Corte IDH ha definido de manera amplia el control de convencionalidad. Véase la nota 16.

los medios suficientes y necesarios para que las mujeres que deseen acceder a ella, en colaboración con hospitales públicos y particulares e instituciones de educación y prevención, puedan hacerlo (carácter adjetivo), siempre y cuando sea su deseo realizarlo y sus circunstancias médicas y fisiológicas le permitan ser candidata para tal efecto.⁴⁶

VI. EL PRINCIPIO PRO PERSONA Y NUESTRA PROPUESTA SOBRE EL ALCANCE DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL ESTADO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación como interprete máximo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene el imperio para aclarar los vicios que nuestra carta magna pudiera tener *per se* o con relación a la validez de otra norma de menor grado, teniendo facultades, incluso, para declarar inconstitucional (dejar sin vigencia y validez) alguna norma. Es por ello que consideramos que la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación desarrolle sobre nuestra carta magna o sobre el contenido o validez de una norma debe ser entendida como una extensión de lo establecido en la Constitución Política de nuestro país.

En otras palabras, todas las autoridades, así como las leyes que rijan sus facultades y los derechos y obligaciones de los gobernados, tendrían que sujetarse tanto a nuestra norma fundamental como a las directrices establecidas en los precedentes judiciales que emanen de nuestro máximo tribunal constitucional.

Ahora bien, de acuerdo con las obligaciones constitucionales que el Estado tiene de interpretar las normas relativas a derechos humanos de acuerdo con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, y de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, se desprende que:

⁴⁶ Es importante hacer la aclaración de que el derecho a la interrupción del embarazo médicamente asistida es un medio ejecutivo para permitir a las mujeres, continuar con su proyecto de vida y hacer pleno ejercicio de su autonomía personal, y que no es una medida de planificación familiar. Consideramos además que dentro de ese carácter adjetivo debe necesariamente incluirse una institución de educación que actúe como medio preventivo, que facilite públicamente información —incluyendo a quienes desean practicar una interrupción del embarazo— sobre métodos anticonceptivos, educación sexual y planificación familiar.

- a) Como la interpretación corre a cargo de autoridades jurisdiccionales, tanto federales como locales, al momento de aplicar una norma que tenga como contenido la interrupción del embarazo, deben interpretarla favoreciendo de la manera más amplia a las personas, y, hasta este momento, la interpretación que más se ha acercado a este criterio en el tema de la interrupción del embarazo la ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al declarar en las acciones de inconstitucionalidad 146/2006 y 147/2007 (con la ayuda de peritos expertos que determinaron las consecuencias que tendría aparejada esa práctica en la salud humana, la salud pública y en la estructura social) que el decreto por el que se reforma el Código Penal en sus artículos 144, 145, 146 y 147 en 2007 es constitucional⁴⁷ (y en la reciente tesis derivada del amparo en revisión 1388/2015, de la cual hablaremos más adelante).
- b) Que todas las autoridades, incluyendo las políticas públicas de la función ejecutiva del Estado, ya sea del ámbito federal o local, y las normas que emanen del Congreso de la Unión y de los congresos locales, deben actuar o legislar respetando, protegiendo y garantizando los derechos humanos con base en los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y, especialmente, el de progresividad, por lo que en materia de derechos humanos no sólo deben legislar tomando en cuenta los precedentes judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁴⁸ sino también deben hacerlo de manera progresiva, “principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales”,⁴⁹ además de que deben realizarlo en una dirección que no disminuya el marco de derechos que los gobernados ya habían adquirido.

Mediante aquellas dos contradicciones de tesis se consideró la interrupción del embarazo como una práctica sin limitación constitucional alguna para su acceso, considerándola como jurídicamente válida, es decir, al ser un

⁴⁷ Sala de Prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Norma de ALDF que despenaliza el aborto en DF hasta la semana 12 de gestación*, México, 28 de agosto de 2008.

⁴⁸ Que, como ya lo habíamos comentado, consideramos que conforman una extensión de lo establecido en nuestra Constitución federal.

⁴⁹ “PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN”. Tesis: I.4o.A.9 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIX, abril de 2013, p. 2254.

acto que no fue invalidado y que ahora, al menos en la Ciudad de México, no está penalizado, genera, *ergo*, un derecho para acceder a ella, teniendo una interpretación constitucional al respecto, que al hacer las veces de una extensión de lo establecido en nuestra carta magna, tiene un carácter jurídicamente superior, que resguarda el principio de autonomía personal e interpreta un derecho humano de la manera más amplia en la República mexicana, por lo que los congresos locales y el Congreso de la Unión tendrían que sujetarse a ellas hasta que progresivamente logren conceder a sus gobernados, de manera completa, el derecho de las mujeres a decidir sobre su proyecto de vida y a ejercer su autonomía personal en la decisión de interrumpir un embarazo; de lo contrario, la desigualdad entre los mexicanos en su esfera de derechos a lo largo del país podría ser aún más catastrófica, pues mientras en la Ciudad de México actualmente se permite el libre acceso a la interrupción del embarazo y se presta asistencia médica para tal efecto, a cuatrocientos kilómetros de distancia, en el estado de Veracruz, esta práctica está prohibida, y por si eso no fuera suficiente, está también penalizada, demostrando que en los estados que aún no han considerado la permisibilidad de esa práctica están violando el derecho al proyecto de vida y el principio de autonomía personal —sin mencionar la extrema vinculación que tienen sus leyes con ideales no seculares— y se encuentran en un constante y continuado incumplimiento de sus obligaciones constitucionales en materia de derechos humanos, otorgando en la circunscripción geográfica en la que tienen jurisdicción un esquema de derechos humanos incompleto, que vulnera la integridad física y psicológica de las mujeres embarazadas, que no permite el ejercicio de su autonomía personal.

En ese orden de ideas, la próxima tarea de las distintas autoridades del Estado (tanto sujetas a las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales de los órdenes locales y federal) será la de considerar, además de las dos acciones de inconstitucionalidad antes mencionadas, el reciente amparo en revisión 1388/2015, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresó que se daría a la tarea de resolver la pregunta constitucional de si la mujer puede abortar y en qué supuestos.⁵⁰

Uno de los grandes avances que nos otorgó esta reciente tesis es el reconocimiento expreso y remarcado que hace la Suprema Corte de la Nación, de que “las normas y actos que prohíben o regulan el ejercicio de la decisión de la mujer a practicarse un aborto, afectan al menos *prima facie* el derecho

⁵⁰ Amparo en revisión 1388/2015, p. 35, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Primer_a_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf.

al libre desarrollo de la personalidad, pues inciden en el plan de vida que las mujeres desean realizar”.⁵¹

Por otro lado, es importante resaltar que la Corte reconoce que la prohibición a la interrupción del embarazo transgrede el derecho a la salud, en una vertiente especial que denomina “Derecho a la salud sexual y reproductiva”, debido a que dicha prohibición influye considerablemente en las condiciones en las que se practica una interrupción del embarazo, por lo que considera que esas condiciones inciden en el grado de satisfacción del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Además, al definir a la salud como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar un estado de bienestar general”,⁵² la Corte expresó que no puede desconocer los efectos que sufren las mujeres en su esfera psicológica y en su salud mental, por lo que, de nueva cuenta, el derecho a la salud de las mujeres se ve inevitablemente afectado con las normas, actos y omisiones de toda autoridad dirigidos hacia la prohibición de la interrupción del embarazo.

En el punto total de la sentencia, que contesta a las preguntas planteadas de si la mujer puede abortar y en qué supuestos, la Corte, queda claro, indica que la mujer sí puede abortar, por lo que nuevamente se está generando en nuestro sistema jurídico una interpretación que favorece en la manera más amplia a las personas,⁵³ esta vez mediante la aparición de un nuevo derecho, el de interrumpir el embarazo, resguardado, como lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad; este nuevo derecho tiene un reconocimiento expreso,⁵⁴ derivado de un precedente judicial de la Primera Sala de nuestro máximo tribunal constitucional, que, como ya habíamos analizado, hace las veces de una extensión de lo establecido en nuestra Constitución.

Respecto de los supuestos, la Corte señala que el derecho de la mujer para interrumpir el embarazo tiene un carácter definitivo en relación con la protección que merece el concebido, cuando se actualizan cuatro supuestos específicos: I) cuando el embarazo no haya sido consentido; II) cuando

⁵¹ Cursivas en la sentencia original, *Ibidem*, p. 51

⁵² Amparo en revisión 378/2014, citado en *ibidem*, p. 56.

⁵³ Que, de acuerdo con el artículo primero constitucional, tendría que ser alcanzada progresivamente por todas las autoridades estatales en sus respectivos ámbitos de competencia.

⁵⁴ “A juicio de esta Primera Sala, las interferencias del Estado en la decisión de la mujer de practicarse un aborto, limitan su derecho a decidir sobre su destino y plan de vida, por tanto, constituyen una afectación *prima facie* al derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Amparo en revisión 1388/2015, p. 53, disponible en: https://www.scnj.gob.mx/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf.

se trate de un “aborto terapéutico”; III) cuando el feto no sea viable, y IV) cuando la interrupción del embarazo sea en un periodo cercano a la concepción (supuesto en el que otorga libertad a las entidades federativas para establecer un lapso, siempre y cuando éste sea razonable).

Por último, en la tesis 1388/2015, la Corte declara inconstitucional el tipo penal del aborto, establecido en los artículos 332⁵⁵ y 334⁵⁶ del Código Penal Federal, debido a que cuando concurren los cuatro supuestos indicados en el párrafo anterior, ese Código criminaliza a la mujer;⁵⁷ por lo que atenta contra su derecho a la integridad personal, a la no discriminación, al desarrollo de la personalidad, y no permite la consecución de su proyecto de vida.

VII. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

La prohibición a la interrupción del embarazo genera, primero, que el Estado mexicano, al constituirse en un modelo federado, incumpla con su mandato constitucional de proteger y garantizar el derecho a la igualdad, debido a las drásticas diferencias entre las legislaciones de los estados de la República sobre este tema y, segundo, que debido a estigmas y paradigmas sociales, reconocidos por la expresión legislativa de los estados, se genere discriminación hacia las mujeres que desean acceder a esa práctica, tal como se explica a continuación:

a) El hecho de que se encuentre prohibida la interrupción del embarazo en unos estados y permitido en otros es prueba evidente de la violación estatal al principio de no discriminación derivado del derecho humano a la igualdad; ello, debido a que la limitación al acceso a esa práctica es generada por un elemento que es ajeno a los alcances y a la voluntad de la mujer embarazada; así, sin violar el principio de trato diferenciado derivado de ese mismo derecho humano, se le está tratando desigual a los iguales (pues las mujeres ante circunstancias fisiológicas iguales, y en tratándose de derechos humanos, deben ser tratadas por igual frente a otras mujeres, sin importar en qué estado de la República se encuentren).

⁵⁵ “ARTÍCULO 332. Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar”.

⁵⁶ “ARTÍCULO 334. No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora”.

⁵⁷ Amparo en revisión 1388/2015, p. 99, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf.

En otras palabras, no se le permite a las mujeres el acceso lícito a la interrupción del embarazo debido a un elemento ajeno a ellas, que deriva de un común ideal con cargas de corte religioso auspiciado por una institución eclesíástica particular, por lo que se está utilizando a la mujer como un medio para llegar a la realización de las convicciones de un grupo mayoritario, y no como un fin en sí mismo (pues los integrantes de aquel grupo mayoritario saben que al prohibirse la interrupción del embarazo, el Estado está dando coherencia a los estatutos de la religión que profesan).

Es importante mencionar que los estados que prohíben la interrupción del embarazo utilizan como herramienta para la consecución de la felicidad de un grupo mayoritario el restringir la autonomía personal —y reproductiva— de las mujeres, cuando, de manera contraria, la autonomía, en este caso de la mujer embarazada, siendo un principio de optimización de nuestro sistema jurídico, debería aplicarse para tutelar, como finalidad última, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y la laicidad⁵⁸ en la que debe constituirse la República mexicana y las entidades federativas que la conforman, pues el ejercicio de esa autonomía no viola de ninguna forma el derecho de terceros, por lo que el Estado no tiene objeto legítimo alguno para restringir la autonomía y la privacidad⁵⁹ de una mujer para decidir si le es viable o no interrumpir el embarazo que se encuentra sufriendo.

Sobre la autonomía personal, el profesor Rodolfo Vázquez menciona que

El principio de autonomía permite identificar determinados bienes sobre los que versan ciertos derechos cuya función es poner barreras de protección contra medidas que persigan el beneficio de otros, del conjunto social o de entidades supraindividuales. El bien más genérico protegido por este principio

⁵⁸ “Entiendo por laicidad la doctrina que sostiene la imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión o de convicciones metafísicas. Esto quiere decir que: 1. las creencias religiosas o metafísicas, su transmisión y enseñanza se localizan en el *ámbito privado*, y 2. en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas o antimetafísicas”. Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁵⁹ “Con respecto a lo público y lo privado, debe aclararse que si bien el ámbito primordial de las creencias religiosas es el privado, la libertad religiosa comprende también el derecho a expresar e intentar expandir las propias creencias en el ámbito público... lo que importa entender es que el perímetro correcto del ejercicio de esos derechos debe situarse estrictamente dentro de la sociedad civil, y *no traspasar a la utilización del Estado*. Éste debe mantener una posición de imparcialidad frente a todos los cultos, sin privilegiar alguna confesión religiosa por encima de las demás”. *Idem*.

es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. De manera más específica, por ejemplo, el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad; la libertad de residencia y de circulación; la libertad de expresión de ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas, y la libertad de asociación para participar en las comunidades voluntarias totales o parciales que los individuos consideren convenientes.⁶⁰

b) Respecto a la discriminación generada por estigmas y paradigmas sociales, la misma Suprema Corte advirtió que “las barreras que enfrentan las mujeres para abortar, afectan, *prima facie*, el derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que generan que las mujeres ejerzan sus derechos dependiendo de concepciones sociales, con base en las cuales deben satisfacer un rol de género y cumplir con el destino de ser madres”; además, reconoció que “las barreras legales al aborto parten en alguna medida, del estigma de que la mujer tiene que ser madre, independientemente de las barreras que pudiera tener para interrumpir su embarazo”.⁶¹

Como se verá, se trata de una especie de discriminación en la que los estados determinan el comportamiento de las mujeres con base en ideales mayoritarios, generando que la mujer que no actúe con base en esos mandatos sea criticada, ofendida o agredida, por contravenir el paradigma social, consistente en que su rol y su destino son los de ser madres y el de culminar su embarazo hasta la última etapa natural; además de que los estados actúan como entes paternalistas, desconfiando de las aptitudes de las mexicanas para lograr una libre autodeterminación y un buen ejercicio de su autonomía personal, restringiendo sus derechos a la voluntad de las mayorías.

Además de generar discriminación, la prohibición a la interrupción del embarazo hace evidente que los estados, en su expresión legislativa, están tomando una postura utilitarista, pues pretenden alcanzar el orden social mediante el reconocimiento y mantenimiento de un comportamiento de desaprobación derivados de paradigmas morales, a costa de prácticas continuadas de discriminación hacia las mujeres con deseos de interrumpir su embarazo, teniendo como vía de alcance de ese ideal una política prohibicionista y restrictiva, que en este caso vulnera la autonomía reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, y no les permite decidir sobre su propio cuerpo, aun cuando esa práctica no viola el derecho de ningún tercero.

⁶⁰ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁶¹ Amparo en revisión 1388/2015, p. 35, disponible en: https://www.SupremaCorte.deJusticia.de.la.Nación.gob.mx/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-1388-2015-160616.pdf

VIII. LA RELIGIÓN CATÓLICA COMO PARADIGMA
VIOLATORIO DEL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD.
UNA COMPARACIÓN ENTRE EL ESTADO DE VERACRUZ
Y LA CIUDAD DE MÉXICO

El 21 de enero de 2016, el Congreso de Veracruz decidió tutelar jurídicamente el valor de la vida mediante la prohibición expresa de la interrupción del embarazo, “desde el momento de la concepción”,⁶² dejando aparte consideraciones científicas y jurídicas (como doctrina o jurisprudencia internacional), que otorgan otros puntos de vista sobre el inicio de la vida humana, y sobre las consideraciones jurídicas que un no nacido debe tener. Recordemos que de acuerdo con el reciente amparo en revisión 1388/2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que no se puede considerar al gameto como persona humana, y que no alcanza la titularidad de derechos fundamentales, aunque sí tiene una protección constitucional, por tratarse de un complejo celular que tiene la oportunidad de convertirse en una persona humana, como ya lo expliqué en el tema III del presente ensayo.

Ahora bien, creemos tener una teoría que explicaría el porqué de esa reciente prohibición.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en Veracruz, hasta 2010 existía una población de 7.643,194 habitantes, de los cuales 6.015,048 profesaban la religión católica, además de que en los hogares censales donde el jefe(a) es católico(a), el 93.8% de los integrantes de ese hogar compartían esta creencia religiosa,⁶³ lo cual proyecta que los ideales de moralidad que son practicados en ese territorio de la república son en gran medida derivados de la profesión de esa religión, lo cual otorga coherencia al reciente hecho, del 21 de enero del presente año, en el que el Congreso local decidió imponer una prohibición constitucional a las mujeres embarazadas, pues esta prohibición tiene en su contenido ideales de la religión católica, en las que se reconoce a Dios como disponente único de la vida, denegando la facultad a cualquier otro ser que no sea esa deidad para decidir al respecto de ello.

⁶² La legislatura de Veracruz entiende como concepción, de acuerdo con el testimonio de la doctora María Cristina Márquez, quien fue requerida para participar como perito de concepción y vida humana en el seno materno, la unión de un óvulo y un espermatozoide, siendo esta unión la generadora de “un ser único e irrepetible distinto a la madre”. Comunicado de prensa de la LXIII Legislatura de Veracruz, del 21 de enero de 2016, disponible en: <http://www.legisver.gob.mx/boletines/boletinesLXIII/BOLETIN2676.pdf>.

⁶³ Disponible en: http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/panora_religion/religiones_2010.pdf.

Esto pone en evidencia la decisión que el legislador local tomó, consistente en hacer prevalecer un ideal mayoritario derivado de los estándares de la Iglesia católica, cediendo así ante las demandas no seculares de la mayoría, sin hacer una ponderación entre éstas y la autonomía personal de las mujeres que conforman a ese grupo social minoritario, deseoso de adquirir la facultad de decidir si deben o no continuar sufriendo un embarazo.

Sin embargo, consideramos que la demanda de un grupo mayoritario —que basa sus convicciones en una moralidad común derivada de los ideales de la Iglesia católica— no es argumento suficiente para asegurar que se está legislando de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 constitucional, pues si bien en cierta parte se está haciendo valer la democracia en la que nos encontramos constituidos, también es cierto que no debe dejarse sin vigencia la laicidad en la que debe sostenerse nuestro país, pues el Estado debe ser cuidadoso absteniéndose de tutelar jurídicamente la satisfacción de la mayoría a costa de la restricción de las libertades de un grupo minoritario, pues finalmente se les estaría utilizando como el medio o instrumento para alcanzar el ideal social mayoritario; por el contrario, debe alentar a que la diversidad de ideales existentes en la República mexicana convivan, en la mayor medida posible, de forma armónica, bajo la implementación de medidas que generen tolerancia entre unos y otros.

Otras cifras del Instituto Nacional de Estadística y Geografía nos demuestran que el número de personas que profesan la religión católica en la Ciudad de México no es nada alejada al margen indicado por el estado de Veracruz, pues para ese mismo año la población total era de 8.851,080 personas, de las cuales 7.299,242 profesaban la religión católica, y en los hogares donde el jefe(a) es católico(a), 92.8 % de los integrantes de ese hogar comparten esa creencia religiosa.

Así, comparamos al estado de Veracruz con la Ciudad de México, para demostrar que aunque en una circunscripción territorial delimitada exista una mayoría con un mismo ideal de virtud, desprendido de la común profesión de una determinada religión, es posible, y jurídicamente apropiado,⁶⁴ proteger la autonomía personal de quienes conforman al grupo social que por sus ideales es minoritario, de una forma más amplia (atendiendo a lo establecido en el artículo primero constitucional sobre el principio pro per-

⁶⁴ Ello para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas que el principio de progresividad (establecido en el artículo primero de nuestra Constitución); el derecho internacional de los derechos humanos, y la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (como extensión de lo establecido en nuestra carta magna) imponen a todas las autoridades del Estado.

sona) mediante la concesión del derecho al acceso a la interrupción del embarazo (bajo los supuestos establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reciente tesis 1388/2015), protegiendo así una serie de derechos derivados de la integridad personal, del libre desarrollo de la personalidad y de la autonomía personal.⁶⁵

Con relación a la autonomía personal, en la reciente sentencia de amparo en revisión 237/2014, en la que se abordó la validez dentro del sistema jurídico mexicano para consumir marihuana con fines lúdicos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mencionó:

Así, en términos generales puede decirse que los derechos fundamentales tienen la función de “atrincherar” esos bienes contra medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan afectar la autonomía personal. De esta manera, los derechos incluidos en ese “coto vedado” están vinculados con la satisfacción de esos bienes básicos que son necesarios para la satisfacción de cualquier plan de vida. En este orden de ideas, el bien más genérico que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es precisamente la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.⁶⁶

En este orden de ideas, la diferencia entre la legislación del estado de Veracruz y la de la Ciudad de México respecto de la prohibición y permisión, respectivamente, al acceso a la interrupción del embarazo, genera *per se* una violación al derecho humano a la igualdad, pues a las mujeres embarazadas, situadas en el estado de Veracruz, que desean practicar dicha interrupción, no se les permite gozar de los beneficios que tienen las mujeres embarazadas que se encuentran en identidad de condiciones en la Ciudad de México, otorgándose a estas últimas —de forma accesoria a la permisión de su legislación para acceder a esa práctica— asistencia estatal para obtener información y asesoría médica para interrumpir su embarazo.

La desigualdad estriba en un elemento que no le es imputable a las mujeres situadas en el estado de Veracruz, pues ellas tienen las mismas características físicas y psicológicas para gozar de los beneficios que se otorgan en la Ciudad de México, y deberían gozar de la misma protección que emana de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y de los precedentes judiciales de nuestro máximo tribunal; sin embargo, la restricción a esa libertad tiene su origen en los ideales de terceros, y en la

⁶⁵ Enunciando, a manera de ejemplo, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y psicológica, a la seguridad económica, al proyecto de vida, etcétera.

⁶⁶ Amparo en revisión 237/2014, resuelto ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto en noviembre de 2015.

protección estatal a ellos (y por ende al incumplimiento estatal de sus obligaciones constitucionales e internacionales), por lo que el Estado veracruzano está reconociendo como jurídicamente válido (aunque no lo es) el que los ideales de un grupo trasciendan a la integridad física y a la autonomía personal de otro, vulnerándolas y restringiéndolas.

IX. REFLEXIONES FINALES

Consideramos que la función legislativa del Estado, en un sentido de coordinación legislativa entre los Congresos locales y el Congreso de la Unión, debe incorporar los criterios que, de manera lenta, pero constante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido respecto de los diversos temas que la agenda jurídica y social mexicana ha presentado, pues al final la norma suprema y fundamental es la Constitución, y la Corte es la intérprete máxima de dicha norma, con lo que se evitarían antinomias, vicios normativos y declaraciones de inconstitucionalidad, y se lograría esclarecer el estándar mínimo que las entidades federativas deben respetar, coadyuvando así con la aplicación cabal de la parte dogmática de nuestra Constitución y con el cumplimiento completo de las obligaciones estatales que nuestro país ha adquirido ante los diversos instrumentos jurídicos internacionales.

Así, por ejemplo, consideramos que los recientes amparos en revisión 347/2014 y 1388/2015, emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establecen argumentos que podrían utilizarse para resolver no sólo la inquietante desigualdad entre estados respecto del derecho a acceder a la interrupción del embarazo, sino también temas que ponen en tela de juicio a la autonomía personal, a la integridad personal, al desarrollo de la personalidad, o a cualquier otro bien jurídico tutelado.

