

Bioética y bioderecho

Reflexiones clásicas y nuevos desafíos

Sarah CHAN
Francisco IBARRA PALAFOX
María de Jesús MEDINA ARELLANO

Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

BIOÉTICA Y BIODERECHO
Reflexiones clásicas y nuevos desafíos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 821

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Isidro Saucedo
Cuidado de la edición y formación en computadora

Roberto Zavaleta Cornejo
Apoyo editorial

Edith Aguilar
Elaboración de portada

BIOÉTICA Y BIODERECHO

Reflexiones clásicas y nuevos desafíos

SARAH CHAN
FRANCISCO IBARRA PALAFOX
MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO
Coordinadores



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

Primera edición: 8 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 978-607-30-0079-6

AGRADECIMIENTOS

Los coordinadores de la obra desean agradecer el apoyo de la Academia Británica (Programa de Colaboración y Movilidad Internacional, PM130243 “Regulación Transnacional y Aspectos Éticos de las Terapias con Células Troncales: México y el Reino Unido”) por permitir nuestra colaboración, así como el apoyo financiero para su edición. De igual manera deseamos reconocer el apoyo económico del Colegio de Bioética, A. C., para llevar a cabo el Diplomado en Bioética y Derecho en conjunto con el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Programa Universitario de Bioética de la UNAM. De igual manera queremos agradecer a las y los investigadores que participaron en el seminario de dictaminación de esta obra: doctora Olivia Andrea Mendoza Enríquez, doctor Giovanni Azael Figueroa Mejía y doctor Mauricio Reyna Lara. Especial agradecimiento para el doctor Pedro Salazar Ugarte, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien convencido de la importancia de los temas frontera que aquí se abordan, desde el inicio estas ideas y de manera generosa abre la puerta de la casa editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas para albergar esta obra.

CONTENIDO

Presentación	IX
Sarah CHAN	
Francisco IBARRA PALAFOX	
María de Jesús MEDINA ARELLANO	
Agradecimientos	XIII

PRIMERA PARTE

BIOÉTICA

Un enfoque bioético: argumentos para la despenalización y posible legalización de la marihuana en México	3
Jorge Enrique LINARES SALGADO	
¿Regeneración o mejoramiento de la cognición?: cuestionamientos éticos	19
Sarah CHAN	
John HARRIS	
Objeciones de conciencia en el ámbito sanitario: reflexiones en torno a su regulación	31
Pauline CAPDEVIELLE	

SEGUNDA PARTE

SALUD Y DERECHOS HUMANOS

Migración, VIH y derechos humanos: estigma y rechazo a migrantes	55
René LEYVA FLORES	
César INFANTE XIBILLÉ	
Frida Eréndira QUINTINO PÉREZ	
Mariajosé GÓMEZ ZALDÍVAR	
Cristian Armando TORRES ROBLES	
Diversidad, salud y bioética interculturales	69
Daniel GUTIÉRREZ MARTÍNEZ	
Marcia MOCELLIN RAYMUNDO	
Voluntad anticipada realizada por medios electrónicos.	101
Julio Alejandro TÉLLEZ VALDÉS	
Anahiby BECERRIL	

TERCERA PARTE

RESPONSABILIDAD EN LOS SERVICIOS DE SALUD

El consentimiento informado en el contexto de la dictaminación sobre la atención médica: implicaciones éticas y jurídicas	125
Zoraida GARCÍA CASTILLO	
La responsabilidad civil de los hospitales privados. Experiencias jurisprudenciales de derecho comparado.	151
Francisco IBARRA PALAFOX	
La responsabilidad del profesional de la enfermería	173
Raúl Miguel ARRIAGA ESCOBEDO	

“Está científicamente comprobado” no significa necesariamente responsabilidad ética	207
María de los Ángeles CANCINO RODEZNO	
Ricardo NOGUERA SOLANO	
Juan Manuel RODRÍGUEZ CASO	
Regímenes de responsabilidad legal de la práctica médica en México	233
Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA	

CUARTA PARTE

BIODERECHO, LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Maternidad subrogada: su regulación	251
Mariana DOBERNIG GAGO	
La gestación por encargo: dilemas derivados de las nuevas tecnologías reproductivas	295
Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS	
De los intersexuales y el derecho a los derechos de los intersexuales..	321
María del Pilar HERNÁNDEZ	
Bioética, bioderecho y reasignación de sexo	343
Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ	

QUINTA PARTE

ECOÉTICA Y ESPECIES NO HUMANAS

Medio ambiente y ecoética ante la crisis ecológica y los derechos humanos	367
Lizbeth SAGOLS SALES	

Bioética y aspectos jurídicos en la relación con los animales no humanos	383
Beatriz VANDA CANTÓN	
Derecho humano de acceso al agua y su relación con la gestión del vital líquido y el sistema jurídico mexicano.....	411
Bernardo Anwar AZAR LÓPEZ	
El principio precautorio en México: plaguicidas, medio ambiente y salud	439
Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ	
Acerca de los autores.....	461

PRESENTACIÓN

El acelerado desarrollo científico y tecnológico, así como su aplicación en la medicina durante el último siglo, crearon dilemas éticos impensables para el ser humano hace apenas unas décadas. Una de sus consecuencias inmediatas y evidentes ha sido la prolongación de la vida humana hasta edades avanzadas. A mediados del siglo XIX, el promedio de vida era de 40 años en occidente; desde entonces, cada década se agregan más años a la vida de las personas y actualmente la media se encuentra en los 75 años y en algunos países supera los 80. Para finales de este siglo se espera que el promedio en Japón y Estados Unidos sea de 100 años.

Asimismo, este desarrollo tecno-científico provocó que la medicina se transformara en una disciplina cada vez más riesgosa. Por ejemplo, desde la primera operación a corazón abierto asistida por una máquina que oxigena la sangre en la década de los sesenta hasta el presente, la cirugía no sólo ha beneficiado a muchas personas, sino que además ha sometido a riesgos exponenciales a un segmento cada vez mayor de la población. Cada año es mayor el número de personas que se benefician de una neurocirugía o un trasplante, pero también son numerosas las que padecen daños irreversibles en su salud al ser sometidas a tratamientos que afectan su calidad de vida.

Por primera vez en milenios el ser humano tiene una expectativa de vida inimaginable; la medicina garantiza a muchos una vida más prolongada y con mayores oportunidades para el óptimo desenvolvimiento humano. Sin embargo, también produce el envejecimiento de las poblaciones y el incremento exponencial de las enfermedades crónico-degenerativas asociadas a este fenómeno. Más años de vida también implican más dolor y sufrimiento para muchos.

Esta situación genera nuevos dilemas éticos, inexistentes hace apenas unos lustros. Por ejemplo, preguntarnos cuántos años queremos vivir y en qué condiciones, constituye un cuestionamiento generalizado que podrían formularse todas las personas en una sociedad con servicios médicos suficientes. Sin embargo, cuando el límite de vida estaba mucho más acotado, era una pregunta impensable para la mayoría de la población.

Por otro lado, si bien la bioética nació como un ejercicio de reflexión y una advertencia acerca de los resultados de la acción humana sobre los recursos renovables y no renovables de este planeta, con el paso del tiempo amplió su análisis para ofrecer respuestas a otros dilemas, como la vida y la muerte del ser humano. De ahí que la filosofía sea fundamental para buscar respuestas a problemas bioéticos de la mayor trascendencia; por ejemplo la muerte médica asistida y la eutanasia cuando la vida humana está inmersa en el dolor.

Mientras el desarrollo tecno-científico aplicado a la medicina avanzaba rápidamente, el derecho también experimentaba una significativa transformación frente a la tragedia humana provocada por la Segunda Guerra Mundial y sus campos de concentración. La construcción del derecho internacional de los derechos humanos y su integración en los órdenes constitucionales internos apareció no sólo como una novedosa construcción jurídica para enfrentar al autoritarismo de los Estados nacionales, sino además para combatir cualquier otra afrenta a la vida de las personas, su integridad física y su dignidad. Aunque es evidente que el desarrollo tecno-científico es más rápido que el derecho, éste constituye uno de los principales instrumentos normativos para encauzarlo por rutas adecuadas para el respeto de la vida humana y de otras especies que conviven con nosotros en este planeta. Si en las condiciones actuales no podemos pensar una sociedad sin ciencia, tampoco podríamos imaginarla sin derecho para instrumentar el justo desenvolvimiento de las instituciones sociales.

Frente a esta nueva situación, la presente obra desea contribuir al análisis de algunos de los principales problemas provocados por el desarrollo tecno-científico. Este libro contiene trabajos originales de reconocidas y reconocidos expertos en el ámbito de la bioética y el bioderecho, con una destacada trayectoria en sus áreas. La obra contempla los temas generales de la relación entre la ciencia jurídica y la reflexión bioética a la luz de los derechos humanos. El lector podrá examinar su índice para destacar la riqueza de su contenido y los diferentes acercamientos metodológicos a los problemas examinados.

Se debe destacar también que muchos capítulos de este libro tuvieron su origen en el Diplomado en Bioética y Derecho organizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM entre enero y julio de 2016. En consecuencia, hasta esta fecha están actualizadas las referencias al derecho positivo y sus instituciones normativas examinadas. Debido al periodo temporal comprendido en esta obra, no se pudieron analizar las sentencias internacionales en materia de plaguicidas, ni la nueva Constitución de la Ciudad de México de febrero de 2017 y su relación con la muerte digna, tema que esperamos examinar en una obra posterior.

Acierta Niklas Luhmann cuando asevera sobre el derecho lo siguiente: no es el centro de todo, es sólo un sistema en momentos autorreferente y, en otros, heterorreferente; el derecho está en contacto con los sistemas político, social, económico, científico y tiene como aspecto fundamental para su observancia el ambiente o entorno. Estos sistemas a veces van en sincronía y en muchas ocasiones desfasados.

Realizadas las anteriores reflexiones deseamos 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.

Esperamos que este tipo de exámenes continúen en los años posteriores y sustenten la elaboración de la legislación respectiva de los temas jurídicos aún pendientes, o donde su regulación jurídica es insuficiente todavía.

Sarah CHAN
Francisco IBARRA PALAFOX
María de Jesús MEDINA ARELLANO

PRIMERA PARTE

BIOÉTICA

UN ENFOQUE BIOÉTICO: ARGUMENTOS PARA LA DESPENALIZACIÓN Y POSIBLE LEGALIZACIÓN DE LA MARIHUANA EN MÉXICO

Jorge Enrique LINARES SALGADO

SUMARIO: I. *Fundamentos*. II. *Escolios de las tesis 3 y 4*. III. *Escolios de la tesis 5*. IV. *Escolios de las tesis 7 y 8*. V. *La permanencia de las causas sociales del consumo de drogas sicoactivas*.

I. FUNDAMENTOS

Las siguientes tesis se basan en información y datos de estudios neuroquímicos, farmacológicos, epidemiológicos, sicológicos, siquiátricos, jurídicos y sociales del consumo de marihuana, compilados y analizados en el libro: *Marihuana y salud*,¹ el cual, a su vez, se fundamenta en múltiples y actualizadas referencias científicas y en una amplia bibliografía.

TESIS 1. Respecto de los usos medicinales y terapéuticos de la marihuana, existe actualmente consenso sobre su efectividad. Aunque faltan más estudios de largo alcance, los efectos reportados son de utilidad para tratar diversos trastornos y síntomas dolorosos que perjudican severamente la calidad de vida de muchas personas, al menos deben ser considerados como alternativas de tratamientos, sobre todo cuando los tratamientos convencionales son insuficientes o ineficaces.

Corolario. Dicho consenso mundial debería implicar en México la plena despenalización y legalización del uso terapéutico de la marihuana, en sus presentaciones diversas y también derivados (cigarrillos, cremas, geles, parches, aceites, soluciones ingeribles, entre otros), bajo prescripción y supervisión médica, y con medidas regulatorias establecidas y autorizadas por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris).

El principio bioético en el que se fundamenta esta tesis es el beneficio terapéutico para los pacientes, así como la contribución a la mejora de su

¹ Fuente, Juan Ramón de la *et al.*, *Marihuana y salud*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM-Academia Nacional de Medicina, 2015.

calidad de vida. Simultáneamente, por principio precautorio deben vigilarse y controlarse las dosis y aplicaciones terapéuticas de la marihuana para no provocar efectos nocivos colaterales que superen a los beneficios terapéuticos. En última instancia, esta primera tesis se funda en el principio de la decisión autónoma y el consentimiento informado para los pacientes mismos. Es decir, los pacientes tienen el derecho de conocer las alternativas que ofrecen tratamientos con marihuana y sus derivados; y con base en dicha información médica comunicada con oportunidad y objetividad, tienen el derecho de tomar una decisión autónoma para emplear esos medios para sí mismos o para sus familiares y/o tutorados.

TESIS 2. El consumo de marihuana no representa actualmente un problema de salud pública en México.

Por sus efectos biológicos y sociales comprobables, el consumo de marihuana no representa un problema de salud pública, como sí lo constituyen los niveles de consumo generalizado de alcohol o de tabaco en nuestra sociedad. No se puede afirmar, con bases científicas, que la marihuana está relacionada causalmente con riesgos de muerte, incremento de mortalidad, carga global de enfermedad, accidentes, conductas violentas o delictivas de alto peligro. En mediciones globales, el alcohol, la heroína y el crack son las drogas que más daños causan a los consumidores y a terceros, y que anteceden a conductas delictivas. Entre las 20 sustancias sicoactivas más consumidas, la marihuana está en octavo lugar de riesgo.²

Corolario. Para evitar que el consumo de marihuana se convierta en un problema de salud pública deben diseñarse e implementarse mejores políticas preventivas y disuasivas de consumo elevado de este enervante, prioritariamente dirigidas a desalentar y evitar el consumo entre niños y adolescentes, por estar en mayor riesgo que los adultos.

TESIS 3. Es innegable que el consumo de marihuana implica riesgos para la salud, pero éstos no son severos en la mayoría de los casos o altamente peligrosos para la sociedad, según los estudios actuales. Sin embargo, no se conoce con mayor precisión cuáles son los niveles de consumo de alta toxicidad que causan esos riesgos para la salud.

Corolario. La marihuana no debería estar clasificada en el grupo 1 de la Ley General de Salud como droga de alta peligrosidad.

TESIS 4. Aunque es innegable que el consumo de marihuana tiene efectos dañinos y riesgos para la salud en grados diversos y que, por ende, puede afectar las relaciones y obligaciones de los individuos para con sus semejantes, el consumo de marihuana en una sociedad democrática se basa en

² *Ibidem*, cap. VII, pp. 227-248.

un derecho inalienable de las personas adultas y competentes para tomar decisiones sobre su propia vida.

Corolario. No disponemos de razones suficientes para castigar o criminalizar a los consumidores de marihuana, porque los riesgos que comporta a la salud dicho consumo, si bien pueden no ser menores, no implican directamente graves daños o afectaciones a la salud pública, como sí lo son el consumo de otras drogas.

Escolio. Esta tesis se basa en el principio bioético de *libertad autónoma* y en la inevitable tolerancia que el Estado se ve obligado a practicar en una sociedad diversa y plural en la que los ciudadanos tienen el derecho de elegir sus propias formas de vida y de desarrollo de su personalidad (como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), incluso aquellas formas que les producen algún daño directo a sí mismos, puesto que el bienestar de cada uno es un asunto que podemos promover socialmente mediante las instituciones del Estado, pero no imponer. De lo contrario, se violenta la esencial libertad individual de la que debe gozar cualquier persona adulta, y se contraviene el principio básico que debe regir a una sociedad plural, en la que no puede existir un único modo legítimo de vivir impuesto por el Estado ni por ningún grupo social o moral, así sea mayoritario.

El filósofo británico John Stuart Mill formuló en *On liberty (Sobre la libertad)* (1859) los clásicos argumentos éticos sobre los límites que la sociedad y el Estado deberían respetar ante la libertad individual, pues consideraba que ésta es el mayor bien social y un fin en sí mismo. El principio básico que Mill establece es muy conocido: “Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su propia mente, el individuo es soberano”.

Dicho principio establece que el único fin por el que los hombres están legitimados, individual o colectivamente, para interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es la de impedirle perjudicar a otros; pero su propio bien, ya sea físico o moral, no es razón suficiente... El único aspecto de la conducta por el que se puede responsabilizar a alguien frente a la sociedad es aquel que concierne a otros. En aquello que le concierne únicamente a él, su independencia es absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su propia mente, el individuo es soberano.³

³ Mill, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Akal, 2014, p. 58.

El problema planteado por Mill desde el siglo XIX, como factor clave para la consolidación de una sociedad democrática, consiste entonces en definir esos indispensables límites políticos y jurídicos para evitar que una coerción social ilegítima se imponga en las leyes y en la opinión moral pública contra la libertad de los ciudadanos y su derecho inalienable de autodeterminación, en lo que concierne a las decisiones y acciones sobre sus propias vidas. Mill señalaba que, de lo contrario, se cerniría el peligro del despotismo político expresado en formas de paternalismo médico, moral o jurídico.

II. ESCOLIOS DE LAS TESIS 3 Y 4

1. *Farmacología*⁴

1. El consumo exógeno de delta 9-tetrahidrocannabinol (se suele abreviar como THC), principal sustancia sicoactiva de la marihuana, puede ser riesgoso en etapas críticas del neurodesarrollo (menores a 20 años), pero no para otras edades. Sin embargo, no se han determinado con mayor precisión cuáles son las dosis promedio que implican esos riesgos. Se sabe además que la concentración de THC varía en las más de 11 variedades de *Cannabis sativa* y que los métodos de cultivo y procesamiento de la marihuana pueden potenciar la concentración de THC. Por ello, es difícil determinar la dosis promedio que resulte dañina para cualquier persona (como sí se ha logrado determinar cuáles son las dosis promedio de riesgo para alcohol y tabaco). Se requiere aún más investigación al respecto.
2. Se conocen diversos efectos riesgosos a la salud por la ingesta o inhalación de los fitocannabinoides contenidos en la marihuana, que van de las alteraciones cognitivas (memoria, razonamiento y toma de decisiones), perceptuales y estados sicóticos pasajeros, así como riesgos de alteraciones en la química neuronal, funcionamiento hormonal, ritmo cardíaco y daños al hígado, o efectos negativos en el sistema inmune, etcétera. Pero no se conoce con precisión cuáles son los niveles de intoxicación que son realmente peligrosos, ni la frecuencia y cantidad de dosis que los pueden provocar, como tampoco las causas de las variaciones entre las diversas respuestas orgánicas de los individuos. Hace falta todavía mucho mayor investigación longitudinal. Sin embargo,

⁴ Fuente, J. R. de la *et al.*, *Marihuana y salud*, cit., cap. I, pp. 29-74.

nunca se ha reportado una muerte directa por intoxicación de marihuana. Tampoco se han reportado daños severos por la abstinencia o retiro del uso de esta sustancia, lo cual nos induce a suponer que la marihuana no posee sustancias adictivas como otras drogas sicotrópicas, o al menos no en la misma intensidad que la heroína, la cocaína o el tabaco.

3. Por tanto, aunque es claro que la administración exógena de fitocannabinoides (principalmente THC) implica riesgos a la salud, no existe evidencia científica suficiente para considerar a la marihuana como un producto altamente peligroso y que, por lo mismo, deba ser prohibido, como actualmente lo establece la Ley General de Salud en México. A partir de la investigación científica rigurosa, debería ser obligación del Estado informar con objetividad, oportunidad y claridad sobre dichos riesgos, así como sobre los niveles de dosis que pueden provocar intoxicaciones riesgosas, en promedios generales y aproximados. Se impone un principio bioético de responsabilidad institucional y de honestidad en la información pública que se difunde por los medios oficiales o por los medios de comunicación masiva. De este modo, los usuarios podrían asumir conscientemente la responsabilidad sobre cuánto y cómo consumir de esta droga.
4. Pero los riesgos conocidos que implica el consumo de marihuana no son, de ningún modo, ni siquiera equivalentes a los riesgos y daños conocidos por el consumo intensivo de alcohol y tabaco, dos de las drogas legalizadas que poseen un alto potencial adictivo.
5. Si se despenaliza o incluso se legaliza la producción y consumo de marihuana, es obvio que deberán regularse con precisión las concentraciones adecuadas de THC en las variedades de la *Cannabis sativa* que se autorice producir y distribuir, así como restringir el consumo en lugares públicos y prohibir el consumo cuando se conducen vehículos, se maneja maquinaria o se tenga que tomar decisiones de responsabilidad que implican o que afectan a terceras personas. La regulación estricta de niveles máximos de concentración de THC ayudaría a realizar mediciones y estudios más precisos, además de reducir los riesgos generales por el consumo intensivo.

2. *Otros riesgos sanitarios*

1. Muchos estudios muestran mayor riesgo a la salud por afectaciones al neurodesarrollo de niños y jóvenes menores a 20 años por el consumo

de marihuana, por lo que en esta etapa de la vida está altamente recomendado no consumir marihuana ni ningún otro sicotrópico.