Consideramos que el hecho de que los criterios de nuestro máximo tribunal constitucional se hayan inclinado, de manera acertada y afortunada, hacia una postura liberal, puede coadyuvar a desvanecer paradigmas morales que estaban bien estatuidos en nuestro país, pues aquéllos podrían ser utilizados por la función legislativa del Estado mexicano con el fin de reconocer y respetar la autónoma y privada libertad personal que el ser humano tiene respecto de su cuerpo y su propio “ideal de virtud sobre la excelencia humana” (como lo explica el profesor Carlos Santiago Nino). Creemos firmemente que el Estado mexicano tiene el deber de resguardar los bienes jurídicos tutelados de manera laica y plural, por medio de políticas públicas que alienten a los mexicanos a la madurez social, a través de una normativa

que disminuya las restricciones y condiciones en el comportamiento de los gobernados, en aras de ampliar su autonomía y su libertad.

Estamos a favor de que, sobre el tema de la interrupción del embarazo, la función legislativa del Estado debe dejar de ceder ante “paradigmas a la mexicana”, que tienen arraigados ideales que han sido sucedidos de generación en generación, y que tienen por origen la profesión común, por parte de parientes y familiares que nos anteceden, de una religión particular, que para el caso concreto de nuestro país ha sido la religión católica. Defendemos el ideal de que existe, frente a la libertad legislativa que les concede nuestra carta magna a los estados, un límite que versa sobre la autonomía personal, por lo que el Estado no puede obligar a una persona a realizar un acto, u omitirlo, si éste no genera un daño o perjuicio legítimo a terceros, menos aun si lo obliga con la finalidad de utilizarlo como medio para alcanzar la satisfacción de las posturas deontológicas de un grupo social mayoritario.

EL GENOMA HUMANO. ESTUDIOS Y REPERCUSIONES

Julieta de Montserrat PÉREZ HERRERA

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Antecedentes.* III. *Estudios sobre el genoma humano.* IV. *Relación de la genética con el derecho.* V. *Marco legal.* VI. *Conclusiones.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

En la primera parte del presente artículo abordaremos de manera general los estudios sobre genética que se han llevado a cabo en Occidente desde el siglo XIX hasta llegar a la decodificación del genoma humano, resaltando los puntos más importantes de su evolución y los conceptos y procesos básicos para entender en qué consiste el genoma humano. Posteriormente, analizaremos las repercusiones bioéticas derivadas de las prácticas genéticas, la relación de la genética con el derecho y la legislación aplicable a la genética humana a nivel internacional y nacional.

II. ANTECEDENTES

La genética es la “ciencia que trata de la reproducción, herencia, variación y del conjunto de fenómenos y problemas relativos a la descendencia”.¹

Los estudios sobre genética inician en el siglo XIX con Gregor Johann Mendel (1822-1884). Mendel fue un “religioso agustino y naturalista austriaco”,² quien realizó “experimentos de hibridación de guisantes que le llevaron a formular las llamadas «Leyes de Mendel» sentando así las bases

¹ *Diccionario Médico*, 4a. ed., España, Masson, 2003, p. 278.

² *Gran diccionario enciclopédico ilustrado*, España, Selecciones del Reader's Digest, 1972, t. 5, p. 239.

de la genética”.³ En 1866, Mendel escribió *Versuche über Pflanzenhybriden* (Experimentos sobre plantas híbridas), y en 1869, *Ueber einige aus Künstlicher Befruchtung gewonnene Hiearacium Bastarde* (Sobre algunos híbridos de *Hiearacium* obtenidos por fecundación artificial).⁴ Las Leyes de Mendel, contenidas en su primera obra, se refieren a los fenómenos de la herencia, y establecen lo siguiente:

1. Ley de la Uniformidad. “Si se tienen dos líneas o razas puras de una misma especie, una para un determinado carácter dominante y la otra para un carácter recesivo en relación con aquél, y se hace un cruzamiento de esas líneas, los híbridos obtenidos de la primera generación presentan uniformemente el carácter dominante”.⁵

2. Ley de la Disociación. “En una segunda generación procedente del cruzamiento entre los híbridos de la citada primera generación, se aprecia una disociación o dispersión de caracteres, apareciendo unos individuos con el carácter dominante y otros con el carácter recesivo de las primeras líneas puras, en la proporción de 3 a 1”.⁶

3. Ley de la Independencia. “Si en lugar de un par de caracteres contrapuestos, dominante y recesivo respectivamente, se consideran dos o más pares, la herencia para cada uno de ellos se manifiesta como si estuvieran solos el dominante y recesivo correspondientes, con entera independencia de los de los otros pares de caracteres”.⁷

³ *Idem.*

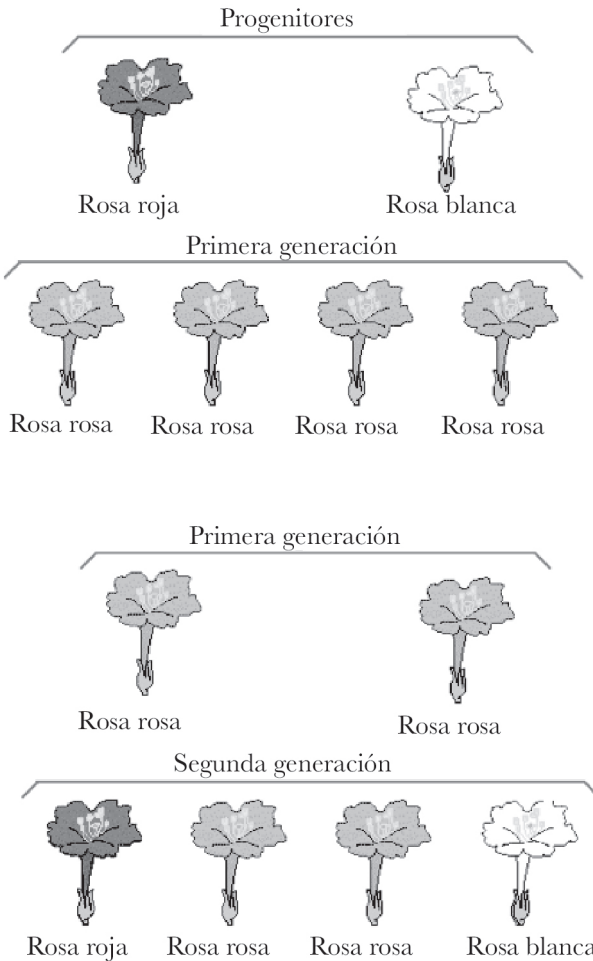
⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

IMAGEN 1⁸



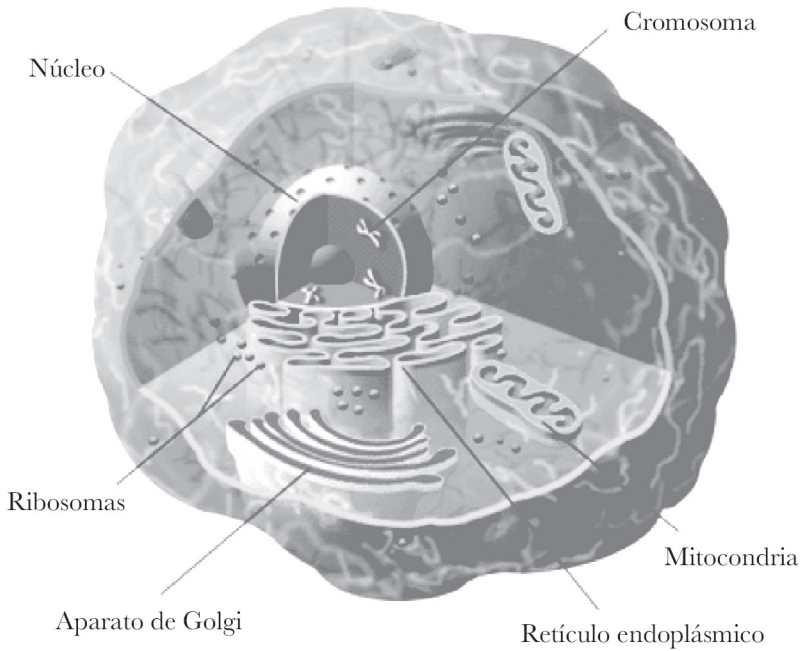
A partir de entonces, se han llevado a cabo múltiples investigaciones sobre los genes, por lo que nos referiremos a las más significativas.

Como es sabido, los seres vivos estamos compuestos por células. Dentro del núcleo de las células se encuentran los cromosomas.

⁸ Disponible en: <http://www.100ciaquimica.net/biograf/cientif/M/mendel.htm>.

IMAGEN 2⁹

Anatomía de una célula

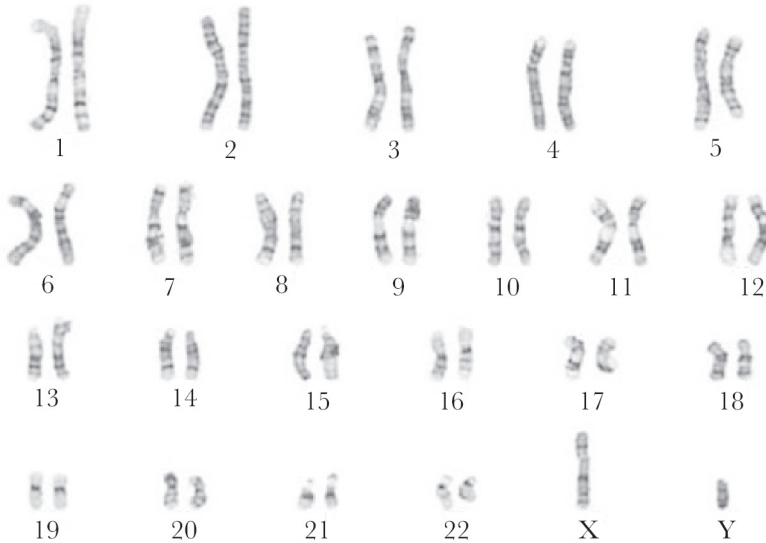


Los cromosomas son “pequeños cuerpos en forma de bastoncillos en asa en que se divide la cromatina nuclear en la mitosis. Cada uno de ellos se divide longitudinalmente originando dos asas gemelas iguales; su número es constante para cada especie (en el hombre 46; 44 autosomas y 2 sexuales)”;¹⁰ en el caso de los seres humanos, los dos cromosomas sexuales que son los que definen el sexo del individuo.

⁹ Disponible en: <http://elcuerpohumanoen.blogspot.mx/2009/08/la-celula-humana.html>.

¹⁰ *Diccionario médico*, cit., p. 150.

IMAGEN 3
CARIOTIPO HUMANO DE UN VARÓN¹¹



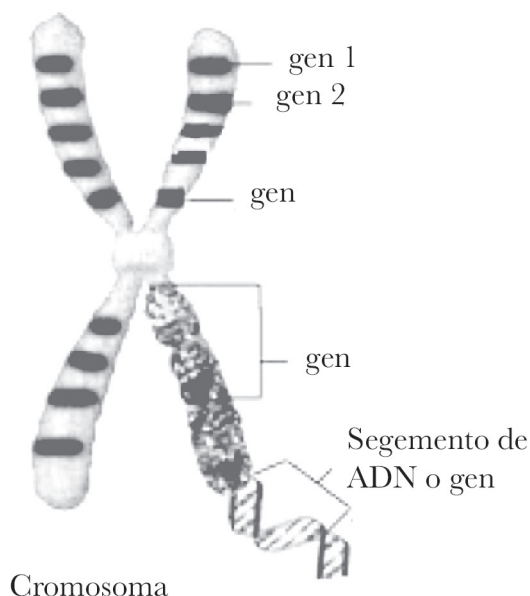
Los cromosomas están compuestos por genes. Un gen es una “unidad de material hereditario que ocupa un locus definido en un cromosoma”.¹² Los genes están hechos de ácido desoxirribonucleico (ADN), y “controlan qué proteínas fabrica la célula, y cuándo”.¹³

¹¹ Disponible en: <http://www.infogen.org.mx/Infogen1/servlet/CtrlVerArt?clvart=9200>.

¹² *Diccionario médico*, cit., p. 278.

¹³ Disponible en: <http://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/53/50-anos-de-la-doble-heli-ce-la-molecula-mas-bella-del-mundo>.

IMAGEN 4¹⁴



En 1869, el bioquímico y nutricionista suizo Johannes Friedrich Miescher (1844-1895) descubrió la molécula del ácido desoxirribonucleico (ADN).

La importancia de la molécula del ADN es que tiene dos propiedades únicas: 1) “almacenar la información genética para formar un organismo completo” y 2) “puede reproducirse, fabricar copias de sí misma”.¹⁵

En 1944, el médico e investigador canadiense Oswald Theodore Avery (1877-1955) y sus colaboradores, el genetista estadounidense Macyln McCarty (1911-2005) y el genetista canadiense-estadounidense Colin Munro MacLeod (1909-1972), descubrieron que el ADN es el “factor de transformación”,¹⁶ es decir, en el ADN es donde reside “la información genética”.¹⁷

¹⁴ Disponible en: <http://definicion.de/gen/>.

¹⁵ Disponible en: <http://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/53/50-anos-de-la-doble-heli-ce-la-molecula-mas-bella-del-mundo>.

¹⁶ Disponible en: <http://www.biologia.edu.ar/adn/adntema0.htm>.

¹⁷ Disponible en: https://pendientedemigracion.ucm.es/info/genetica/grupod/Basemol/base_molecular_de_la_herencia.htm#Avery.

De acuerdo con Primarosa Chieri y Eduardo A. Zannoni,¹⁸ de los estudios y descubrimientos sobre genética molecular (que es la “biología molecular aplicada a la genética”),¹⁹ el más extraordinario se da a principios de febrero de 1953, en Cambridge, donde Francis Crick (inglés) y James Watson (estadounidense) descubrieron la estructura de la molécula del ADN, la cual tiene forma de una doble hélice, similar a una escalera de caracol.

El ADN está constituido por unidades llamadas nucleótidos, unidas entre sí formando largas cadenas.

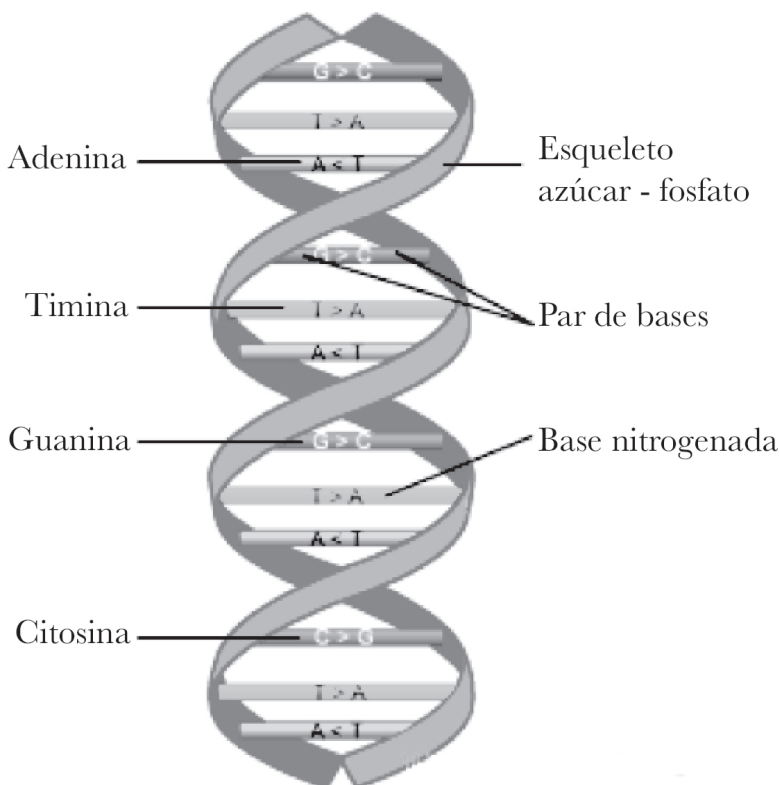
A su vez, cada nucleótido está formado por tres partes: un fosfato, el azúcar desoxirribosa (desoxi porque es pariente cercana de otro azúcar, la ribosa, sólo que le falta un oxígeno), y una de cuatro moléculas, conocidas como bases nitrogenadas. Estas últimas se dividen en dos grupos: las bases púricas (adenina y guanina) y las pirimídicas (timina y citosina), llamadas así porque se derivan de dos compuestos, la purina y la pirimidina.²⁰

¹⁸ Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo A., *Prueba del ADN*, Buenos Aires, Astrea, 2005.

¹⁹ *Diccionario médico*, cit., p. 278.

²⁰ Disponible en: <http://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/53/50-anos-de-la-doble-helice-la-molecula-mas-bella-del-mundo>.

IMAGEN 5²¹



Con todos estos avances tecnológicos apareció 1) la ciencia genómica, en la que se unen dos disciplinas, “la computación y la biología”,²² y 2) la ingeniería genética, que es “la rama del saber que se ocupa de la manipulación de la estructura genética de los seres vivos”.²³

Así, en junio de 2000 se anunció la secuenciación completa del genoma humano con base en los estudios que analizaremos en el siguiente apartado.

²¹ Disponible en: <http://nohebiologia.blogspot.mx/2013/03/estructura-del-adn-noveno-grado.html>.

²² Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cns/no68/CNS06806.pdf>.

²³ Minyersky, Nelly, “Bioética y derecho de familia”, en Darío Bergel, Salvador y Minyersky, Nelly (org.), *Genoma humano, Cátedra UNESCO de Bioética (UBA)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 132.

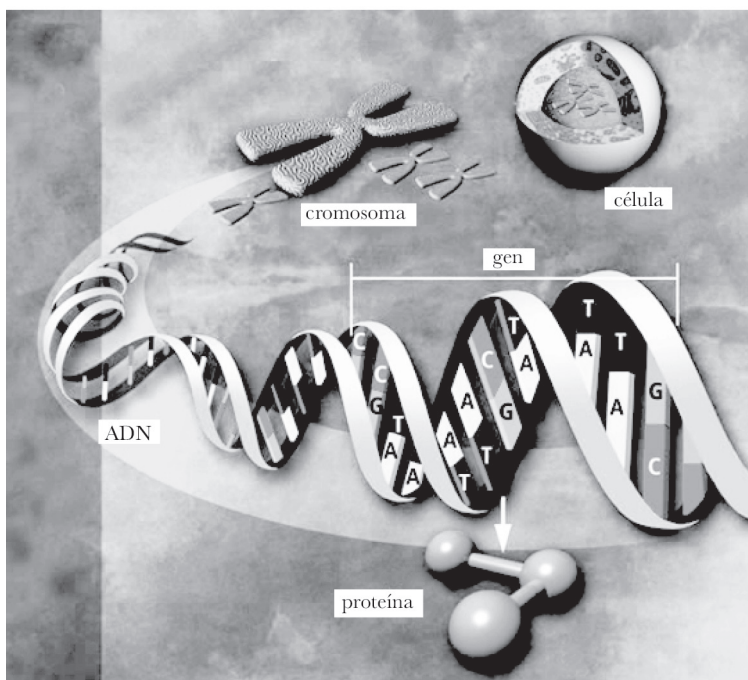
III. ESTUDIOS SOBRE EL GENOMA HUMANO

1. *El genoma*

“El genoma es todo el material genético de un organismo en particular”.²⁴

En palabras de Amanda Cobián y Luis E. Eguiarte, “se denomina genoma a toda la información genética que un organismo posee, la cual está contenida en el ADN”,²⁵ siendo el gen la unidad mínima del genoma. “Un gen es una parte de ADN que contiene instrucciones para la formación de proteínas”²⁶ y “dirige las actividades metabólicas de las células”.²⁷

IMAGEN 6
ORGANIZACIÓN DEL GENOMA HUMANO²⁸



²⁴ Disponible en: <http://www.divulgacion.ccg.unam.mx/quees>.

²⁵ Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cns/no68/CNS06806.pdf>.

²⁶ Disponible en: http://www.divulgacion.ccg.unam.mx/webfm_send/8483.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Disponible en: <http://www.infogen.org.mx/Infogen1/servlet/CtrlVerArt?cluart=9200>.

El ADN está escrito en un código genético de cuatro letras, “determinado por el orden de las bases nitrogenadas (A, T, C, G)”.²⁹

“Para que un gen pueda crear una proteína es necesario que el ADN se parta en dos para que se copie. La cadena que se separa viaja a través de la célula y llega a un lugar donde es convertida en proteínas que determinan y regulan las funciones celulares”.³⁰ La medicina genómica se encarga de la “búsqueda de variaciones de ADN que pueden estar relacionadas con alguna enfermedad”.³¹

Ingrid Brena Sesma especifica la diferencia entre material genético y la información genética. “El material genético —el genoma— se encuentra en nuestras células determinando nuestra esencia como individuos, en tanto que la información se obtiene al realizar una serie de técnicas o metodologías que permiten la extracción de datos específicos que en su conjunto integran la información genética”.³²

La distinción de conceptos es de suma importancia en el ámbito jurídico debido al tratamiento que se le puede dar a cada uno de ellos. Por ejemplo, en México en materia de patentes, se puede patentar la técnica o metodología para obtener la información genética; sin embargo, ni el material genético (el genoma) ni la información genética obtenida de él serían susceptibles de patentarse por no tratarse de invenciones, según lo establecen los artículos 15 y 16 de la Ley de Propiedad Industrial.

Una vez aclarado lo anterior, analizaremos el genoma humano en particular.

2. *El genoma humano*

El genoma humano contiene toda la información genética de los seres humanos en “aproximadamente 21,000 genes”;³³ “los seres humanos compartimos el 99.9% de esta secuencia; es decir, sólo el 0.1% restante varía entre cada individuo”,³⁴ por lo que no hay un genoma humano único.

²⁹ Disponible en: http://www.divulgacion.ccg.unam.mx/webfm_send/8483.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*.

³² Brena Sesma, Ingrid, “Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en México”, en Saada, Alya y Valadés, Diego (coord.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe México*, México, UNAM, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, 2006, pp. 298 y 299.

³³ Audesirk, Teresa *et al.*, *Biología, la vida en la tierra*, 8a. ed., trad. de Augusta Victoria Flores Flores, México, Pearson Educación, 2008, p. 261.

³⁴ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas*, México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 14.

“Los genes influyen prácticamente en todas las características de los seres humanos, incluidos el género, la estatura, el color del cabello, la inteligencia, así como la susceptibilidad ante los organismos patógenos y sustancias tóxicas en el ambiente”.³⁵

Debido a la variación del 0.1% en la secuencia del genoma humano que hace a cada ser humano único, cada individuo es propietario de su genoma individual.

En contraste, históricamente esa misma pequeña variación ha dado lugar a severas discriminaciones raciales en diversos niveles, y se presenta tanto en pequeños grupos sociales como en poblaciones enteras.

No obstante lo anterior, tanto el derecho de propiedad del genoma individual como el derecho a no ser discriminados por diferencias raciales se encuentran garantizados en las legislaciones internacionales y nacionales, tal como lo analizaremos en el apartado V.

A continuación, abordaremos brevemente el tema de la clonación humana.

3. Clonación humana

La clonación es el “proceso de crear una copia idéntica a partir de un original. En biología este término es utilizado en varios contextos. Clonación de un gen significa aislar el gen de un organismo para estudiarlo. Clonación de un organismo significa crear un nuevo organismo con la información genética idéntica de otro”.³⁶

Esta última acepción es la que se hizo famosa por la oveja Dolly en 1996, donde se da “la generación de individuos sin que medie la fecundación del óvulo por el espermatozoide. El procedimiento consiste en generar un óvulo híbrido con una célula completa o sólo con un núcleo y un óvulo al que se le ha quitado el núcleo. En teoría, el óvulo híbrido se comporta como un cigoto y genera un individuo completo”.³⁷

La clonación humana no está permitida; sin embargo, hay una tendencia a desarrollarla con fines terapéuticos.