2. Se han reportado correlaciones entre el consumo de marihuana, incluso no intensivo, y trastornos sicológicos, así como una relación con el desarrollo de esquizofrenia en algunos sujetos.⁵ Pero se presume que algunos de estos casos eran individuos con alguna predisposición genética o vulnerabilidad personal. En cualquier caso, es recomendable comunicar a la sociedad objetivamente que existe el riesgo de que el consumir marihuana provoque trastornos sicológicos y depresivos, aunque las condiciones son inciertas.
3. No existe evidencia concluyente sobre si fumar marihuana puede producir enfisema pulmonar; sin embargo, sí existen riesgos de desarrollar bronquitis, faringitis y otras dolencias respiratorias.
4. Para personas con enfermedad coronaria previa, el consumo de marihuana es riesgoso, así como para aquellos que tengan trastornos en el sistema inmune.
5. Asimismo, el consumo de marihuana es riesgoso durante el embarazo porque la exposición prenatal a ella comporta riesgos para el desarrollo futuro. También puede tener efectos negativos en la capacidad reproductiva o fertilidad.
6. El fumar marihuana junto con tabaco puede incrementar el riesgo de cáncer de pulmón. Sin embargo, no se puede concluir que fumar marihuana incremente directamente el riesgo de padecer este tipo de cáncer, pero no se ha establecido con precisión esas medidas.

3. *Riesgos sociales*

1. Los estudios científicos más recientes demuestran⁶ que la marihuana no es en realidad, como se suele suponer, la principal “droga de entrada” al consumo de otras sustancias sicoactivas más fuertes y peligrosas. Se ubica en el quinto lugar de “drogas de entrada”,⁷ mientras que el alcohol es la que ocupa el primer lugar, seguida del tabaco. Pero la mayoría de las personas que consumen alcohol y tabaco no tendrá interés o necesidad en consumir frecuentemente marihuana. Ni el consumo regular de ésta implica una correlación fuerte con el inicio

⁵ *Ibidem*, pp. 145-170.

⁶ *Ibidem*, pp. 208-220.

⁷ *Idem*.

de consumo de otras drogas más peligrosas. Es decir, la marihuana no es la puerta de entrada a otras drogas ni a un consumo excesivo de ellas.

2. Tampoco se ha podido determinar que la marihuana esté vinculada directamente con conductas violentas y delictivas.⁸ Se debe establecer la cuantificación más precisa del THC en sangre para determinar cuáles son los límites para que una persona no se ponga en riesgo o ponga en riesgo a otros al conducir vehículos, máquinas y asumir responsabilidades sociales que requieren tomar decisiones, dado que no existe actualmente un consenso médico mundial sobre estas mediciones y medidas.

4. *Epidemiología*⁹

1. Existe una variedad amplia de patrones de consumo individual de la marihuana que obedece a diversos factores sociales y contextuales, es decir, a razones culturales y a distintas motivaciones personales. Con base en la frecuencia de consumo, se han establecido medidas aproximadas de “consumo ligero” u ocasional, “consumo regular” o moderado por semana y “consumo intensivo” o diario (e incluso varias veces al día). No obstante, estas medidas no son suficientemente precisas. Se requiere mayor investigación longitudinal para establecer parámetros más adecuados, pero éstos seguirán siendo, de cualquier modo, generales y aproximativos con respecto a la frecuencia y cantidad de consumo por dosis personales.
2. Entre los consumidores existen rasgos de comportamiento que se desarrollan por el —o junto con el— consumo de marihuana, y que se pueden catalogar como “uso problemático pero sin dependencia” y “problemático con dependencia”, según los criterios de la APA y del CIE.¹⁰ La correlación entre consumo de marihuana y problemas

⁸ *Ibidem*, pp. 227-242.

⁹ *Ibidem*, cap. III, pp. 79-104.

¹⁰ Para ser considerado un consumidor con problemas de dependencia, se requiere que durante 12 meses el sujeto manifieste tres o más de estas conductas: tolerancia a la sustancia y, por tanto, incremento continuo del consumo, deseo compulsivo y ansioso de consumir, signos de abstinencia al suspender el consumo, intentos de dejar de consumir o reducir significativamente el consumo sin éxito, emplear demasiado tiempo (y dinero) en conseguir la sustancia y más tiempo en recuperarse de sus efectos, abandono progresivo de otras fuentes de disfrute y placer, reducción o abandono de actividades importantes de la vida diaria, *ibidem*, pp. 80 y 128. Los rasgos más graves son los últimos dos. Pero los consumidores de marihuana no tienen signos graves de abstinencia, según los estudios, por lo que no podemos

de interacción social implica que quienes se inician en el consumo a temprana edad, y que además tienen un nivel alto de consumo en promedio o una alta dosis diaria, están *en mayor riesgo* de manifestar problemas de comportamiento y desempeño social. No obstante, el concepto médico actual ya no es el de “dependencia” a la marihuana, sino “trastorno de consumo”.

3. De acuerdo con los criterios médicos y siquiátricos actuales, sólo requieren tratamiento médico, con ayuda farmacológica o no, los consumidores con problemas de “dependencia” a la marihuana. Por tanto, el lenguaje para referirse a los patrones de consumo debe cambiar. No es propio decir que hay consumidores “adictos” a la marihuana, ni que ésta sea una droga de abuso. Actualmente se prefieren términos más objetivos como “consumo de riesgo” o “consumo problemático” en el marco de “trastornos por uso de marihuana”. Es preciso enfatizar que no es posible demostrar que existe una dependencia orgánica (adicción) a las sustancias sicoactivas de la marihuana, como sí es evidente en tabaco, alcohol, cocaína o heroína, por ejemplo.
4. Por tanto, es erróneo considerar que todo consumidor de marihuana tiene un problema de “adicción” y que, por ello, requiere ayuda médica. Los consumidores de marihuana no son enfermos en su gran mayoría. El principio bioético fundamental que debe aplicarse aquí es que, no sólo para que un tratamiento de rehabilitación sea efectivo, sino también por razones de uso racional de los recursos de atención a la salud, solamente requieren tratamiento *los individuos que por sí mismos así lo decidan (bajo la regla del consentimiento informado)*, después de darse cuenta de los problemas sociales que enfrenten si su patrón de consumo es de riesgo. En ese caso, lo más recomendable es que no sean coaccionados por nadie, sino informados y convencidos para solicitar ayuda médica, siquiátrica y farmacológica, si es que el caso lo amerita. De otro modo, se violentan los derechos humanos fundamentales, y se somete al consumidor de marihuana a un trato discriminatorio. Como veremos, la sociedad y el Estado creen erróneamente que todo consumidor de marihuana, así sea un consumidor ocasional, *debe ser tratado como adicto, y más aún, que deba ser considerado una persona peligrosa para el resto de la sociedad*. Por esas creencias incorrectas los consumidores de marihuana han sido estigmatizados y criminalizados durante muchos

considerarlos “adictos” en sentido estricto. Se estima que no más del 9 al 10% de consumidores caen en una situación de consumo de riesgo o problemático.

años. Es tiempo de que cese esa discriminación, y se sustituya por información verídica.

5. A todas luces, y según las encuestas nacionales de “adicciones” de la Comisión Nacional contra las Adicciones, Conadic (que son más bien encuestas de consumos ocasionales declarados en población abierta de 12 a 65 años),¹¹ tendremos que deducir que la prohibición, criminalización y penalización de la marihuana no han sido efectivas para frenar el aumento del consumo, no sólo entre jóvenes y niños, sino incluso en toda la población, ya que los índices de consumo global en México no han disminuido nunca. La política de prohibición y penalización no ha podido disuadir efectivamente a muchas personas a iniciarse en el consumo de marihuana, así como en el consumo de otras drogas ilícitas.

TESIS 5. La criminalización y la penalización de la producción, junto al consumo de marihuana, se han fundado en prejuicios y estigmas sociales que han discriminado y dañado a muchas personas, principalmente jóvenes consumidores, desde que existe la política de persecución criminal contra las drogas.

Pienso que, en el futuro, quizá en unas pocas décadas, los historiadores podrán señalar este periodo de “guerra contra las drogas” como una época de políticas que se basaron en prejuicios sociales y estigmas, falta de información y abusos de autoridad, y que por ello se cometieron violaciones intencionales a los derechos civiles de muchas personas, principalmente jóvenes consumidores de drogas. En el futuro próximo, quizá atestigüemos una creciente demanda social, incluso por medio legales y políticos, de una reparación y necesaria indemnización colectiva de los abusos que han cometido los Estados firmantes de la Convención Única sobre Estupefacientes de la ONU en 1961, así como de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, contra sus propios ciudadanos a los que debían informar correctamente y, en todo caso, ayudar, si es que el consumo de drogas había dañado su salud; pero que en cambio, decidieron perseguir y encarcelar sólo por ser consumidores de marihuana.

¹¹ La Encuesta Nacional sobre Adicciones de la Conadic de 2011, define “consumo regular” así: “Es cuando una persona reporta haber usado una o más sustancias en más de cinco ocasiones”. Es presumible suponer, por tanto, que dicha encuesta está midiendo en realidad el consumo ocasional declarado, y no un consumo “regular” ni mucho menos intensivo.

III. ESCOLIOS DE LA TESIS 5

Estigmatización social¹²

1. Desde la década de los años 1960, y por efecto de la adopción de políticas de criminalización y persecución policial y judicial de la producción y consumo de marihuana, se ha generado una estigmatización social de los consumidores, por la cual una mayoría social considera a los “marihuanos” como personas degeneradas, no dignas de confianza, peligrosas y dispuestas a delinquir.
2. Se ha formado un estigma social basado en el prejuicio y la ignorancia. El ocultamiento de información veraz y la perpetuación de este estigma es una consecuencia directa y un factor necesario que sostiene la política de criminalización contra la cultura del consumo de marihuana. Muchas personas siguen suponiendo, a partir de estas creencias alimentadas en el imaginario popular y en los medios de comunicación, que el consumo de marihuana conduce o se asocia con conductas antisociales y delictivas. Esto es un prejuicio de ignorancia y discriminación. La sociedad tiene ahora la oportunidad (a partir de la nueva información científica disponible), de revisar y cuestionar estos y otros prejuicios discriminatorios. Se impone el deber bioético de una justicia retributiva o reparadora por los errores y excesos cometidos hasta ahora contra muchos ciudadanos consumidores de marihuana. El prejuicio se ha extendido por igual a todos los consumidores y no únicamente a aquellos que desarrollan un nivel de consumo alto con problemas sociales y relacionales.
3. Merced a esta estigmatización y prejuicios sociales (reforzados por la educación formal y los medios de comunicación) se ha asimilado de manera acrítica (tanto en las leyes como la información pública oficial) a la marihuana con otras drogas sicoactivas de mucho mayor riesgo y efectos sociales negativos, como la heroína, el crack o las anfetaminas. Y no se ha planteado con rigor una política social de salud que ataque con eficacia los problemas del consumo intenso de marihuana, como sí se ha intentado, con relativo éxito, con el consumo de alcohol y tabaco. Y ello es un efecto más de la estigmatización social.

¹² Fuente, J. R. de la *et al.*, *Marihuana y salud*, cit., pp. 262-269.

4. Obviamente, el estatus ilegal de la marihuana, al considerarla —sin suficientes bases científicas— en el grupo 1 de la Ley General de Salud¹³ como una más de las sustancias sicoactivas peligrosas, ha contribuido directamente a la estigmatización y marginación social del consumidor de marihuana.
5. Es claro, de acuerdo con la información científica actual, que es igualmente discriminatorio y estigmatizante considerar a todo consumidor de marihuana como un “adicto” y creer que debe ser sometido a un tratamiento médico. También es contrario a los derechos fundamentales y al principio bioético del respeto a la autonomía medicalizar en extremo el consumo de marihuana. *La mayoría de estos consumidores no requieren ni quieren ser sometidos a los tratamientos médicos, ni mucho menos ser tratados como enfermos.* Esto es una violación flagrante a sus derechos básicos de privacidad, de consentimiento informado y de decisión autónoma. La Constitución Política de nuestro país garantiza la protección de esos derechos.
6. Ahora bien, la estigmatización y la condena a la ilegalidad son factores que han orillado a muchos consumidores, especialmente jóvenes, a relacionarse con grupos criminales (los distribuidores y vendedores) y en algunas ocasiones a cometer delitos. En esos casos, deben ser juzgados y castigados, sin ser encontrados culpables, por esos delitos; pero no por consumir o portar cantidades diversas de marihuana.
7. Además, la estigmatización social sobre el consumidor de marihuana se ejerce en el ámbito de la atención a la salud, y provoca que éste no busque información y ayuda si tiene un problema de consumo, porque sabe que será discriminado y segregado socialmente por el personal médico y las instituciones hospitalarias.
8. En suma, la estigmatización y discriminación social del consumo de marihuana ha impedido una adecuada investigación científico-médica, así como una pertinente y oportuna identificación de conductas problemáticas por un consumo de riesgo. Necesitamos, por tanto, establecer los parámetros de esos patrones de consumo de riesgo, así como identificar cuáles son las concentraciones adecuadas de THC y frecuencias de dosis, para poder delimitar —por consiguiente— cuáles son los límites de consumo de menor riesgo.

¹³ Ley General de Salud, artículo 245. El tetrahidrocannabinol y sus variantes están clasificados dentro del grupo I de drogas: “aquellas que tienen valor terapéutico escaso o nulo y que son susceptibles de uso indebido o a un problema especialmente grave de salud pública”. Esta definición carece totalmente de bases científicas en la actualidad. Es urgente reformar dicha Ley para actualizarla.

TESIS 6. Las personas que desarrollen conductas problemáticas por un alto o intensivo consumo de marihuana tienen el derecho de recibir tratamiento médico y sicológico, de manera voluntaria y sin coacción, pero también tienen la responsabilidad, una vez que el tratamiento sea efectivo, de compensar de algún modo los costos de los tratamientos en el sistema público, o bien de retribuir a la sociedad con algún tipo de servicio comunitario.

En muchas legislaciones se han impuesto castigos y diversas penalizaciones a las personas que son arrestadas por posesión de marihuana, bajo el supuesto de que han cometido un delito contra *su* salud. Estas penalizaciones no tienen justificación alguna, y son contrarias a los principios de no discriminación y libre desarrollo de la personalidad. En la tesis 6 me refiero únicamente a que los costos de los tratamientos médicos de las personas que hayan caído en un consumo problemático deben ser asumidos por ellos mismos, cuando se trate de servicios privados; pero en el caso de servicios del sistema público de salud, podría establecerse una compensación por parte del paciente tratado, sin retribución monetaria, sino otro tipo de servicios a la comunidad que la persona tratada se comprometa a desarrollar, por ejemplo, acciones de prevención, campañas y charlas con jóvenes escolares.

TESIS 7. Es posible plantear como hipótesis, que puede y debe ser corroborada, que si se despenalizara y/o legalizara la producción controlada y el consumo de marihuana, éste se vincularía menos con otras conductas delictivas y evitaría que los consumidores desearan probar, por ya no estar en contacto con ese mercado negro, otras drogas sicoactivas de mucho mayor riesgo.

Por otro lado, al respecto de la preocupación de que las actuales organizaciones criminales que controlan en México la producción, distribución y venta de la marihuana se introducirían al mercado legalizado, es factible establecer normas jurídicas para evitarlo, supervisando que los nuevos productores y distribuidores de marihuana, estrictamente controlados, no tengan esos antecedentes o acusaciones de haber cometido esos delitos.

Si la marihuana entrara en un circuito comercial legal estrictamente regulado (mejor lo de lo que están el alcohol y el tabaco), es factible pensar que ello desmantelará poco a poco el estigma social que pesa sobre los consumidores y que éstos podrán asumir un consumo responsable sin tener inclinaciones a cometer delitos o actos clandestinos y antisociales.

En cambio, al mantener la política de criminalización y estigmatización sobre sus consumidores, no se ha conseguido el objetivo de disminuir considerablemente ni mucho menos erradicar el consumo de marihuana, y sí se ha contribuido a dejarle al crimen organizado el control total de este mercado negro, puesto que las necesidades y factores sociales de la demanda de

marihuana no cesarán, nos guste o no. Como todos sabemos, el poder de corrupción y violencia sistemática del crimen organizado sí es una verdadera amenaza contra el Estado, las instituciones y la sociedad de nuestro país.

TESIS 8. Resulta una contradicción que se despenalice paulatinamente el consumo de marihuana (pero con una escala de dosis de portación legal imposible de manejar con precisión), pero se mantenga el estatus ilegal de la producción, distribución y venta. Merced a esta contradicción existe una barrera muy tenue entre portar marihuana para consumo personal y portar para distribuir o vender (que son delitos graves), lo que queda al criterio de la autoridad judicial. En los hechos, los consumidores siguen siendo criminalizados y la mayoría de los presos por “tráfico de drogas” pueden ser consumidores minoritarios de marihuana, generalmente personas que no eran en realidad “tradicantes” ni criminales.

IV. ESCOLIOS DE LAS TESIS 7 Y 8

Marco legal¹⁴

1. La reforma federal que despenalizó parcialmente en 2009 la portación de marihuana para consumo personal con el límite de cinco gramos es inoperante y comporta el riesgo de abusos de autoridad para incriminar a los consumidores, mediante la “siembra” a los detenidos de unos pocos gramos de marihuana en sus pertenencias o ropa. En los hechos, dicha despenalización es ficticia.
2. Por ello, es necesario despenalizar plenamente el consumo sin establecer una cantidad de portación. El problema de distinguir entre portación para consumo personal y tráfico a gran escala también se desvanecería si se legaliza controladamente la producción y distribución para autoconsumo, o bien, distribución regulada y supervisada por la autoridad, con el fin de que los consumidores pudieran acceder a la marihuana de manera legal en establecimientos autorizados o controlados por el Estado mismo.
3. Por tanto, sería recomendable que el proceso de despenalización y legalización de la producción y consumo de marihuana conduzca a una reforma legislativa federal y a una armonización con las leyes estatales y los códigos penales en ambos niveles. No obstante, existe la posibilidad de que los estados de la Federación o la Ciudad de México

¹⁴ Fuente, J. R. de la *et al.*, *Marihuana y salud*, cit., cap. IX, pp. 270-289.

establezcan soberanamente una legislación propia, aunque entre en contradicción con el marco federal, tal como ha sucedido en los Estados Unidos (casos de Colorado, Washington y Alaska que legalizaron la marihuana para uso recreativo). Los ciudadanos, mediante sus representantes populares en los congresos locales o asamblea legislativa, tienen el poder y el derecho de exigir una transformación de la ley para dejar atrás, de modo paulatino y ordenado, la política de criminalización y persecución por el consumo de marihuana.

4. Parece un efecto altamente pernicioso de dicha política de criminalización el que ha sido la portación y transporte de marihuana el delito contra la salud por el que más ciudadanos han sido sentenciados en México. Se estima que 60% de varones y 80% de mujeres sentenciados y encarcelados en prisiones federales por “delitos contra la salud” sólo portaban alguna cantidad de marihuana, pero que no eran probablemente “narcotraficantes”. Para ser detenido y acusado basta con portar más de cinco gramos, según las leyes federales.
5. Es de suponerse que muchos de ellos son jóvenes consumidores que quizá no tenían un problema de alto consumo ni habían cometido otras conductas delictivas graves. Es indispensable que se investigue esta proporción con mayor exactitud y se identifique con mayor claridad las consecuencias y daños sociales de la persecución criminal de la marihuana.

TESIS 9. México puede retirarse de las convenciones internacionales sobre estupefacientes que marcan la política mundial de criminalización y penalización de la marihuana, para elaborar soberanamente su propia legislación en cuanto a su producción y consumo, por todas las razones antes expuestas, nuestro país tiene la oportunidad histórica de transformar su propio marco legal con una orientación enfocada en la defensa y protección de los derechos humanos y de las libertades civiles.

Corolario. Obviamente, el proceso de despenalización y legalización debe implicar que las autoridades federales y estatales controlen la producción y distribución con licencias y concesiones bajo estricta supervisión, y que la plena despenalización y descriminalización del consumo se acompañe con campañas eficientes de difusión con información verídica y confiable sobre riesgos para la salud por consumo de marihuana, así como el impulso de investigaciones multidisciplinarias y multifactoriales, conducidas por las principales universidades y centros de investigación de nuestro país, para establecer así parámetros de referencia en cuanto a los consumos problemáticos o de mayor riesgo, así como mejorar los esquemas de tratamiento y ayuda

médica a quienes, por su propia convicción y voluntad, deseen aceptar estos tratamientos para mejorar su calidad de vida.

TESIS 10. La posible legalización de la producción, distribución y consumo de marihuana, tanto para usos recreativos como terapéuticos, puede ser gradual en un proceso ordenado y supervisado. Es necesario además identificar con mayor precisión niveles y patrones de consumo de riesgo, usos y contextos sociales, así como cantidades máximas indicativas para que los individuos pueden mantener un consumo adecuado, por encima de las cuales sepan que se exponen a mayores riesgos y efectos perniciosos; para ello se requiere mayor y mejor investigación interdisciplinaria y longitudinal en nuestro país.

V. LA PERMANENCIA DE LAS CAUSAS SOCIALES DEL CONSUMO DE DROGAS SICOACTIVAS

TESIS 11. Las motivaciones y contextos personales (situaciones de violencia, altos niveles de estrés y ansiedad, conflictos familiares agudos, pobreza, marginación, educación deficiente, etcétera) que disparan o que contribuyen como factores desencadenantes del consumo problemático de drogas sicoactivas como la marihuana, no se pueden contrarrestar con una política de criminalización y persecución policial. Esa política de la “lucha contra las drogas” ha fracasado rotundamente en todo el mundo.

Es justo que de una vez lo reconozcamos todos. Eso no implica que el Estado debe claudicar en el combate a los grupos del crimen organizado que controlan el mercado ilegal de las drogas sicoactivas, especialmente la marihuana. Lo que implica es que la situación puede comenzar a cambiar legalizando el uso y la producción de la marihuana, con lo cual se puede arrebatar al crimen organizado una parte significativa de ese mercado negro, para convertirlo en un mercado legal (no lucrativo) y bien regulado del uso de la marihuana.

Como se ha propuesto en países como Portugal o Uruguay, es factible establecer un sistema de producción y distribución regulada en “clubes cabánicos” que no realizan comercio lucrativo, sino autoproducción para el consumo de sus socios, quienes deben estar registrados para que la autoridad supervise que son mayores de edad y que mantienen un consumo responsable.

Corolario. Tampoco desaparecerán la necesidad y la demanda de consumo de drogas por parte de la sociedad contemporánea mediante un enfoque sobremedicalizado en su tratamiento institucional y social, reducién-

dolo siempre a un consumo adictivo y considerando todas las drogas como “drogas de abuso” por igual, y a todos los consumidores, sin distinciones pertinentes, como adictos, enfermos o parias sociales. Las causas y consecuencias del consumo de sustancias sicoactivas son mucho más complejas y multicausales, antiguas y profundas en la historia de la humanidad. En todo caso, deben analizarse y estudiarse a profundidad los determinantes sociales y ambientales, así como los factores de riesgo biológicos (incluidos los genéticos), sicológicos y sociales que conducen a las personas a un consumo problemático de drogas sicoactivas. Necesitamos aún mucha mayor investigación científica interdisciplinaria, que cuente con la participación de expertos en ciencias naturales, ciencias sociales, derecho, bioética y filosofía. Pero es fundamental distinguir entre consumo promedio bajo y consumo alto problemático, según lo que indique la experiencia misma de los consumidores.

Mientras las sociedades actuales no puedan crear las condiciones para que las personas puedan vivir con un nivel adecuado de estrés, y menores tensiones y conflictos sociales, es muy probable que algunas de ellas seguirán consumiendo drogas sicoactivas y que algunas llegarán a un nivel de consumo de riesgo para sentirse bien o encontrar placer y satisfacción vital, aunque sea de manera pasajera. No obstante, es preciso reconocer que existe un porcentaje indeterminado de personas que consumen marihuana simplemente por gusto y placer, y que su consumo no está asociado a problemas sociales ni trastornos sicológicos o biológicos. En última instancia, se puede argumentar que todo ciudadano mayor de edad y competente mentalmente tiene el derecho a experimentar con cualquier sustancia que le produzca estados agradables, satisfactorios, o experiencias de estados neuronales y cognitivos alterados, aunque sean efímeros.

TESIS 12. Por todo lo anterior, el Estado mexicano tienen la obligación de advertir con rigor y veracidad al público sobre los riesgos a la salud por el consumo de marihuana, con base en las evidencias científicas actuales, pero no posee razones suficientes (nunca las ha tenido en realidad) para perseguir criminalmente a sus consumidores ni prohibir legalmente todo tipo de producción y distribución de la marihuana, tanto con fines terapéuticos como recreativos.

¿REGENERACIÓN O MEJORAMIENTO DE LA COGNICIÓN? CUESTIONAMIENTOS ÉTICOS¹

Sarah CHAN
John HARRIS

“El cerebro es un órgano de menor importancia”, así lo indicó Aristóteles en el siglo IV a. C.² Hoy, casi dos milenios y medio más tarde, el cerebro es considerado uno de los órganos más vitales del cuerpo, y el más esencial para nuestra concepción de la individualidad. Entendemos el cerebro como el lugar físico de los pensamientos, conciencia, emociones y deseos; en definitiva, la sede de la personalidad; mientras que la muerte cerebral es considerada en muchas formas equivalente a la muerte de la persona como individuo, y la extinción de ciertos derechos legales y posiblemente morales.

Los avances en la ciencia médica nos han acercado a la comprensión de la fisiopatología de muchos trastornos del cerebro. La enfermedad de Parkinson, por ejemplo, es causada por la degeneración de las neuronas dopaminérgicas, cuyos primeros indicios son los defectos motrices y la depresión, posteriormente la demencia.³ La enfermedad de Alzheimer, que implica pérdida de memoria, demencia y deterioro de la función cognitiva, se debe principalmente a la neurodegeneración causada por la acumulación de placas de proteína en el cerebro.

Nuestro conocimiento de las bases neurofisiológicas del comportamiento también se está expandiendo: se conocen las condiciones como el desorden de la esquizofrenia, el trastorno por déficit de atención con hiperactividad (en adelante TDAH) y la depresión para involucrar a las interrupciones en la neuroquímica del cerebro. Sin embargo, aunque la patología primaria de estas

¹ La versión original en inglés fue publicada en *Regenerative Medicine*, 1(3), mayo de 2006, pp. 361-366. Trad. de María de Jesús Medina Arellano.

² Aristotle, E. D., *De partibus animalium*, Londres, Harvard University Press, 1961.

³ Correia, A. S. *et al.*, “Stem Cell-Based Therapy for Parkinson’s Disease”, *Ann. Med.*, 37, 2005, pp. 487-498.

enfermedades puede ser conocida, las complejas interacciones entre la neuroquímica, la patología cerebral y la función cerebral muestran que las causas subyacentes de éstos y otros trastornos del cerebro aún no se conocen bien.

Históricamente, el desarrollo de tratamientos para el funcionamiento del cerebro patológico ha progresado de manera experimental, a veces al azar. Las terapias—como la inducción de la fiebre por infección de la malaria para tratar el choque de parálisis o el tratamiento electroconvulsivo para la depresión, que se ocuparon por primera vez a principios del siglo pasado—han demostrado tener cierto grado de eficacia, pero también de vez en cuando fueron resultado de efectos secundarios no deseados (cuatro de los diez pacientes en el primer ensayo clínico de la malaria murieron como resultado del tratamiento).⁴

Las intervenciones farmacológicas modernas como las drogas sicolíticas y neurotróficas tienen mayor especificidad de acción, pero el espectro completo de los efectos de estas drogas en el cerebro todavía no está claro. La medicina regenerativa ya está empezando a sugerir un gran potencial para el tratamiento y prevención de trastornos cerebrales. Las enfermedades neurodegenerativas se pueden contrarrestar o hacerse más lentas por las intervenciones que promueven la reparación neuronal; por ejemplo, la investigación actual en células madre promete el potencial de proporcionar la cura para el Parkinson y la enfermedad de Alzheimer.⁵

El campo relativamente nuevo de la genética molecular tiene más posibilidades de modificar la actividad cerebral. Muchos rasgos cognitivos y de comportamiento están asociados con un componente genético; los trastornos mentales y del comportamiento, como la esquizofrenia,⁶ el trastorno bipolar y TDAH,⁷ así como algunas habilidades mentales (por ejemplo, la inteligencia⁸ y el oído absoluto musical)⁹ ahora se piensa que tienen alguna base genética. La identificación de genes específicos implicados en tales

⁴ Helmchen, H., “Forthcoming Ethical Issues in Biological Psychiatry”, *World J. Biol. Psychiatry*, 6 (suppl. 2), 2005, pp. 56-64.

⁵ Turnpenny, L. *et al.*, “Human Embryonic Germ Cells for future Neuronal Replacement Therapy”, *Brain Res. Bull.*, 68, 2005, pp. 76-82.

⁶ Austin, J., “Schizophrenia: an Update and Review”, *J. Genet. Couns.*, 14, 2005, pp. 329-340.

⁷ Biederman, J., “Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder: a Selective Overview”, *Biol. Psychiatry*, 57, 2005, pp. 1215-1220.

⁸ Baldwin, T., “Behavioural Genetics: Prospects and Challenges”, *Hum. Fertil. (Camb.)*, 7, 2004, pp. 11-18. Skuse, D. H., “X-Linked Genes and Mental Functioning”, *Hum. Mol. Genet.*, 14 (Spec núm. 1), 2005, R27-R32.

⁹ Baharloo, S. *et al.*, “Familial Aggregation of Absolute Pitch”, *Am. J. Hum. Genet.*, 67, 2000, pp. 755-758.

condiciones podría permitir el desarrollo de tratamientos más orientados a la selección contra trastornos o para resoluciones beneficiosas; incluida la terapia génica.

La posibilidad de utilizar terapias médicas regenerativas para el tratamiento de trastornos cerebrales y aumentar nuestra capacidad de controlar y modificar el funcionamiento del cerebro, ha planteado la cuestión de la ética en las intervenciones terapéuticas que también puedan constituir mejoras. ¿Qué sucedería si se pudieran aplicar este tipo de intervenciones no sólo como tratamientos, sino también para aumentar la capacidad cognitiva en los individuos normales? Vamos a analizar la ética de mejoras cognitivas de manera general, no limitándonos a aquellas intervenciones que son en sentido estricto para condiciones degenerativas, debido a que consideramos que los problemas éticos son lo mismo en ambas intervenciones.

La idea de ser capaz de aumentar la capacidad intelectual, ya sea por drogas u otro mejoramiento, se ha especulado a lo largo de muchos años. Cada nuevo descubrimiento de un gen o de drogas que afecta a la inteligencia, aprendizaje o la memoria se promociona para un futuro como el auge de “píldoras inteligentes” y de seres humanos *supersmart* (súper inteligentes). Estos conceptos han sido explorados en la ciencia ficción durante décadas, pero es muy posible que en los próximos diez años estos inventos avancen al terreno de los hechos. El mejoramiento genético de la memoria se ha demostrado en ratones;¹⁰ numerosos fármacos para mejorar el rendimiento mental, la concentración o estado de ánimo —Prozac, Valium, Ritalín y Modafinilo— ya están disponibles para los seres humanos. Existe incluso la posibilidad de utilizar la tecnología informática para integrar y mejorar la función cerebral.¹¹

Al considerar la posibilidad de mejorar el cerebro, la primera pregunta que debe hacerse es si la mejora de las capacidades mentales, como la inteligencia y la memoria, son un bien en sí mismo. Ciertamente, para un determinado individuo, es difícil ver cómo un simple aumento de la inteligencia podría ser beneficioso: la inteligencia se ha demostrado que se correlaciona con el éxito socioeconómico, la salud y la longevidad,¹² los cuales son productos normativos.

¹⁰ Tang, Y. P. *et al.*, “Genetic Enhancement of Learning and Memory in Mice”, *Nature*, 401, 1999, pp. 63-69.

¹¹ Maguire, Jr. G. Q. y McGee, E. M., “Implantable Brain Chips? Time for Debate”, *Hastings Cent. Rep.*, 29, 1999, pp. 7-13.

¹² Gottfredson, L. S., “Intelligence: is it the Epidemiologists’ Elusive ‘Fundamental Cause’ of Social Class Inequalities in Health?”, *J. Pers. Soc. Psychol.*, 86, 2004, pp. 174-199. Deary, I. J. *et al.*, “Human Hierarchies, Health, and IQ”, *Science*, 309, 2005, p. 703.

En la población general, una sociedad compuesta por personas que viven una vida mejor sería presumiblemente beneficiada como resultado de estas mejoras. Si el aumento de la capacidad cognitiva es un beneficio y no causa ningún daño, ¿hay otras razones para tener precaución en el uso de tecnologías para mejorar el cerebro? A pesar de la charla sobre la inteligencia mejorada, una dificultad obvia es que la inteligencia es un concepto escurridizo, que incorpora muchos aspectos diferentes: el razonamiento y la capacidad de análisis, la concentración y la atención, la memoria, la perseverancia y la llamada “inteligencia emocional”, entre otros. La mera mejora de una de estas características no puede traer el beneficio teórico que se podría esperar.

La memoria, por ejemplo, es importante no sólo para el recuerdo de la información pertinente; en la mejora de la memoria también es factible que todo tipo de información se mantenga, independientemente de la relevancia; aunque interferiría de manera significativa con otras funciones cognitivas.¹³ La complejidad de la función cerebral y su efecto en el comportamiento y la cognición es quizá uno de los factores que distingue la neuromejora de otras formas físicas postuladas. Las neurociencias son, hasta ahora, un factor de predicción inexacta de los efectos de una intervención determinada en la capacidad o comportamiento mental: un aumento en la proliferación neuronal o la alteración de los niveles de neurotransmisores, no producirá necesariamente una mejora en la función cerebral.

Una forma en la que esta imprevisibilidad se puede manifestar es en los riesgos o efectos secundarios asociados con el mejoramiento de la función cerebral. Por ejemplo, al respirar aire con elevados niveles de oxígeno se puede aumentar la percepción y los reflejos, pero también puede causar daño a los tejidos. El metilfenidato es el ingrediente activo del fármaco en el tratamiento de TDAH, el nombre del fármaco es Ritalín; éste se puede utilizar para aumentar la capacidad de atención y concentración, pero reduce el rendimiento en las pruebas de memoria espacial.

El modafinilo, desarrollado para tratar la esquizofrenia¹⁴ y el TDAH,¹⁵ ha sido aclamado como aquel que tiene el potencial de revolucionar a la sociedad debido a que su uso en individuos sanos trae como efectos la reducción drástica de la necesidad de dormir, también permite un rendimiento

¹³ Rose, S. P., “«Smart Drugs»: do they Work? Are they Ethical? Will they be Legal?”, *Nat. Rev. Neurosci.*, 3, 2002, pp. 975-979.

¹⁴ Turner, D. C. *et al.*, “Modafinil Improves Cognition and Attentional set Shifting in Patients with Chronic Schizophrenia”, *Neuropsychopharmacology*, 29, 2004, pp. 1363-1373.

¹⁵ Turner, D. C. *et al.*, “Modafinil Improves Cognition and Response Inhibition in Adult Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder”, *Biol. Psychiatry*, 55, 2004, pp. 1031-1040.

sostenido y una mayor productividad; pero los estudios hasta ahora no han podido dilucidar el mecanismo por el cual actúa esta droga, y las consecuencias a largo plazo del tratamiento sobre la neuroquímica del cerebro y el metabolismo son aún desconocidos.¹⁶

Los efectos de cualquier intento de interferir con la función normal del cerebro pueden ser igualmente impredecibles. La preocupación por el riesgo y la seguridad de la mejora neurológica deben, como todas las preocupaciones, considerarse seriamente, pero estas preocupaciones no son suficientes para descartar este tipo de tratamientos como poco éticos. En cuanto a los nuevos procedimientos clínicos y experimentales, los riesgos y beneficios deben ser sopesados en la balanza para decidir si la ganancia se justifica con el peligro potencial en que se incurre.

Es indispensable valorar el beneficio social que se pueda obtener a cambio del sufrimiento individual y real; la elección se deja al individuo, en cuanto a la participación en ensayos clínicos y la investigación. Una dificultad tal vez única en esta área de la ciencia, sin embargo, es la falta de modelos de animales útiles para la cognición humana en la que los ensayos preliminares se puedan llevar a cabo. Las pruebas en ratones o especies similares pueden mostrar efectos fisiológicos, pero no pueden observar o sugerir lo que el efecto global de estos cambios será en el complejo funcionamiento del cerebro humano.

Incluso las pruebas con primates no humanos son limitadas en la información que se pueda ofrecer en cuanto a los cambios potenciales que podrían ser inducidos en el pensamiento y el comportamiento humano; y el uso de primates no humanos es considerado como éticamente más problemático que el uso de otros animales para la investigación.¹⁷ Junto a esta nota de precaución también debemos reconocer los peligros potenciales de la *caja de pandora* que se presentan en el neuromejoramiento. Una vez liberados los tratamientos cerebrales de mejora es probable que sean imposibles de contener.

Después de haber experimentado el poder de las facultades mentales aumentadas artificialmente, quedarían las drogas neurogénicas a voluntad de los usuarios que puedan sufrir de adicción —estilo de vida para las capacidades cognitivas mejoradas—, conferidas por los tratamientos, incluso si los medicamentos no son adictivos de manera fisiológica. Si bien se estarían realizando de forma permanente, más inteligente podría ser obligar a la

¹⁶ Turner, D. C. *et al.*, “Cognitive Enhancing Effects of Modafinil in Healthy Volunteers”, *Psychopharmacology (Berl)*, 165, 2003, pp. 260-269.

¹⁷ *Nuffield Council on Bioethics. The Use of Primates in Research*, Londres, 2006.

búsqueda continua de mejora artificial de las capacidades mentales, incluso si fueran desproporcionadas. Más aún: sin los efectos secundarios, la compulsión de mantener un estado mental *drugenhanced* puede ser por sí mismo un efecto negativo.

Si las *drogas inteligentes* se ponen a disposición una vez y resultan eficaces, la demanda de las mismas será intensa y prácticamente requerirán su continuo suministro. Incluso la separación forzada de acceso a dichos tratamientos, mediante la prohibición de su distribución o uso, es poco probable que resulte eficaz: un mercado negro de las drogas sicotrópicas ya florece, y no sería complicado que este mercado se extienda hacia fármacos neurotrópicos.

Estos fármacos se deben manejar con muchas precauciones, ya que la idea no deja de ser seductora al establecer el aumento de la función cerebral, sin caer en los excesos del paternalismo estatal, el cual determine lo que se debe consumir o no. Ya que al aumentar la función cerebral puede ser beneficiosa tanto para el individuo como para la sociedad, existen poderosas razones para perseguir estas posibilidades en vez de prohibirlas.

Además, si tales tratamientos están disponibles legítimamente como terapia, puede ser problemático distinguir los casos en que el tratamiento terapéutico debe ser permitido, y asegurar que el uso de tratamientos se limite únicamente a éstos, ya que existen estudiantes que buscan maneras de mejorar su rendimiento académico y están usando Ritalín para promover un estado de alerta y reducir la necesidad de dormir.

A pesar de que el medicamento está restringido al uso de prescripción médica para el tratamiento del TDAH, los estudiantes pueden presentar un diagnóstico falso con el fin de obtener una receta; o pueden comprarlo (ilegalmente) con el apoyo de otros y obtener una receta original, o bien mediante una fuente ilegítima de suministro. Ésta es una cuestión que se plantea con frecuencia en relación con la mejora en general: si debemos apoyar o permitir tratamientos que mejoren a personas sanas o, en este caso, mentalmente normales. Los tratamientos que confieren un nivel de funcionamiento por encima de la norma —se sugiere— son moralmente diferentes y de alguna manera menos admisibles que las intervenciones terapéuticas que se dirigen a restaurar la función “normal”.

Sin embargo (como se ha discutido extensamente en otro lugar),¹⁸ el concepto de normalidad en términos de lo que es “especie-típica es redundante en un mundo que ya incorpora la tecnología médica moderna para

¹⁸ Chan, S. y Harris, J., “In Support of Enhancement”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, 2006.

trascender los límites de la salud natural”; por lo tanto, la distinción entre terapia y mejoramiento es nebuloso en el mejor de los casos y, en el peor de los escenarios, inexistente. Esto es particularmente aplicable a la capacidad mental, en el que el alcance y la definición de lo que es normal es tan amplia y compleja como para hacer casi cualquier alteración explicable, ya sea como terapia o mejora.

¿Qué tan grave debe ser una condición antes de permitir el tratamiento que se suministra, y cómo podemos justificar tal distinción? Este tratamiento sólo será para un niño que ha sido diagnosticado clínicamente con el padecimiento de TDAH; ahora bien, formulamos la pregunta: ¿será moralmente más aceptable la administración del tratamiento al niño con poca capacidad de atención y también para aquel que no ha recibido un diagnóstico clínico? En estos dos casos, existe un cambio de escenario en el que un individuo simplemente quiere sacar el máximo provecho de la escuela o la universidad tomando medicamentos que ayudarán a la concentración y la retención de lo que se ha aprendido. Una cuestión fundamental: ¿es entonces malo el mejoramiento de la naturaleza o su funcionamiento normal, o bien la operación es típica de las especies?