³⁵ Audesirk, Teresa *et al.*, *op. cit.*, p. 261.

³⁶ Orozco, Esther, *Así estamos hechos... ¿cómo somos? De la lectura del genoma a la clonación humana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 220 y 221.

³⁷ *Ibidem*, p. 195.

Si bien con la clonación humana se podrían corregir permanentemente los trastornos genéticos, al final el producto sería un clon, toda vez que

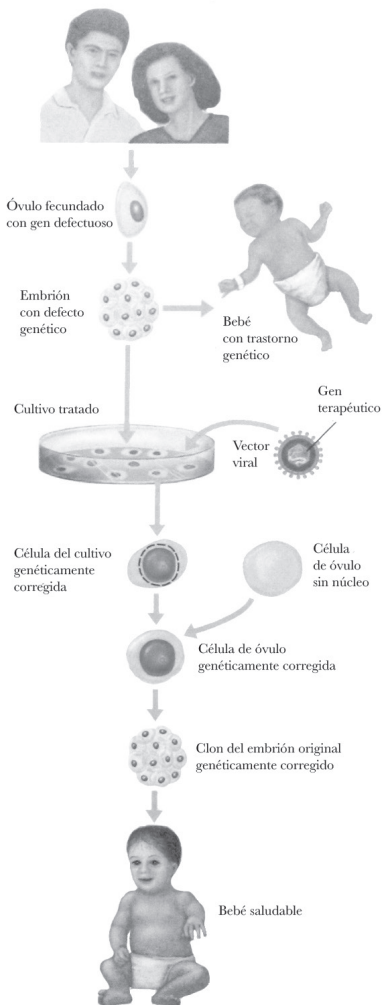
...los embriones humanos provienen de óvulos fecundados in vitro empleando un espermatozoide producido por un hombre y un óvulo de una mujer, donde uno o ambos sufren un trastorno genético. Cuando un embrión que contiene un gen defectuoso crece en un conglomerado pequeño de células, una sola célula se elimina del embrión y el gen defectuoso se reemplaza utilizando un vector apropiado. El núcleo reparado se implanta en otro óvulo (tomado de la misma mujer), cuyo núcleo haya sido removido. El óvulo reparado se implanta después en el útero de la mujer para que continúe su desarrollo normal,³⁸

Tal como se muestra en la imagen 7.

³⁸ Audesirk, Teresa *et al.*, *op. cit.*, p. 270.

IMAGEN 7³⁹

Padres con enfermedad genética



Bajo este escenario, es importante enfatizar que al realizar clonaciones estamos hablando no sólo de células, sino de seres vivos; en este caso en particular, estamos hablando de seres humanos que están siendo modificados genéticamente, o bien de la generación de copias idénticas de seres humanos. En el mejor de los casos, la modificación puede ser exitosa sin mayores complicaciones; sin embargo, ¿qué sucede con los clones cuya modificación

39 *Idem.*

no es exitosa? Por ejemplo, podría presentarse algún caso en el que el objetivo de la modificación sí sea corregido, pero que esto desencadene alguna otra mutación no prevista que a la larga perjudique al individuo en cuestión, o bien que definitivamente no se logre el objetivo deseado y que se causen daños adicionales al individuo que no tenía antes de la modificación genética, o peor aún, que esos daños se manifiesten cuando el individuo haya vivido varios años y haya formado vínculos afectivos con otras personas.

Actualmente no existe regulación al respecto, por lo que es imperativo tomar en cuenta todas estas cuestiones al momento de generar una legislación en la materia, sobre todo porque los estudios científicos están avanzando muy rápido. Una muestra clara de ello es la decodificación del genoma humano, la cual analizaremos a continuación.

4. *Proyecto genoma humano* (“PGH”)

En 1990,

el PGH, patrocinado en su mayoría por el gobierno de los Estados Unidos... consistió fundamentalmente en [descifrar] la secuencia completa del genoma humano y en la elaboración de un mapa que ubica cada gen dentro de los 23 pares de cromosomas en que se organiza el genoma humano. Este Proyecto contó además con la participación del Reino Unido, Francia, Alemania, China y Japón...

En 1995, la compañía Celera Genomics, ... anunció que llevaría a cabo la secuenciación del genoma humano en forma paralela al Proyecto del gobierno de los Estados Unidos, empleando una tecnología novedosa conocida como shot gun. Este proyecto culminó al mismo tiempo que el PGH financiado por el gobierno de los Estados Unidos, y en 2003 los resultados fueron anunciados en forma conjunta ...

Como resultado del PGH se obtuvo la secuencia completa de los 3,200 millones de nucleótidos o letras (A, G, T, C) que lo componen, el mapa que ubica a los cerca de 30,000 genes que ahí se albergan y el análisis de cerca de 1,400 genes causantes de enfermedades monogénicas. Además, se demostró que los seres humanos compartimos 99.9% de esta secuencia. El 0.1% restante varía entre cada individuo, siendo las variaciones más comunes aquellas en que cambia una sola letra, es decir, los polimorfismos de un solo nucleótido, conocidos como SNPs (pronunciados snips) por sus siglas en inglés. Estas variaciones se encuentran a lo largo de toda la cadena, en promedio una cada 600 a 800 nucleótidos y hasta el momento se han identificado más de 3.2 millones de estas variaciones. Esto significa, por ejemplo, que algunos individuos podemos tener una “T” en determinada posición del genoma, en don-

de otros pueden tener una “G”. El número de posibles combinaciones que resultan de la variación genómica, da como resultado que cada miembro de nuestra especie tenga características genómicas únicas. Así, la individualidad genómica da lugar a la individualidad bioquímica, responsable de la predisposición a padecer enfermedades comunes. La siguiente fase de este proyecto consistirá en la identificación de las variaciones genómicas entre las distintas poblaciones, así como la producción de aplicaciones prácticas derivadas de este conocimiento.⁴⁰

Como nos indica Stella Maris Martínez,⁴¹ desde el inicio del PGH se creó el área llamada Ethical, Legal and Social Issues (ELSI), encargada de ver las cuestiones éticas, legales y sociales del proyecto, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Imparcialidad en el uso de la información genética por parte de las compañías de seguros, empleadores, tribunales, escuelas, agencias de adopción y fuerzas armadas, entre otros (¿quiénes deben tener acceso a la información genética personal y cómo debe ser utilizada?)
- b) Intimidad y confidencialidad de la información genética (¿quién posee y controla la información genética?).
- c) Impacto psicológico y estigmatización relacionados con las diferencias genéticas de un individuo (¿cómo la información genética personal afecta a un individuo y a las opiniones de la sociedad acerca de ese individuo? ¿Cómo afecta la información genómica a los miembros de las minorías?).
- d) Cuestiones reproductivas, incluyendo un consentimiento informado adecuado para la práctica de los complejos y potencialmente polémicos procedimientos, el uso de la información genética en la toma de decisiones reproductivas, y los derechos reproductivos (¿el personal sanitario aconseja correctamente a los padres acerca de los riesgos y las limitaciones de la tecnología genética? ¿Hasta qué punto es confiable y útil la prueba genética fetal? ¿Cuáles son las cuestiones sociales más relevantes planteadas por las nuevas tecnologías reproductivas?).

⁴⁰ Disponible en: http://www.inmegen.gob.mx/tema/cms_page_media/242/PGH.pdf (Los corchetes son míos).

⁴¹ Martínez, Stella Maris, “La culminación del Proyecto Genoma Humano (análisis desde una perspectiva jurídico-penal)”, en Darío Bergel, Salvador y Minyersky, Nelly (org.), *Genoma Humano, Cátedra UNESCO de Bioética (UBA)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 189.

- e) Asuntos clínicos, que incluyen la educación de médicos y otros prestadores del servicio de salud, pacientes, y público en general, en las capacidades genéticas, limitaciones científicas y riesgos sociales, así como la puesta en práctica de estándares y medidas de control de calidad en los métodos de prueba (¿cómo serán evaluadas y reguladas las pruebas genéticas para asegurar exactitud, confiabilidad, utilidad? ¿Cómo preparamos a los profesionales del cuidado de la salud para la nueva genética? ¿Cómo instruimos al público para que realice opciones informadas? ¿Cómo ponderamos como sociedad las limitaciones científicas actuales y el riesgo social con las ventajas a largo plazo?)
- f) Las incertidumbres asociadas a la circunstancia de que las pruebas genéticas para susceptibilidades y condiciones complejas (por ejemplo, enfermedad cardiaca) se conectan con múltiples genes y con la interacción entre los genes y el medio ambiente (¿debe la prueba ser realizada cuando no hay tratamiento disponible? ¿Deben los padres tener derecho a someter a sus niños a pruebas genéticas destinadas a determinar la existencia de enfermedades que se desencadenan en la vida adulta? ¿Son las pruebas genéticas confiables e interpretables por la comunidad médica?)
- g) Implicaciones conceptuales y filosóficas relacionadas con la responsabilidad humana, libre albedrío versus determinismo genético, y conceptos de salud y enfermedad (los genes de los individuos, ¿los hacen comportarse de una manera particular? ¿Puede la gente controlar siempre su comportamiento? ¿Qué se considera diversidad aceptable? ¿Dónde está la línea entre el tratamiento médico y la mejora?)
- h) Salud y temas ambientales referentes a los alimentos genéticamente modificados (GM) y a los microbios (¿son los alimentos genéticamente modificados y otros productos seguros para los seres humanos y para el medio ambiente? ¿Cómo estas tecnologías afectarán la dependencia de los países en desarrollo?)
- i) Comercialización de productos, incluyendo derechos de propiedad (patentes, *copyright*, y secretos comerciales) y la accesibilidad a datos y a materiales (¿quién posee genes y otros fragmentos de ADN? ¿El patentamiento de las secuencias de ADN limitará su accesibilidad y el desarrollo de productos útiles?).⁴²

⁴² *Ibidem*, pp. 189-191.

Evidentemente, son abundantes las cuestiones éticas, jurídicas y sociales que se derivan del conocimiento y manejo del genoma humano, por lo que se responderá brevemente a los cuestionamientos citados.

La información genética debe ser confidencial y utilizarse sólo para los fines para los que fue obtenida; por ejemplo, para corregir algún defecto genético o alguna enfermedad que de otra forma sería incurable, por lo que únicamente deberían conocerla el médico tratante y el paciente.

Puede darse el caso de que el gobierno o los factores reales de poder decidieran crear una base de datos con la información genética de todas las personas de ese país, y que eso mismo se haga a nivel mundial. Esto sería demasiado riesgoso, porque se puede dar el caso de que se vendan esas bases de datos indebidamente y que se haga mal uso de esa información. Una legislación adecuada debe prohibir que existan ese tipo de bases de datos y sancionar severamente a quienes infrinjan la disposición. Aun así, se corre el riesgo de que se llegue a filtrar información indebidamente, pero con seguridad los casos serían menos, y no se expondría a toda la población.

Como se mencionó anteriormente, el 0.1% de variación en el genoma humano ha generado una serie impresionante de discriminaciones que afectan psicológicamente al individuo, causando problemas, como baja autoestima, depresión o agresividad, por mencionar algunos. Si aunado a ello las personas con las que convive un individuo se enteran de su información genética, podría agravarse la discriminación, incluso podrían disminuir sus posibilidades de conseguir empleo por esa misma causa. Asimismo, si una persona llega a tener conocimiento de que tiene tendencia a padecer cierta enfermedad debido a su información genética, aunque la enfermedad no llegara a desarrollarse, se le puede generar un daño psicológico por algo que no se tiene la certeza de que suceda o no ni el tiempo en que podría presentarse.

En ese contexto, es de vital importancia que las personas que vayan a hacer uso de las prácticas genéticas sean debidamente informadas de los procedimientos, los beneficios y los riesgos que se puedan presentar, para que estén en posibilidades de tomar las mejores decisiones posibles y estén preparadas para afrontar las consecuencias que se deriven de esos procedimientos.

La prueba genética fetal ya está siendo aplicada en varios países, y permite detectar si los productos tienen alguna malformación o enfermedad genética. Existen varios métodos para realizarla, algunos menos invasivos que otros, permitiendo decidir a los progenitores si desean o no tener al producto con esas características, o bien, si es posible iniciar un tratamiento desde ese momento.

En la actualidad, continuamente se van mejorando las pruebas genéticas para lograr mayor exactitud en los resultados, disminuyendo los resultados falsos positivos. A la par, los médicos y profesionales del cuidado de la salud deben estar actualizándose constantemente para ser capaces de aplicar estos avances tecnológicos con los pacientes que atiendan. De hecho, en México existe una propuesta para que los profesionistas se certifiquen periódicamente con el propósito de mantenerlos actualizados en sus disciplinas.

La realización de las pruebas genéticas genera ventajas, porque se tiene conocimiento de los posibles padecimientos que puede tener una persona por sus genes; sin embargo, esto no necesariamente significa que la enfermedad se vaya a desarrollar, o bien, si de momento los resultados no son positivos no queda excluida la posibilidad de que algún factor externo la desarrolle. Por lo tanto, el hecho de que haya o no un tratamiento disponible para tratar la enfermedad descubierta no sería obstáculo para realizar la prueba.

En el ámbito jurídico, los padres son quienes ejercen la patria potestad sobre sus hijos, por lo que ellos son quienes tienen el derecho a decidir si se le practican o no pruebas genéticas a sus hijos para detectar enfermedades que puedan presentar los menores al ir creciendo o ya en su vida adulta.

Definitivamente, los genes influyen tanto en los rasgos físicos como en los psicológicos; sin embargo, el comportamiento de los seres humanos es influenciado por el ambiente en el que crecen y se desenvuelven, por lo que la tendencia genética a cierto comportamiento puede modificarse y controlarse de forma consciente por el individuo.

Como hemos enfatizado, la diversidad genética debe ser aceptada y no dar lugar a discriminaciones de ningún tipo; para ello es necesario desarrollar la tolerancia y el respeto entre los individuos.

Si bien la genética puede emplearse de forma terapéutica (para curar enfermedades), también puede utilizarse para mejorar los rasgos de los individuos; este último uso puede generar mayor discriminación de la que ya se presenta, o inclusive puede generar casos de eugenesia.

Los alimentos genéticamente modificados ya son una realidad; por ejemplo, el maíz y la soya transgénicos, mismos que no están autorizados para consumo humano. Posiblemente el consumo de alimentos transgénicos sí genere un riesgo a la salud, sin lugar a dudas puede llegar a afectar las cadenas alimenticias, toda vez que esos productos se modifican para ser resistentes a ciertas plagas o a ciertos herbicidas afectando su composición química; obviamente, al ser consumidos estos productos podrían causar diversas reacciones químicas al ser digeridos y asimilados.

El derecho de propiedad del genoma humano de cada individuo corresponde a esa persona en particular, tal como lo habíamos indicado en el apartado 2. En consecuencia, cualquier divulgación o uso que se le quiera dar a su genoma o a su información genética requiere necesariamente de la autorización de su propietario, quien puede fijar los términos y condiciones en que pueden ser utilizados, e incluso fijar alguna contraprestación por permitir ese uso.

Respecto a las patentes, en el apartado 1 se señaló que conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley de Propiedad Industrial, en México es posible patentar la técnica o metodología para obtener la información genética, no así el material genético (el genoma) ni la información genética obtenida de él, por no tratarse de invenciones.

En el mismo sentido, una persona que trabaje con dichas técnicas o metodologías tiene la obligación de guardar el secreto profesional; de lo contrario, sería sancionado conforme a la legislación penal, al configurarse el delito de revelación de secretos, que en México se encuentra tipificado en los artículos 210 del Código Penal Federal, 213 del Código Penal para el Distrito Federal y sus correlativos en las distintas entidades de la República.

En el siguiente apartado analizaremos las prácticas genéticas que se han derivado del PGH.

5. *Prácticas genéticas derivadas del proyecto genoma humano*

De acuerdo con Elvia Lucía Flores Ávalos,⁴³ las prácticas genéticas derivadas del Proyecto del Genoma Humano son:

- a) Terapia génica. “Es una nueva forma de tratamiento de las enfermedades de origen genético que se basa en la introducción en las células de material genético para corregir un problema biológico que causa la enfermedad”.⁴⁴
- b) Diagnóstico genético. Se utiliza para “conocer la intimidad genética de cada persona y, por razones naturales, de su familia... [así se puede] conocer con un alto grado de certeza si un determinado sujeto padecerá una determinada patología grave que tenga un origen genético”,⁴⁵ aunque los síntomas todavía no se hayan presentado.

⁴³ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *op. cit.*

⁴⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 19. Los corchetes son míos.

- c) Farmacogenómica. Es “el tratamiento individualizado según el daño genético que presente un sujeto”,⁴⁶ permitiendo identificar medicamentos precisos para cada caso.
- d) Farmacogenética. “Estudia las variaciones genéticas de los genes que codifican enzimas necesarias para el metabolismo de ciertos fármacos”.⁴⁷
- e) Chips de ADN. Sirven para “conocer qué genes están alterados en un determinado tipo tumoral”,⁴⁸ permitiendo “diseñar” genotipos de susceptibilidad al cáncer, a las infecciones, al metabolismo de los fármacos, etcétera, y aplicar el tratamiento adecuado de acuerdo con el perfil genético de cada persona”.⁴⁹
- f) Proteómica. Es “el estudio de la estructura, localización, interacciones y funciones de las proteínas; resulta más complicado por ser mayor el número de proteínas que el de genes. La función de las proteínas depende de su estructura tridimensional, y cada una de ellas se compone de veinte aminoácidos diferentes, y no sólo de cuatro bases nitrogenadas, como sucede con los genes”.⁵⁰ Para realizar estos estudios se está llevando a cabo el Human Plasma Proteome Project.

Derivado de estas prácticas, así como de los avances científicos y tecnológicos que se vayan desarrollando, seguramente surgirán nuevas prácticas genéticas en un futuro cercano, que permitirán conocer con más precisión la información que se obtenga a través de ellos. La expectativa es que sean utilizados para bien de toda la humanidad.

En virtud de lo anterior, será necesario contar con una legislación de vanguardia que regule el manejo de la información y los procedimientos que se lleven a cabo en las prácticas genéticas.

A continuación señalaremos los avances que se han realizado en México en esta materia.

6. Avances en México

En México existen al menos tres comunidades institucionales que consolidan su presencia científica y tecnológica en el ámbito internacional de las

⁴⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁷ Lisker, Rubén, *cit.* por Flores Ávalos, Elvia Lucía, *idem*.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

Ciencias Genómicas: el Centro para la Investigación de Estudios Avanzados (CINVESTAV) del Instituto Politécnico Nacional (IPN), los institutos nacionales mexicanos de salud (como el Instituto Nacional de Medicina Genómica (INMEGEN), y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), esta última responsable del proyecto culminado sobre la secuencia del genoma de la bacteria *Rhizobium etli* y de la primer licenciatura en Ciencias Genómicas a través del Centro de Ciencias Genómicas (CCG).⁵¹

Por otra parte, el Instituto Nacional de Antropología e Historia cuenta con un Laboratorio de Genética Molecular, cuyas investigaciones se enfocan a la “genética antropológica”⁵² de las poblaciones mexicanas.

Sería conveniente que en México se destinaran más recursos económicos y humanos para promover la investigación en este campo de la ciencia, de modo que se aprovechen los talentos que poseen los científicos mexicanos y se haga una aportación tanto para el país como para la comunidad internacional. Adicionalmente, es conveniente enfatizar que los avances científicos que se generen deben utilizarse para beneficio de toda la población, para lo que es necesario contar con la legislación apropiada y actualizada.

En el siguiente apartado analizaremos las repercusiones bioéticas que se han generado y que pueden llegar a generarse por las investigaciones sobre el genoma humano.

7. *Repercusiones bioéticas*

Se han alcanzado avances impresionantes en los estudios del genoma humano, mismos que si se utilizan para beneficio de la humanidad prevenirían y curarían enfermedades genéticas. No obstante, se corre el riesgo de que se le dé prioridad a intereses económicos y/o políticos, así como que se presenten casos de eugenesia al tratar de crear una raza humana superior.

Miguel Ángel Cevallos indica que

...aunque pudiéramos construir individuos sin “genes defectuosos”, a la larga sería imposible determinar qué conjunto de genes serían evolutivamente más exitosos, puesto que el propósito último en la evolución es permitir que los individuos tengan descendencia que pueda sobrevivir y reproducirse, en unas condiciones dadas del medio ambiente. Como no puede predecirse cómo será el medio ambiente en 100 000 años (bueno, ni siquiera en un año), tampoco podemos predecir cuáles genes o características serán más útiles para sobrevi-

⁵¹ Disponible en: <http://www.divulgacion.ccg.unam.mx/editorial>.

⁵² Disponible en: <http://www.enah.edu.mx/index.php/moleculab>.

vir y cuáles no lo serán. Lo que es claro es que cuanto mayor sea la riqueza en diversidad genética de una población, muchas más serán sus probabilidades de sobrevivir.⁵³

Efectivamente, lo que hace posible que la raza humana continúe es precisamente su capacidad de adaptación al medio ambiente, lo cual se ha ido dando de forma espontánea; es decir, la misma naturaleza ha provisto a todos los seres vivos de esa capacidad de adaptación. Es posible encontrar evidencias de esas adaptaciones en todas las especies de seres vivos, las cuales se van presentando como mutaciones genéticas, que les permiten sobrevivir a los cambios del medio ambiente; de lo contrario, si no se logran adaptar, corren el riesgo de extinguirse.

En el aspecto jurídico, Elvia Lucía Flores Ávalos señala que

Los daños a los que está expuesta la persona ante las prácticas genéticas afecta a los derechos de la personalidad, como son: afectación a la privacidad genética, daños derivados del mal uso de información genética contenida en las bases de datos, daños por discriminación fundada en datos genéticos, daños al honor, fama e imagen personal, alteración al genoma y selección de sexo, daños por negar el derecho a conocer el origen genético de una persona, daños a la individualidad genética, daños por la comercialización del material genético de una persona sin su consentimiento, daños a la integridad física, daños por no dar a conocer los resultados de la información genética, daños por errores médicos en el diagnóstico genético.⁵⁴

Cabe señalar que si bien los derechos de la personalidad protegen a la persona, no tienen un contenido económico; la violación a estos derechos puede ser el fundamento para entablar una demanda, la que de ser procedente puede dar lugar a una indemnización. Por lo tanto, es necesario enfatizar la importancia de contar con una legislación de vanguardia que tutele estos derechos, por ser considerados como bienes de valor incalculable.

La mayoría de los supuestos que causan los daños arriba citados ya se han expuesto, analizado y comentado en apartados anteriores, por lo que sólo se analizarán los que no han sido comentados.

La alteración al genoma y la selección de sexo del producto necesariamente deben ser solicitadas y autorizadas por los progenitores; sin embargo, ambos supuestos deberían permitirse únicamente en casos extremos, en los que, de no realizarse esas modificaciones, exista un riesgo grave para el pro-

⁵³ Disponible en: <http://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/21/el-proyecto-del-genoma-humano-en-la-balanza>.

⁵⁴ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *op. cit.*, p. 283.

ducto; por ejemplo, que se evite una malformación o la transmisión de algún gen que desarrolle una enfermedad determinada por el sexo del producto. De no ser así, si el producto nace vivo y viable, puede ser que cuando sea mayor llegue a tener conocimiento de que se le modificó su sexo, o de la alteración que se haya hecho a su genoma, lo que podría generar un daño psicológico al individuo en cuestión, toda vez que esa persona puede estar de acuerdo o no con las consecuencias de esa modificación; por ejemplo, que quisiera tener su sexo original o que prefiriera haber tenido su genoma original.

Actualmente, todo ser humano tiene derecho a conocer sus propios orígenes. En este campo las pruebas de ADN han sido de gran utilidad en materia familiar para determinar la filiación en los juicios que se siguen sobre la investigación o impugnación de paternidad y/o maternidad. En el caso de una fecundación *in vitro* en la que haya habido donadores de espermatozoides y/o de óvulos, prevalece la confidencialidad de los datos de los donantes, y de ninguna manera se reconoce una filiación entre los donadores y el producto, ya que de lo contrario se generarían los deberes, derechos y obligaciones que se derivan de esta última. Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 326, establece que cuando se utilicen técnicas de fecundación asistida con el consentimiento de ambos cónyuges no se puede impugnar la paternidad de los hijos.