Consideré el uso de gafas. Éstas son una tecnología de mejora para devolver la vista, lo que constituye un funcionamiento normal o para reparar algo ocasionado por una enfermedad, daños o lesiones. Esta idea define la salud y, por lo tanto, la enfermedad en términos de desviaciones del funcionamiento típico de las especies, de acuerdo con las líneas desarrolladas por Boorse y Daniels.¹⁹ Ahora considere el uso de un telescopio o unos binoculares o un microscopio, estas herramientas no se utilizan para restablecer la normalidad o tratar la enfermedad o lesión; se usan para mejorar las competencias y capacidades.

Es interesante especular sobre cuántos de los que han utilizado alguna vez los binoculares pensaban que estaban cruzando una línea divisoria moral cuando lo hicieron. Otra analogía que se puede mencionar: “es cierto que cuando Galileo desarrolló el telescopio hubo algunos de entre sus compatriotas que se negaron a mirar a través de él, pero pocos hoy en día compartirían esta ética de incomodidad”.

Sin embargo, en el contexto de las sustancias que interactúan directamente con nuestra bioquímica corporal, sentimos un malestar considerable, que se refleja en la costumbre y la ley. Está bien cambiar la química de nues-

¹⁹ Daniels, N., *Justice and Justification*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996. Boorse, C., “On the Distinction Between Disease and Illness”, *Philosophy and Public Affairs*, 5, 1975, pp. 49-68.

tro cuerpo mediante el entrenamiento, pero lograr un efecto similar con esteroides es ilegal para los atletas. Está bien comprar privilegios educativos para niñas y niños, es decir, pagar educación privada, pero resulta dudoso mejorar sus habilidades mediante el consumo de drogas —fármacos— (la anterior analogía se utilizó por primera vez en una reunión pública en Cheltenham Town Hall el 18 de noviembre de 2005), Steven Rose usó la misma idea recientemente.²⁰

Si buscamos en ese pasaje (o en el ensayo de Rose en otra parte) para agrupar elementos que nos lleven a una defensa racional de esta diferencia, sólo encontramos una apelación a la costumbre, a la ley o para el “factor visceral o de repulsión”, ya que en él sentimos *un malestar considerable que se refleja en la costumbre y la ley*; sin embargo, esta misma inquietud fue sentida por los compatriotas de Galileo con el mismo grado de justificación. Ahí podemos imaginar un escenario futurista maravilloso en el que podríamos eliminar las enfermedades infecciosas a través de la utilización de vacunas eficaces. Dicho escenario sería bienvenido como una medida de salud pública maravillosa y eficaz, que salvó la vida, alivió el sufrimiento y la angustia se redujo al mínimo.

La vacunación es, por supuesto, una tecnología de mejora y ha sido aceptada desde hace tiempo (ya que la vacuna contra la viruela se utilizó por primera vez a mediados del siglo XVIII). Dado que la vulnerabilidad a la viruela y la poliomielitis, el sarampión, paperas y rubéola eran perfectamente normales y naturales, entonces, si alteramos a los seres humanos para afectar su vulnerabilidad, dichas situaciones estarían mejorando. Pero, en el problema planteado, estamos interfiriendo con seres humanos normales y perfectamente sanos (bebés o adultos).

El núcleo del problema es si existe o no una diferencia entre una dis-capacidad y una incapacidad desde el punto de vista de la legitimidad de alterar ese estado. Los individuos sanos no están deshabilitados, incluso si no han sido vacunados, pero tienen una incapacidad para resistir, por ejemplo, la poliomielitis. Igualmente los individuos sanos pueden ser incapaces de concentrarse durante largos períodos de tiempo o dormir muy poco o retener en su memoria la mayor parte de lo que han aprendido. Si las drogas u otros procedimientos pueden alterar esto para mejorar, ¿habrá alguna razón moral o existirán razones sociales para establecer esta diferencia? Si la neuro-mejora beneficia al individuo entonces se deduce que la provisión

²⁰ Rose, S. P., “Brain Gain? In: From Smart Pills to Designer Babies and Extended Lifespans, Technology now Promises to Transform our very Nature”, en Miller, P. y Wilson, J. (eds.), *Better Humans*, Londres, Demos, 2006.

de mejora es hacer el bien. La moral, por lo general, nos anima a hacer el bien a los demás si se puede y sin duda nos insta a no negar a otros la oportunidad de beneficiarse a sí mismos. En el contexto de la sociedad en su conjunto, sin embargo, ¿es válido utilizar un procedimiento que está disponible y que podría permitir a algunos favorecerse a sí mismos o a sus hijos a expensas de los demás?

Es una pregunta complicada y que excedería por mucho la delimitación de este trabajo. Aunque podemos mencionar que lo debemos tener en cuenta, sin embargo, de esto no se sigue el hecho (si se trata de un hecho) de que algo no es deseable, que no se debe permitir o tolerar. Consideremos de nuevo la sugerencia de Steven Rose: “Está bien contar con el privilegio educativo para niños que se les puedan pagar clases impartidas por particulares, pero es dudoso mejorar sus habilidades alimentándolos con drogas”.

Por nuestra parte no vemos ninguna diferencia relevante aquí. En primer lugar, Rose ha descrito mal el tema. Los padres que pagan por clases particulares o envían a sus hijos a colegios caros podrían estar no sólo comprando privilegios en la educación, sino que también están haciendo lo que cualquier buen parente debe hacer —la garantía de que su hijo tenga la mejor educación posible—. Podría decirse que dejar las drogas disponibles (suponiendo que sean seguras) también mejorará la educación de sus hijos y resulta igual de bueno o, al menos, en las palabras de Rose, “bien”. Puede que no sea la prioridad más urgente del uso de los recursos públicos para aumentar la inteligencia de los individuos sanos, ya capaces mentalmente; pero esto no impide poner tales tratamientos al alcance con la base de financiamiento privado.

Sin embargo, si los ricos reciben un mayor acceso a los tratamientos de mejoramiento cognitivo debido a su capacidad de pago, ¿el aumento previsto será consecuencia de las capacidades de este grupo el que llevará a un aumento de la brecha social entre ricos y pobres? En lugar de un argumento para la restricción de tratamientos neuroestimulantes y privar a la sociedad de los beneficios que podrían resultar de los mismos, esto debería ser una razón para asegurarse de que tales beneficios se produzcan de la manera más amplia posible.

Otra pregunta que debemos formularnos es: ¿hay entonces algo temible en nuestra creciente comprensión de la función del cerebro humano y las capacidades que podríamos potencialmente adquirir para modificar y mejorar la capacidad mental humana? Uno puede imaginar un mundo en el que los niños y niñas se dan las mejores oportunidades genéticas posibles para el desarrollo del recurso humano único de sus mentes y donde el rendimiento intelectual es impulsado de forma rutinaria por las tecnologías

farmacológicas o basadas en computadoras, para ayudar a las personas a un mayor cumplimiento de su potencial en todas las áreas de vida. Se podría argumentar que en una sociedad en la que el neuromejoramiento está disponible de forma habitual, esto obligaría a todos a utilizar las tecnologías de mejoramiento con el fin de ser competitivos.

Si el neuromejoramiento es de beneficio, entonces bien puede ser deseable fomentar su uso. Ya aceptamos el uso en la sociedad de otras intervenciones beneficiosas, a partir de la fluoración del agua potable, el uso de cinturones de seguridad en vehículos de motor, y el uso de fármacos como la aspirina y estatinas, mismas que se están acercando a la universalidad de las personas en riesgo de enfermedades del corazón (que es prácticamente toda la población mayor de cierta edad).

Existe la percepción de que si la gente quiere evitar una muerte prematura, se verá obligada a tomar los medicamentos como las estatinas y aspirinas, o bien renunciar a los alimentos poco saludables y hacer ejercicio con el fin de llevar una vida saludable. Hay muchas estrategias de mejoramiento que los seres humanos han desarrollado, que son costosas y parecen amenazar con aumentar las desigualdades entre ricos y pobres; la creación de una carrera por la ventaja que amenaza con dejar un poco atrás y hacer que las élites extiendan las diferencias. La escritura era probablemente una de esas “tecnologías” con que alfabetizamos para tener acceso a los libros, sin olvidar que el acceso a la cultura era elitista y que los libros y los materiales de escritura eran caros, y que aprender a leer era costoso en términos de tiempo, esfuerzo y otros recursos.

Luego vinieron las universidades y escuelas: el coste de la enseñanza escolar universal es enorme y los costes de acceso a la educación superior para todos aquellos que son capaces de beneficiarse de ella también son enormes; una vez más, estas estrategias crean élites, debido a los altos costos de una carrera.

Recientemente, acceder a las computadoras y al Internet ha planteado cuestiones y preocupaciones similares. Sin embargo, la solución que se percibe es la adopción de herramientas que coadyuven a dotar de acceso universal a este tipo de estrategias y tecnologías que mejoran la vida. Lo mismo puede decirse, como ya hemos señalado, de las vacunas y de las gafas, en donde también se asoman las élites de los individuos favorecidos.

Hemos intentado lograr el acceso universal a las vacunas contra la poliomielitis y la viruela, el acceso a las gafas está muy extendido si no es que es universal. El reto es, por supuesto, razonar las estrategias que valen la pena adoptar.

Puede ser que algunas de las nuevas estrategias que se realizan ya sea desde la medicina regenerativa o desde potenciadores químicos, demostrará que no vale la pena. O si son de valor, tal vez las desigualdades que amenazan y se han avizorado resultarán más difíciles de resolver que otras ya generadas. No sabemos la respuesta a cualquiera de estas preguntas.

Sin embargo, dos cosas parecen claras. La primera es que, es dudoso que existan objeciones éticas convincentes para el mejoramiento humano *per se*. En segundo lugar, el enfoque correcto a las desigualdades creadas por la ciencia y la tecnología, si son el acceso a la educación o los trasplantes de órganos,²¹ a medicamentos, vacunas o gafas, o a las tecnologías médicas para mejorar o aumentar la función cerebral, parece que se intentaría “subir de nivel” en lugar de negar ventajas a algunos, al menos hasta que puedan ser proporcionados a todos.

²¹ Harris, J., “Intimations of Immortality – The Ethics and Justice of Life Extending Therapies”, en Freeman, M. (ed.), *Current Legal Problems*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

OBJECCIONES DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO: REFLEXIONES EN TORNO A SU REGULACIÓN

Pauline CAPDEVIELLE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de objeción de conciencia*. III. *La protección de la conciencia*. IV. *La titularidad de la objeción de conciencia*. V. *Objeción de conciencia y resistencia religiosa*. VI. *A modo de conclusión: la regulación jurídica de la objeción de conciencia*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la objeción de conciencia se ha vuelto un tema apremiante y paradigmático de la bioética, entendida ésta como la disciplina que busca resolver los problemas que plantea el desarrollo y la aplicación de las ciencias de la vida y la salud, a partir de un enfoque multidisciplinario, especialmente, desde el punto de vista de la biología y la ética.¹ Es un tema apremiante porque parece existir un *big bang* de objeciones de conciencias desde hace un par de décadas;² es también un tema paradigmático, ya que plantea serias dificultades respecto de la armonización de las dos facetas de la bioética: la dimensión individual, que hace hincapié en la autonomía moral de los seres humanos, y la dimensión social, que subraya los contextos colectivos y sociales de la vida humana.³ Desde esta óptica, la objeción de conciencia abre la difícil reflexión sobre la conciliación entre la autonomía del sujeto como agente racional y digno y el respeto al derecho en la sociedad como condi-

¹ Sobre el concepto de bioética, véase Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios clásicos de la ética biomédica*, Barcelona, Masson, 1999.

² Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, Iustel, 2011, p. 23.

³ Rodolfo Vázquez, “Bioética y derecho. Retos para una agenda de discusión en México”, conferencia impartida el 26 de octubre de 2012 en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, disponible en https://www.uaeh.edu.mx/campus/icsa/noticias/2/docs/2013/2/bioetica_y_derecho.pdf

ción mínima de una convivencia pacífica. A partir del enfoque sanitario, la objeción de conciencia se ha vuelto inseparable de algunos temas recurrentes de la bioética, como el aborto, la eutanasia, la cuestión de la donación y el trasplante de órganos, la reproducción sexual, el consentimiento informado.⁴

La objeción de conciencia debe plantearse en el panorama de un mundo en constante cambio, caracterizado por una mayor circulación de las ideas y de los hombres, que genera, a su vez, una creciente diversificación de las creencias y convicciones fundamentales en sociedades cada vez más complejas. En este mundo globalizado, llegar a un consenso en torno a una identidad colectiva y al contenido de una moral pública, se torna cada más complicado, como lo ilustra la multiplicación de reivindicaciones religiosas y/o comunitarias particulares, las cuales son respaldadas por los valores y principios de las sociedades democráticas: libertad, igualdad, derecho a la diferencia, tolerancia, al desarrollo de la libertad personalidad, por ejemplo.

Ante este escenario, el paradigma de la secularización como pérdida de lo religioso —dominante en las ciencias sociales a finales de los años 1960— tuvo que ser abandonado, o por lo menos fuertemente matizado. La religión no se ha replegado a la esfera de lo privado, ni mucho menos ha desaparecido. Las religiones tradicionales se han mantenido —algunas con inusual dinamismo— mientras que surgieron nuevas espiritualidades o resurgieron viejas identidades. En muchos casos, la religión volvió a politizarse y a fundamentar el político, como lo muestra, por ejemplo, los estragos que ha conocido el mundo musulmán a partir de la revolución iraní de 1979. El factor religioso, a partir de los años 1980, vuelve a constituir un factor determinante de las construcciones sociopolíticas nacionales y regionales, moviendo las bases de los compromisos relativos a la disposición de los espacios políticos, públicos y privados y de las relaciones entre el Estado, la sociedad, los individuos y las instituciones religiosas.

América Latina se inscribe en esta tendencia, siendo caracterizada a partir de esta fecha por un dinamismo importante en materia religiosa que se tradujo por un proceso de diversificación de las convicciones fundamentales⁵ y el surgimiento de nuevas iglesias, especialmente, de tipo evangélico y pentecostal.⁶ A nivel político, la Iglesia católica, si bien acusa una disminución bastante importante de sus fieles en la región, ha logrado posicionarse

⁴ *Idem.*

⁵ Sobre el tema de la diversificación de las convicciones religiosas en México, véase Salazar, Pedro *et al.*, *Estado laico en un país religioso*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

⁶ Véase Bastian, Jean-Pierre, *La mutación religiosa de América Latina. Para una sociología del cambio social en la modernidad periférica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

con éxito como un actor relevante del debate público en un marco general de afianzamiento de la democracia en el continente. En alianza con nuevas iglesias cristianas, consiguió imponer su agenda en los debates nacionales respecto de algunas temáticas como la sexualidad, el género, la familia, la reproducción, el inicio y fin de la vida. La región, por lo tanto, no escapa de ciertas paradojas: por un lado, un andamiaje político-jurídico marcadamente separado de lo religioso —la idea de un Estado laico, de libertades fundamentales no negociables—; por el otro, la persistencia en la esfera pública estatal y no estatal de fenómenos religiosos, algunos con pretensiones hegemónicas respecto de la definición de las normas colectivas.

En el ámbito sanitario, estas tendencias se despliegan con gran complejidad. El hospital es el teatro de los dramas de la naturaleza humana, la vida y la muerte, el sufrimiento, la enfermedad, etcétera —aristas de la vida a las cuales buscan las religiones aportar respuestas y consuelo—. Se vuelve por lo tanto el espacio predilecto de choque entre religiosidad y modernidad, conciencia, ley y deber deontológico. El acelerado desarrollo científico y tecnológico que conocemos hoy en día ha generado la multiplicación de dilemas morales, que pueden expresarse como objeciones de conciencia cuando aparece un desajuste entre los mandatos jurídicos y las convicciones fundamentales individuales.

En este trabajo buscaremos reflexionar en torno a la problemática de las objeciones de conciencia en el ámbito sanitario, abordando algunas coordenadas que nos parece más relevantes: la titularidad de la objeción, la dimensión política y conservadora de algunas de ellas, el Estado laico, los derechos sexuales y reproductivos de las personas, y la necesidad de una regulación robusta para conciliar las libertades de todos los involucrados. Asimismo, en un primer tiempo, abordaremos el concepto de objeción de conciencia, haciendo hincapié en su naturaleza política como un acto privado que busca preservar la coherencia de la identidad moral, y su recepción por el orden jurídico. En un segundo tiempo, nos enfocaremos a la cuestión de la protección de las convicciones fundamentales, señalando sus condiciones de posibilidad, así como sus límites en una sociedad democrática. En un tercer apartado, examinaremos la cuestión de la titularidad de las objeciones de conciencia, en particular, enfrentando la cuestión de la objeción de las personas morales. Finalmente, abordaremos la problemática de su utilización masiva y política desde el punto de vista del Estado laico, para terminar insistiendo en la necesidad de una regulación para preservar los derechos de todos los involucrados.

II. EL CONCEPTO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA

De manera general, la expresión “objeción de conciencia” es utilizada para referirse a las situaciones conflictivas que nacen de la colisión entre las convicciones fundamentales de un individuo y el derecho en sentido amplio —leyes, principios constitucionales, actos jurídicos individualizados, políticas públicas, prácticas administrativas, etcétera—. El objetor de conciencia se niega a acatar un deber jurídico, al considerarlo incompatible con sus obligaciones morales, ya sean de índole religioso, filosófico o ético. La objeción de conciencia, por lo tanto, se traduce por una actitud de oposición e insumisión a un mandato de autoridad, lo que la ubica conceptualmente en la nebulosa de los fenómenos de resistencia al derecho.

Existe similitudes importantes entre la objeción de conciencia y otros fenómenos de insumisión, en particular con la desobediencia civil, pues ambas suponen un reconocimiento de la legitimidad del orden político y jurídico, es decir, ni el objetor, ni el desobediente contestan la titularidad del poder político y los principios rectores del orden jurídico. En ambos casos, el rechazo a la ley es puntual y limitado a una disposición o política en especial.⁷ Este criterio de la lealtad constitucional permite distinguir la objeción de conciencia y la desobediencia civil de formas más radicales de insumisión, como el derecho de resistencia a la opresión y la desobediencia revolucionaria.⁸

Sin embargo, la objeción y la desobediencia tienen cada una su lógica propia: mientras el desobediente busca eliminar la norma del ordenamiento jurídico o poner fin a una política que considera profundamente injusta, el objetor, en cambio, sólo pretende ser eximido de su cumplimiento. En este sentido, el actuar del desobediente es político —busca influir en la determinación de las leyes y políticas de su país— mientras que el proceder del objetor es privado —no pretende afectar las reglas colectivas, sino simplemente garantizar la cohesión e integridad de su conciencia—.⁹ Mientras la desobediencia civil hace hincapié en los valores e ideales compartidos por toda la sociedad —democracia, igualdad, libertad, defensa del medio ambiente o del patrimonio cultural, etcétera—, la objeción de conciencia llama

⁷ Muchos autores han hecho hincapié sobre el criterio de la lealtad constitucional, Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 134 y ss.; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 279.

⁸ Véase Capdevielle, Pauline, *La libertad de conciencia frente al Estado laico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 23 y ss.

⁹ *Ibidem*, p. 28.

a las convicciones propias, reconociendo en muchos casos que no existen bases para la comprensión mutua, especialmente cuando la negativa se basa en consideraciones religiosas.¹⁰ La primera toma la ruta de las teorías de la democracia y de la participación ciudadana, la segunda, en cambio, remite a la teoría de los derechos como límites del ámbito de poder frente a la autonomía individual. Así las cosas, la objeción de conciencia se presenta como el acto personal y privado orientado a proteger el objector de la interferencia estatal.¹¹

Desde el punto de vista jurídico, la objeción de conciencia no es exenta de algunas ambigüedades, debido a que recubre situaciones diversas y variadas: *a)* la primera versión es la objeción *contra legem*, que se presenta cuando una persona manifiesta abiertamente su rechazo a un deber jurídico y se niega a acatarlo, exponiéndose al castigo. En esta situación, la objeción es prejurídica o incluso antijurídica, al surgir como insumisión al mandato legal; *b)* diferente es la llamada objeción de conciencia *secundum legem* la cual se presenta como una exención prevista por la ley en determinadas circunstancias.¹²

En derecho francés, estas previsiones legales se conocen como *cláusulas de conciencia*, término que tiene la virtud de distinguir ambos fenómenos con base en su naturaleza jurídica. Desde este punto de vista, las cláusulas de conciencia serían objeciones de conciencia institucionalizadas, y por lo tanto fenómenos plenamente jurídicos; *c)* la tercera hipótesis es el conflicto moral llevado ante el juez. Pasamos aquí de una objeción de conciencia *contra legem* a una justificación del comportamiento basado en elementos jurídicos, especialmente, de naturaleza constitucional. En este esquema, la resolución del caso se apoya en un ejercicio de ponderación¹³ entre la objeción considerada como ejercicio legítimo de la libertad de conciencia y el bien jurídico protegido por la norma impugnada, buscando encontrar la mejor solución posible en las circunstancias concretas del caso, *d)* por otro lado, las llamadas “objeciones de conciencia imperfectas” aluden a los conflictos morales que surgen en determinadas situaciones, sin que exista un deber jurídico claramente identificable.