Se ha comentado en apartados anteriores que si una persona solicita la realización de un estudio genético, ya sea por su propia voluntad o bien por indicaciones médicas, es necesario que se le informe al paciente la forma en que se llevaría a cabo el estudio, así como sus ventajas, desventajas y posibles consecuencias. De la misma manera, los profesionales que se encargan de realizar e interpretar los estudios deben informar sobre los resultados obtenidos (salvo que el paciente expresamente se niegue a conocerlos, en cuyo caso lo más razonable sería que el paciente no se realizara los estudios), por lo que si una vez realizados los estudios solicitados por el paciente no se dan a conocer a éste los resultados, los profesionistas responsables sí estarían generando un daño al paciente, que debe ser resarcido.

En caso de presentarse errores médicos en el diagnóstico genético, se estaría causando un daño a los pacientes, tanto en su salud física como en su esfera psicológica y social, toda vez que se le estarían proporcionando a la persona, datos que no son certeros sobre su información genética, ya sea que se le informe que tiene cierta enfermedad genética sin tenerla, o viceversa, que se le informe que es completamente sano, cuando en realidad sí tiene alguna enfermedad genética, lo cual también daría lugar a una demanda para solicitar una reparación del daño.

De acuerdo con José Ramón Cossío Díaz, “debe haber un diálogo permanente entre ética y derecho”,⁵⁵ toda vez que los abogados están entrenados para

...generar determinadas “formas” para formalizar “lo social”... Y es ahí donde... reside la cuestión fundamental en la cual se hallan los problemas de la ética, de la bioética o de la medicina. Consecuentemente, estos problemas van a tener una incidencia en el derecho, y así, aquello que nos parecía en sus orígenes un problema de carácter puramente biológico o meramente ético, va a tener una regulación jurídica y se va a convertir en un dilema jurídico.⁵⁶

En otras palabras, el derecho necesariamente debe estar en diálogo con las demás disciplinas, debido a que el derecho regula las situaciones que se van presentando no sólo en las relaciones entre los seres humanos y entre éstos y su entorno, sino que también regula las situaciones que surgen con motivo de los avances médicos, científicos y tecnológicos que se van desarrollando y las situaciones derivadas de la aplicación de dichos avances.

Así pues, en el siguiente apartado analizaremos la relación que existe entre la genética y el derecho.

IV. RELACIÓN DE LA GENÉTICA CON EL DERECHO

Los avances sobre el genoma humano han generado controversias en varias áreas, entre las que se encuentra el derecho, por lo que se han llevado a cabo encuentros interdisciplinarios a nivel internacional.

Otra de las disciplinas nuevas que han surgido a raíz de estos estudios, es el bioderecho. Diego Valadés lo define como

...el conjunto de disposiciones jurídicas, decisiones jurisprudenciales y principios del derecho aplicables a las acciones de investigación, de desarrollo tecnológico y de naturaleza clínica que incidan en la salud e integridad física de las personas, para que se ejerzan con responsabilidad, preservando la dignidad, la autonomía informativa, la seguridad jurídica y la integridad psicológica de los individuos, y la equidad social.⁵⁷

⁵⁵ Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y ciencia*, México, El Colegio Nacional-Tirant lo Blanch, 2015, p. 44.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁷ Valadés, Diego, “Problemas del bioderecho y del derecho genómico”, en Saada, Alya y Valadés, Diego (coords.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe México*, México, UNAM, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, 2006, p. 389.

Si bien no todas las universidades del país incluyen en sus planes de estudios de la licenciatura en derecho materias relacionadas con la genética, en la Universidad Iberoamericana Ciudad de México sí se imparte la materia “Bioética y derecho”, y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México se tiene ofertada esta misma materia.

Por otra parte, debido a que la mayoría de los abogados a nivel nacional no se han interesado en conocer temas que no sean jurídicos, ha sido complicado legislar y resolver controversias en temas sobre genética en México.

En este sentido, el ministro José Ramón Cossío Díaz señala que a los abogados “se nos está pidiendo que regulemos fenómenos complejos sin tener, en muchas ocasiones, los conocimientos necesarios para ello”,⁵⁸ para lo cual propone que “los creadores del derecho empiecen a vincularse con los profesionistas o con los analistas de otras profesiones”.⁵⁹

El trabajo interdisciplinario tiene la ventaja de que un mismo asunto o tema puede ser abordado desde diferentes puntos de vista científicos, todas las disciplinas participantes aportan lo pertinente sobre el tema o asunto; como resultado, el producto del trabajo interdisciplinario es integral, es decir, contempla la mayor cantidad de aspectos y supuestos posibles.

Para tales efectos, Cossío Díaz sugiere la creación de grupos interdisciplinarios, enfatizando que “la ciencia jurídica tiene que animarse a abrir espacios de diálogo para, precisamente, construir, primero, un mejor conocimiento respecto de los fenómenos que le toca analizar y, segundo y de manera muy importante en los tiempos que vivimos, proponer soluciones viables, pues muchas de éstas tendrán el carácter de norma jurídica”.⁶⁰

Lo anterior, debido a que

...la única manera de comprender un fenómeno es hablando con quien lo entiende para, una vez que se logra un nivel razonable de comprensión, tratar de elaborar sentencias que no destruyan o deformen un entendimiento satisfactorio de los asuntos, sino al contrario, que ordenen y articulen ese tipo de temas. Esto... debería ser obvio y realizable en la totalidad de los órganos del Estado... Es decir, antes de emprender iniciativas... habría que considerar cuál es el mejor conocimiento científico disponible en ese momento para empezar a diseñar soluciones normativas por vía de leyes y otras disposiciones generales o de reglas más precisas, más concretas y destinadas a personas.⁶¹

⁵⁸ Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁶¹ *Ibidem*, p. 24.

De acuerdo con este autor, el “permitir la incorporación del conocimiento científico al derecho es un paso importante para lograr que éste cumpla cabalmente con sus funciones”.⁶²

Efectivamente, para todos los abogados es imprescindible entender las situaciones o problemáticas que atenderá, con el fin de estar en posibilidades de buscar las soluciones apropiadas al caso concreto. Tratándose de la creación de normas o jurisprudencia, la labor debe ser aún más ardua, toda vez que se elaborarán reglas que aplicarán a todos los casos que caigan en los supuestos previstos por esas normas o jurisprudencia.

En cuanto a la producción de normas, el ministro señala que si bien los legisladores se apoyan en instituciones externas expertas en temas científicos para elaborar las leyes en esas materias, éstas sólo abarcan el aspecto del conocimiento, pero no se debaten “las implicaciones y consecuencias éticas”.⁶³

Aunado a lo anterior, la mayoría de las veces los científicos expertos y asesores legales de los legisladores preparan proyectos de normas en ciertos términos, sin embargo, desafortunadamente, esos proyectos son modificados conforme a otros intereses, que no necesariamente se apegan a la realidad ni a las necesidades que se habían contemplado. Por tal motivo, estas deficiencias y vicios en la elaboración de normas deben erradicarse lo antes posible, ya que precisamente se está legislando para regular esas situaciones o necesidades concretas de la población de una sociedad en particular.

Un problema más que hace notar Cossío Díaz, es el hecho de que “en México los abogados utilizan instrumentalmente el derecho como forma de reproducir algunos elementos jurídicos bastante tradicionales y no como un mecanismo de innovación normativa”,⁶⁴ por lo que si bien algunos casos que implican cuestiones bioéticas han llegado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no propician que haya un pronunciamiento nuevo sobre esas materias debido a que se han planteado de forma tradicional. El hecho de no plantear casos sobre bioética a la Suprema Corte de Justicia de la Nación implica perder “la posibilidad de formalizar determinadas soluciones sociales”,⁶⁵ y, por ende, se está “perdiendo una invaluable posibilidad de transformación de la realidad nacional”.⁶⁶

⁶² *Ibidem*, p. 29.

⁶³ *Ibidem*, p. 39.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁶ *Idem*.

En ese sentido, los abogados deben utilizar todas sus habilidades para plantear los casos que están defendiendo. Se debe poner especial cuidado en el análisis de los hechos, en las pruebas, en la legislación aplicable, en todos los aspectos que involucran a las partes, en las posibles soluciones, en las posibles consecuencias que puedan derivarse de las soluciones propuestas, entre otros aspectos, de modo que se le alleguen a los jueces, magistrados y/o ministros todos los elementos posibles para solucionar el caso de la mejor manera. En la materia que nos ocupa, es recomendable que los abogados se documenten y, de ser necesario, consulten expertos en la materia para que puedan plantear adecuadamente los casos y fundamenten correctamente sus argumentos y los puntos petitorios.

Ante este escenario, el ministro propone que las soluciones jurídicas para problemas legales presentados ante los diversos tribunales locales o federales deben plantearse “en términos de la relación entre el cuestionamiento biológico general y el problema ético”,⁶⁷ además de ser necesario que los abogados proporcionen “elementos científicos a la Suprema Corte y al resto de los tribunales para que empiecen por identificar las características y naturaleza biológicas de los temas, para, luego remontar[se] a lo ético, que por sí mismo entraña una cuestión distinta y compleja”.⁶⁸

Ésa sería una forma estructurada para que los juzgadores puedan entender la controversia y resolver con mayores elementos científicos y jurídicos.

Aunado a lo anterior, Cossío Díaz indica que “la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantiene convenios con diversas asociaciones que le pueden llegar a proporcionar una gran cantidad de elementos científicos para esclarecer distintos asuntos”,⁶⁹ además de que “serán admisibles con el carácter de medios probatorios todos aquellos elementos que tengan “valor científico”,⁷⁰ lo cual refleja la apertura que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación a los avances científicos y tecnológicos para resolver las controversias de la mejor forma posible.

Por otra parte, el mismo autor señala que “uno de los retos más interesantes de la bioética es que plantea preguntas que el derecho no puede responder, ya sea porque no hay respuesta definitiva o porque la que existe no satisface a un elevado porcentaje de la población. Este es un dilema que está cuestionado inclusive en términos jurídicos”,⁷¹ es decir, “no necesariamente

⁶⁷ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁸ *Idem*. (Los corchetes son míos).

⁶⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁷¹ *Ibidem*, p. 46.

se resuelve un problema porque se legisle sobre él. En muchas ocasiones la ley es causa de nuevas discrepancias por los sentidos que ella pueda inducir”.⁷²

En efecto, como se había analizado y comentado en apartados anteriores, el derecho debe irse actualizando conforme se van presentando casos con nuevos supuestos que, o bien no se encuentran previstos en la legislación, o bien se derivan de situaciones específicas que se presentan como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos.

Cossío Díaz enfatiza que “permitir la incorporación del conocimiento científico al Derecho es un paso importante para lograr que éste cumpla cabalmente con sus funciones”,⁷³ además de que “el derecho sin ciencia queda reducido a formas que no incidirán o incidirán mal en los problemas sociales y en su solución; la ciencia sin derecho pierde la capacidad de influir en la vida social, de afectar para bien las vidas humanas”.⁷⁴

Precisamente el trabajo interdisciplinario es una opción ideal en asuntos que involucran avances científicos y tecnológicos, toda vez que se complementa el aspecto jurídico con la ciencia correspondiente al caso concreto.

Para ejemplificar algunas de las cuestiones legales que en materia de genética pueden presentarse ante los tribunales, Cossío Díaz expone un caso que se presentó en los Estados Unidos, en el que se otorgaron “7 patentes relacionadas con los genes 1 y 2 de susceptibilidad al cáncer”.⁷⁵

Las patentes fueron otorgadas por la separación y secuenciación del ADN que contiene las porciones de susceptibilidad a esta enfermedad, así como los métodos para comparar y analizar la secuencia de estos genes a efecto de identificar la presencia de mutaciones. Posteriormente, importantes instituciones médicas y de salud de ese país impugnaron ese otorgamiento de patentes por considerar que cubrían productos de la naturaleza, leyes de la naturaleza y/o fenómenos naturales, así como ideas abstractas, conocimientos o pensamientos humanos básicos.

Las demandantes cuestionaron si resultaba patentable la separación de los genes humanos y la comparación de sus secuencias.⁷⁶

El juez de distrito que resolvió el caso

...señaló en su sentencia que la complejidad del caso radicaba en la vinculación entre Derecho y ciencia, particularmente biología molecular y derecho

⁷² *Idem.*

⁷³ *Ibidem*, p. 29.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 169.

⁷⁶ *Idem.*

de patentes. El juez determinó que aun cuando el ADN se hubiera separado, ello no implicó alterar la forma en que se encontraba en el cuerpo ni la información que contenía y, por lo mismo, estableció que no eran patentables los resultados obtenidos por la empresa demandada. Igualmente estimó que como las comparaciones entre las secuencias del ADN eran procesos abstractos, tampoco resultaban patentables.⁷⁷

Al resolver, “el Juez [de Distrito] estimó que el verdadero problema del caso estaba en determinar si la patente daba lugar a un nuevo producto o simplemente estaba recogiendo un elemento de la naturaleza”.⁷⁸

La decisión anterior fue impugnada ante una Corte Federal de Apelaciones que en julio de 2011 sostuvo que, por una parte, la sentencia del Juez de Distrito era correcta y que las comparaciones entre las secuencias del ADN no resultaban patentables y, por otra, revocó la sentencia al decidir que sí lo era el proceso de separación genética y los métodos para comparar y analizar la secuencia de los genes para identificar la presencia de mutaciones relacionadas con el cáncer.⁷⁹

Tal como lo analizamos y comentamos en los apartados 1 y 4, esta situación sí está prevista en la Ley de Propiedad Industrial, por lo que los funcionarios del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial pueden determinar desde que se presenta la solicitud de patente si procede o no otorgar una patente del tipo antes planteado.

Problemas como este y otros de mayor o menor complejidad, que de momento ni siquiera pudiéramos imaginar, pueden surgir como consecuencia de la práctica de la genética.

Es por ello que se ha creado legislación tanto a nivel internacional como a nivel nacional, la cual analizaremos brevemente en el siguiente apartado.

V. MARCO LEGAL

1. *Legislación a nivel internacional*

A continuación analizaremos brevemente la legislación existente a nivel internacional sobre las prácticas genéticas.

⁷⁷ *Ibidem* p. 169.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 170. (Los corchetes son míos).

⁷⁹ *Idem*.

*A. Convenio sobre Derechos Humanos y Dignidad de la Persona
Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina*⁸⁰

Fue elaborado en 1997 por el Consejo de Europa; lo puede firmar y ratificar cualquier país. Su objetivo es proteger la identidad, la dignidad, los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos en el campo de la biología y la medicina. En los artículos 11 a 14 del capítulo IV se prohíbe discriminar a las personas por sus características genéticas; se prevé que se podrán realizar pruebas genéticas predictivas con fines médicos o de investigaciones médicas; se establece que las intervenciones para modificar el genoma se permitan con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos, sin modificar la descendencia, y que la elección de sexo sólo se permita para evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo del producto.

Este Convenio protege adecuadamente los derechos humanos y la dignidad de las personas, al limitar el uso de los avances científicos a los casos establecidos. Como veremos en el siguiente apartado, México ha incorporado estos lineamientos en su legislación.

*B. Declaración Universal sobre el Genoma Humano
y los Derechos Humanos*⁸¹

Fue aprobada por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997. Contiene principios relacionados con las investigaciones y aplicaciones del genoma humano. Algunos de los temas más interesantes son los siguientes:

- a) Se declara al genoma humano como patrimonio de la humanidad, y se establece que el genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios. Lo anterior nos hace preguntarnos ¿qué pasa si el genoma humano se modifica?, ¿ya se pueden obtener beneficios pecuniarios?
- b) Se establece el derecho que tiene una persona a disponer de su genoma, el cual debe ejercer de manera libre e informada, lo que implica hacer una valoración de los riesgos y beneficios que se obtendrán. También establece la confidencialidad de los datos genéticos y la re-

⁸⁰ Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/5/mis/mis_15.pdf.

⁸¹ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

paración equitativa del daño que se cause a la persona por una intervención en su genoma. Aquí nos preguntamos: ¿cuánto es equitativo? y ¿bajo qué criterios se valorará el daño? Los límites para ejercer estos derechos son el derecho internacional público y los derechos humanos.

- c) Las investigaciones sobre el genoma humano deben ser en beneficio de la humanidad, para aliviar el sufrimiento y mejorar la salud. El límite es no llevar a cabo clonaciones con fines reproductivos por considerarlas un atentado a la dignidad de la persona.
- d) El ejercicio de la actividad científica debe realizarse con fines pacíficos.
- e) Se establece la solidaridad y cooperación internacional para identificar, prevenir y tratar enfermedades genéticas que afecten a una parte considerable de la población mundial, así como garantizar un debate abierto conformado por las distintas corrientes de pensamiento socioculturales, religiosas y filosóficas.
- f) Los Estados parte deben garantizar el respeto a los principios establecidos en la declaración y difundirlos. Adicionalmente, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO también difundirá esta Declaración y profundizará en el estudio de las cuestiones que se deriven de su aplicación y de la evolución de las tecnologías.

Esta Declaración contiene principios interesantes, que serán comentados brevemente.

Respecto al principio que establece que el genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios, tal como está redactado pareciera que si el genoma humano se modifica sí podría dar lugar a beneficios pecuniarios; sin embargo, no debería interpretarse así, porque estamos hablando de seres humanos que, aunque genéticamente modificados, tendrían los mismos derechos fundamentales que los seres humanos no modificados genéticamente. Si no se desarrolla el ser humano genéticamente modificado, el material genético pertenece al individuo del cual se extrajo, aunque se haya modificado genéticamente dicho material.

Para fijar una indemnización como reparación del daño que se cause a una persona por una intervención en su genoma, es necesario valorar el daño causado para poder estimar la cantidad que se deberá pagar, aunque sería conveniente especificar los criterios que deberán seguirse.

Acertadamente, uno de los principios de esta declaración establece que las investigaciones sobre el genoma humano deben ser en beneficio de la humanidad y realizarse con fines pacíficos. Para promover estos fines sería

pertinente imponer sanciones severas a quienes se aparten de ellos en sus investigaciones. Respecto a la clonación con fines reproductivos, no necesariamente debe considerarse como un atentado a la dignidad de la persona siempre y cuando se realice con el consentimiento de la persona original, porque finalmente el clon sería otro ser humano, sólo que tendría la misma información genética de la persona original.

Definitivamente, la cooperación internacional juega un papel preponderante en los avances científicos y su aplicación a nivel mundial; asimismo, la apertura al debate de ideas es esencial para permitir un enriquecimiento entre los participantes y la generación de conocimiento, por lo que México debe estar a la vanguardia en estos temas, para tener un espacio de actuación a nivel internacional.

Obviamente, esta Declaración debe ser difundida e integrada en cada país en sus respectivas legislaciones, para que sea posible la aplicación de sus principios.

C. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO⁸²

Fue aprobada el 16 de octubre de 2003. Los principios que establece son para proteger la dignidad humana y los derechos humanos, las libertades fundamentales en la recolección, tratamiento, utilización y conservación de datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas, los cuales deberán ser compatibles con el derecho internacional sobre derechos humanos; deja para la competencia de cada Estado las investigaciones que se realicen en materia penal para el descubrimiento y enjuiciamiento de delitos y de determinación de parentesco; hace énfasis en la identidad y singularidad de la persona; establece que los fines de recolectar, tratar, utilizar y conservar datos genéticos y proteómicos humanos podrán ser para diagnóstico, asistencia sanitaria, investigación médica y científica, estudios de carácter antropológico y arqueológico, medicina forense, procedimientos civiles o penales, así como los que sean compatibles con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos. Los procedimientos deberán ser transparentes y éticamente aceptables; aconseja promover y crear comités de ética independientes, multidisciplinarios y pluralistas a

⁸² Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

nivel nacional, regional, local o institucional. Esta Declaración también ordena facilitar información clara, objetiva, suficiente y apropiada a las personas que deben otorgar su consentimiento en asuntos relacionados con sus genomas, así como asegurarse de que dicho consentimiento sea expreso y que se pueda revocar sin perjuicios ni sanciones para la persona interesada, bajo la condición de que puedan ser disociados de la investigación. Adicionalmente, se prevé dar asesoramiento genético a las personas interesadas.

Las personas deben tener acceso a sus propios datos genéticos, excepto por razones de salud u orden públicos o de seguridad nacional. La confidencialidad de sus datos debe estar protegida y no ser proporcionados a terceros, salvo por una razón importante de interés público.

Adicionalmente, la Declaración establece el deber de que las personas y entidades que manejen datos genéticos actúen con rigor, prudencia, honestidad e integridad en todos los aspectos, dada la naturaleza delicada de la información y sus consecuencias éticas, jurídicas y sociales; prevé la circulación y cooperación internacional de estos datos para fomentar la cooperación médica y científica internacional, garantizando el acceso equitativo a los mismos, siempre y cuando la parte receptora los proteja conforme a esta Declaración; plantea la posibilidad de que los Estados implementen un dispositivo de supervisión y gestión de estos datos, bajo principios de independencia, multidisciplinariedad, pluralismo y transparencia. Enfatiza la educación, formación e información en ética a todos los niveles, así como la implementación de programas de información y difusión de conocimientos sobre los datos genéticos humanos.

Finalmente, establece que el Comité Internacional de Bioética y el Comité Intergubernamental de Bioética deben aplicar y difundir esta Declaración, así como emitir opiniones y realizar propuestas para tal efecto.

Esta Declaración establece principios específicos sobre la utilización de la información genética, mismos que son acertados y apropiados para los supuestos que se han presentado, y que puedan llegar a presentarse.

*D. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*⁸³

Fue aprobada el 19 de octubre de 2005. Su objetivo es proporcionar un marco universal de principios y procedimientos en materia de bioética, de manera que los Estados cuenten con una guía para formular sus legislaciones y políticas; orientar las acciones de los particulares, ya sean individuos

⁸³ Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180S.pdf>.

o grupos; salvaguardar los intereses de las generaciones futuras y conservar la biodiversidad.

Entre los principios que establece esta Declaración se encuentran el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y libertades fundamentales; dar prioridad a los intereses y el bienestar de la persona más que a los intereses de la ciencia o la sociedad; potenciar al máximo los beneficios tanto para pacientes como para las personas involucradas en la investigación, reduciendo al máximo los posibles efectos nocivos. El consentimiento de la persona debe ser libre e informado y, en su caso, expreso y revocable; se debe respetar la negativa de las personas a participar en las investigaciones, la confidencialidad y privacidad de las personas interesadas, y sólo usar los datos para el fin que se obtuvieron. Prohíbe discriminar, recomienda fomentar la responsabilidad social y la salud, compartir los beneficios de las investigaciones entre los Estados, proteger la constitución genética de las generaciones futuras, el medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad.

Específicamente, en cuestiones bioéticas y toma de decisiones, la normativa recomienda promover el profesionalismo, la honestidad, la integridad y transparencia en la adopción de decisiones, para resolver conflictos de intereses y aprovechar los conocimientos de manera compartida, e incluso promover un debate público pluralista e informado; promueve la creación de comités de ética en todos los niveles para evaluar problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales relacionados con este tipo de investigaciones, evaluar adelantos científicos y tecnológicos; orientar, fomentar el debate, la educación y participación del público en cuestiones bioéticas y evaluar riesgos.

Cuando se realicen investigaciones en las que participen varios Estados, deben observarse normas éticas y jurídicas y responder a las necesidades de los países anfitriones; buscar la paliación de los problemas urgentes de salud a escala mundial; luchar contra el bioterrorismo, tráfico ilícito de órganos, tejidos, muestras, recursos genéticos y materiales relacionados con la genética, además de que los Estados deben educar y difundir la información sobre bioética.

Finalmente, la Declaración establece que el Comité Intergubernamental de Bioética y el Comité Internacional de Bioética promoverán y difundirán los principios de esta normativa; los límites de esta Declaración deben fijarse por ley y conforme a los derechos humanos.