¹⁰ John Rawls, *Teoría de...*, cit, p. 410.

¹¹ Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 339.

¹² Navarro Valls, Rafael y Martínez Torró, Javier, *Conflictos entre...*, cit., p. 30.

¹³ Sobre el tema de la ponderación, véase Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 201-228.

Casos de esta naturaleza se encuentran con frecuencia en el ámbito sanitario, en particular, con la “objeción o reticencia profesional”¹⁴ que remite a la situación en la cual un miembro del equipo médico se siente interpelado moralmente, ya sea que considera que tiene la obligación de intervenir o actuar para salvar la vida de un paciente, o bien negándose a acatar la instrucción de un superior o la indicación de un protocolo.¹⁵ Pueden entrar también en esta categoría el conjunto de situaciones que involucran repudios morales y demandas de tratos y acomodos especiales por parte de los usuarios de los servicios de salud, por ejemplo, la negativa en recibir una transfusión sanguínea, el rechazo de una paciente de ser examinada por un médico de sexo masculino en un hospital público, la solicitud de alimentos conforme con prescripciones religiosas en hospitales, etcétera.¹⁶ A pesar de la diversidad de las situaciones, lo relevante es que en todos estos casos existe una pretensión de que una convicción fundamental particular abra un derecho a un trato especial por encima de las leyes, políticas o prácticas administrativas generales.

III. LA PROTECCIÓN DE LA CONCIENCIA

La promoción y protección de las libertades fundamentales y de la convivencia pacífica y respetuosa es la finalidad última de cualquier sociedad democrática y abierta. En este sentido, las objeciones basadas en motivos morales deben ser tomadas en serio en el marco de ordenamientos político-jurídicos orientados a la protección de la autonomía individual, la promoción de la tolerancia y el respeto de los planes de vida de todos los miembros de la sociedad.¹⁷ Sin embargo, no puede pasar desapercibido que la negativa en acatar un deber jurídico conlleva ciertos riesgos para la cooperación social, especialmente cuando se rompe la igualdad ante los cargos que supone la vida en

¹⁴ Ambos términos están propuestos en el excelente estudio conducido por el Grupo Interdisciplinario de Bioética del Instituto Borja de Bioética de la Universitat Ramon Llull, “Consideraciones sobre la objeción de conciencia”, *Revista Bioética & Debat*, vol. 18, núm. 66, p. 9, disponible en: <http://www.bioetica-debat.org/contenidos/PDF/BD66ESP.pdf>

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Para un panorama de las diferentes situaciones conflictivas en una sociedad pluricultural, es interesante referirse al Reporte Bouchard-Taylor de 2008, titulado explícitamente “Construyendo el futuro. Un tiempo para la reconciliación”, que ofrece un recuento de los casos problemáticos surgidos en Quebec entre 1985 y 2008 a raíz de las exigencias identitarias comunitarias y religiosas.

¹⁷ Sobre la temática de la objeción de conciencia a partir de los conceptos de autonomía, neutralidad y tolerancia, véase Capdevielle, Pauline, *La libertad...*, cit., pp. 49 y ss.

sociedad y, sobre todo, cuando los derechos ajenos se encuentran afectados. Es necesario, por lo tanto, preguntarnos acerca de qué tipo de convicciones merecen una protección especial, y en qué límites.

Lo primero que se puede decir al respecto es que no cualquier juicio de inconformidad respecto a un mandato legal es susceptible de protección. El motivo para pedir la eximición de un deber debe encontrar su fundamento en la conciencia, entendida como el lugar donde surge el conocimiento de las reglas morales y las convicciones fundamentales acerca de los grandes cuestionamientos de la vida humana. De esta manera, la protección se aplica a las obligaciones morales, es decir, las convicciones religiosas, filosóficas o éticas que tienen pretensión de universalidad¹⁸ y que constituyen un elemento fundamental de la identidad moral de la persona. Desde luego, no entran en el ámbito de protección los motivos basados en consideraciones de oportunidad o conveniencia de aplicación de la ley; tampoco merece un trato excepcional la simple opinión, la cual aparece mucho más superficial y coyuntural que la convicción fundamental.¹⁹

La cuestión de la convicción moral ha sido abordada por el juez desde la óptica de su autenticidad. En primer lugar, es necesario apuntar que la sinceridad de una convicción no es lo mismo que su razonabilidad. Así lo subrayó el juez canadiense en el caso *Donald* de 1945 relativo a la objeción de conciencia de dos menores Testigos de Jehová que se negaban a saludar los símbolos patrios en su escuela. Al respecto, la Corte había considerado que si bien el comportamiento de los objetores parecía absurdo en el marco de un Estado garante del pluralismo religioso, la cuestión no se planteaba en términos de razonabilidad sino de sinceridad del objetor, concluyendo que su posición debía ser respetada y que el derecho a la libertad religiosa primaba sobre las disposiciones imperativas en la materia.²⁰

Interesante también es el caso *Kosteski*²¹ resuelto en 2006 por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que encara la cuestión de la sinceridad de las convicciones fundamentales en el ámbito laboral. Los hechos eran los siguientes: un trabajador de la compañía nacional eléctrica de Macedonia se ausentaba de su trabajo alegando su participación a la celebración de fiestas musulmanas, cuando su origen étnico y estilo de vida, unidos a su falta de conocimiento del Islam, parecían indicar que fuera cristiano, hecho

¹⁸ Lochak, Danièle, “For interieur et liberté de conscience”, *Le for intérieur*, París, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie-PUF, 1995, p. 182.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Corte de Apelación del estado de Ontario, *Donald vs. The Board of Education for the City of Hamilton*, Reports, 518, 1945.

²¹ TEDH, *Kosteski c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, 13 de abril de 2006.

corroborado por haber sido beneficiado también de autorizaciones de ausencia por motivo de celebración de fiestas cristianas. El juez consideró que si bien el Estado no estaba autorizado a juzgar las creencias internas de los ciudadanos, podía, sin ser opresivo, exigir de un trabajador que probara la sinceridad de sus convicciones cuando pretendiese con base en ellas recibir un trato excepcional no disponible para los demás.²²

A partir de estos precedentes, podemos afirmar que la objeción de conciencia, para ser amparada como ejercicio de un derecho legítimo a la libertad de conciencia, debe cumplir condiciones de sinceridad y seriedad. Si bien no parece necesario que esté respaldada por una tradición religiosa o filosófica particular, el objector debe ser capaz de presentar un sistema coherente de creencias y vincularlo directamente con la norma impugnada. Se trata, sin embargo, de una condición necesaria pero no suficiente, pues la exención de una norma por motivo de conciencia debe conformarse al principio de daño, expuesto por John Stuart Mill en los siguientes términos:

Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre el miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a hacer algo, o a abstenerse de hacerlo, porque sea mejor para él, porque le haría feliz o porque, en opinión de otros, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir o razonar con él, para persuadirle o suplicarle, pero no para obligarle o infigirle algún daño si actúa de otro modo. Para justificar esto debe pensarse que la conducta de la que se quiere disuadir producirá un daño a otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que afecta a los demás. En la parte que le concierne a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.²³

Asimismo, el principio de daño consagra una amplia protección a la libertad de conciencia, inclusive cuando la creencia aparece irracional o errónea. Una protección amplia ciertamente, pero no absoluta: la autonomía del ser humano encuentra sus límites frente a los derechos ajenos y deberá ceder ante las exigencias de protección de las libertades fundamentales de los terceros.

²² *Ibidem*, p. 39.

²³ Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, México, Diana, 1965.

IV. LA TITULARIDAD DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

La cuestión de la titularidad de la objeción de conciencia constituye sin duda una arista importante del debate, especialmente en materia sanitaria donde las objeciones de conciencia de los miembros del equipo médico tienen en los hechos una repercusión directa en el acceso a los servicios de salud de los administrados. Lo anterior es especialmente cierto respecto a la salud sexual y reproductiva, al existir en la sociedad concepciones diferenciadas y en muchos casos irreconciliables en torno a la vida humana, la reproducción e incluso los papeles de género asociados a la maternidad. En la práctica, los casos más problemáticos giran precisamente en torno al aborto y a la contracción de emergencia.

1. *La objeción de las personas físicas*

Un primer acercamiento a la temática es reconocer que todas las personas, incluyendo los profesionales de la salud, tienen el derecho a la libertad de conciencia y expresión, lo que incluye la posibilidad de manifestar la inconformidad ante una norma o situación que se considera en contraste con las propias convicciones. De hecho, muchas legislaciones que contemplan actos médicos asociados con cargos morales importantes, como el aborto, prevén cláusulas de conciencia para los médicos que tuviesen motivos morales serios y argumentados.²⁴

Sin embargo, existe aún cierta ambigüedad respecto del alcance de la titularidad, algunos consideran que cualquier persona involucrada en el proceso puede objetar, mientras que otros limitan su beneficio a las personas que tienen una participación activa en el acto rechazado. Al respecto, y de conformidad con la importante sentencia C-355/2006 de la Corte Constitucional colombiana relativa al aborto, parece más plausible limitar la titularidad de la objeción de conciencia a los prestadores directos y no el personal administrativo, lo anterior para no afectar sustancialmente la correcta planeación del servicio, y evitar una desorganización perjudicial a los derechos de los usuarios, especialmente a las mujeres en relación con su derecho a acceder a una interrupción de embarazo en los supuestos previstos por la ley.

²⁴ Para una aproximación a las diferentes legislaciones en la materia, véase Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley, cit.*, pp. 122 y ss.

La objeción de conciencia, siendo una solicitud de exención a una norma de carácter general y obligatoria, debe guardar un vínculo directo con el mandato rechazo, lo que excluye de su titularidad el personal encargado de tareas anexas como el trato del expediente administrativo o la preparación o limpieza de un quirófano.

Otro caso que merece nuestra atención es la objeción de conciencia del farmacéutico de botica en dispensar determinados medicamentos. Esta situación ha conocido un fuerte incremento en los últimos años debido a un mayor acceso a los métodos anticonceptivos, especialmente a la contracción de emergencia. Ilustra el carácter expansivo de las objeciones de conciencia, planteando serios cuestionamientos en relación con los escrúpulos de conciencia de las personas encargadas de actividades de interés general. En 2001, en el caso *Pichon y Sajous c. Francia* el TEDH desestimó el recurso impuesto por dos farmacéuticos franceses que se habían negado a dispensar anticonceptivos basados en estrógenos y con prescripciones médicas a tres mujeres que acudieron a su farmacia.

La Corte consideró que las convicciones personales no pueden constituir, para los farmacéuticos a los que está reservada la venta de medicamentos, un motivo legítimo para denegar a un consumidor la venta de un producto. Señaló que el artículo 9 del CEDH (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) no ampara la posibilidad de oponer motivos de conciencia al cumplimiento de los mandatos jurídicos, que el legislador francés tampoco contempla esta posibilidad, y finalmente que la dispensación de medicamentos contraceptivos era legal y su venta no asimilable a la de productos abortivos (prohibida, en términos generales, por el Código de Salud Pública francés).²⁵

El problema adquiere una dimensión más conflictiva tratándose de la llamada “píldora del día siguiente” (o píldora del día después) que imposibilita la anidación en el útero en el caso de que se haya producido la fecundación, siendo aquí el núcleo de una discrepancia inconciliable respecto de su carácter o no abortivo. Mientras que sus detractores consideran que la vida humana surge con la concepción y, por lo tanto, que se lleva a cabo un aborto cuando se obstaculiza la anidación, la Organización Mundial de la Salud y gran parte de los expertos acuerdan fijar el inicio del embarazo con la implantación del cigoto en el útero, rechazando el carácter abortivo

²⁵ TEDH, *Pichon y Sajous c. Francia*, 2 de octubre de 2001. Véase González Saquero, Pablo, “¿Derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico? A propósito de la decisión sobre admisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *AS, Pichon y Sajous c. Francia*, 2 de octubre de 2001, *Foro*, Nueva Época, núm. 8/2008, pp. 243-286.

de dicha medicación.²⁶ En 2015, el Tribunal Constitucional de España tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el caso de un farmacéutico sevillano, que no disponía en su oficina de métodos anticonceptivos como preservativos y contracción de emergencia, alegando que sus convicciones fundamentales en torno a la vida humana eran incompatibles con la existencia de dichos productos en su almacén.²⁷

En esta controvertida sentencia, el juez constitucional amparó los escrupulos de conciencia del profesionista respecto de la “píldora del día siguiente”, al considerar que su situación moral era análoga a la de los médicos en materia de aborto, siendo esta última respaldada por el derecho español. Aún más cuestionable, el juez consideró que el derecho al acceso a la contracción de emergencia no había vulnerado los derechos de su clientela ya que la botica se encontraba en el centro de la ciudad, en proximidad de otros negocios surtidos. Cabe mencionar que la protección no se extendía a la negativa de dispensar preservativos, por lo que el juez consideró que no existía en la materia un conflicto de conciencia con relevancia constitucional. Desde luego, esta decisión marca un precedente preocupante en materia de derechos sexuales y reproductivos, los cuales son para las mujeres la condición de acceso a una ciudadanía y participación plena a la vida política, económica y social. Además, es necesario reconocer que el farmacéutico es un actor clave de las políticas públicas en la materia, al tener el monopolio de la venta de dicha medicación y, sobre todo, porque tiene un papel fundamental en materia de orientación, información y prevención. Finalmente, esta sentencia pone a las personas que buscan adquirir un método anticonceptivo en una situación desventajosa respecto del proveedor, situación que se volvería desastrosa de extenderse esta práctica entre los farmacéuticos de la localidad.

Desde el punto de vista de los usuarios del servicio público de salud, el caso paradigmático es la objeción de conciencia a recibir tratamientos médicos, en particular, transfusiones sanguíneas. Debe aclararse que no se trata de una objeción de conciencia en sentido estricto, ya que no existe un deber legal del médico en aplicar un determinado tratamiento, ni tampoco del usuario a recibirla. Se trataría más bien de una objeción imperfecta, una situación de conflictos morales entre por una parte la responsabilidad profesional y deontología del médico, y por la otra, las prescripciones religiosas del paciente. En las décadas de 1980 y 1990, el rechazo de las transfusiones

²⁶ Sánchez-Caro, Javier, “La objeción de conciencia sanitaria”, *Derecho y Salud*, España, vol. 20, núm. 2, julio-diciembre de 2010, p. 57.

²⁷ TC, 145/2015, 25 de junio de 2015.

sanguíneas por parte de los Testigos de Jehová causó muchos estragos en diferentes partes del mundo, sin embargo, existe hoy un mayor consenso en la materia, con soluciones orientadas hacia el respeto del principio de autonomía y consentimiento informado del paciente y de su familia.

Queda, sin embargo, la cuestión de la titularidad de la objeción de conciencia de los menores de edad, que complejiza las coordinadas del problema al involucrar los derechos de los niños, niñas y adolescentes —en particular su libertad de conciencia y de religión—, el derecho de los padres de familia a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones fundamentales, el interés superior del menor y la responsabilidad del Estado en materia de protección de la salud y la vida. Al respecto, se considera generalmente que un menor tiene el grado de madurez suficiente para dar su consentimiento informado a partir de los catorce o quince años, lo que implica el respeto de su decisión a partir de esa edad. Respecto de niñas y niños más pequeños, el Estado podrá intervenir sin perjuicio si la decisión parental no es conforme a la salud y vida del menor, especialmente en casos de riesgo inminente e irreversible.²⁸

2. *La objeción de conciencia de la persona moral*

La objeción de conciencia institucional es sin duda una de las cuestiones más delicadas de la reflexión contemporánea en torno a la temática. Si bien parece coherente limitar una manifestación de la conciencia a las personas físicas solamente, el juez se muestra cada vez más receptivo a objeciones de tipo institucional, generando incertidumbre respecto a la protección de los derechos a la salud de los administrados. La dificultad proviene en gran parte de la diversidad de situaciones en las cuales se despliegan las objeciones de este tipo. Conviene, por lo tanto, distinguir entre instituciones públicas y privadas, y dentro de esta segunda categoría, entre entes que persiguen una finalidad confesional o ideológica, y las que no.

Respecto a las instituciones públicas, la objeción de conciencia parece claramente excluida, al ser una emanación y reflejo del Estado, el cual difícilmente puede ir en contra de su propia normatividad. Desde esta perspectiva, podrán existir algunas exenciones individuales para los trabajadores del Estado, pero en ningún caso una actuación a nivel institucional. Parece posible extender esta incompatibilidad a las organizaciones y organismos

²⁸ Capdevielle, Pauline, *La liberté religieuse au Mexique. Progrès et insuffisances du régime en vigueur*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 163.

que reciben subvenciones públicas, especialmente si son consideradas proveedoras de un servicio público o de interés general en el marco de Estados laicos.²⁹

Respecto a instituciones de carácter privado, la cuestión resulta más compleja. Una primera aproximación al tema reside en el concepto de “empresa de tendencia”, categoría jurídica que surge en Alemania al inicio del siglo pasado (*Tendenzbetrieb*) y que ha sido validada por el Tribunal de Estrasburgo en diferentes ocasiones.³⁰ La idea detrás de este concepto consiste en dar un reconocimiento jurídico a todos los entes que no solamente proporcionan bienes o servicios, sino que también reclaman una filosofía, una ética o un conjunto de creencias indisolubles de su objeto.³¹

Si es cierto que dicho concepto ha sido utilizado en gran medida desde el derecho laboral para resolver problemas internos —exigencia de uniformidad y relaciones empleador-trabajadores—,³² lo relevante desde nuestro enfoque es el reconocimiento de la naturaleza específica de dichas empresas, que les permite beneficiar de un trato especial justificado por el ideal perseguido. En este sentido, es posible considerar que las empresas de tendencia —especialmente las de tipo confesional— podrían beneficiarse de una mayor flexibilidad al surgir conflictos entre los mandatos legales y el conjunto de valores fundamentales sobre los cuales orientan su actividad.

Sin embargo, más problemática aparece la decisión de eximir de un deber legal a una empresa con fines de lucro, cuya actividad comercial no está relacionada con los preceptos de una religión o conjunto de creencias. Desde este punto de vista, el amparo otorgado a una empresa en el caso *Burwell vs. Hobby Lobby*,³³ resuelto en 2014 por la Corte Suprema de los Es-

²⁹ Sería el caso, por ejemplo, de las empresas o estructuras mixtas que reciben a la vez aportes privados y públicos. Sobre este punto, remitimos el lector al caso francés *Baby Loup*, relativo al uso del velo islámico por parte de la empleada de una guardería que recibía financiamiento público. Entre otros argumentos, el juez francés consideró que al trabajar en una institución financiada por fondos públicos y ofreciendo un servicio de interés general, la educadora estaba vinculada a obligaciones parecidas a las de los servidores públicos, en particular, un deber de reserva respecto de sus convicciones fundamentales. Desbarats, Isabelle y Chelini-Pont, Blandine, “El caso *Baby Loup* en Francia: ¿cuál debe ser el lugar de la religión en un contexto laico?”, en varios autores, *Encrucijadas de la laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

³⁰ Sorda, Elena, “Las empresas de tendencia de tipo confesional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en varios autores, *Encrucijadas de la laicidad*, cit., p. 84.

³¹ Desbarats, Isabelle y Chelini-Pont, Blandine, “El caso...”, cit., p. 27.

³² Véase Sorda, Elena, “Las empresas...”, cit.

³³ *Burwell Secretary of Health and Human Services et al. vs. Hobby Lobby Store, Inc. et al.*, 573 U.S. (2014).

tados Unidos es particularmente criticable, especialmente, desde el enfoque de la igualdad y la protección de la salud sexual y reproductiva.