Los principios que establece esta Declaración son más amplios al abarcar diversos aspectos éticos, legales y sociales.

En conclusión, la legislación internacional ha servido como base y se está integrando paulatinamente en las legislaciones nacionales. A continua-

ción analizaremos la legislación que existe en México respecto al genoma humano.

2. *Legislación en México*

La legislación mexicana cuenta con normas que regulan directamente diversos aspectos sobre el genoma humano, y otras que sin regularlo directamente, le son aplicables, por lo que se procede a analizarlas.

A. *Ley General de Salud*⁸⁴

Esta ley contiene un capítulo específico para regular el genoma humano. En él se define lo que es el genoma humano, se distingue entre el genoma humano como patrimonio de la humanidad y el genoma individual de cada individuo que sí pertenece a cada persona. Se protege el derecho a no ser discriminado por motivos genéticos; no podrá menoscabarse su dignidad humana ni sus derechos ni libertades inherentes a ella por dichos motivos.

Debido a que cada individuo es propietario de su genoma, la ley establece que es necesario que el individuo otorgue su consentimiento para que se le practiquen estudios genéticos, así como para que se le informe o no sobre los resultados y las consecuencias de dichos estudios. Respecto al manejo de la información genética, la ley establece que debe ser confidencial, y únicamente con orden judicial puede proporcionarse esa información a la autoridad competente.

Finalmente, trata de armonizar el respeto a los derechos humanos, a la libertad y a la dignidad del individuo, así como el interés público y la ética, con las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones.

Como se puede apreciar, la Ley General de Salud incorpora varios de los principios establecidos en la legislación internacional.

B. *Ley de Propiedad Intelectual*⁸⁵

Este ordenamiento establece en sus artículos 15 y 16, que el material genético y, por ende, la información genética, no pueden ser patentables, por no tratarse de una invención, mientras que el procedimiento para analizar

⁸⁴ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_270117.pdf.

⁸⁵ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50_010616.pdf.

el material genético y para obtener información genética sí puede patentarse, por tratarse de invenciones.

Es necesario aclarar que inicialmente la interpretación literal de la fracción II del artículo 16 genera un poco de confusión, al establecer que no es patentable “el material biológico y genético tal como se encuentra en la naturaleza”. Con base en una interpretación literal, se entendería que una vez que se modifica el material genético sí podría ser susceptible de ser patentado. No obstante, derivado de una interpretación armónica con la legislación internacional, necesariamente debe entenderse que aunque se modifique el genoma humano no debe ser susceptible de patentarse, debido a que se trata de seres humanos, y su propietario es el individuo del que se extrajo; un ejemplo sería el caso de que se estuviera modificando el genoma de un ser humano con fines terapéuticos.

C. *Código Penal Federal*⁸⁶ y *Código Penal para el Distrito Federal*⁸⁷

Estos ordenamientos establecen en sus artículos 210 y 213, respectivamente, la obligación de los profesionistas o empleados, de guardar el secreto profesional, por lo que los médicos, genetistas y/o personal que colabore con ellos en la realización de estudios genéticos tienen la obligación de mantener la confidencialidad tanto de la información que se obtenga como de los procesos que se siguen para obtener esa información; de lo contrario, serían acreedores a las sanciones correspondientes.

D. *Código Civil para el Distrito Federal*⁸⁸

Este código acepta como prueba para establecer la filiación o para impugnar la paternidad y/o maternidad las pruebas “el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer”, entre las que se encuentran las pruebas de ADN (artículo 325).

Adicionalmente, establece que si ambos cónyuges otorgan su consentimiento para procrear mediante técnicas de fecundación asistida, se establece la filiación entre el producto, y ambos cónyuges (quienes serían los

⁸⁶ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_070417.pdf.

⁸⁷ Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Ciudad%20de%20Mexico/wo84865.pdf>.

⁸⁸ Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Ciudad%20de%20Mexico/wo29081.pdf>.

progenitores), por lo que no se puede impugnar la paternidad respecto al producto (artículo 326), generándose todos los deberes, derechos y obligaciones derivados de la filiación.

E. *Propuestas de reformas*

Elvia Lucía Flores Ávalos propone reformar varias de las leyes existentes en México para incluir los aspectos relacionados con las prácticas genéticas de la siguiente manera:

- a) Constitución. Especificar que no se discrimine por la composición genética; garantizar la igualdad y el derecho a la salud para otorgar un consentimiento libre e informado; que los niños puedan conocer su origen genético; que el límite a las investigaciones sea la dignidad de las personas y sus derechos personalísimos; garantizar la libre expresión de ideas respecto a los conflictos que puedan presentarse al publicar información sobre datos genéticos y el estado de salud de algunas personas.
- b) Leyes contra la discriminación. Entre ellas se encuentran la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal y la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.
- c) Legislación en materia de salud. La Ley General de Salud, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, la Ley del Seguro Social, el Reglamento de Servicios Médicos del ISSSTE, la Norma Oficial Mexicana del Expediente Clínico, la Norma Oficial Mexicana sobre el Tratamiento de los Enfermos de Sida.
- d) Señala que se necesita regulación sobre protección de datos personales, ya que actualmente sólo se cuenta con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
- e) Ley Federal del Derechos de Autor respecto a las bases de datos con información genética de las personas.
- f) Ley de Propiedad Industrial en relación con las patentes sobre material genético humano.
- g) Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, ya que sólo se refiere a organismos vivos sin incluir a los humanos, y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

- h) Por otra parte, propone la creación de la materia bioderecho con un temario novedoso y completo para ser impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM.

En síntesis, en México sí existe legislación sobre genoma humano, misma que aplica a las investigaciones, los estudios y las prácticas con él relacionados, aunque es necesario desarrollarla más e incorporar los principios internacionales sobre la materia.

VI. CONCLUSIONES

La tecnología y las investigaciones científicas han permitido el desarrollo de la genética hasta llegar a decodificar los genomas de los seres vivos. La proyección a futuro en la genética es llegar a conocer la identidad y funciones de nuevos genes.

Los estudios sobre el genoma humano permiten descubrir datos esenciales de los individuos y diagnosticar trastornos hereditarios, revelando el estado de salud y la predisposición a padecer ciertas enfermedades, entre otros. Los resultados pueden involucrar no sólo a la persona en cuestión, sino a su familia e incluso a una sociedad entera. En este contexto, es necesario brindar asesoría genética y psicológica en la predicción de enfermedades por genes disfuncionales, porque si bien a algunas personas les gustaría saber los resultados de su información genética, a otras les puede causar un gran impacto el enterarse de que tienen algún gen disfuncional que les puede provocar alguna enfermedad grave.

Ahora bien, la información genética se puede utilizar para curar y prevenir enfermedades, eliminar genes disfuncionales, modificar las características de la herencia genética, crear órganos para remplazar los disfuncionales, e incluso, con la ingeniería genética, es posible introducir en un organismo genes de otro; es decir, se puede hacer una recombinación *in vitro* del material genético de diferentes organismos, aunque nada garantiza que teniendo un genoma perfecto se vivirá más.

Por otra parte, se tiene prevista la creación de células madre para contar con refacciones para el cuerpo humano utilizando embriones o clones con fines terapéuticos para tomar los órganos de ellos. Como sabemos, uno de los temas más controvertidos es el de la clonación humana, toda vez que se produce un organismo con los mismos genes que otro. En tal virtud, desde el momento en que el organismo tiene vida ya se está en presencia de otro ser humano, por lo que no se le debería utilizar para tomar de él refacciones

para otros, sino buscar qué lugar tendría en la sociedad, ya sea como hijo o como hermano, por ejemplo. De hecho, los mismos biólogos reconocen el peligro que corren las generaciones futuras para proteger su derecho a ser únicos, y aunque se han hecho varios planteamientos sobre los problemas éticos que se desencadenan por las prácticas genéticas, falta prever el aspecto psicológico y afectivo de las personas genéticamente modificadas o clonadas, por lo que se estima necesario hacer una valoración que incluya los riesgos en aspectos físicos, éticos, jurídicos y psicológicos.

En cuanto a los estudios que se realicen en poblaciones que tengan alguna enfermedad genética, si bien la intención según los convenios sería que se les beneficiara con los adelantos genéticos, también se corre el riesgo de que a ciertas sociedades se les modifique dolosamente su ADN para otros fines, sin que esos individuos lo sepan; por ejemplo, para hacer alguna prueba genética no autorizada o en el caso de la eugenesia.

Respecto al intercambio de datos genéticos a nivel internacional, si bien podrían servir para avanzar más en los estudios genómicos, también hay más riesgo de que se utilicen o se comercie con los datos indebidamente, por lo que es necesario legislar lo mejor posible en materia del genoma humano, tomando en cuenta todos los aspectos involucrados en la aplicación de las prácticas genéticas.

Mediante los instrumentos legales internacionales se pretende proteger a la especie humana y a las generaciones futuras, así como prever la responsabilidad y las implicaciones éticas derivadas del manejo de la biotecnología; además, fomentar que los Estados informen a sus habitantes sobre los estudios genéticos, sobre todo cuando se deban someter a ellos, para que estén en condiciones de otorgar su consentimiento libremente, garantizándoles la confidencialidad de sus datos.

Los estudios sobre el genoma humano también se aplican en el ámbito jurídico, ya que permiten descubrir la identidad de delincuentes o víctimas y establecer lazos de filiación.

La información analizada nos hace cuestionarnos sobre quién podrá pagar este tipo de estudios, quién los utilizará, qué significa ser humanos desde la perspectiva de la genética, cómo será la vida de los futuros humanos, qué tipo de legislación se necesitará en un futuro.

En el contexto actual, el costo de estos estudios es alto, por lo que sólo una minoría podría tener acceso a ellos y a utilizarlos en su beneficio. Por otra parte, es necesario tener presente que estamos hablando de información genética de seres humanos, por lo que es necesario enfatizar que las modificaciones genéticas que se practiquen en seres humanos pueden dar lugar a una mayor discriminación. En virtud de lo anterior, la futura legis-

lación debe prever las posibles soluciones a las problemáticas que pudieran presentarse, así como nutrirse de los casos concretos que lleguen a los tribunales; adicionalmente, es necesario que se formen grupos interdisciplinarios para crear normas y emitir jurisprudencia de vanguardia que realmente ofrezca soluciones viables y apropiadas a los avances científicos que se desarrollen.

NEGLIGENCIA MÉDICA: UNA AGONÍA PARA OBTENER JUSTICIA

Mauricio REYNA LARA

SUMARIO: I. *Aspectos legales*. II. *Servicios públicos en México*. III. *Relaciones entre el deber y el hacer*. IV. *Binomio bioderecho-bioética*. V. *Caso clínico*. VI. *Breve análisis del caso*.

I. ASPECTOS LEGALES

El ejercicio de la medicina y de los profesionistas en el área sanitaria se encuentra basado en la relación médico-paciente, relación de la cual surgen derechos y obligaciones recíprocos. En este sentido, el personal de salud se ve necesariamente envuelto en un ámbito médico-legal, en el cual debe prestar una buena y adecuada asistencia siguiendo los parámetros establecidos para ello, en las diversas legislaciones en materia sanitaria, legislaciones que contienen no sólo sus derechos y obligaciones como médico, sino también los derechos del paciente como usuario de los servicios de salud. “El acto y la gestión sanitarios han pasado de ser hechos internos a tener una dimensión externa; la salud como bien social y colectivo ha hecho que sea considerado como parte de la propiedad colectiva”.¹ En este contexto, el derecho sanitario debe ser entendido como la disciplina jurídica especial que define las relaciones entre los usuarios o pacientes y los sistemas nacionales de salud.

Cada ciudadano mexicano tiene el derecho constitucional a la salud, como se encuentra establecido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud”.² También en la Declaración Universal de los Derechos

¹ Antequera, José María, *Derecho sanitario y sociedad*, ediciones Díaz de Santos, 2006, pp. 1 y 2.

² Disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/5.htm?5>, última consulta: 3 de agosto de 2016.

Humanos, en su artículo 25, donde se establece que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial... la asistencia social y los servicios sociales necesarios”.³

En la Ley General de Salud en el artículo 271 se expone que

El derecho a la salud, entre varios elementos, comprende: el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como la exigencia de que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas.⁴

De esta manera, contamos con la presencia de instrumentos legales tanto internacionales como nacionales para la protección de los derechos humanos, la dignidad de la persona relacionada con el ejercicio de la medicina, como códigos de conducta y protocolos. “Porque el derecho humano a la salud será el reconocimiento jurídico de la responsabilidad moral del Estado para hacer efectivo en el mundo real el valor ético trascendental de la salud integral de las personas”.⁵

Además, el derecho a los servicios de salud proporcionados por el Estado constituye uno de los mínimos de bienestar que todo gobierno debe garantizar a su población. Reflexión connotada desde la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.⁶

Con bases normativas, se dan los soportes de las disposiciones jurídicas relacionadas con acciones preventivas y de control, “cuyo objetivo es la vigilancia del estado de salud de la población y el diseño de los planes de intervención necesarios para su mantenimiento en óptimas condiciones”.⁷

³ Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, última consulta: 1 de agosto de 2016.

⁴ Disponible en: http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf, última consulta: 5 agosto de 2016.

⁵ Tealdi, Juan Carlos, *Bioética de los derechos humanos. Investigaciones biomédicas y dignidad humana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 91.

⁶ Para mayor referencia puede ser vista en el portal web: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

⁷ Disponible en: <http://www.cjs.com.mx/index-2.html>, última consulta: 3 de agosto de 2016.

II. SERVICIOS PÚBLICOS EN MÉXICO

En México, los servicios públicos para el cuidado de la salud se dividen en subsistemas que brindan atención a los trabajadores de la iniciativa privada a través del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), a los trabajadores del Estado con la red de cobertura del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y a la población que no cuenta con un trabajo formal con la red hospitalaria del sector público coordinada por la salud. “Servicios que debe atender el derecho a la protección de la salud con la finalidad de cuidar y mejorar la calidad de la vida humana, como está establecido por el artículo 2o. de la Ley General de Salud”.⁸

Se da por hecho que la persona que se encuentra dentro de una nómina en la iniciativa privada, cada una de ellas como el patrón, aporta una cantidad establecida por los salarios mínimos percibidos mensualmente por el ejercicio laboral. De esta manera, cuando se acude a una clínica y/u hospital del IMSS, no se cobra por el servicio solicitado, pues son derechohabientes de dicha institución, y se debe otorgar el servicio oportuno.

Así fue establecido por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 61, tomo XXVIII, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, correspondiente a octubre de 2008, localizable con el registro 168549 y con el texto inciso b) “servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social, que son los prestados a las personas que cotizan o las que hubieren cotizado conforme a sus leyes, así como los que con sus propios recursos o por encargo del Ejecutivo Federal se presen por tales instituciones a otros grupos de usuarios”;⁹ estableciéndose que el acceso a los servicios de salud es una responsabilidad compartida entre el Estado, la sociedad y los interesados; el financiamiento de los respectivos servicios no corre a cargo del Estado exclusivamente.

Al ingresar al IMSS, se quiere encontrar servicio de calidad por parte de los prestadores del servicio médico, pero es un hecho que se ha rebasado la demanda de dicha institución, y se aprecia la insuficiencia de materiales, medicamentos, instalaciones y personal precario, resultado de una deficiencia administrativa.

⁸ La ley puede ser consultada en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_270117.pdf, última consulta: 23 de mayo 2017.

⁹ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro 168549, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 61.

III. RELACIÓN ENTRE EL DEBER Y EL HACER

Dentro del contexto médico legal y deontológico del ejercicio de las profesiones sanitarias, es necesario que el profesional de la salud cuente no sólo con los conocimientos propios de su área, sino además debe conocer y tener un panorama amplio acerca de lo que implica el ejercicio de su profesión en el ámbito jurídico; es decir, que cuente con la información necesaria para efectuar su labor conscientemente de las consecuencias de las decisiones tomadas en un momento determinado y cómo afectan tanto a su profesión como a terceros (pacientes). “La gestión sanitaria en el ámbito público es voluntad administrativa, esto supone que está sometida a unas reglas que la conforman, determinan, condicionan y que está sometida al control de los juzgados y tribunales de justicia”.¹⁰

Un especialista de la salud debe contar con principios y valores universales, pues tiene en sus manos la vida de otra persona. Es el responsable del cuidado, atención y preservación del bienestar de un ser humano, que generalmente acude a él para confiarle su salud. Se tiene la creencia de que el médico lo sabe todo, lo puede resolver y que tiene la facultad para eliminar una dolencia física.

Cada profesión tiene su propio código ético, el cual está reflejado, en el caso de los médicos, en el Juramento de Hipócrates, y en la Declaración de Helsinki del año 2000, los cuales están destinados a preservar el quehacer como profesional de la salud. De esta manera, se debe promover el profesionalismo, la honestidad, la integridad y la transparencia en la adopción de decisiones hacia el paciente, que se encuentra “impaciente”.

1. *La importancia de la capacitación*

Es necesario y oportuno contar con capacitación permanente sobre los derechos sanitarios, con el fin de propiciar la importancia de las responsabilidades penales, administrativas y civiles.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de mayo de 1986, establece en su artículo 6o.: “La Secretaría fomentará, propiciará y desarrollará programas de estudio e investigación relacionados con la prestación de servicios de atención médica”.¹¹

¹⁰ Antequera, José María, *Derecho sanitario y sociedad*, ediciones Díaz de Santos, 2006, pp. 1 y 2.

¹¹ Disponible en: http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf, última consulta: 5 de agosto de 2016.

Es necesario identificar las responsabilidades en materia administrativa, civil, penal, y en su caso sobre los derechos laborales de los médicos. La responsabilidad profesional médica es aquella con la que cuentan los especialistas de la salud para reparar las consecuencias de sus decisiones, que se ejercieron durante su práctica profesional.

Como ya se mencionó, la relación médico-paciente es una corresponsabilidad, y es verdad que generalmente como pacientes, se acude al médico cuando ya no se soporta el dolor, y se pretende que el médico alivie el dolor de manera inmediata, cuando también el paciente en general y los derechohabientes del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) o el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE) tienen acceso a consultas periódicas para preservar su salud.

Para ello es necesaria una transformación en el cambio de paradigma referente a la atención de la salud, pues se ha dado énfasis a lo individual, de tipo curativo, que repara daños, y se desarrolle a la salud integradora que prevenga los riesgos.

Así lo estipula el capítulo IV del Código de Bioética para el Personal de Salud 2002: “El personal de salud debe realizar, en coordinación con las autoridades competentes, las medidas preventivas pertinentes que sean estrictamente necesarias para el bien de la población y adicionales a la normatividad establecida, tales como saneamiento básico, agua potable, eliminación sanitaria de excretas, control de fauna nociva, inocuidad de alimentos, vacunaciones, aislamiento de pacientes infecto-contagiosos o agresivos y otras acciones que considere convenientes en provecho colectivo”.¹²

2. *Corresponsabilidad de médicos y pacientes*

En el mismo Código de Bioética, en su artículo 30, se establece que “los pacientes o representantes legales tienen la responsabilidad de informar con veracidad al personal de salud, así como de manifestar las dudas y preocupaciones relacionadas con su enfermedad”.¹³

La Conamed (Comisión Nacional de Arbitraje Médico) establece los siguientes derechos del paciente:¹⁴

¹² Disponible en: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/documentos/DOCSAL7470.html>, última consulta: 5 de agosto de 2016.

¹³ Disponible en: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/documentos/DOCSAL7470.html>, última consulta: 5 de agosto de 2016.

¹⁴ Disponible en: http://www.conamed.gob.mx/publicaciones/cartas/pdf/POSTER_PACIENTES_2014.pdf, última consulta: 6 de agosto de 2016.

- Recibir atención médica adecuada.
- Recibir trato digno y respetuoso.
- Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz.
- Decidir libremente sobre su atención.
- Otorgar, o no, su consentimiento válidamente informado.
- Ser tratado con confidencialidad.
- Contar con facilidades para obtener una segunda opinión.
- Recibir atención médica en caso de urgencia.
- Contar con un expediente clínico.
- Ser atendido cuando se inconforme por la atención médica recibida.

Por su parte, también están establecidos los derechos de los médicos en la “Carta de los Derechos Generales de las Médicas y los Médicos”:¹⁵

- Ejercer la profesión en forma libre y sin presiones de cualquier naturaleza.
- Laborar en instalaciones apropiadas y seguras que garanticen su práctica profesional.
- Tener a su disposición los recursos que requiere su práctica profesional.
- Abstenerse de garantizar resultados en la atención médica.
- Recibir trato respetuoso por parte de los pacientes y sus familiares, así como del personal relacionado con su trabajo profesional.
- Tener acceso a educación médica continua y ser considerado en igualdad de oportunidades para su desarrollo profesional.
- Tener acceso a actividades de investigación y docencia en el campo de su profesión.
- Asociarse para promover sus intereses profesionales.
- Salvaguardar su prestigio profesional.
- Percibir remuneración por los servicios prestados.

La identificación de los derechos de los profesionistas médicos y de los pacientes, permite comprender la posición de la corresponsabilidad que se tiene entre la relación médico-paciente; y de la misma forma propicia la comprensión que de dicha relación emanan obligaciones derivadas de los derechos que se tienen.

¹⁵ Disponible en: <http://bvs.insp.mx/local/File/CARTA%20DERECHOS%20MEDICOS.pdf>, última consulta: 2 de agosto de 2016.

Al identificar las obligaciones de los médicos, sus facultades se observan con mayor claridad, y de esta manera se prevén las posibles prácticas indebidas o negligentes en el ámbito del sistema de salud.

De la misma forma, el paciente debe atender la corresponsabilidad de sus obligaciones con las sugerencias y prescripciones médicas para evitar el deterioro de su salud, lo que evita agravar su estado de salud y las incidencias al acudir al servicio de urgencias para resolver una enfermedad que pudo prevenir, complicando la atención médica, elevando el costo del tratamiento de la enfermedad y corriendo el riesgo de resultados desfavorables, o no deseados, producto de una falta de cultura de prevención con la finalidad de adaptar y adoptar las medidas necesarias para preservar su salud.

Es recomendable para los médicos que, en los protocolos propios de su formación para enfrentar una contingencia, se considere una visión más humana; por ejemplo, talleres sobre la importancia de la inteligencia emocional, donde se resalte el trabajo en equipo, se favorezca la responsabilidad y la eficacia en la toma de decisiones. En muchas de las ocasiones mejorando la actitud pueden prevenir quejas o demandas en la relación médico-paciente.

Las emociones afectan las habilidades positiva o negativamente (según sea el caso). Si se controlan las emociones, se tiene un mayor compromiso con las personas y se alcanza una perspectiva ética por medio de la solidaridad, congruente con las acciones y actitudes, y la lealtad en las convicciones personales.

3. *Enfoque humanista*

La humanización de la profesión médica, es por medio de una conformación ética el deber ser y hacer por medio de un trato digno hacia el paciente; así, “las actividades biomédicas con dimensión ética, son objeto de decisiones y acciones políticas que se expresan a través de las normas jurídicas”.¹⁶ Los principios de la bioética son: “autonomía, beneficencia y justicia”.¹⁷

Por otro lado, el derecho también forma parte de este enfoque, al fomentar la justicia, la equidad, la igualdad, la dignidad, que velan por el bienestar de los individuos.

¹⁶ Méndez Baiges, Víctor y Silveira Gorski, Héctor, *Bioética y derecho*, 2a. ed., España, 2007, p. 53.

¹⁷ Cortina, Adela, *Ética*, 2a. ed., España, 1998, p. 165.

El humanismo médico se ha entendido y expresado fundamentalmente en la relación de un médico con su paciente. Ahí es donde se concentran y decantan las interacciones sutiles, que dan la oportunidad al médico de ayudar, en forma amplia y efectiva, al ser humano que confía en él para el alivio o curación de una enfermedad. Hasta el momento, sabemos que el profesional de la medicina que ejerce su saber en forma ética lo hace siempre respetando la intimidad, la individualidad y la confianza, sin abusar, sin engañar, con respeto a la vida, a la verdad y a los valores trascendentales del hombre. Manejando los conceptos de hacer el bien, de bondad y comprensión, de protección y ternura, quien sabe curar, despierta confianza, esperanza y fe.