Este caso surgió en el contexto de la adopción en 2010 de la *Patient Protection and Affordable Care Act (Obamacare)* cuyo objetivo es facilitar el acceso a la salud para la población estadounidense mediante la obligación para las empresas de más de cincuenta empleados de garantizar a sus empleados un seguro médico que incluya, entre otros, métodos anticonceptivos. Frente a este mandato, Hobby Lobby Store, Inc., empresa dedicada a la comercialización de artículos de manualidades y productos relacionados con el hogar, expresó su inconformidad, argumentando que pagar un seguro de salud que cubra el costo de ciertos anticonceptivos (especialmente, la contracepción de emergencia) violaba sus convicciones fundamentales, siendo una empresa de tipo familiar con fuertes valores cristianos. Cabe mencionar que dicha compañía tiene más de 600 locales repartidos en todo el país, emplea directamente a 23,000 personas y genera ingresos por 3.3 billones de dólares.³⁴

En primera instancia, el juez denegó la solicitud de Hobby Lobby Inc., al considerar que las empresas comerciales no tienen la capacidad para practicar una religión, y por lo tanto que es imposible proteger su ejercicio. Sin embargo, la Corte de Apelación revocó la decisión, lo cual será confirmado por la Suprema Corte. Desde el punto de vista jurídico, la pregunta era saber si puede una persona jurídica con fines de lucro alegar el derecho a la libertad religiosa para ser eximida del cumplimiento de un mandato legal. La Suprema Corte, con una corta mayoría (5-4), consideró que la *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 puede aplicarse a las personas morales en el caso de empresas familiares, que la obligación de pagar para la contracepción de los empleadas constituye una carga sustancial para la práctica de una religión y, finalmente, que el gobierno había fallado en demostrar que la obligación para las empresas de cubrir los gastos contraceptivos era el medio menos restrictivo para garantizar el acceso gratis a los cuatro métodos anticonceptivos impugnados.³⁵

Esta sentencia es sumamente preocupante por diferentes razones. En primer lugar, y de acuerdo con la opinión disidente de la jueza Ginsburg, la decisión no toma en cuenta el acceso a la contracepción como condición de la capacidad de las mujeres para participar en igualdad de condición a la vida social y económica del país. Desde este punto de vista, el fallo carece

³⁴ Según Forbes, citado por Silva Irarrázaval, Luis Alejandro, “Lucro, empresa y religión: el caso *Hobby Lobby*”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 43, núm. 1, abril de 2016.

³⁵ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-354/>

de una perspectiva de género que pudiera visibilizar las dificultades de las mujeres en acceder a la contracepción, especialmente para las más vulnerables de ellas. Desde esta perspectiva, la opinión mayoritaria de la Corte está encaminada a probar la existencia de una carga sustancial en el ejercicio de la religión para los dueños de la empresa, sin razonar sobre el impacto que tiene la exención del pago del seguro sobre los intereses y derechos de los beneficiarios. Otro argumento clave de la jueza reside en la distinción entre una institución religiosa, cuyo propósito es proteger y promover los intereses de las personas que se adhieran a su credo, y una empresa comercial, cuya finalidad es generar ganancias.

La primera es una comunidad de creyentes que comparten una misma fe religiosa; la segunda, una comunidad de trabajadores cuyas convicciones religiosas, éticas o filosóficas son diversas. Las iglesias benefician de exenciones al *Patient Protection and Affordable Care Act* en virtud de sus particularidades y objetivos particulares. Para las empresas comerciales, las creencias religiosas de los dueños no deberían ser relevantes, especialmente ante la protección de la salud de los empleados. Lo anterior parece aún más fundamento al ser visto desde el mirador de la protección del trabajador y el reconocimiento de las asimetrías del poder que existen en el mundo laboral entre patrones y empleados.

También se puede argumentar que, a diferencia de las empresas de tendencia, no existe, en este caso, una actividad directamente relacionada con la persecución de un ideal religioso, ni un peculiar vínculo entre los dueños y los trabajadores respecto a prescripciones religiosas. En un mismo sentido, la jueza Ginsburg subraya la ausencia de un vínculo fuerte entre la existencia de una carga sustancial en materia religiosa y la negativa a pagar los anticonceptivos, ya que están incluidos en un paquete amplio de medicinas y están a disposición de los empleados que deciden libremente utilizarlos o no.

Finalmente, otro motivo de preocupación es relativo al alcance de la sentencia. Si bien los jueces que votaron a favor señalaron que el reconocimiento de esta objeción de conciencia institucional tenía un alcance muy limitado, nos parece que no existen buenas razones, de acuerdo con el voto disidente, para limitarlo sólo a los métodos anticonceptivos que fuesen considerados abortivos para algunas personas. Nada impediría pues que otros empleadores hicieran valer una carga sustancial sobre el ejercicio de la religión para no cubrir las transfusiones sanguíneas (Testigos de Jehovah), los antidepresivos (Iglesia de la Cientología), los medicamentos derivados de productos porcinos (algunas corrientes del Islam, judíos e hindúes), o inclusive las vacunas (ciencia cristiana).

V. OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y RESISTENCIA RELIGIOSA

Otro enfoque de la reflexión que no debe pasar inadvertido es la dimensión política y conservadora que revisten en muchos casos las objeciones de conciencia en el ámbito sanitario. La región latinoamericana se caracteriza en el siglo XXI por una influencia importante de lo religioso a nivel político, que deriva de una complicada relación histórica entre los Estados nacionales y la Iglesia católica, especialmente, a partir de los movimientos de independencia. Hoy en día, y si bien la mayoría de los Estados de la región han cortado formalmente los vínculos institucionales con la Iglesia, muchas organizaciones de corte confesional no han renunciado en intervenir directamente en los asuntos estrictamente políticos de la vida nacional. No sin cierta paradoja, lo anterior ha sido posible debido al proceso de democratización iniciado en los años 1980, el cual permitió a la Iglesia católica posicionarse como un actor legítimo del juego democrático y, de esta manera, pugnar a favor de su particular proyecto político-religioso.

A nivel social, el proyecto de la Iglesia católica se caracteriza por un hyperconservadurismo que se hace patente en el rechazo a las transformaciones sociales en materia de costumbres y valores sexuales.³⁶ En particular, los embates se concentran sobre algunos temas aglutinantes, como el aborto legal, la eutanasia, el matrimonio igualitario, la información sobre sexualidad en la escuela, los estudios de género, etcétera. Cabe mencionar que si bien la reacción católica es alimentada y apoyada desde el Vaticano, ha recibido el apoyo y establecido alianzas con otras denominaciones cristianas,³⁷ especialmente evangélicas y neopentecostales, hoy en día en plena expansión en la región.

Desde luego, esta situación es muy preocupante desde el punto de la laicidad, la cual debe entenderse como un régimen de autonomía recíproca entre el Estado y las iglesias, en aras de garantizar las libertades de todos los individuos. Asimismo, la laicidad protege la libertad de conciencia y de religión de todos los individuos, pero también vela para el respeto de todos los planes y proyectos de los individuos en condición de igualdad, incluyendo los de los no creyentes.

La condición de posibilidad de dicho proyecto pasa necesariamente por la neutralidad o la imparcialidad del Estado en materia religiosa, lo que implica una separación nítida entre las leyes civiles que valen para todos los in-

³⁶ Lemaitre Ripoll, Julieta, “Laicidad y resistencia”, *Cuadernos Jorge Carpizo. Para entender y pensar la laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 8.

³⁷ *Ibidem*, p. 8.

dividuos, y las normas religiosas que sólo regulan el comportamiento de los creyentes, con base en una adhesión voluntaria.³⁸ Asimismo, y si bien todas las personas y grupos de la sociedad civil tienen el derecho a participar en la definición de las normas colectivas, éstas no pueden vulnerar los derechos fundamentales de los individuos, en especial de los más vulnerables.³⁹ Así las cosas, la laicidad garantiza las condiciones del pluralismo, y evita que algunos grupos impongan a toda la sociedad sus particulares modelos y valores respecto de lo bueno.

Sin embargo, y como adelantábamos, una de las estrategias más eficaces para obstaculizar la implementación de los derechos, y en particular de las políticas de salud sexual y reproductiva, es la utilización de la objeción de conciencia,⁴⁰ presentada por la Curia romana como una obligación moral para todo católico involucrado en procedimientos de interrupciones de embarazo y matrimonios igualitarios.⁴¹ Desde esta perspectiva, es utilizada ya no como un actuar estrictamente privado orientado a proteger la identidad moral de la persona, sino como una estrategia por parte de colectivos que buscan imponer sus propios modelos y valores en la esfera de lo público. La objeción de conciencia, nacida de una vindicación a favor de autonomía del individuo frente a las imposiciones morales,⁴² se vuelve un instrumento al servicio de un proyecto conservador y esencialista de las relaciones sociales, que deniega a las personas que no tienen el mismo ideario la consecución de sus derechos y planes de vida.

Otro aspecto estratégico de la resistencia religiosa es la utilización cada vez más importante de grupos organizados de la sociedad civil, asociaciones civiles, *think tanks*, fundaciones, grupos de padres de familia, etcétera.⁴³ La

³⁸ Sobre el concepto de laicidad, véase Salazar Ugarte, Pedro, *Laicidad: antídoto contra la discriminación*, México, Consejo para Prevenir la Discriminación, 2007.

³⁹ La idea de derechos contramayoritarios es un aspecto clave del constitucionalismo contemporáneo, y ha sido desarrollado por Luigi Ferrajoli (“derechos de los más débiles”) o por Ronald Dworkin (“derechos como carta de triunfo en contra de las mayorías”), entre otros.

⁴⁰ Alegre, Marcelo, “Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva”, hoja informática, núm. 10, junio de 2009, disponible en despenalizacion.org.ar

⁴¹ Encíclica del 25 de abril de 1995. Véase “Carta de los operadores sanitarios” del Consejo Pontificio para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, aprobada por la Congregación para la Doctrina de la Fe.

⁴² Remitamos al lector a la lectura de “Desobediencia civil”, conferencia impartida por Henry Thoreau y publicada en 1848, y en la cual expone el concepto de objeción de conciencia.

⁴³ Areltzaz, Fernando, *Secularización y pluralismo religioso: estudio comparativo y especial referencia a los ámbitos educativos y familiar*, Tesis de la Universidad de Zaragoza, núm. 37, Prensa de la Universidad de Zaragoza, 2012, p. 144.

movilización política de los fieles ha sido una estrategia exitosa, ya que permite evacuar las críticas relativas a la injerencia de las instituciones religiosas en el debate público. También, ha aprendido a usar un lenguaje secular para apoyar sus pretensiones, renunciando a las referencias de tipo religiosas y reveladas. Llama la atención la utilización de una narrativa en clave de derechos humanos, de tolerancia, de libertad religiosa e, incluso de laicidad.

La evolución del discurso de la Iglesia católica y de los grupos provida en materia de aborto es muy ilustrativa al respecto, ya que se desplazó en algunos años de la prohibición bíblica en cometer un homicidio hacia el derecho humano a la vida y la equiparación del no nacido como persona, con todas las consecuencias que conlleva en términos de derechos. Inclusive, el discurso ha empezado a colonizar el campo argumentativo de los grupos feministas, al presentar la prohibición del aborto como una medida de protección hacia las mujeres, al asociar prácticas abortivas con traumas sicológicos, angustia, depresión, riesgo de sufrir desorden bipolar, estrés postraumático, infertilidad e incluso cáncer de mama. A pesar de ser profundamente conservadores en términos de género (idea de un paternalismo de género que busca proteger a las mujeres de sí mismas), estos argumentos han mostrado gran capacidad de persuasión, al utilizar los argumentos y formulaciones de los movimientos pro-elección.⁴⁴

Por todo lo anterior, es importante entender que las objeciones de conciencia en el ámbito sanitario no se presentan simplemente como manifestaciones individuales y desvinculadas entre sí, sino que se inscriben en el marco de una estrategia colectiva que busca privar de eficiencia las políticas en materia de salud sexual y reproductiva. Un caso muy ilustrativo de la utilización abusiva de la objeción de conciencia por parte de un servidor público ha sido en México el caso *Paulina*.⁴⁵ Los hechos eran los siguientes: Paulina del Carmen Ramírez Jacinto tenía trece años cuando fue violada en su propia casa y frente a sus familiares por un drogadicto en Mexicali, en julio de 1999. Ante la noticia de su embarazo, tomó la decisión, con el apoyo de su familia, de someterse a una interrupción de embarazo, como la ley de Baja California lo autoriza en caso de violación. Sin embargo, al presentarse en el Hospital General de Mexicali, Paulina sería confrontada a una serie de obstáculos: dilaciones y aplazamientos de la intervención sin explicaciones, visita de organizaciones provida para hacerla desistir, presiones del obispo,

⁴⁴ Siegel, Reva B., “La dignidad y el debate sobre el aborto”, Seminario SELA (*Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*) Papers, 2009, p. 7, disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Siegel_Sp_PV_signed.pdf.

⁴⁵ He desarrollado este caso en Capdevielle, Pauline, *La libertad...*, cit., pp. 78 y ss.

y, finalmente, presentación de la interrupción de embarazo como un procedimiento de alto riesgo para la vida y capacidad reproductiva futura de la adolescente. Ante este escenario, Paulina y su familia desisten. Durante el proceso jurisdiccional que culminará con la adopción de una solución amistosa entre Paulina y el Estado mexicano,⁴⁶ el director del Hospital justificó su actuación con base en su derecho a la objeción de conciencia, considerando que sus convicciones fundamentales relacionadas con la vida humana le impedía atender el aborto.

Este caso es muy revelador de la utilización abusiva de la objeción de conciencia como estrategia de obstaculización de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, además que pone de manifiesto el carácter ficticio del Estado laico mexicano en muchas partes del país. La actuación del director del Hospital General de Mexicali fue fraudulenta a todas luces, ya que sus escrúpulos de conciencia fueron ocultados a la paciente y a su familia bajo explicaciones médicas inexactas o exageradas, violando abiertamente su derecho al consentimiento informado, así como los principios básicos de la deontología médica.

No se buscó una exención personal ante un mandato legal, sino que se giró órdenes para que ningún médico de la institución atendiera a la adolescente. La experiencia de Paulina dista mucho de ser un caso aislado, y el Comité CEDAW ha llamado la atención en diferentes ocasiones sobre el uso masivo de la objeción de conciencia como uno de los principales obstáculos para el acceso de las mujeres a sus derechos sexuales y reproductivos en diferentes partes del mundo. Asimismo, afirmó que los derechos fundamentales de las mujeres son vulnerados cuando los hospitales se niegan a proveer abortos a causa de la objeción de conciencia de los médicos,⁴⁷ y mostró su preocupación respecto de la falta de regulación en la materia.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Hemos presentado, a lo largo de este trabajo, algunas de las coordenadas que nos parecen más relevantes para pensar la objeción de conciencia en el ámbito sanitario hoy en día. Reconocimos que la objeción se presenta como

⁴⁶ Véase Informe núm. 21/07, Solución amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo de 2009, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>.

⁴⁷ Comité CEDAW, Observaciones finales sobre Croacia, Doc. A/53/38, parte 1, 1998, pfo. 38.

un fenómeno que nace del ejercicio de la libertad de conciencia y de religión y, por lo tanto, que debe ser tomado en serio en el marco de nuestras sociedades democráticas. Sin embargo, se hizo patente que no puede tratar de una prerrogativa absoluta, ya que supone en muchos casos la vulneración de los derechos de terceros. Lo anterior es particularmente cierto en el ámbito de la salud, con la existencia de movimientos colectivos de resistencia de corte religioso, que utilizan la objeción de conciencia para obstaculizar derechos e imponer a todos los individuos una cierta visión de la sexualidad y reproducción, siendo las mujeres las principales afectadas.

Por lo tanto, consideramos que la adecuación de la objeción de conciencia con los derechos fundamentales de las personas exige necesariamente una regulación jurídica de sus condiciones de ejercicio. Sobre esta base, nos parece importante formular algunas conclusiones:

1. La objeción de conciencia de los profesionales de la salud debe cumplir condiciones de autenticidad y sinceridad y apoyarse sobre razones morales serias y argumentadas. Debe ser orientada a la protección de la conciencia individual y no buscar obstaculizar la realización de ciertos procedimientos y actos, aun si aparecen en contradicción con las convicciones y valores fundamentales sostenidos por el inconforme.
2. En las instituciones de salud, el personal objetor debe manifestar sus escrúpulos de conciencia ante su superior jerárquico y de forma escrita, ello para evitar objeciones ocultas perjudicables a la buena organización de los servicios de salud, e *in fine* a las usuarias. Esta declaración deberá limitar con precisión el campo de la objeción (actos rechazados) y exponer las razones esenciales del repudio. En caso de que exista una situación de objeciones masivas a nivel local, es justificable la creación de registros públicos para que el Estado pueda cumplir con su obligación de disponer en todo momento de profesionales no objetores y proveer de manera eficiente y rápida todos los servicios de salud. Respecto de las llamadas “objeciones sobrevenidas”, su aceptación debe quedar restringida a los casos difícilmente previsibles para evitar objeciones de circunstancias o de oportunismo.
3. La titularidad de la objeción de conciencia se encuentra limitada sólo los agentes que participan directamente en los procedimientos rechazados. Por lo tanto, no puede alegar motivos de conciencia el personal que efectúa tareas anexas, en particular de tipo administrativo o de condicionamiento. Igualmente, la objeción de conciencia se presenta como un actuar estrictamente individual, lo que excluye la posibilidad

de exenciones a título colectivo, en especial tratándose de las instituciones que son parte del sistema nacional de salud.

4. En cualquier caso, la objeción de conciencia ha de ceder en situación de emergencia, cuando la salud o vida del paciente se encuentre en peligro. También, el objetor está obligado, en su caso, a remitir al usuario a un médico no objetor y a proporcionar una información veraz y objetiva.
5. Finalmente, en los casos difíciles, la brújula que debe guiar el reconocimiento de las objeciones de conciencia en el ámbito de la salud es el respeto más amplio posible de los derechos de las personas que se encuentran en una situación de desventaja. Los escrúpulos de conciencia de algunos no pueden afectar de manera grave y durable los planes de vida de los demás. Sólo así podremos conciliar la integridad moral de los profesionales de la salud con la dignidad de los usuarios del sistema de salud.

SEGUNDA PARTE

SALUD Y DERECHOS HUMANOS

MIGRACIÓN, VIH Y DERECHOS HUMANOS: ESTIGMA Y RECHAZO A MIGRANTES

René LEYVA FLORES
César INFANTE XIBILLÉ
Frida Eréndira QUINTINO PÉREZ
Mariajósé GÓMEZ ZALDÍVAR
Cristian Armando TORRES ROBLES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Método*. III. *Resultados*. IV. *Discusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La migración y el VIH/SIDA se han descrito como fenómenos asociados desde las etapas más tempranas de la epidemia. Desde su inicio, el VIH estuvo vinculado a los movimientos poblacionales; las hipótesis epidemiológicas sobre la diseminación del VIH a nivel global planteaban que un incremento en la magnitud de la población móvil y migrante, así como la diversificación de las rutas migratorias y de movilidad, se relacionaban directamente con un aumento en la diseminación del VIH en diferentes regiones del mundo.¹ Esta perspectiva tiene importantes antecedentes históricos que ubican a los extranjeros como portadores de enfermedades, como ocurrió en el caso de la peste,² o más recientemente, a fines del siglo XIX, con el cólera, la fiebre amarilla, la fiebre tifoidea y la tuberculosis. Una de sus consecuencias sociales es que como parte de las medidas de control de la diseminación de las enfermedades epidémicas, se prohíba la entrada de personas extranjeras, migrantes, a los países.³

¹ Bronfman, M. y Leyva Flores, R., “Migración y SIDA en México”, en Córdova Villa-llobos, J. Á. et al. (eds.), *25 años de SIDA en México: logros, desaciertos y retos*, Cuernavaca, Instituto Nacional de Salud Pública, 2008, pp. 241-258.

² Cipolla, C. M., *¿Quién rompió las rejas de Monte Lupo?*, El Aleph, 1984.

³ Sontag, S., *La enfermedad y sus metáforas: el SIDA y sus metáforas*, Taurus, 1996.

En este sentido, el VIH/SIDA se constituyó en un elemento adicional para reforzar las actitudes xenofóbicas, racistas y discriminatorias que ya existían antes de la epidemia contra estos grupos de población. Dicha manera de comprender el problema condujo a la aplicación de políticas de exclusión o búsquedas de conversión del grupo como un medio para controlar o erradicar el riesgo de diseminación del VIH en la población general. La política se basó en “priorizar el bien general” y la seguridad nacional en detrimento de los integrantes de la población afectada por la epidemia, considerada al mismo tiempo como minoritaria o “de riesgo”.⁴

Jonathan Mann señalaría que la distribución de la epidemia del SIDA había crecido bajo formas que ahondan las brechas sociales, afectando más a aquellos cuya dignidad y derechos humanos son menos respetados, entre ellos, las poblaciones móviles y migrantes.⁵ Bajo esta nueva perspectiva, se consideró como elemento clave para la comprensión de la dinámica de diseminación del SIDA, el análisis de las condiciones de vulnerabilidad como parte de las condiciones de desigualdad social donde ocurre el fenómeno migratorio.⁶ De esta forma se planteó que no es la migración en sí misma, sino las condiciones en que ésta ocurre (en los lugares de origen, tránsito y destino), lo que define la vulnerabilidad social al VIH y su potencial diseminación a nivel global.⁷ De esta forma, el significado y consecuencias de los riesgos están directamente relacionados con los contextos sociales y con la capacidad de respuesta o manejo tanto a nivel general como individual. Esto podría explicar por qué algunas personas expuestas a situaciones de riesgo viven consecuencias negativas de la exposición y otras no.⁸

De esta manera se contribuye a distinguir la perspectiva de la epidemiología tradicional basada en el análisis del riesgo respecto a las relacionadas con la comprensión social de la epidemia, en un marco de derechos humanos. La distinción entre riesgo y vulnerabilidad queda lejos de ser una sofisticación semántica. El riesgo señala una probabilidad y evoca una conducta individual, mientras que la vulnerabilidad es un indicador de la desigualdad social y exige respuestas en el ámbito de la estructura social y política.⁹

⁴ Bronfman, M. y Leyva Flores, R., “Migración y...”, *cit.*

⁵ Mann, J., “Las tribus del SIDA y los efectos civilizatorios de la solidaridad”, *La Jornada*, 8 de agosto de 1996.

⁶ Bronfman, M. *et al.*, “Migración, género y SIDA: contextos de vulnerabilidad”, *Género y Salud en Cifras*, 1 (3), 2003, pp. 8-12.

⁷ Leyva Flores, R. *et al.*, “Movilidad poblacional y VIH: una experiencia de cooperación regional en Centroamérica y México”, *Salud Pública de México*, 55, 2013.

⁸ *Idem.*

⁹ Bronfman, M. *et al.*, “Migración, género...”, *cit.*, pp. 8-12.

II. MÉTODO

El propósito de este trabajo es analizar la relación entre migración y VIH desde las percepciones y opiniones de actores clave en comunidades de origen y tránsito de migrantes. Para ello se llevó a cabo una sistematización de estudios realizados en comunidades de origen¹⁰ y de tránsito en México.¹¹ Además, se revisó la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (ENADIS) 2010¹² con el fin de contar con una perspectiva general sobre la opinión social de la población mexicana respecto a extranjeros, grupos de diversidad sexual y personas con VIH. Se presentan los principales hallazgos que expresan la opinión social predominante en las comunidades de tránsito y origen de migrantes.

III. RESULTADOS

1. *Opinión de los mexicanos: los extranjeros y el SIDA*

Según la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México 2010, realizada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), tres de cada diez mexicanos no estarían dispuestos a permitir que en su casa vivieran personas extranjeras; cuatro de cada diez afirman lo mismo con personas que viven con VIH/SIDA, homosexuales y/o lesbianas (figura 1).¹³ Estas cifras ponen de manifiesto un contexto social de alta prevalencia de estigma y rechazo hacia grupos extranjeros, personas afectadas con determinados problemas de salud (VIH) y personas con diversa orientación sexual.

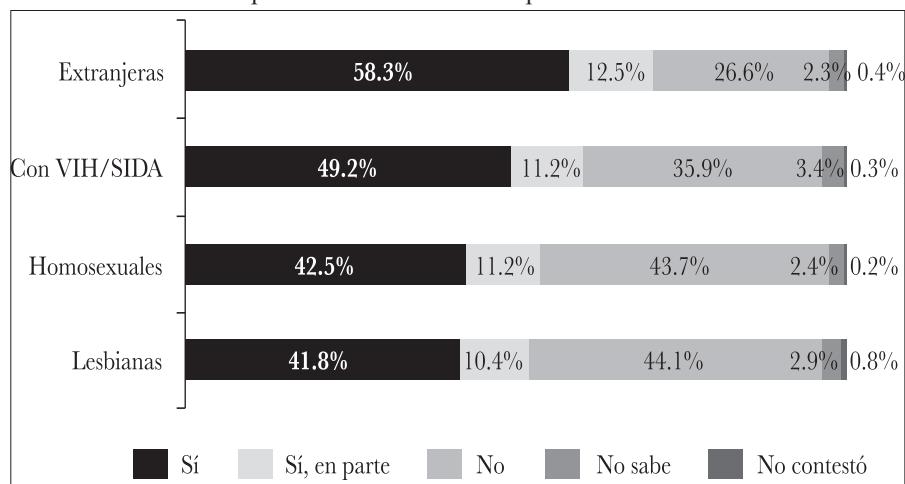
¹⁰ Bronfman, M. *et al.*, *SIDA en México: migración, adolescencia y género*, México, Colectivo Sol, 1995; Leyva Flores, R. y Caballero, M., *Las que se quedan: contextos de vulnerabilidad a ITS y VIH/SIDA en mujeres compañeras de migrantes*, Cuernavaca, Instituto Nacional de Salud Pública, 2009.

¹¹ Infante Xibillé, C. *et al.*, “VIH/SIDA y rechazo a migrantes en contextos fronterizos”, *Migración y Desarrollo*, (3), 2004, pp. 45-53.

¹² Conapred, *Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. Enadis 2010. Resultados generales*, 2011, disponible en: <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Enadis-2010-RG-Access-002.pdf>.

¹³ *Idem*.

FIGURA 1. ¿Estaría dispuesto o no estaría dispuesto a permitir que en su casa vivieran personas...?



FUENTE: Conapred, *Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, Enadis, 2010. Resultados generales*, disponible en: <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Enadis-2010-RG-Accss-002.pdf>.

En este marco social, ¿cuál es la opinión de la población mexicana residente en comunidades de origen y tránsito de migrantes, sobre el proceso de diseminación del VIH?

2. *Opinión de mexicanos en comunidades de tránsito sobre migrantes extranjeros y VIH: “El SIDA viene de fuera”*

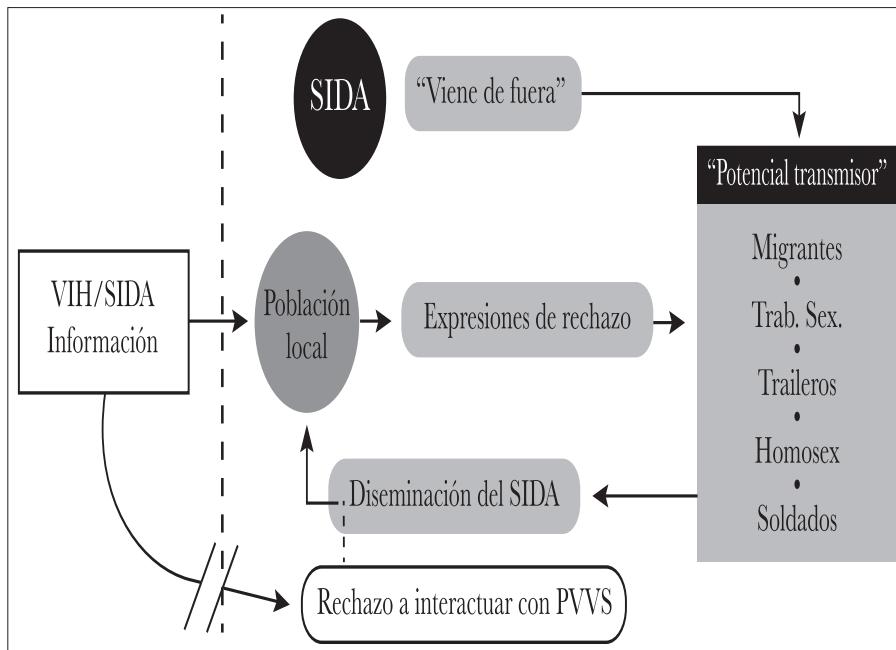
Se realizó un estudio para conocer la perspectiva social de actores clave, mayores de 18 años de edad, residentes en comunidades fronterizas de México (sacerdotes, profesores, autoridades municipales, líderes comunitarios, población local de hombres y mujeres), sobre la diseminación del VIH.¹⁴ Los resultados muestran una importante focalización en cinco grupos poblacionales a quienes señalaban como portadores del VIH/SIDA en la comunidad. Estos grupos correspondieron a migrantes indocumentados, trabajadoras sexuales centroamericanas, traileros, soldados y homosexuales. La característica en común que presentaron estos grupos es que todos fueron considerados “ex-

¹⁴ Infante Xibillé, C. *et al.*, “VIH/SIDA y rechazo a migrantes en contextos fronterizos”, *Migración y Desarrollo*, núm. 3, 2004, pp. 45-53.

tranjeros, extraños, que vienen de fuera”, es decir, no integrantes de la comunidad. Además, los entrevistados señalaron que estas personas presentaban conductas y comportamientos sexuales “anormales”, y con ello influían negativamente sobre los comportamientos sociales y sexuales de los residentes de la comunidad.

Desde la perspectiva de los entrevistados, la presencia del VIH en su comunidad, se explica por la interacción de residentes con personas extrañas a la comunidad. De acuerdo a ello, “no habría SIDA en la comunidad si no hubiera migrantes, soldados, prostitutas centroamericanas, homosexuales y traileros que llegan o pasan por la comunidad”. En la figura 2, se presenta un esquema comprensivo que trata de sistematizar la perspectiva de los actores clave, residentes en comunidades fronterizas sobre la diseminación del VIH.

FIGURA 2. Representación social de la transmisión del SIDA asociada a la movilidad poblacional en la frontera México-Guatemala



FUENTE: Infante Xibillé, C. *et al.*, “VIH/SIDA y rechazo a migrantes en contextos fronterizos”, *Migración y Desarrollo*, núm. 3, 2004. Leyva R. Infante C., 2002.

En este sentido, se encuentran numerosos testimonios sobre la explicación de la presencia y diseminación del VIH/SIDA en la comunidad:

El vehículo de portación del SIDA, prácticamente, son los centroamericanos y yo creo que también los traileros.

Entonces muchas mujeres, por su situación económica, incurren en la prostitución y a lo largo de la trayectoria, pues, van infectando a quienes se les atravesen.

La identificación de grupos asociados con la transmisión —y presencia— del VIH legitima las actitudes de rechazo, así como las acciones de control y segregación social sobre los integrantes de estos grupos. En el plano colectivo, conlleva la demanda de exámenes obligatorios para estos grupos, con el fin de detectar “personas contagiadas” con VIH y, en consecuencia, mencionan que aquellos que resulten positivos serán detenidos y deportados a sus lugares de origen:

Pues, siento que la infección en un 90% viene de la población flotante, sobre todo los centroamericanos. Deberían de proteger mucho la entrada de esos; yo siento que deberían de hacer un programa, de tomar [a la] persona que entre a México por la frontera sur [y] que se haga su examen de VIH.

Estas expresiones profundizan el estigma hacia estos grupos que presentan características o comportamientos sociales inaceptables para el orden social de la comunidad y, como consecuencia, legitiman actitudes xenofóbicas y de rechazo. Además, exigen la acción gubernamental del control fronterizo, basado en la posibilidad de transmisión de una enfermedad.

¿Qué implicaciones tienen estas opiniones en la prevención del VIH? La percepción de que el VIH viene de fuera, invisibiliza la expresión de la epidemia a nivel local, se omiten las condiciones en que ocurren las interacciones sociales y sexuales entre los integrantes de la comunidad. Se transfiere a un tercero, extranjero, extraño a la comunidad, la responsabilidad de los asuntos locales, relacionados con la transmisión y prevención. Por otra parte, independientemente de la perspectiva de la población local, los programas de VIH promueven medidas de prevención del VIH (uso de condón) basadas en romper los mecanismos de transmisión.

Sin embargo, para la comunidad, el uso del condón se percibe como una medida que debe ser aplicada de forma casi exclusiva para los extranjeros, ya que este grupo simboliza a los portadores de VIH. El estigma que prevalece sobre los migrantes constituye uno de los principales obstáculos

para la adopción de medidas efectivas de prevención de VIH en la comunidad. Además, puede fortalecer las actitudes ya existentes de rechazo y discriminación a la población migrante.

Sin embargo, cuando los propios mexicanos son los migrantes, ¿cuál es la opinión en los residentes de comunidades de origen de migrantes mexicanos sobre su rol en la diseminación del VIH?

3. Opinión de mexicanos en comunidades de origen sobre migrantes mexicanos y VIH

Uno de los principales resultados del trabajo pionero de Bronfman *et al.*¹⁵ sobre migración mexicana a Estados Unidos y VIH, apunta a que existen cambios en los comportamientos sexuales de los migrantes. Los autores señalan que estos cambios se pueden entender a partir de que las condiciones de los lugares de destino que posibilitan a los migrantes un ejercicio distinto de la sexualidad, no existen en México; probablemente las prácticas que los migrantes se permiten a sí mismos en Estados Unidos no se las permiten (o no de igual manera) cuando regresan a sus hogares, sino que vuelven al estilo de vida que tenían antes de marcharse y a operar dentro de los códigos de conducta de su propio medio. Al respecto, presentan evidencia sobre el cambio de comportamiento sexual: “Aquí se tienen que portar bien porque la gente no permite esas cosas (homosexualidad y prostitución)”.

Los cambios en la sexualidad que experimentan los migrantes son compartidos con sus compañeros a su regreso a México, aunque sólo sea a nivel de ampliar el universo de prácticas posibles. Los no migrantes son aparentemente refractarios ante esta nueva información, pero no hay que descartar la posibilidad de que poco a poco, el bagaje con que regresan los migrantes impacte sobre las prácticas sexuales de quienes se quedan en México. “Sí he cambiado. Allá se saben otras cosas y aquí de regreso, pues ya uno es libre de practicarlo con su señora”.

Los hombres sólo intercambian información con personas de su mismo sexo y en situaciones donde predomina el tono de broma, nunca la intimidad. “Cuando estamos con otros amigos, yo nomás los dejo que hablen. Ya sé que son muy habladores y dicen muchas mentiras. Yo de mis intimidades no le platico nada a nadie”.

La perspectiva de la mujer aparece totalmente ignorada en la de los hombres. Los actos sexuales son algo que los hombres hacen con las mujeres, no junto con ellas. El diálogo entre sexos carece de espacio y, en con-

¹⁵ Bronfman, M. *et al.*, *SIDA en..., cit.*

secuencia, la adopción de prácticas preventivas en la pareja resulta difícil de imaginar. “Yo desde que me casé nunca he sabido lo que es terminar. Nomás espero a que mi esposo termine y ya”.

De acuerdo con los autores, es innegable que el contacto con otra cultura tiene impacto en la modificación de esquemas, reglas y costumbres. La gran mayoría de los hombres migrantes entrevistados afirmó que su sexualidad se vio modificada por la migración. Una mayor proporción con respecto a quienes se quedan en México expresó tener múltiples parejas sexuales, y el recurso de la prostitución parece ser más utilizado, comportamientos sexuales que muy probablemente signifiquen mayor riesgo de contraer VIH.

En este sentido, la investigación realizada por Leyva y Caballero¹⁶ aporta evidencia de actores clave en comunidades de origen. Desde la perspectiva de los médicos, su trabajo clínico les permite identificar mujeres afectadas por el VIH cuya pareja tiene experiencia de migración en Estados Unidos:

El esposo de esta señora le gustaba mucho meterse a los prostíbulos, porque tenemos varios, inclusive también el señor radicó en Estados Unidos. Yo creo que fue él quien la “contaminó”. Cuando ella salió positiva, se dejó con el señor; quién sabe dónde quedó el señor, y como ella también fue canalizada, perdimos su caso. (Médico sector privado, municipio rural).¹⁷

Una vez que los migrantes regresan a Estados Unidos o han tenido relaciones sexuales sin protección, algunas mujeres acuden al centro de salud para que las revise el médico por el temor de haber contraído alguna enfermedad, pero sin que su compañero lo sepa por temor a que se moleste. Esta forma de respuesta quizás represente una de las medidas que tienen las mujeres ante el fracaso de otras, que para ellas puede significar protección y confianza.

—Pues sí, inclusive cuando teníamos relaciones yo después a los tres, a los dos días yo venía al Centro de Salud. Yo le decía al doctor: “Es que mi esposo acaba de llegar de Estados Unidos, y mañana yo no quiero, no quiero enfermarme”.

—Pero le decías a tu esposo, le contabas de eso?

—No, no, porque él se molestaba.

¹⁶ Leyva Flores, R. y Caballero, M., *Las que se quedan: contextos de vulnerabilidad a ITS y VIH/SIDA en mujeres compañeras de migrantes*, cit.

¹⁷ *Idem*.

Los médicos de estas comunidades consideran que un efecto negativo de contar con una pareja migrante es “la exposición constante a infecciones de transmisión sexual”. De igual forma, señalan que los migrantes en Estados Unidos presentan una alta demanda de trabajo sexual, que coincide con lo señalado con Bronfman¹⁸ respecto a este cambio de comportamiento.

El retorno de la pareja migrante aparece como una irrupción a la seguridad en la vida sexual de la mujer que se queda en la comunidad. En algunas mujeres, el retorno de su pareja incrementa la incertidumbre, ahora ante la posibilidad de quedarse infectada con alguna ITS o VIH. De nuevo, la inequidad en las relaciones de género aparece como un elemento clave que impide a la mujer manejar las situaciones que percibe como potencial riesgo para su bienestar y salud. También se constituye en un obstáculo que limita la búsqueda oportuna de servicios de salud y sólo puede hacerlo una vez que su pareja ha retorna a Estados Unidos o a escondidas por temor a sufrir represalias.

El fenómeno migratorio en las comunidades de origen de migrantes parece contribuir a incrementar las desigualdades de género presentes en estas comunidades, expresado ahora a través de cambios en comportamientos sexuales que pueden estar relacionados con la probabilidad de transmisión de VIH.

El ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres queda restringido ante el retorno de su pareja migrante. El estigma y el rechazo social emergen contra las mujeres ante la posibilidad de que tengan otra pareja; esto constituye un estricto mecanismo de control social que frecuentemente legitima la violencia contra las mujeres en estas comunidades. El hecho de que una mujer padezca VIH u otra infección de transmisión sexual representa un problema cuya atención debe resolverse en condiciones casi de clandestinidad, sin conocimiento de su pareja, quien frecuentemente funciona como transmisor de la infección.

Estos elementos contribuyeron a proponer la hipótesis sobre la feminización y ruralización del VIH en México, como un asunto epidemiológico relacionado con la migración hacia Estados Unidos.¹⁹ Sin embargo, estos análisis vuelven a omitir las condiciones sociales en que el ejercicio de derechos se encuentra seriamente restringido, con una clara diferenciación por género.

¹⁸ Bronfman, M. *et al.*, *SIDA en...*, cit.

¹⁹ Valdespino, J. L. *et al.*, “Patrones y predicciones epidemiológicas y cognoscitivas de la transmisión del VIH en México”, *Salud Pública de México*, núm. 30, 1988, pp. 567-592.

4. *Convergencias y divergencias en la opinión sobre migrantes extranjeros y mexicanos*

A partir de un análisis comparativo de los resultados de los estudios en comunidades de tránsito y en comunidades de origen citados anteriormente, se identificaron los siguientes elementos comunes y divergentes:

El migrante como portador de VIH. La perspectiva de los actores clave de las comunidades de origen y tránsito coinciden en identificar a los migrantes, tanto extranjeros en tránsito como mexicanos que retornan, como portadores y potenciales transmisores del VIH.

El estigma, una escala gradual. Si bien la opinión de los actores coincide en estigmatizar a los migrantes, esto presenta ciertos matices. Es mayor el estigma, la discriminación y el rechazo hacia los extranjeros en tránsito respecto a los mexicanos de retorno, posiblemente relacionado con la pertenencia de estos últimos a las comunidades de origen, donde a pesar de que alteran el orden social, se generan procesos de reinserción social vinculados con posibles ventajas económicas (remesas) y socioculturales (nuevos comportamientos e interacciones sociales, reintegración familiar).

Comportamientos sexuales y manejo de riesgos. El cambio de comportamientos sexuales representa una de las expresiones que con mayor frecuencia emerge en la opinión social de los entrevistados. Los comportamientos sexuales de los extranjeros son predominantemente representados como de riesgo para la comunidad; sin embargo, los de los migrantes mexicanos de retorno pueden ser vistos en la comunidad como parte de la experiencia de ser migrante y, al mismo tiempo, como un riesgo desde la perspectiva de su pareja.

Migrantes de retorno e inequidad de género. Desde la perspectiva de los autores de los diferentes estudios revisados, se identifica un elemento común de agudización de la inequidad de género preexistente en las comunidades de origen, relacionada con el proceso de retorno de migrantes. Las parejas de migrantes se ven presionadas a cambiar su rol organizador y protagonista en el grupo familiar adoptado en ausencia del migrante, hacia el rol tradicionalmente asignado a la mujer. Las mujeres, a pesar de tener conocimiento de que sus parejas han tenido relaciones sexuales de riesgo, se ven presionadas u obligadas a retomar el rol de pareja con escasa o nula posibilidad de negociación para el uso de medidas efectivas para prevención de VIH o embarazo. En este sentido, se les imposibilita solicitar el uso de condón a su pareja, lo cual atenta contra sus derechos sexuales y reproductivos.