El humanismo médico está inmerso en un conjunto de valores y percepciones relativos a los bienes humanos; cuenta con principios y normas que constituyen la ética médica o la bioética, como se le ha denominado recientemente.

Si la capacitación se realiza en un equipo interdisciplinario, se reconoce la labor de todos los implicados, se tiene la oportunidad de reconocer las limitaciones y por consiguiente, aprender de los demás para obtener un beneficio común.

4. *Valores, creencias y cultura*

La importancia de la ética dentro del ámbito sanitario radica fundamentalmente en su objeto de estudio: la moral. Desde tiempos inmemoriales el hombre se ha agrupado en sociedad, situación que lo obligó a establecer normas de convivencia social; así lo plantea Adela Cortina refiriéndose a la ética como “todo aquello que se refiere al modo de ser o carácter de poner en práctica costumbres o hábitos considerados como buenos”.¹⁸

Freud, en su libro *El malestar en la cultura* dice que “la sociedad ha tenido que imponerse sin reglas destinadas a someter las corrientes de exceso emocional que surgen libremente en su interior”.¹⁹ Se tuvieron que poner normas y/o reglas a la sociedad para controlar los impulsos emocionales (por ejemplo: los diez mandamientos, el Código de Hammurabi, los edictos del emperador Ashoka).

Al pertenecer a un grupo social se aceptan creencias y valores. Las creencias son ideas que las personas tienen acerca de qué es verdadero o falso. Muchas creencias están organizadas bajo forma de complejos códigos o estructuras que inciden en las actividades cotidianas.

¹⁸ Cortina, Adela, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹ Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura*, 10a. ed., España, 1999, p. 33.

Es necesario que exista relación entre lo conveniente tanto para el paciente y el conocimiento del especialista médico, que debe contar con la experiencia para garantizar la calidad en el servicio que se otorga. Para ello es necesario la voluntad (querer hacer) de desarrollar políticas públicas y la ejecución de las mismas (deber hacer).

El Observatorio Mundial de Ética de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO),²⁰ ofrece un foro intelectual de ámbito reflexivo pluridisciplinario, pluralista y multicultural en materia de bioética, donde se propicia la reflexión acerca de las cuestiones éticas y jurídicas que plantea la investigación sobre las ciencias de la vida y sus aplicaciones.

El estudio de la ética es de gran relevancia, pues se encuentra inmersa en las relaciones sociales cotidianas, de las cuales se derivan diversos problemas, ya sea en la labor escolar o profesional. Si un médico trata de hacer el bien y las consecuencias de sus actos resultan negativas para aquel paciente al cual se proponía favorecer, ya que le causa más daño que beneficio, ¿debemos considerar que ha obrado correctamente, desde el punto de vista moral?

Éste es un planteamiento que se presenta cotidianamente, y que forma parte del objeto de estudio de la ética, cuya solución no sólo ha de afectar al sujeto que los plantea, sino también al otro individuo o individuos sobre los cuales recaerán las consecuencias de su decisión y su acción. El ser humano se ve en la necesidad de ajustar su conducta a ciertos valores y normas que se consideran dignos de ser cumplidos.

Una persona comprende varias dimensiones: biológica, psicológica, social, legal, cultural y espiritual, las cuales se complementan, y es lo que nos hace ser únicos e irrepetibles.

El 19 de octubre de 2005, en París, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) adoptó en su Conferencia General esta Declaración, tomando en cuenta tres dimensiones: social, jurídica y ambiental, donde se considera la elaboración de nuevos enfoques de responsabilidad social, con el objetivo de garantizar que el progreso de la ciencia y la tecnología contribuye a la justicia, a la equidad y sirve al interés de la humanidad.

Muchas teorías en el campo de la ética han intentado llegar a una definición acerca de lo bueno o lo malo, pensando que si se logran identificar estas cuestiones se logrará determinar lo que se debe hacer en determinada

²⁰ Disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/resources/databases/global-ethics-observatory/>, consulta realizada el 23 de mayo de 2017.

situación, y, por lo mismo, la definición acerca de lo bueno varía de una teoría a otra, ya que para algunos lo bueno es la felicidad, mientras que para otros lo será el poder o el placer. Junto a este problema del acto moral se presentan el de la responsabilidad y el de la libertad de la voluntad; es decir, el determinismo al que se hallan sujetos los actos, y dentro de los cuales se busca encontrar siempre el fundamento o naturaleza del acto realizado.

Las éticas deontológicas son “las que marcan el ámbito del deber antes del bien”;²¹ es decir, se realizan las acciones con base en la responsabilidad social.

Existe un binomio libertad-responsabilidad, donde cada persona asume las consecuencias de sus acciones para deslindar a terceros, y se tienen reglas individuales.

El médico tiene la obligación de informar al paciente sobre los riesgos que puede tener la intervención quirúrgica, y el paciente, la responsabilidad de asumir las consecuencias que puede tener si se realiza o no dicha intervención. Es deber del médico respetar la elección del paciente, pues este último es responsable de decidir sobre su propia vida.

Cuando el paciente se siente vulnerado en sus derechos, considera que el médico ha faltado a sus responsabilidades y le ha provocado un daño físico o moral, puede acudir a las instancias legales para reclamar justicia.

IV. BINOMIO BIODERECHO-BIOÉTICA

“El derecho es un sistema de regulaciones que tiene sentido, si sus interlocutores son seres capaces de comprender las normas y sus consecuencias”.²² El juicio ordinario civil es la vía idónea por la cual los usuarios de los servicios de la salud afectados por un acto médico negligente pueden actuar a efecto de obtener la reparación de los daños morales o materiales, ya sea en su persona o en sus bienes, como una acción independiente a la penal e incluso de manera paralela. A toda acción existe una reacción. Como seres humanos, se debe (por principios y valores) y se tienen (por obligación con terceras personas) que asumir responsabilidades. Asumir las consecuencias y aceptar errores, es la base de ser reconocidos como seres humanos. El médico tiene la obligación de informar al paciente sobre los riesgos que puede tener la intervención quirúrgica, y el paciente, la responsabilidad de asumir las consecuencias que puede tener si se realiza o no dicha intervención. Es deber del médico respetar la elección del paciente, pues este último es responsable de

²¹ Cortina, Adela, *op. cit.*, p. 115.

²² Cortina, Adela, *Neuroética y neuropolítica*, 2a. ed., España, 2011, p. 204.

decidir sobre su propia vida. “Para entender y vivir la justicia, se tiene que modificar la forma de valorar y entender la realidad ..., se propone que todo individuo sea responsable”.²³

Antes de una intervención quirúrgica, si el paciente se encuentra en pleno uso de sus facultades, debe firmar un consentimiento escrito, donde se exponen los riesgos que conlleva la operación. Si el paciente no se encuentra en condiciones para asumir ese consentimiento, se le solicita la autorización a un familiar directo. Así lo establece el artículo 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.²⁴

Importancia de la toma de decisiones

Toda intervención médica (preventiva, diagnóstica y terapéutica) sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona. Dicho consentimiento debe ser consciente tomando en cuenta y asumiendo las consecuencias de la persona interesada por medio de información adecuada y facilitar la forma comprensible, incluyendo expresiones médicas, de manera que cualquier persona lo pueda entender. También se deben incluir las modalidades para la revocación del consentimiento.

Hay ocasiones en las que se tienen que tomar decisiones apresuradas por la gravedad del paciente, ya que el tiempo es un elemento valioso para realizar la operación; sin embargo, lamentablemente, se olvidan de protocolos, y es entonces cuando se cometen errores, que ponen en peligro la vida del paciente.

En una intervención quirúrgica, el médico realiza un procedimiento para cuidar al paciente y/o subsanar sus problemas de salud; en este proceso de atención, se debe centrar en el paciente y otorgar respuestas efectivas a las necesidades y valores, ya que existen repercusiones y/o consecuencias psicológicas, físicas, cambio de la perspectiva de la vida del paciente y su familia. Pero si se presenta una negligencia médica, se asumen responsabilidades y se acepta la falta, se condena.

Para que proceda la acción civil se requiere que existan todos los elementos señalados en el punto anterior; es decir, la existencia de un acto, jurídico que en el caso de la relación médico-paciente se da como un contrato de prestación de servicios regulado por el derecho civil, que en el ámbito sanitario es de carácter extracontractual; es decir, no requiere de una

²³ Guerra González, Rosario (coord.), *Debates éticos con metodología transdisciplinaria. Una visión transdisciplinaria de la justicia desde el pensamiento de Michael Walzer*, España, 2014, p. 117.

²⁴ Disponible en: <http://www.portal.unesco.org>, última fecha de consulta: 1 de agosto de 2016.

forma escrita, toda vez que para su perfeccionamiento sólo es necesario el consentimiento, y desde ese momento obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a asumir las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, que ya hemos señalado en el apartado anterior.

V. CASO CLÍNICO

Existe el caso de una mujer de 38 años que en 2002 acudió como derechohabiente a la clínica del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) por dolor abdominal bajo la ingle y pierna izquierda. Ella recibió el tratamiento por el IMSS sin mejoría en su salud, por lo cual tomó la decisión, en 2005, de acudir con un médico particular, y fue diagnosticada con problema en los ovarios. En ese año ingresó a un hospital del mismo instituto y se le ratificó el diagnóstico. Al día siguiente se le practicó una cirugía, y durante la misma le lesionaron el colon, por lo cual se solicitó el apoyo de otro doctor, que solventó la lesión ocasionada conectando el colon al abdomen de la paciente.

A menos de cuarenta días se le practicó otra cirugía con el fin de restablecer el tránsito intestinal; en esta ocasión la cirugía hizo una perforación de doce centímetros del colon hacia la vagina, que rompió la vejiga, por lo cual la paciente tuvo que evacuar por vía vaginal. Diecisiete días después, el mismo doctor la intervino de nueva cuenta, debido a las complicaciones de salud por mala cirugía practicada, ocasionando esta última, diversos padecimientos en los intestinos y desnutrición, entre otras.

Siete días después, la paciente fue trasladada a un hospital de primer nivel, con pronóstico grave, y fue ingresada al área de terapia intensiva. Fue atendida por médicos y psiquiatras en clínicas dependientes del IMSS para ser tratada de los múltiples malestares ocasionados por las malas cirugías practicadas. El IMSS declaró la invalidez permanente de la paciente debido a los padecimientos de salud que ocasionaron las cirugías practicadas.

VI. BREVE ANÁLISIS DEL CASO

“La parte de la bioética y derecho es la que se ocupa del entrelazamiento de los aspectos éticos y jurídicos que tienen lugar respecto a las actividades biomédicas”.²⁵ Éste es un tema con gran auge en nuestro país, pues se considera un replanteamiento para la visión de las ciencias de la salud.

²⁵ Casado, María, *Bioética, derecho y sociedad*, 3a. ed., España, 1998, p. 18.

Existió infracción al deber profesional (negligencia, falta de pericia y cuidado por parte de los médicos). No se tomaron en cuenta los antecedentes de la paciente, y el daño ocasionado es la imposibilidad de realizar por sí sola las actividades cotidianas, incluso las más básicas, y que tenga que valerse de otra persona que la auxilie (transgresión de las normas establecidas en la Ley General de Salud), violando con ello el derecho inalienable con que cuenta toda persona, como lo es el derecho a la salud.

Existe un seguro de responsabilidad civil profesional por parte de los médicos demandados; esto es con la finalidad de no afectar de manera desmedida el patrimonio y el presupuesto asignado al Instituto Mexicano del Seguro Social, y con ello, el ámbito de sus funciones constitucionalmente determinadas, cuyo objetivo primordial es la asistencia a la salud pública, que es de interés social.

Efectivamente, existen garantías de “no repetición” de la violación al derecho a la salud y del pago efectivo del daño moral por mala praxis médica basándonos en el artículo 1o. de la Constitución federal, tercer párrafo, que dice: “existe la obligación del Estado mexicano de reparar las violaciones a los derechos humanos cometidas en contra de las personas dentro del territorio mexicano por cualquier autoridad en el ámbito de su competencia”.²⁶

Así pues, el Estado se encuentra obligado a reparar adecuadamente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos indemnizando, así como a los pacientes por la reparación del daño moral, cuantificado de manera equivalente a los daños graves e irreversibles sufridos en la salud física y mental de pacientes, a partir de la fecha de la primera cirugía (2005) hasta la fecha de sentencia (2012) por la suma que ha erogado y dejado de percibir la paciente.

Efectivamente, el sistema judicial sentencia a favor de la paciente. Así, de esa fecha en adelante, ella dependerá económicamente del Estado. Se da por hecho que no hay dinero suficiente que pague el daño moral; también pierde su derecho al trabajo remunerado. Una mujer de 48 años de edad que por negligencia médica y una serie de errores tuvo cita en quirófano tres veces en un lapso de cinco meses.

En septiembre de 2005 empieza su agonía, desde su primera cirugía, pues tienen que pasar siete años para que se le dicte sentencia. ¿Bajo qué condiciones asistió esta mujer a cada una de las audiencias, durante tanto tiempo? Es curioso que el sistema judicial lleve a cabo este tipo de juicios

²⁶ Disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/5.htm?5> última consulta: 3 de agosto de 2016.

de negligencia médica por no hacer bien en tiempo y forma una intervención quirúrgica, y la afectada tiene que pasar por otro proceso (demanda) de otros cinco años. ¿Qué tan eficientes son las respuestas del gobierno? ¿Se están respetando los derechos cuando se cumplen con obligaciones ciudadanas?

Lamentablemente, este tipo de demandas seguirán apareciendo. Cierto que no son robots los que están dentro del quirófano, ya que existen aparatos que facilitan a los médicos realizar las intervenciones, pero siempre hay alguien detrás de ellos, pues como personas somos susceptibles de cometer errores, pero no los mismos, pues si es así en el caso de profesionales de la salud, dudaría de su capacidad profesional, y se debería someter a una evaluación.

Las evaluaciones tienen como finalidad reconocer a las personas al realizar un examen en donde se reflejan las debilidades, y se puede y debe pedir ayuda para ser mejores personas en el área laboral.

¿Qué transformaciones y/o modificaciones se deberían replantear en los ámbitos político, económico e institucional para generar mayor calidad de atención de los profesionales de la salud y los pacientes? Se deben generar espacios de conocimiento, de discusión, reflexión, opinión, comunicación y organización de todos los involucrados en el área de salud. Es oportuno replantear a la sociedad desde su propia realidad, considerar el respeto al tiempo de los demás, aceptar el compromiso en todas las áreas laborales, avanzar y transformar para dar paso a las nuevas generaciones y no estar repitiendo los mismos errores. Es tiempo de renovar, ¿qué están esperando?

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 8/2014: POR LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE CONVIVIENTES Y SUS HIJOS EN CAMPECHE

Enrique RODRÍGUEZ TRUJANO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Moral positiva y moral crítica*. III. *Cronología de la AI 8/2014*. IV. *Estructura de la sentencia AI 8/2014*. V. *Cuadro de posiciones*. VI. *Argumentos de la sentencia AI 8/2014*. VII. *Conclusiones y perspectivas*.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo se ofrece un análisis de la sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), del 11 de agosto de 2015, que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 (en adelante AI 8/2014), que fue promovida por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche (en adelante CDHEC) en contra de la aprobación, promulgación y publicación del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche (en adelante LRSSCEC), expedida por el gobierno del estado de Campeche mediante el decreto 113.

El artículo impugnado establecía que las personas que constituyeran una sociedad civil de convivencia no podrían realizar adopciones, de manera individual o conjunta, bajo ninguna circunstancia. Además de ello, también se prohibió a los convivientes, compartir o encomendar la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores de alguno de ellos con sus respectivas parejas de convivencia. Presumiblemente, argumentó la CDHEC, estas disposiciones estarían violando diversas normas y principios constitucionales e internacionales de derechos humanos, como el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la organización y desarrollo familiar, así como el interés superior del menor.

Para el análisis de la sentencia AI 8/2014 procederemos de la siguiente manera: en la sección II presentaremos una distinción entre una moral positiva y una moral crítica, con el objetivo de diferenciar dos modos de razonamiento que podrían emplear los jueces para resolver casos moralmente controvertibles; en la sección III ofreceremos una breve cronología de la AI 8/2014; en la sección IV resumiremos la estructura de la sentencia de la SCJN; en la sección V explicaremos las posturas que defendieron las partes involucradas en el procedimiento mediante un cuadro de posiciones; en la sección VI nos concentraremos en los argumentos desarrollados por la SCJN en la sentencia AI 8/2014, y finalmente, en la sección VII expondremos las conclusiones y perspectivas de este análisis.

II. MORAL POSITIVA Y MORAL CRÍTICA

Han pasado más de cincuenta años desde que el juez Lord Patrick Devlin publicara en Inglaterra *The Enforcement of Morals*,¹ polémica conferencia en la cual argumentó que una de las funciones primordiales del derecho penal es hacer valer la moral pública, lo que exige castigar aquellas conductas que atentan contra ella, como ocurre con la homosexualidad y la prostitución. Esta tesis fue presentada por Devlin como una réplica a la propuesta de reforma legislativa defendida por el llamado Reporte Wolfenden,² un documento interdisciplinario, elaborado bajo la dirección de sir John Wolfenden a solicitud del Parlamento británico, en el cual se recomendaba la despenalización de conductas homosexuales cuando éstas se realizaran en privado y de manera consensuada entre personas adultas.

En los años siguientes, estas publicaciones alimentaron un intenso debate acerca de la naturaleza del derecho y su particular relación con la moral. En especial, el célebre jurista Herbert Hart, profesor de filosofía jurídica en la Universidad de Oxford, participó en este debate cuestionando la tesis de que el derecho penal pudiera entenderse sin más como un instrumento para hacer valer la moral. De acuerdo con Hart, Devlin se equivocó, al ignorar la diferencia entre una moral positiva y una moral crítica.³ La moral

¹ Publicada originalmente en *Proceedings of the British Academy*, vol. XLV, 1959; años después sería reimpresa junto con otras seis conferencias en Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

² *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*, The British Government, Command Paper, núm. 247, 1957.

³ Hart, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 20, y Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, especialmente el capítulo IX.

positiva o “convencional” es aquella moral social vigente en una comunidad determinada, que se compone por un conjunto de reglas de comportamiento, valores, creencias, costumbres y tradiciones socialmente aceptadas y compartidas. En cambio, la moral crítica o “ilustrada” se instaure a partir de ciertos estándares o principios de moralidad que trascienden la moral positiva de una sociedad y que son empleados para cuestionar las prácticas e instituciones sociales aceptadas en el presente. Así, según Hart, Devlin no consideró que una moral pública puede estar dirigida por prejuicios o por la ciega repetición de conductas irracionales, y tampoco contempló la posibilidad de que el derecho puede promover cambios en la moral positiva de la gente a partir de ideas impulsadas por una moral superior.

Con base en esta distinción hartiana entre moral positiva y moral crítica, ciertamente, se podrían adoptar distintas posiciones frente a diversos temas controvertibles, como la homosexualidad, la adopción homoparental, el aborto, la eutanasia, el suicidio asistido, la maternidad subrogada, el consumo de marihuana, la tauromaquia, entre muchos otros. Si tomáramos como punto de partida la moral convencional para juzgar la moralidad de alguno de estos temas, probablemente asumiríamos una posición conservadora; pero si partimos de una moral crítica, las cosas pueden ser diferentes. Esto se debe a que la moral crítica exige desarrollar un examen racional y consciente sobre las prácticas e instituciones vigentes para determinar su valor moral y conveniencia social. Así, en lugar de recurrir sistemáticamente al falaz argumento de autoridad que representa la tradición o la opinión de la mayoría, para alcanzar conclusiones morales desde esta perspectiva crítica es necesario deliberar, ofrecer razones y elaborar argumentos que, naturalmente, van a estar sujetos a la confrontación y al escrutinio de la ciudadanía.

Ahora bien, es interesante llamar la atención sobre un hecho innegable: en las sociedades modernas cada vez es más contundente la exigencia a los tribunales de justificar sus decisiones a partir de razones y argumentos, y no a partir de costumbres, tradiciones y prejuicios culturales. Hoy en día, en efecto, resulta más natural afirmar que los jueces tienen obligación de razonar con base en una moral crítica, y no con una moral positiva, al resolver cuestiones difíciles. Las democracias contemporáneas han asumido —al menos formalmente— un compromiso cada vez más decidido de observar, proteger y promover los derechos humanos, que no son sino un conjunto de principios morales que tienen su origen en una moral ilustrada. De tal modo que, al examinar los argumentos desarrollados en la sentencia de una acción de inconstitucionalidad, como la que se analizará a continuación,

habrá que tener en cuenta que el razonamiento judicial se inscribe en la lógica de una moral crítica.

III. CRONOLOGÍA DE LA AI 8/2014

Durante abril de 2013, el diputado José Ismael Enrique Canul Canul, del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, presentó ante el congreso de Campeche una iniciativa para la creación de la “Ley de Sociedad de Convivencia”, con el objetivo de “abrir espacios sociales para la expresión del amplio espectro de la diversidad social”,⁴ mediante la institución de una figura legal alternativa al matrimonio y al concubinato, que permita a las parejas del mismo o diferente sexo, formalizar una comunidad de vida y regular sus relaciones civiles, familiares y patrimoniales. Esta iniciativa representaba apenas un pequeño paso hacia el reconocimiento de otras formas de convivencia, puesto que la legislación civil de Campeche prácticamente sólo contemplaba al matrimonio como la única vía para constituir una familia de pleno derecho.⁵

El proyecto legislativo, sin embargo, sufrió varios cambios mientras se discutía en las comisiones de puntos constitucionales y de control interno de convencionalidad, de derechos humanos y de atención a grupos vulnerables. Entre las modificaciones más importantes a la iniciativa —que impulsó la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional— estuvo el cambiar la naturaleza jurídica de la sociedad de convivencia, entendiéndola más como un contrato de regulación patrimonial que como un contrato de regulación familiar. De hecho, bajo ese supuesto se dispuso que el contrato de constitución debía inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, y no en el registro civil.

Otra alteración importante al proyecto original fue la introducción del artículo 19, que estableció una prohibición absoluta a los convivientes, de realizar adopciones, y aún más, una prohibición de compartir la patria potestad o encomendar la guarda y custodia de los hijos biológicos de uno de

⁴ Congreso del Estado de Campeche, Exposición de motivos, Iniciativa de diputados del grupo parlamentario PRD, Ciudad de San Francisco de Campeche, 6 de diciembre de 2012.

⁵ Cabe decir que esta situación ha cambiado tras las últimas reformas a los códigos Civil y Penal aprobadas recientemente por el Congreso del Estado de Campeche, en las que se reconoce el matrimonio igualitario y se prohíbe la unión de menores de edad legal. *Cfr.* Congreso del Estado de Campeche, XII Sesión, segundo periodo ordinario, Ciudad de San Francisco de Campeche, 9 de mayo de 2016.

los convivientes con el otro. Además, por último, el nombre de la iniciativa también se cambió para quedar finalmente como “Ley Regulatoria de Sociedades Cíviles de Convivencia del Estado de Campeche” (LRSCCEC).

Así, después de ser discutida y modificada en comisiones, finalmente el 20 de diciembre de 2013, la LXI Legislatura del Estado de Campeche aprobó por unanimidad la LRSCCEC. Unos días después, el 27 de diciembre, el gobernador del estado de Campeche, por conducto del secretario de gobierno, expidió el decreto 113, mediante el cual se publicó oficialmente la ley, que entraría en vigor el 1 de julio de 2014.

No obstante, el 30 de enero de 2014, Ana Patricia Lara Guerrero, presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche, promovió una acción de inconstitucionalidad contra la aprobación, promulgación y publicación del artículo 19 de la LRSCCEC, argumentando que tal norma jurídica, sin tener una justificación clara, excluía a los convivientes del derecho a adoptar y de compartir la guarda y custodia de los hijos menores, lo que constituye una violación a los principios de igualdad y no discriminación, así como al derecho a la organización y desarrollo de la familia.

Mediante acuerdo del 31 de enero de 2014, el ministro Luis María Aguilar Morales, presidente de la SCJN, ordenó registrar el expediente de la acción de inconstitucionalidad con el número 8/2014, y por razón de turno se designó a la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos como instructora. El 26 de marzo de 2015, se cerró la etapa de instrucción y se envió el expediente a la ministra Luna Ramos para la elaboración del proyecto de resolución. Las sesiones para la discusión del proyecto de sentencia y su votación fueron programadas entre el 6 y el 11 de agosto de 2015. Sin embargo, debido a una visita oficial de la ministra Luna Ramos, se encargó la ponencia del proyecto al ministro José Ramón Cossío Díaz, quien, al no compartir la opinión de la mayoría en cuanto a uno de los argumentos, fue sustituido por el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Finalmente, la sentencia de la AI 8/2014 se resolvió el 11 de agosto de 2015, la cual confirmó que la norma impugnada era inconstitucional, y declaró, por consiguiente, su invalidez.

IV. ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA AI 8/2014

La sentencia del tribunal pleno de la SCJN que resuelve la AI 8/2014 está dividida en siete apartados y consta de cuarenta y nueve páginas:

- I. Antecedentes y trámite de la demanda
- II. Competencia
- III. Oportunidad
- IV. Legitimación
- V. Causas de improcedencia y sobreseimiento
- VI. Estudio de fondo
- VII. Efectos de la sentencia

En el apartado I se señalan los antecedentes de la tramitación de la demanda, la instancia promovente (la CDHEC), los conceptos de invalidez aducidos (la violación al principio de igualdad, no discriminación, y el derecho a la organización y desarrollo de la familia), el resumen de los informes justificados presentados por las autoridades responsables de la norma impugnada (en este caso el Poder Legislativo del estado de Campeche y el gobierno del estado de Campeche), así como la opinión del procurador general de la República, el cual consideró fundada la presente acción de inconstitucionalidad.⁶

Los apartados II, III, IV y V consignan el cumplimiento de los requisitos procesales para continuar el trámite de la demanda en cuanto a la competencia de la SCJN para conocer del asunto, la oportunidad o plazo legal para interponer la acción de inconstitucionalidad, la legitimación de la instancia promovente, y que no existen causas de improcedencia y sobreseimiento que impidan continuar la sustanciación del procedimiento.⁷

El apartado VI contiene el “estudio de fondo”; esto es, los argumentos que dieron sustento al sentido de la resolución de la SCJN, los cuales se desarrollaron, como se verá más adelante, a partir de dos enfoques: el del interés superior del menor y el de la no discriminación.⁸ De igual modo, el tribunal pleno de la SCJN estableció algunas precisiones preliminares en cuanto al estado civil de los convivientes y al concepto amplio de familia protegido constitucionalmente.

Finalmente, el apartado VII contiene la declaratoria de invalidez del artículo impugnado, los puntos resolutive del dictamen y el cómputo de las votaciones de los ministros. Cabe añadir, además, que el engrose de la sentencia AI 8/2014 incluye dos votos particulares, uno concurrente y otro disidente, de los ministros José Ramón Cossío Díaz y Jorge Eduardo Medina Mora Icaza, respectivamente. Sin embargo, estos no serán analizados en el presente artículo.

⁶ Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, paras. 1-12.

⁷ *Ibidem*, paras. 13-22.

⁸ *Ibidem*, paras. 23-96.

V. CUADRO DE POSICIONES

Las posiciones involucradas en la discusión de la AI 8/2014 pueden dividirse, por un lado, entre quienes pugnaron por la constitucionalidad del artículo 19 de la LRSSCEC (en este caso las autoridades responsables de la aprobación, promulgación y publicación de la norma, el Poder Legislativo del estado de Campeche y el gobierno del estado de Campeche); y, por otro lado, quienes reclamaron la inconstitucionalidad del artículo 19, de la LRSCCEC (esto es, la Comisión de Derechos Humanos del estado de Campeche y, eventualmente, el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

A continuación presentaré una pequeña descripción de las posiciones y argumentos defendidos por cada uno de los órganos involucrados en la AI 8/2014, para posteriormente concentrarme en el análisis de los razonamientos que contiene el proyecto de resolución votado por los ministros en el tribunal pleno de la SCJN (*infra* sección 6). Comenzaré por el argumento planteado por la CDHEC que dio origen a la AI 8/2014; continuaré con los posicionamientos tanto del gobierno del estado como del Congreso de Campeche, responsables de la aprobación, promulgación y publicación del artículo 19 de la LRSCCEC; y finalmente esbozaré los argumentos que fueron desarrollados en la sentencia aprobados por la SCJN. Cabe añadir que la posición del procurador general de la República se omite en este análisis, ya que su intervención se limitó a expresar una opinión en la etapa instructora respaldando la tramitación del procedimiento, pero no participó en el debate con mayores argumentos.

1. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche

La Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche, por conducto de su presidenta, es el organismo que promovió una acción de inconstitucionalidad contra la aprobación, promulgación y publicación del artículo 19 de la LRSCCEC, arguyendo una transgresión a los principios de igualdad y no discriminación (contenidos en los artículos 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los similares 1o. y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos), así como al derecho a la protección, organización y desarrollo de la familia (contenido en los artículos 4o. de la Constitución mexicana y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos).⁹

⁹ *Ibidem*, para. 3.

En efecto, el artículo 19 de la LRSCCEC establecía que “Los convivientes (*sic*) no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guardia (*sic*) y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición”.

De aquí se desprenden al menos dos restricciones importantes:

- I. La prohibición hacia los convivientes de solicitar la adopción legal de menores.
- II. La prohibición hacia los convivientes de compartir la patria potestad, guarda y custodia de sus hijos menores con sus parejas de convivencia.

Esto constituye claramente una diferencia de trato hacia las personas unidas en sociedad civil de convivencia con respecto a las que se han unido en matrimonio o concubinato, pues les impide adoptar y compartir la tutela de sus hijos menores por el mero hecho de ser convivientes. La CD-HEC consideró que la sola condición de conviviente es una “categoría sospechosa” para negar el derecho a adoptar o a compartir la patria potestad o guarda y custodia de sus hijos menores. El hecho de formar parte de una sociedad de convivencia no parece ser, en principio, una razón suficiente para impedir a las parejas de convivientes que tengan acceso a la adopción o puedan compartir o encomendar la patria potestad, guarda y custodia de sus hijos menores. Así, la presunta inconstitucionalidad del artículo 19 de la LRSCCEC se funda básicamente un argumento de discriminación.

2. Gobierno del estado de Campeche

El gobierno del estado de Campeche, a través de su Consejería Jurídica, defendió la constitucionalidad del artículo 19 de la LRSCCEC argumentando que no se actualizan las supuestas violaciones a los principios de no discriminación, ni del derecho a la protección, organización y desarrollo de la familia. En primer lugar, porque la finalidad del contrato de una sociedad civil de convivencia es “la voluntad de permanencia y la ayuda mutua para organizar su vida en común” (artículo 2, LRSCCEC), lo que no implica —presumiblemente— una modificación al estado civil de los convivientes.

En segundo lugar, porque el legislador decidió reservar la adopción para las parejas unidas en matrimonio o concubinato, buscando así privilegiar el principio del interés superior del menor. En tercer lugar, porque el

legislador ha reservado a los ascendientes el derecho a compartir la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos menores, por lo que “la pareja de hecho, el cónyuge en segundas nupcias, los convivientes y cualquier persona que tenga vida en común con el padre o la madre” biológicos del menor han sido excluidos de esa responsabilidad.¹⁰

3. *Poder Legislativo del estado de Campeche*

El Congreso del estado de Campeche, a través de su secretario general, también defendió la constitucionalidad de la norma impugnada. Argumentó que el trato diferenciado hacia los convivientes, que la LRSCCEC prevé en su artículo 19, tiene una justificación legal, en la medida en que tal disposición busca tutelar los derechos de la niñez, un grupo en latente situación de vulnerabilidad.

Además, al igual que la Consejería Jurídica del gobierno de Campeche, reiteró que la finalidad de las sociedades civiles de convivencia es ofrecer a las personas una figura legal para prestarse “ayuda mutua” y hacer frente a la “amarga y cruel soledad”, pero no modificar el estado civil de las personas. Ello explica por qué las sociedades civiles de convivencia —concluyó el alegato— son “un mecanismo de fácil disolución”.¹¹

4. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*

En cuanto a la posición que adoptó la SCJN en la AI 8/2014, los argumentos centrales desarrollados en su sentencia se pueden sintetizar en cuatro puntos. Primero, que el contrato de una sociedad civil de convivencia sí modifica el estado civil de las personas. Segundo, que existe un concepto amplio de familia protegido por la Constitución federal, que ha sido refrendado en decisiones de la misma SCJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tercero, que el artículo 19 de la LRSCCEC es inconstitucional bajo el principio del interés superior del menor. Cuarto, que el artículo 19 de la LRSCCEC es inconstitucional bajo el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. Estos cuatro puntos serán analizados con mayor detalle en la siguiente sección.

El siguiente cuadro resume las posiciones enfrentadas en el debate suscitado a propósito de la AI 8/2014.

¹⁰ *Ibidem*, paras. 9, incisos *d* y *e*.

¹¹ *Ibidem*, paras. 10, incisos *c* y *d*.

Posición	Constitucionalidad del Artículo 19, LRSCCEC		Inconstitucionalidad del Artículo 19, LRSCCEC	
	Gobierno de Campeche	Congreso de Campeche	Comisión de DH de Campeche	Tribunal pleno de la SCJN
Argumentos	El contrato de una sociedad civil de convivencia no modifica el estado civil de los convivientes.	El contrato de una sociedad civil de convivencia no modifica el estado civil de los convivientes.	Existe una discriminación injustificada hacia los convivientes (de adoptar y compartir la tutela), que vulnera el derecho a la organización familiar.	El contrato de una sociedad civil de convivencia sí modifica el estado civil de los convivientes.
	La adopción sólo está prevista para cónyuges y concubinos, debido al principio del “interés superior del menor”.	Las sociedades civiles de convivencia persiguen fines distintos al matrimonio y concubinato. No se pueden equiparar.		Existe un concepto <i>amplio</i> de familia protegido constitucionalmente.

<i>Posición</i>	<i>Constitucionalidad del Artículo 19, LRSCCEC</i>		<i>Inconstitucionalidad del Artículo 19, LRSCCEC</i>	
	La patria potestad de menores sólo puede compartirse con los ascendientes, por lo que la distinción de trato tiene una justificación legal.	La diferencia de trato hacia los convivientes se justifica, con base en el “interés superior del menor”.		El enfoque del interés superior del menor.
				El enfoque del principio de igualdad y no discriminación.

VI. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA AI 8/2014

Como se adelantó en la sección anterior, la SCJN resolvió la AI 8/2014 apoyándose en cuatro razonamientos centrales, los cuales versaron sobre el estado civil de las personas que celebran un contrato de sociedad civil de convivencia (1o.); un concepto amplio de familia protegido constitucionalmente (2o.); el principio de interés superior del menor (3o.), y el principio de igualdad y no discriminación (4o.). A continuación analizaré cada uno de estos razonamientos.

1. *Estado civil*

Uno de los argumentos esgrimidos por la Consejería Jurídica del gobierno de Campeche —pero también por el Congreso del estado de Campeche— para defender la constitucionalidad del artículo 19 de la LRSCCEC consistió, como hemos visto, en afirmar que el contrato de una sociedad civil de convivencia, tal como está previsto en ese ordenamiento, “no modifica el estado civil de las personas” que lo celebran. Es decir, que las per-

sonas que constituyen una sociedad civil de convivencia seguirán teniendo legalmente el mismo estado civil (soltero(a) o casado(a)) que tenían antes de formar parte de ella.

Así, continúa el argumento, puesto que la finalidad de la sociedad civil de convivencia es “organizar la vida en común”, pero no “modificar el estado civil”, el legislador decidió que este contrato se inscribiera en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Estado de Campeche¹² y no en el registro civil, dejando así intacto el estatus civil de los convivientes. En consecuencia —concluye el argumento—, es comprensible que la adopción se haya dejado reservada únicamente para las parejas unidas en matrimonio o concubinato, figuras legales que sí prevén una modificación al estado civil.

A esto respondió la SCJN que aunque la sociedad civil de convivencia no pretenda explícitamente modificar el estado civil de las personas, y el contrato que la constituye se inscriba en una instancia distinta al registro civil, en los hechos esta figura sí modifica la situación civil de los convivientes, por varias razones:¹³

En primer lugar, porque la naturaleza misma de la sociedad civil de convivencia es análoga a las relaciones familiares que se constituyen mediante el concubinato o el matrimonio. Como lo señala el artículo 2 de la LRSCCEC:

La sociedad civil de convivencia es un contrato que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un domicilio común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, para organizar su vida en común. Los convivientes (sic) que la constituyan tendrán el carácter de compañeros civiles.

De allí que la sociedad civil de convivencia sea un contrato civil equiparable al matrimonio y al concubinato, tanto por la finalidad que persigue (la unión de dos personas, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, con el fin de establecer un domicilio y una vida en común) como por los efectos que legalmente se producen al constituirla (la generación de derechos y obligaciones alimentarias, familiares, sucesorios, patrimoniales).

En segundo lugar, porque sí hay un efecto en el estado civil muy concreto. El precitado artículo 2 de la LRSCCEC, en su parte final, señala expre-

¹² Artículo 6, LRSCCEC, que establece: “La sociedad civil de convivencia deberá hacerse constar ante notario en escritura pública, misma que será registrada en la Dirección General del Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Estado de Campeche, o en su caso, en las oficinas registrales que correspondan al domicilio donde establezca el domicilio común, instancia que actuará como autoridad registradora”.

¹³ Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, paras. 26-29.

samente que la sociedad civil de convivencia tiene el efecto de convertir a los convivientes en “compañeros civiles”, lo que debe entenderse como una categoría análoga al concubinato. Es por ello que la LRSCCEC, más adelante, en el artículo 5, prevé que esta relación de compañeros civiles entre los convivientes habrá de regirse “en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato”,¹⁴ para lo cual la legislación civil de Campeche tendrá una aplicación supletoria.¹⁵

En tercer lugar, porque el estado civil es requisito —y al mismo tiempo un impedimento— para constituir una sociedad civil de convivencia. El artículo 4 de la LRSCCEC establece que para constituir una sociedad civil de convivencia las personas no pueden encontrarse “unidas en matrimonio, concubinato [...o tener] vigente otra sociedad civil de convivencia”.¹⁶ De igual modo, el artículo 12 de la LRSCCEC estipula que se negará el registro de la sociedad si existe un impedimento relacionado con el estado civil.¹⁷ Con ello, resulta evidente que el estado civil está directamente relacionado con la posibilidad de constituir una sociedad civil de convivencia, y una vez que se adquiere el carácter de conviviente estas personas ya no son libres de unirse con otras personas, justamente porque su estado civil se ha modificado en los hechos.

Por último, una razón adicional para refutar los argumentos de la Consejería Jurídica del Gobierno de Campeche, así como del Congreso local de Campeche, es que tener un estado civil específico no es un requisito para solicitar la adopción de un menor. En efecto, de acuerdo con los artículos 406 y 407 del Código Civil del Estado de Campeche, la adopción es un procedimiento que puede ser solicitado por parejas unidas en matrimonio, por parejas unidas en concubinato, y por personas solteras. Por lo tanto, es irrelevante si la sociedad civil de convivencia cambia o no el estado civil de las personas unidas en convivencia; la afirmación de que la adopción está

¹⁴ Artículo 5, LRSCCEC: “Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad Civil de Convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes (*sic*) conforme a la legislación civil aplicable”.

¹⁵ Artículo 1, para. 2, LRSCCEC: “Para los efectos de esta Ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de Campeche”.

¹⁶ Artículo 4, LRSCCEC: “No podrán constituir sociedad civil de convivencia, las personas unidas en matrimonio, concubinato y aquellas que mantengan vigente otra sociedad civil de convivencia”.

¹⁷ Artículo 12, LRSCCEC: “En caso de que una de las partes pretenda formar una Sociedad Civil de convivencia y tenga una subsistente, se aplicará lo previsto por el artículo 4 de esta Ley, negándole el registro de la nueva hasta en tanto no dé por terminada la existente, siguiendo los trámites para tal efecto”.

reservada para parejas con una relación familiar más sólida es sencillamente falsa.¹⁸

Por tales razones, resulta equivocado considerar que la sociedad civil de convivencia es una figura “distinta” o “ajena” al estado civil de las personas y a las relaciones familiares reguladas por el derecho civil, como en su momento lo sugirieron la Consejería Jurídica del gobierno del Estado de Campeche y el Poder Legislativo de Campeche. En realidad, como lo manifestó el tribunal pleno de la SCJN,¹⁹ parece que la razón de fondo que animó la redacción del artículo 19 de la LRSCCEC fue impedir, de último momento, la posibilidad de que pudieran solicitarse adopciones homoparentales en Campeche.²⁰

2. *Concepto amplio de familia*

Un segundo razonamiento elaborado por la SCJN²¹ para esclarecer la AI 8/2014 involucra al concepto de familia protegido por el artículo 4o. de la Constitución.²² Al respecto, según los criterios establecidos en diversas resoluciones y tesis de jurisprudencia de la misma SCJN,²³ así como en varias decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²⁴ la familia debe entenderse de la manera más amplia, de tal suerte que incluya todas sus formas y manifestaciones: familias nucleares constituidas por un matrimonio o por uniones de hecho, familias consanguíneas o extendidas, fa-

¹⁸ Véase *infra* B. Requisito de idoneidad.

¹⁹ Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, paras. 79 y 80.

²⁰ Véase *infra* C. Discriminación por orientación sexual.

²¹ Sentencia de la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, para. 30.

²² Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “[La ley] protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

²³ Especialmente la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión del 16 de agosto de 2010, bajo la ponencia del ministro Sergio Valls Hernández, paras. 237, 240 y 243. Véase también la Tesis de jurisprudencia P./J. XXIII/2011, emitida por el tribunal pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo CXXXIV, agosto de 2011, de rubro: “FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES)”.

²⁴ Por ejemplo, Corte IDH, caso Fornerón e hija *vs.* Argentina, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242, para. 116; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, para. 66, y Corte IDH, caso Atala Riffó y niñas *vs.* Chile. Solicitud de interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de noviembre de 2012, serie C, núm. 254, para. 169.

milias ensambladas, familias monoparentales, familias homoparentales con (hijos biológicos o adoptivos) o sin ellos.

A diferencia de la CDHEC, que centró su argumentación sobre la discriminación injustificada que el artículo 19 de la LRSCCEC dirigió hacia los convivientes en cuanto a su derecho a conformar, desarrollar y organizar una familia, el tribunal pleno de la SCJN subrayó estratégicamente que el artículo 4o. constitucional hace referencia a un concepto de familia diverso, plural y dinámico, que responde a una realidad social cambiante.²⁵ Así, al rechazar que exista un modelo único de familia, para el tribunal pleno de la SCJN no hay duda de que las relaciones familiares establecidas entre personas unidas en sociedad civil de convivencia constituyen un tipo de familia plenamente reconocido y protegido por la Constitución.

Bajo esta premisa, en efecto, resultará más sencillo demostrar en los siguientes razonamientos que el artículo impugnado implica actos de discriminación.

3. *Principio de interés superior del menor*

Una vez expuestos los razonamientos sobre el estado civil y el concepto amplio de familia protegido constitucionalmente, la SCJN advierte que existen al menos dos enfoques para proceder al estudio del artículo impugnado, a saber: los que corresponden al interés superior del menor y al principio de igualdad y no discriminación.²⁶ En este apartado explicaré el primero de estos enfoques, donde destacaré en primer lugar la función que desempeña el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y, en segundo lugar, la relevancia del requisito de idoneidad como condición de posibilidad legal de una adopción.

A. *Interés superior de los niños, niñas y adolescentes*

Con independencia del concepto amplio de familia precisado en la subsección anterior, un argumento plausible para justificar la decisión de negar el derecho de adopción a los convivientes, así como la prohibición de compartir la patria potestad, guarda y custodia de sus hijos, es que con ello la autoridad actúa para proteger el bienestar y los legítimos intereses de los menores.

²⁵ Sentencia de la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, para. 38.

²⁶ *Ibidem*, para. 31.

Justamente, como lo ha establecido la propia SCJN,²⁷ el interés superior de los niños, niñas y adolescentes es un principio rector que exige a las autoridades, garantizar las condiciones necesarias —mediante la elaboración, aplicación e interpretación de normas jurídicas y políticas públicas— que aseguren el disfrute y goce de los derechos humanos de los menores (alimentación, vivienda, educación, salud física y emocional, sano esparcimiento y, en general, un desarrollo integral de sus personas).

Así, dado que la adopción es un procedimiento de “interés público”, las autoridades están obligadas a privilegiar los intereses del menor frente a los intereses del adoptante. Si, por ejemplo, un individuo con un perfil de inestabilidad psicológica, problemas de alcoholismo, historial de conducta violenta y sin empleo quisiera ejercer su derecho a formar una familia mediante una adopción, un juez podría negarle ese derecho, por no estar en condiciones de ofrecer objetivamente un entorno sano de desarrollo para el menor. En efecto, aunque las personas tengan, en general, el derecho humano de formar una familia, este derecho no puede hacerse valer si ello va en detrimento del niño, niña, adolescente o incapaz en espera de ser adoptado.

El principio del interés superior del menor, por lo tanto, impone sobre las autoridades el deber de verificar que la persona o familia adoptante realmente tenga aptitudes y medios para hacerse responsable del menor. Naturalmente, esto no puede saberse ni determinarse de antemano, por lo cual habrán de realizarse diversas evaluaciones para saber si la persona o familia adoptante cumple con lo que ha sido denominado como un “requisito de idoneidad”. Y aún después de cumplir con este requisito, el derecho regularmente dispone que un trabajador social deberá encargarse de acompañar la integración familiar del menor para cerciorarse de su bienestar.

Mientras no se realicen tales evaluaciones, cualquier decisión improvisada de la autoridad que niegue, anule o restrinja el legítimo derecho que tienen las personas para conformar una familia prejuzgará injustificadamente sobre la idoneidad de esas personas, y, por lo tanto, les estará dando un trato discriminatorio. De igual modo, esa misma decisión arbitraria representará una limitación para las posibilidades efectivas que tienen los menores de ser adoptados por una familia que les pueda brindar el amor y cuidado que necesitan. Evitar que los niños, niñas, adolescentes e incapa-

²⁷ Véase la Tesis de jurisprudencia 1a./J. 25/2011 (9a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo I, diciembre de 2011, p. 334, de rubro: “Interés superior del menor. Su concepto”.

ces sean adoptados por algún tipo de familia, debido al prejuicio de que los convivientes —especialmente las parejas del mismo sexo— no serán aptos para cuidarlos, constituye una afectación para ellos, pues les niega, anula o restringe el legítimo derecho que tienen a vivir y desarrollarse en una familia. Se trata, como lo puntualizó acertadamente la SCJN, de una violación por partida doble.²⁸

Por último, cabe señalar también que la SCJN, en la precitada acción de inconstitucionalidad 2/2010, estableció que es insostenible que la orientación sexual de las personas, por sí sola, sea nociva para el desarrollo personal de un menor adoptado. Lo importante para determinar si la adopción es benéfica o perjudicial para el menor es cumplir con el “requisito de idoneidad” que será descrito en la siguiente subsección.

B. *Requisito de idoneidad*

Para saber si una persona, o una pareja, es apta para adoptar a un menor, es preciso determinar su “idoneidad” como adoptante; es decir, verificar que cuenta con las condiciones materiales y humanas para brindar el afecto, cuidado y educación que requieren los menores para tener un desarrollo integral de sus personas. Para medir la idoneidad del adoptante, la legislación civil prevé una serie de estudios socioeconómicos y psicológicos que permiten establecer, con relativa certeza, que el potencial adoptante favorecerá en todo momento el interés del menor.

En el caso del Código Civil del Estado de Campeche, el artículo 406, tercer párrafo, señala que

La solicitud de adopción debe ser personal y directa y se acreditará, además:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a las subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que se trata de adoptar

II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse.

III. Que el adoptante es persona de buenas costumbres;

IV. Que no se hayan comprendidos en lo que disponen los artículo 430 [patria potestad de ascendientes] y 496 [tutela legítima de familiares].

V. Que goza de buena salud física y mental.

Y enseguida añade: “En los casos de las fracciones III y V será acreditado mediante un estudio especial realizado por el sistema para el Desarrollo

²⁸ Sentencia de la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 8/2014, para. 45.

Integral de la Familia que lo declare apto para realizar la adopción; en todos los casos será prioritario atender al interés superior del niño”.

Es por ello que la idoneidad de las personas tendrá que probarse caso por caso. No se puede asumir ciegamente que todas las parejas de diferente sexo son aptas para criar a un hijo tomado en adopción; tampoco se puede afirmar temerariamente que todas las parejas del mismo sexo son incapaces de cuidar a un menor.

Como se ha señalado, la idoneidad de los adoptantes no depende de su orientación sexual o del estado civil que tengan, sino de otras consideraciones materiales y humanas. El solo hecho de pertenecer a un tipo de familia o de estar unidos bajo una determinada figura civil no es ni puede ser el elemento clave para negar el derecho fundamental para conformar, desarrollar y organizar una familia. Por lo tanto, como sostuvo la SCJN, no hay ninguna razón para prohibir *ex ante* que los convivientes puedan adoptar. Y, por las mismas razones, tampoco se puede prohibir *ex ante* que los convivientes compartan con sus parejas las responsabilidades parentales, e incluso la patria potestad, guarda y custodia de los hijos —lo que a nuestro juicio no fue subrayado suficientemente por la SCJN— siempre y cuando esto se realice bajo los procedimientos establecidos por la legislación civil, pero sobre todo cuando favorezca el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

4. Principio de igualdad y no discriminación

El último razonamiento que ofrece la SCJN al examinar la constitucionalidad del artículo 19 de la LRSCCEC se desarrolla a partir del principio de igualdad y no discriminación, plasmado en el artículo 1o. constitucional.²⁹ Para exponer esta perspectiva de análisis, he dividido el apartado en tres subsecciones: en la primera, explicaré de qué manera un trato diferenciado, en términos generales, puede tener una “justificación robusta”; en la segunda, en cuanto a la norma impugnada en la AI 8/2014, nos concentraremos en el efecto de una discriminación genérica hacia los convivientes, y, en la tercera, se considerará si ese efecto eventualmente también involucra una discriminación específica por orientación sexual.

A. Requisito de justificación robusta

Para comenzar, es importante tener presente el hecho de que una igualdad “sin más” para todas las personas no es posible. A veces es indispensable

²⁹ *Ibidem*, para. 49-52.

ble, en efecto, tratar a los individuos de manera diferente para responder a sus necesidades especiales. Los niños, niñas, adolescentes e incapaces, por ejemplo, requieren de un cuidado y protección especiales debido a su situación de vulnerabilidad con respecto a los adultos. Ellos necesitan ser tratados de manera desigual, lo cual tiene una justificación concreta en las características especiales de las personas y las circunstancias que los rodean.

Tratar a las personas de manera diferenciada no es una acción incorrecta en sí misma, sino en la medida en que no exista una razón para justificar la diferencia de trato. En el caso de la AI 8/2014, en vista de que el artículo 19 de la LRSCCEC preveía un trato diferenciado hacia los convivientes (que consiste, como se ha repetido, en la prohibición absoluta de adoptar y de no poder compartir o encomendar la patria potestad ni la guarda y custodia de sus hijos menores), fue necesario investigar si esa limitación tenía o no una “justificación”. Pero cabe decir, además, que cuando lo que está en juego es la anulación o restricción de un derecho de rango constitucional, esa justificación tiene que ser “muy robusta”.

Así, la SCJN ha establecido una diferencia conceptual entre una “distinción” y una “discriminación”.³⁰ La primera consiste en una diferencia de trato que es razonable y objetiva; la segunda, en una diferencia de trato arbitraria que menoscaba la dignidad personal. Para saber en qué casos se trata de una y en qué casos de otra, es preciso examinar el acto de autoridad, la ley o la norma jurídica que realiza la distinción, bajo el “parámetro general del principio de igualdad y no discriminación”.³¹

El principio de igualdad y no discriminación está contenido en el artículo 1o. constitucional, párrafo quinto, el cual establece que

...

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

...

Realizar distinciones con base en alguna de estas “categorías sospechosas” (origen étnico o nacional, género, edad, etcétera) conlleva una presunción de inconstitucionalidad. Sin embargo, como ya se dijo, hay distinciones que podrían ser admisibles si superan lo que la SCJN ha denominado como

³⁰ *Ibidem*, para. 56.

³¹ *Ibidem*, paras. 54 y ss.

un “test de escrutinio estricto”, es decir, un análisis que habrá de realizar un juzgador, bajo el principio de igualdad, para garantizar que sólo serán reconocidas como constitucionales aquellas distinciones que posean una “justificación muy robusta”.³²

Ahora bien, para que una distinción basada en una “categoría sospechosa” tenga una “justificación muy robusta” se necesitan verificar las siguientes tres condiciones:

1. Que la distinción de trato busca una finalidad constitucionalmente importante.
2. Que la norma que hace la distinción está directamente conectada con tal finalidad.
3. Que la distinción sea lo menos restrictiva posible.

A partir de estas condiciones, la SCJN se propuso investigar si el artículo 19 de la LRSCCEC cumple con el parámetro descrito, en dos vertientes: una discriminación genérica hacia los convivientes (para adoptar y compartir la tutela de sus hijos menores), y una discriminación hacia parejas del mismo sexo (para adoptar y compartir la tutela de sus hijos menores).

B. *Discriminación genérica*

De acuerdo con el artículo 1o. constitucional, el estado civil es una razón sobre la cual está prohibido realizar actos de discriminación que anulen o menoscaben los derechos y libertades de las personas. El estado civil queda considerado así, en principio, como una “categoría sospechosa”, que solamente podría dar lugar a una distinción (no “discriminación”) admisible si existe una “justificación muy robusta” para hacerlo.

El artículo 19 de la LRSCCEC prohibió a las personas unidas en una sociedad civil de convivencia que puedan solicitar, de manera individual o en conjunto, la adopción de menores, por una parte; y también imposibilitó que los convivientes puedan compartir legalmente la patria potestad o encomendar la guarda y custodia de los hijos menores de uno de ellos con el otro. Claramente el estado civil de los convivientes es el motivo por el cual el artículo 19 de la LRSCCEC anula el derecho a adoptar y restringe los

³² Tesis 1a. XCIX/2013 (10a.), emitida por la Primera Sala, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, abril de 2013, página 961, con el rubro: “IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO”.

derechos parentales de los convivientes. ¿Pero cuál es la justificación para hacerlo?

Como se explicó anteriormente, a pesar de que no existe el estado civil de “conviviente”, la propia LRSCCEC prevé que las sociedades civiles de convivencia asumirán, en lo que fuere aplicable, una regulación análoga al concubinato. Además, también declara que las personas que celebren este contrato tendrán el carácter de “compañeros civiles”. Si bien hay diferencias legales entre los regímenes que regulan el matrimonio, las uniones de hecho y las sociedades civiles de convivencia, estas diferencias son sólo formales, y ninguna de ellas es lo suficientemente significativa como para tratar las figuras de manera desigual, especialmente por lo que respecta a su protección constitucional como formas legítimas de constituir una familia.

Cuando el artículo 19 de la LRSCCEC excluye a los convivientes de su derecho a adoptar y de poder compartir la patria potestad o la guarda y custodia de los hijos menores, introduce una diferencia de trato hacia estas personas con respecto a los solteros, esposos y concubinos. Mientras las personas solteras y las parejas unidas en matrimonio o concubinato tienen acceso al instrumento de la adopción, las personas que participen en una sociedad civil de convivencia —ya sea de manera individual o como pareja— son excluidas de esta posibilidad. La norma es discriminatoria de cualquier persona que tenga el carácter de conviviente.

De esta manera, el artículo 19 de la LRSCCEC discrimina, en primer lugar, al conviviente en lo individual, al prohibirle solicitar la adopción de un menor en su calidad de soltero; en segundo lugar, discrimina por igual a las parejas heterosexuales y homosexuales de convivientes, tanto en el tema de excluirlas de la posibilidad de adoptar como en el de restringir el ejercicio de sus derechos parentales; y, en tercer lugar, discrimina a las familias que se constituyan por una sociedad civil de convivencia, ya que no les brinda la misma protección que sí se proporciona a otras formas de familia.³³

Con estas razones, la SCJN concluyó que la diferencia de trato general hacia los convivientes, impuesta por el artículo 19 de la LRSCCEC, no cumple con el requisito de una “justificación robusta”, y, por lo tanto, se pronunció por la invalidez de la norma impugnada, al ser contraria al principio constitucional de igualdad y no discriminación.

Cabe señalar que detrás de estos actos de discriminación se esconde, en efecto, el prejuicio de que solamente las familias constituidas por personas heterosexuales reúnen la capacidad de brindar a los hijos —ya sean biológicos o adoptados— un ambiente sano para su desarrollo integral. Se trata

³³ Sentencia de la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, paras. 67 y 68.

de un estereotipo de familia (nuclear y heterosexual) que no tendría mayor relevancia, de no ser porque dicho estereotipo usualmente es tomado como base para discriminar a otros tipos de familia. Como lo ha estudiado la doctrina, el riesgo de ciertos estereotipos es que no se agotan en su dimensión descriptiva, sino que pretenden tener un alcance normativo.³⁴

C. *Discriminación por orientación sexual*

Una cuestión adicional que consideró el proyecto de resolución de la AI 8/2014, elaborado por la ministra Luna Ramos, fue determinar si además de la discriminación genérica hacia las personas que constituyen una sociedad civil de convivencia —explicada en la subsección anterior—, existe también una discriminación hacia los convivientes en razón de su orientación sexual.³⁵

Algunos teóricos han llamado la atención sobre el hecho de que algunos actos de discriminación pueden ser intencionales o deliberados, pero en ocasiones también pueden ser inconscientes o involuntarios.³⁶ Estos últimos casos han sido denominados como casos de “discriminación indirecta” o de “discriminación por efecto adverso”. Con ello se hace referencia a aquellas conductas que tienen la consecuencia de producir la restricción o anulación del disfrute de un derecho —es decir, un efecto discriminatorio— con independencia de que las personas que realizan tales conductas lo hayan querido o no.

Así, aunque los legisladores de Campeche no hayan tenido el deseo o la voluntad de discriminar a los homosexuales mediante la aprobación del artículo 19 de la LRSCCEC, esta norma tuvo indirectamente un impacto negativo sobre este grupo, debido a que la sociedad civil de convivencia era, hasta ese momento la única alternativa legal que tenían las parejas del mismo sexo para ejercer su derecho a conformar, desarrollar y organizar una familia.³⁷ La norma impugnada, por lo tanto, promovía una discriminación

³⁴ Schauer, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press, 2003; Alexander, Larry, “What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, núm. 1, 1992, pp. 149-219.

³⁵ *Ibidem*, paras. 70-95.

³⁶ Véase, por ejemplo, Moreau, Sophia R., “What is Discrimination?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 38, núm. 2, 2010, pp. 143-179.

³⁷ Sentencia de la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, para. 72. No fue hasta mayo de 2016 cuando el matrimonio igualitario y el concubinato entre parejas del

directa hacia las personas que tuvieran el carácter de convivientes; y una discriminación indirecta hacia las personas homosexuales, convivientes o no, al limitar sus, ya de por sí escasas, opciones para constituir una familia.

La SCJN argumentó que no se necesita demostrar que el legislador tuvo la “intención de discriminar” a las parejas del mismo sexo; basta con que se acredite la existencia del efecto adverso —en este caso sobre los derechos de las y los homosexuales— para que se reconozca como un caso de discriminación. Aunque el artículo 19 de la LRSCCEC fue redactado de tal manera que fundaba su distinción sobre la base del estado civil, la mera posibilidad de un impacto negativo e injustificado sobre la comunidad lésbico-gay es razón suficiente para declarar una discriminación por orientación sexual. O bien, para decirlo con otras palabras, la discriminación hacia parejas del mismo sexo estaba disimulada bajo la forma de una discriminación genérica.

Cabe señalar que en este punto el ministro José Ramón Cossío tomó distancia del proyecto de la ministra Luna Ramos, por considerar que la discriminación por orientación sexual no era parte de lo que el tribunal pleno estaba obligado a resolver. En su razonamiento, lo único que se necesitaba demostrar para declarar la inconstitucionalidad del artículo 19 de la LRSCCEC, era la existencia de una discriminación genérica hacia los convivientes, sin considerar la presunta discriminación por orientación sexual, ya que la CDHEC no solicitó estudiar ese aspecto de la norma impugnada.³⁸

Sin embargo, si lo que está sobre la mesa de discusión es la inconstitucionalidad del artículo 19 de la LRSCCEC, resulta completamente comprensible que la SCJN asuma la tarea de estudiar la discriminación de esa norma en todas sus dimensiones posibles. Es por ello que, en mi opinión, el proyecto de la ministra Luna Ramos procedió adecuadamente al considerar también una discriminación por efecto adverso en razón de la orientación sexual, ya que la norma impugnada ocultaba una discriminación negativa e indirecta —pero muy real y concreta— sobre las personas homosexuales, más allá de su carácter como convivientes. Además, puesto que en nuestra sociedad ha habido históricamente una discriminación social y jurídica generalizada hacia las personas homosexuales, la determinación de denunciar y combatir este fenómeno es lo mínimo que se puede esperar de un tribunal constitucional.

mismo sexo obtuvo un reconocimiento legal en Campeche, tras la aprobación de una serie de reformas en el Congreso del estado.

³⁸ Véase el voto concurrente que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en la acción de inconstitucionalidad 8/2014.

VII. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

Después de realizar el estudio de fondo correspondiente, la SCJN concluyó que el artículo 19 de la LRSCCEC es inconstitucional, en la medida en que involucra una violación al derecho de igualdad y no discriminación (artículo 1o. constitucional), por un lado, y al derecho a la formación, desarrollo y organización de una familia (artículo 4o. constitucional), por el otro.

A primera vista, tales violaciones de derechos se despliegan en dos direcciones: hacia los adultos que constituyen una sociedad civil de convivencia y hacia los menores que forman (o podrían formar) parte de una sociedad civil de convivencia. Esto ocurre a través de la imposición de dos restricciones muy específicas que establece el artículo 19 de la LRSCCEC; a saber: la prohibición de adoptar menores en forma conjunta o individual, y la prohibición de compartir o encomendar la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores de los convivientes.

Si tomamos como punto de partida el artículo 4o. constitucional, las afectaciones de la norma impugnada al derecho a la familia se pueden resumir de la siguiente manera:

En cuanto a los adultos, el artículo 19 de la LRSCCEC anula o restringe:

- I. El derecho de los convivientes a adoptar (para formar una familia).
- II. El derecho de los convivientes a compartir la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores con sus parejas (para organizar la vida familiar mediante la distribución de cargas y responsabilidades parentales).

En cuanto a los menores, el artículo 19 de la LRSCCEC anula o restringe:

- I. El derecho de los niños, niñas, adolescentes a ser adoptados (para formar parte de una familia).
- II. El derecho de los hijos menores a que su padre o madre biológicos compartan, de ser el caso, la patria potestad o guarda y custodia con su pareja de convivencia (para permitir que su interés superior esté bajo el cuidado y la atención de ambos).

Por otro lado, si tomamos como punto de partida el artículo 1o. constitucional, las posibilidades de afectación hacia los convivientes y sus hijos menores podrían diversificarse. En efecto, si comparamos el régimen de la sociedad civil de convivencia con otras figuras de regulación familiar como el matrimonio o concubinato —en relación con las prohibiciones que esta-

blece el artículo 19 de la LRSCCEC— se pueden argumentar otro tipo de violaciones de derechos, que se manifiestan particularmente como distinciones no justificadas, es decir, como actos de discriminación. Y más aún, si introducimos una distinción adicional entre una discriminación directa e indirecta, podremos extender el alcance de las violaciones —como lo hizo la SCJN en su análisis— hacia otras personas.

Con base en el artículo 1o. constitucional, los efectos discriminatorios que promueve el artículo 19 de la LRSCCEC se pueden resumir de la siguiente manera:

- I. Discriminación directa hacia el conviviente para adoptar y formar una familia.
- II. Discriminación directa hacia los convivientes, de diferente o del mismo sexo, para adoptar y formar una familia.
- III. Discriminación directa hacia los convivientes, de diferente o del mismo sexo, para desarrollar y organizar su familia.
- IV. Discriminación directa hacia el tipo de familia constituida por la sociedad civil de convivencia frente a otras formas de familia.
- V. Discriminación indirecta hacia los menores en situación de orfandad.
- VI. Discriminación indirecta hacia personas homosexuales en general.

También vale la pena destacar las consideraciones preliminares que desarrolló la SCJN, en torno al “estado civil” y al “concepto amplio de familia”, precisando la naturaleza jurídica de la sociedad civil de convivencia y el alcance de la protección constitucional a la familia, la cual incluye y reconoce múltiples formas de convivencia humana. Estos razonamientos tuvieron un papel estratégico para demostrar que el artículo 19 de la LRSCCEC vulneraba el derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como el derecho humano a fundar una familia.

Con todos estos elementos sobre la mesa, la SCJN alcanzó los siguientes puntos resolutivos en la sentencia de la AI 8/2014:

- I. Se concluye que es procedente y fundada la presente acción de inconstitucionalidad.
- II. Se declara la invalidez del artículo 19 de la LRSCCEC.
- III. Se ordena la publicación de la resolución en el *Diario Oficial de la Federación*, en el *Periódico Oficial del Estado de Campeche* y en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Por último, es interesante poner en perspectiva la sentencia de la SCJN en la AI 8/2014. En el país ha habido recientemente una importante tendencia hacia el reconocimiento legal y jurisdiccional de los derechos hu-

manos de las parejas del mismo sexo con la instauración del matrimonio igualitario, la adopción homoparental, la identidad de género, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y otras medidas para prevenir y sancionar actos de discriminación en su contra. Tan sólo en el último año ha habido otras decisiones importantes de la SCJN,³⁹ y diversas reformas legislativas en los estados⁴⁰ y a nivel federal,⁴¹ con las cuales se busca ofrecer a la comunidad lésbico-gay más y mejores alternativas para el goce y ejercicio sus derechos.

Hay indicios claros de que estamos avanzando hacia la construcción de una sociedad más igualitaria. Desde luego, aún falta mucho camino por recorrer. Con toda seguridad, en el pensamiento de muchos ciudadanos y autoridades aún sigue permeando la lógica de una moral convencional, y todavía existen muchos prejuicios y estereotipos culturales que continúan oponiendo una fuerte resistencia al cambio. Pero, por fortuna, con decisiones como la adoptada en la AI 8/2014, damos pasos firmes hacia la consolidación de un estado de derecho que protege la igualdad entre las personas, pero, sobre todo, se garantiza la libertad de ser diferentes.

³⁹ Como la Acción de Inconstitucionalidad 28/2015, dictada el 26 de enero de 2016, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en contra del artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco, que disponía que el matrimonio solamente puede constituirse entre “un hombre y una mujer”.

⁴⁰ Como se señaló anteriormente (*supra* nota 5), el Congreso del Estado de Campeche aprobó una serie de reformas al Código Civil y al Código Penal de ese estado para permitir el matrimonio igualitario y prohibir la unión de menores de edad legal. *Cf.* Congreso del Estado de Campeche, XII Sesión, segundo periodo ordinario, Ciudad de San Francisco de Campeche, 9 de mayo de 2016.

⁴¹ Me refiero a la Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil Federal, y a la Iniciativa de Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentadas por la Presidencia de la República el 17 de mayo de 2016.

SEMBLANZA DE AUTORES

ALEJANDRA ARMENTA ESPINOSA. Pasante de la licenciatura en antropología social por la Escuela Nacional de Antropología e Historia. Colaboradora del Seminario Permanente en Bioética de la Facultad de Medicina de la UNAM.

AMELIA GASCÓN CERVANTES. Docente de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, México, e integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en la sección mexicana.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ. Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigadora de tiempo completo del IIJ.

JUAN JESÚS GÓNGORA MAAS. Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán. Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, e investigador asociado al Centro de Estudios en Derechos Humanos “Felipe Carrillo Puerto” de la Universidad Autónoma de Yucatán. Estudiante del máster La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales impartida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Universidad Complutense de Madrid.

GERALDINA GONZÁLEZ DE LA VEGA. LL. M. Düsseldorf. Consultora jurídica. Profesora de la licenciatura y posgrado en derechos humanos en la Universidad Iberoamericana.

MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO. Doctora en bioética y jurisprudencia médica por el Instituto de Ética, Ciencia e Innovación y el Centro sobre Políticas Públicas y Ética Social de la Escuela de Derecho de la Universidad de Manchester, Reino Unido. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1. Secretaria académica del Colegio de Bioética, A. C. (2014-2018). Consejera de la Comisión Nacional de Bioética (2016-2020) *mariana@unam.mx*.

HÉCTOR AUGUSTO MENDOZA CÁRDENAS. Doctor en derecho, especialista en bioética y bioderecho, y maestro-investigador de posgrado en la Facultad de Trabajo Social y Desarrollo Humano de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ. Investigadora de tiempo completo en el área de derecho internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctora en derecho y maestra en derecho público por la Universidad Carlos III de Madrid, y licenciada en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Correo electrónico: *elisavov@unam.mx*.

ALÁN FRANCISCO OSORIO ARAGÓN. Ganador del premio de la Cátedra Benito Juárez de la UNAM por el mejor ensayo sobre laicidad. Estudiante de licenciatura de la Facultad de Derecho y asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

JULIETA DE MONSERRAT PÉREZ HERRERA. Profesora de asignatura y técnica académica en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Licenciada en derecho por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Maestra en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado.

MAURICIO REYNA LARA. Ucha. Mención honorífica. Doctor en derecho, 2006-2008, UNAM, mención honorífica. Doctorando en la Facultad de Filosofía y Letras, UNAM. Maestro en derecho, 2003-2005, UNAM, mención Honorífica. Licenciado en derecho por la UNAM.

ENRIQUE RODRÍGUEZ TRUJANO. Técnico académico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; profesor de derechos humanos y teoría del derecho, Facultad de Derecho, UNAM; maestro en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; doctorando en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

PERLA RUBÍ TIRADO AMADOR. Licenciada en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa, campus Mazatlán; becaria de verano de investigación científica por la Academia Mexicana de las Ciencias en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM durante los veranos 2015 y 2016.

Bioética y decisiones judiciales, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de marzo de 2018 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 Ciudad de México, tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

La presente obra es una compilación ordenada de textos originales y el resultado del esfuerzo coordinado entre varias instituciones académicas (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Programa Universitario de Bioética, Cátedra Extraordinaria Benito Juárez sobre Laicidad de la UNAM y el Colegio de Bioética) con el ánimo de profundizar la reflexión y análisis sobre temas emergentes en el área de la salud, la bioética y el derecho. En esta obra se hizo hincapié de la reflexión desde el enfoque jurídico a través del análisis de la jurisprudencia médica relevante emitida por tribunales de nivel nacional, regional e internacional. Esta perspectiva constituye en nuestra opinión una aportación valiosa al presentar un aterrizaje concreto y actualizado de los temas estudiados. Lo anterior es importante, pues en la actualidad existen pocos estudios doctrinales en México por parte de los cultores del derecho constitucional y una escasa jurisprudencia médica en torno a cuestiones bioéticas y ético-jurídicas por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