IV. DISCUSIÓN

La OIM estima 232 millones migrantes internacionales y 740 millones de migrantes internos en el mundo en 2015. De los migrantes internacionales, 50% reside en 10 países de altos ingresos, en su mayoría se concentran en las grandes ciudades de estos países. La geografía de los flujos migratorios está cambiando, relacionado con la economía global.²⁰

La complejidad del fenómeno migratorio a nivel global incluye personas que por diferentes motivos (desastres naturales, búsqueda de empleo, conflictos bélicos, entre otros) tienen que abandonar sus lugares de origen, no siempre en las mejores condiciones migratorias. Sin embargo, independientemente de las razones migratorias, la respuesta política de la mayor parte de los gobiernos y las sociedades de los países de tránsito y destino, se caracteriza por la restricción migratoria, el rechazo y la exclusión de migrantes.²¹ Uno de los ejemplos más notables y recientes de ello, ha sido la crisis de Siria y el desplazamiento de más de seis millones de personas que buscaron llegar a algún país europeo en un periodo de cuatro años (2011-2015).²²

Por otro lado, actualmente la epidemia de VIH a nivel global ha sido descrita como un asunto caracterizado principalmente por el estigma y la discriminación de las personas afectadas por la epidemia o de aquellas consideradas potencialmente transmisoras de VIH, que en este caso corresponden a los migrantes.²³ El estigma y la discriminación en la actualidad funcionan como motores principales que obstaculizan el alcance de las medidas efectivas de atención integral de la epidemia, que incluye desde la difusión de información, la promoción y el uso de condón, hasta la adherencia a los medicamentos antirretrovirales.

La migración y el VIH constituyen, por separado, categorías de estigma y discriminación. Juntas y representadas por sujetos, se sintetizan en un doble estigma: por una parte, por el hecho de ser migrantes (lo cual implica que sean vistos como agentes de inestabilidad e inseguridad social), y por

²⁰ OIM, *World Migration Report 2015. Migrants and Cities: New Partnerships to Manage Mobility*, Ginebra, International Organization for Migration, 2015.

²¹ *Idem*.

²² Yazgan, P. et al., “Syrian Crisis and Migration”, *Migration Letters*, 12(3), 2015, pp. 181-192.

²³ ONUSIDA, *Reducir el estigma y la discriminación por el VIH: una parte fundamental de los programas nacionales del SIDA: recurso para las partes interesadas en la respuesta al VIH en los diferentes países*, Ginebra, ONUSIDA.

otra, por ser considerados portadores de infecciones y enfermedades, en este caso, de VIH.

En el caso de México, tanto el fenómeno migratorio como el de VIH se encuentran representados en la opinión social. Los resultados de la ENA-DIS 2010 contribuyeron a visibilizar distintas expresiones de discriminación y estigma hacia diferentes grupos que por distintas razones son considerados sujetos de riesgo, desviados o indeseables. La posición de la sociedad mexicana ante fenómenos como el VIH y la migración, que forman parte y están presentes en su dinámica social nacional y regional, se expresó con las más altas frecuencias de rechazo hacia los migrantes y grupos de diversidad sexual.

En este contexto, la población mexicana o residente en México, aparece sólo como receptor pasivo de los riesgos y potenciales daños sociales y de salud que portan los migrantes y de los cuales requieren ser “protegidos”. Esta actitud ha sido descrita históricamente y no parece haber cambiado sustantivamente en la sociedad contemporánea.²⁴

Los estudios revisados permiten identificar opiniones y percepciones en las comunidades de origen y tránsito de migrantes que constatan la idea predominante de que la diseminación de la epidemia es resultado de la entrada de personas extrañas a las comunidades, o bien, del retorno de quienes residieron temporalmente en Estados Unidos. Los cambios en el comportamiento sexual de quienes migran y retornan son percibidos como factores de riesgo para sus parejas y, en efecto, se han documentado casos de transmisión de este tipo. Sin embargo, esto contribuye al reforzamiento de la idea de que los migrantes son el grupo de riesgo, lo cual puede verse agravado si se autoadscribe como perteneciente a grupos de diversidad sexual. Esta percepción contrasta con la evidencia generada en un reciente estudio con migrantes en tránsito por México,²⁵ donde la prevalencia observada es semejante a la de sus países de origen.

Aunado a la exclusión social de la que son objeto los migrantes, con o sin VIH, el acceso a los servicios de salud para esta población es limitado, sobre todo si corresponde a migrantes en tránsito irregular por México. Por una parte, debido a la desconfianza de los migrantes en las autoridades públicas y el miedo a ser deportados, y por otra, a las limitaciones económicas que les imposibilitan cubrir los costos de su atención. Desde finales de 2014,

²⁴ Sontag, S., *La enfermedad y sus metáforas: el SIDA y sus metáforas*, cit.

²⁵ Leyva Flores, R. et al., “Informe técnico final para CENSIDA: acceso de la población migrante a la atención integral del VIH, SIDA e ITS en los servicios de salud de los estados de Chiapas, Oaxaca y Tabasco Cuernavaca”, México, Instituto Nacional de Salud Pública, 2015.

el Seguro Popular ofrece la afiliación temporal a migrantes. Sin embargo, en la práctica, 90 días de cobertura resultan insuficientes para dar respuesta a ciertas necesidades de salud, en especial si se trata de VIH. Además, la afiliación y el acceso a los servicios de salud suelen verse obstaculizados por procedimientos administrativos que priorizan asuntos burocráticos sobre los derechos humanos de los migrantes.²⁶

Este trabajo analiza la evidencia que diferentes estudios han generado en el campo de la migración y el VIH, desde una perspectiva de la opinión social en comunidades fronterizas de tránsito de migrantes y de comunidades de origen mexicano hacia Estados Unidos. Esta forma de análisis muestra la posición de la sociedad ante asuntos que forman parte de sus procesos sociales, que no le son extraños ni ajenos. Si bien los ordenamientos jurídico-legales en México priorizan la promoción y la defensa de los derechos humanos de migrantes y personas con VIH, en la vida cotidiana estos parecen desconocidos o estar distantes de la opinión social prevaleciente en México. Se requiere estudiar algunos de los efectos sociopolíticos de esta opinión social, no sólo por las consecuencias en la salud individual, sino sobre todo por el impacto social en el funcionamiento de las instituciones gubernamentales relacionadas con la garantía de los derechos de las personas.

²⁶ *Idem.*

DIVERSIDAD, SALUD Y BIOÉTICA INTERCULTURALES

Daniel GUTIÉRREZ MARTÍNEZ
Marcia MOCELLIN RAYMUNDO

SUMARIO: I. *Diversidad y desafíos interculturales: a manera de introducción.* II. *De la diversidad intrínseca a la diferencia social.* III. *Salud pública e intercultural.* IV. *Las conexiones entre bioética y salud intercultural.*

El resultado de este estudio demuestra que cada individuo es un mosaico de múltiples tipos de mitocondrias ADN en varias frecuencias en diferentes tejidos.

Hans SPELBRINK

I. DIVERSIDAD Y DESAFÍOS INTERCULTURALES: A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En el número de marzo de 2010 de la revista *Nature*, se afirmaba que el genoma mitocondrial no es uniforme entre las células del genoma del cuerpo, como se acreditaba anteriormente, sino que varía entre los diferentes tipos del tejido orgánico corporal. La principal función de la mitocondria es ofrecer respiración celular, proporcionando energía a la misma célula. Este aparente descubrimiento de la variabilidad y diversidad de las mitocondrias en las células humanas, en realidad nos habla del proceso homogeneizador, unificador y reduccionista en el que se habían establecido, la mayoría de las investigaciones de la ciencia médica en el pasado y que habían aquejado al enfoque *diversal* en la bioética.¹

¹ Morin E., *Ciência com Consciência*, Río de Janeiro, Bertrand Brasil, 1996.

Con el uso del ADN de forma recurrente y concreta en las ciencias médicas y forenses terminó de “destaparse” por completo todo un andamiaje epistemológico basado en el enfoque de la diversidad. Si cada uno de nuestros organismos tiene su propia diversidad interna ¿por qué negar la diversidad propia de la sociedad? Esto significa que la realidad del mundo en que vivimos se refleja a partir de su diversidad y complejidad; sea del mundo natural o social. Por ello, se hace sumamente necesario—desde el marco de la bioética “social”—considerar esa misma diversidad en su plenitud para entender y abordar los avatares que surgen por la misma naturaleza de la sociedad, y que son parte de los dilemas de la bioética como disciplina.

La diversidad ya no es vista como causa de conflictos o como un problema social que se deba erradicar, sino como un factor antropológico (humano) primero y fundamental (*arché* = arcaico) de las sociedades humanas, y como raíz de indagación investigativa. Hay que insistir al respecto, la diversidad es el elemento común a todas las sociedades en convivencia, y es alrededor de ésta que se pueden construir éticas de vida (bioética), es decir, acuerdos de organización social que se muestran indispensables a toda sociedad para garantizar su propia existencia; para decirlo de manera tajante: sin diversidad no hay sociedad.²

Si hay algo que comparten todas las sociedades naturales y humanas es su variabilidad e interacción. Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la importancia de tener en mente que la diversidad en cuestiones de salud se presenta, no solamente a partir de aspectos étnicos, de género, de religiosidad y de creencias, entre tantos otros, sino también en términos de condiciones socioeconómicas, políticas y culturales, así como internas a la misma cultura, por lo que la bioética debe necesariamente incorporar en su consideración epistémica dichos aspectos para sus planteamientos y resultados, pues todos ellos influyen en los modos de tomar decisiones de vida sobre los cuerpos sociales, tanto naturales como personales. A este respecto, en ejemplos más cercanos a nuestras experiencias diarias, la diversidad se constituye también en el marco de la relación de los profesionales de salud con los pacientes, desde ambas partes, es decir, desde el profesional hacia el paciente, y viceversa.

A partir de esta consideración de la diversidad es que se configura la base de la interculturalidad en la salud, o sea, la intención de que distintas

² Gutiérrez Martínez, D., “Panorámica de los fenómenos ambientales y el desarrollo en la perspectiva de la diversidad”, en Calixto Flores, Raúl (coord.), *Educación e investigación ambientales y sustentabilidad: entornos cercanos para desarrollos por venir*, México, Universidad Pedagógica Nacional-El Colegio Mexiquense, 2011, pp. 27-34.

miradas frente a un mismo problema se puedan complementar de manera ecuánime, equitativa e inclusiva. Aguirre Beltrán planteaba ya a mediados del siglo pasado que “la salud intercultural se da desde el marco de las cuestiones indígenas e involucra la complementariedad entre dos sistemas de salud (institucional y tradicional), que tiene como objeto común hacerle frente a la enfermedad y mejorar la salud en zonas de refugio indígena”.³

Aunque ha sido de gran aporte lo planteado por Beltrán en este rubro, la interculturalidad no se refiere exclusivamente a las mal llamadas culturas indígenas o a los —“políticamente correcto”— denominados pueblos originarios, más bien se refiere a la interacción de la diversidad involucrada en determinados procesos de intercambio colectivo e interdependencia de saberes. Por su parte, Lerín Piñón propone que

la salud intercultural puede ser interpretada de distintas maneras, y la interculturalidad debe ser entendida como un proceso, dado que involucra las interrelaciones equitativas y respetuosas de las diferencias económicas y sociales, pero sobre todo de las culturales, donde la salud y la enfermedad, la muerte y el accidente ocupan un lugar preponderante.⁴

Sin entrar en debate aún sobre las distintas definiciones de lo intercultural, es claro que la idea de inicio tiene que ver con este encuentro entre diferentes raíces cosmogónicas y valóricas del mundo para enfrentar un acontecimiento de manera colectiva que atañe a la comunidad y potenciar los diferenciales (intercultural).

Del mismo modo, desde sus albores la bioética, preconizada por Potter, ya involucraba la interdisciplinariedad y lo intercultural, aunque no se le denominaría de este modo.⁵ Lo anterior nos permite inferir que necesitamos respuestas que consideren y reconozcan la pluralidad de racionalidades, y con ello reflexionar sobre lo que significa “éticas de vida” (bioética) desde la complejidad, es decir, desde la diversidad.⁶ Lo anterior no tanto porque sea “políticamente correcto” u obedezca al reconocimiento de la diferencia en los derechos humanos; sino por el hecho de que el conocimiento, cualquiera que sea éste, se constituye ineluctablemente a partir del intercambio de

³ Aguirre Beltrán, G., *Antropología médica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

⁴ Lerín Piñón, S., “Antropología y salud intercultural: desafíos de una propuesta”, *Desacatos*, núm. 16, 2006, pp. 111-125.

⁵ Potter, Van Rensselaer, “Ponencia en el IV Congreso Mundial de Bioética”, *O Mundo da Saúde*, 1998, 22 (6), pp. 370-374.

⁶ Viesca-Treviño, C., “Bioética. Conceptos y métodos”, en González Valenzuela, J. (coord.), *Perspectivas de bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 53-89.

saberes, de manera colectiva y plural. Bien dice el dicho popular; “piensan más dos cabezas que una”. Por ello, una teoría sobre la ética, que involucre sólo la particular visión de vida de un grupo cultural, no da cuenta de toda la diversidad y pluralidad de racionalidades que convergen en los procesos culturales y sociales;⁷ que para nuestro caso, el de la ciencia médica, nos remite a la pluralidad de consideraciones curativas y de salud que acontecen día con día. A decir de Van Rensselaer Potter en su obra de 1970 *Bioethics: the Science of Survival*, nosotros tenemos una gran necesidad de una ética de la tierra, una ética para la vida salvaje, una ética de las poblaciones, una ética del consumo, una ética urbana, una ética internacional, una ética geriátrica y así en adelante, pues todas envuelven la bioética, es decir, un conjunto de valoraciones compartidas por todos, que permitan desde ese punto en común organizar las reglas y designios (morales) de las sociedades. Por ello, el desafío constante de la bioética es justamente reflexionar sobre los puntos mínimos comunes compartidos entre diferentes culturas, en el marco de la variabilidad de racionalidades y valoraciones existentes. Esto es lo que definimos como ética.

De hecho, aseveraríamos que es sobre esta razón que la bioética se sostiene como disciplina inter-trans-multi-pluri. Su base epistémica es la pluralidad de racionalidades y visiones del mundo, conjugando los saberes de manera complementaria, sin favorecer o imponer fundamentos particulares de una cultura sobre las demás (laicidad).⁸ La bioética se alimenta y se mantiene de la diversidad, y no de su homogeneidad. Es también por esta razón que el frecuente reduccionismo de la bioética a una sola teoría, como la *teoría principalista* (ausencia de integralidad cuerpo-entorno) por ejemplo, termina por ser insuficiente al aplicarse a contextos distintos de las sociedades occidentales, liberales y anglosajonas; donde por lo contrario a éstas, la concepción de enfermedad es holista y referida a todo el cuerpo físico y social, léase referido al entorno.

Aquí la ciencia médica occidental (léase hipocrática) ha tendido a fragmentar las visiones holistas de la enfermedad o de las dolencias que existen en otras culturas y grupos, y por tanto ha segmentando sus procedimientos curativos. Del mismo modo, conjugar ciencias sociales, biológicas y humanas, va en el sentido del carácter interdisciplinario y diverso que supone fundamentar la bioética. Por todas estas razones se busca también que la

⁷ Mello, D. G. de y Braz, M., “Vulnerabilidade, autonomia e ética em pesquisa”, *Revista Brasileira de Bioética*, 2008, 4(1-2), pp. 49-68.

⁸ Véase Blancarte, Roberto *et al.* (coords.), *Laicidad: estudios introductorios*, México, El Colegio Mexiquense, 2012.

bioética sea laica, es decir, además de no partir de dogmas de fe metafísicos, teológicos o religiosos, la disciplina mantenga su carácter controversial en sus cuestionamientos morales, y una pluralidad esencial de base que la configuren como necesariamente imparcial (bioética laica).⁹

De hecho, la diversidad no sólo se mide por las relaciones exógenas entre diferentes elementos, sino que hay que considerar también lo *intra-culturalmente* dinámico, es decir, donde endógenamente se constituye lo diverso. Esto significa que no necesitamos estar entre culturas muy distintas para que situaciones de diversidad se presenten o interpongan; desde las entidades más microscópicas como las células, hasta la más macro como las vías lácteas, la diversidad demora. De hecho, la “diversidad *intra*” es también la base de fenómenos macro como el de la globalización, o los micro como la relación de la que hemos mencionado, en un hospital, profesional-paciente. Diferentes géneros, creencias, valores, cosmovisiones, filosofías y religiosidades, etcétera, entre individuos que comparten una misma cultura se constituyen de manera cotidiana. Esta *intra-diversidad*, es incluso fundamento de asimetrías y desequilibrios (sustento básico de la diversidad), que algunas veces, retomando nuestros ejemplos, son obstáculos en el proceso mismo de atención a la salud. Al respecto, véase los ejemplos con las cuestiones que involucran temas tan polémicos como el aborto, la homoparentalidad, etcétera, que suponen plantearse como problemáticas en una sociedad que supone compartir valores comunes de la modernidad (pluralismo, racionabilidad, tolerancia, etcétera).¹⁰ En suma, la diversidad empieza por lo *intra*, antes de llegar a lo *inter*, pero en todo caso, fuera de toda polémica sobre este postulado, se trata de dinámicas (*intra/inter*) que se conjugan constantemente en el proceso de constitución dialógica de la sociedad.

Ya decía Paolo Freire que la educación es comunicación, es diálogo en la medida en que no se trata de la transferencia del saber, sino de un encuentro de sujetos interlocutores que buscan significado de significados. El interculturalismo en salud presupone,¹¹ como se ha mencionado, que el diálogo (definiendo éste como “conflicto de interpretaciones”), permita una conexión equiparable/equitativa entre los diferentes interlocutores in-

⁹ González Valenzuela, J., “¿Qué ética para la bioética?”, en González Valenzuela, J. (coord.), *Perspectivas de bioética*, cit., pp. 9-50; véase declaración de la bioética laica del Colegio de Bioética de México que da cuenta de estos principios mencionados.

¹⁰ Esto significa que se puede respetar y reconocer la diferencia pero ello no forzosamente conlleva a la convivencia pacífica; en algún momento se puede romper el hilo de tolerancia, o bien ese respeto por el otro diferente. *Cfr.* Taylor, Charles, *Sources of the Self*, Harvard University Press, 1989.

¹¹ Casaús Arzú, María Elena, *El lenguaje de los ismos: algunos conceptos de la modernidad en América Latina*, Guatemala, FoG Editores, 2010.

volucrados para generar saberes de manera colectiva y complementaria; sin embargo, gran parte de las escuelas de bioética tradicionales (por fortuna cada vez son menos) parten de presupuestos que consideran que las relaciones hegemónicas (como las de la medicina hipocrática con respecto a las medicinas alternativas), donde el poseedor del conocimiento suele ser única y exclusivamente el profesional de la salud, sean las únicas válidas en la gestión del conocimiento médico curativo y de sanación.

Los discursos alrededor de los beneficios que la ciencia médica le ofrece al paciente terminan no sólo en los ya conocidos sacralismos-medicalizados (hacia la medicina, los médicos o los medicamentos), sino que justifican la monopolización de los saberes del profesional de salud para opinar sobre nuestra salud de manera universal.¹² Se trata de conflictos de valores que se presentan muy recurrentemente en el marco de la bioética médica. La concepción de “hacer el *bien*” cuando se considera desde una visión hegemónica o desde el sentido de los médicos predominantes, no siempre termina por ser el *bien* para todas las personas o pacientes. Al respecto, véase el ejemplo de los Testigos de Jehová, cuyo “bien” curativo se asocia con el hecho de no recibir una transfusión de sangre, mientras que para otras religiosidades o creencias el “bien” sería el de recibirla.

De la misma manera podemos citar la conocida ética de las *virtudes* de raíces aristotélicas, las cuales se definen con base en las consideraciones de las virtudes valoradas en el mundo occidental, que se concentran en la acción virtuosa del mundo de la razón, mientras que por lo contrario en el mundo oriental, por ejemplo, las virtudes se definen a partir de la valoración de la contemplación y la transcendencia del espíritu. Se trata de ejemplos quizás un poco superficiales, pero que nos hablan bien de que nos encontramos todavía, en la actualidad, con una bioética bastante occidentalizada, cuyos parámetros frecuentemente se basan en conceptos y proposiciones teóricas que no son universales (esto incluye los intentos de laicizar la bioética), y que terminan por reflejarse en casos tan comunes y cotidianos como los de las relaciones profesional-paciente en los sistemas de salud. Aquí sin duda queda el asterisco sobre la sempiterna discusión de la universalización de los principios de la bioética.

Lo anterior nos lleva, particularmente, a pensar que la interculturalidad es una herramienta que puede aportar a la reflexión sobre los dilemas de la universalización de los principios bioéticos, así como en la resolución de los

¹² Ruiz Llanos, A., “La ética, la interculturalidad y los derechos humanos para la protección de la salud”, en Citarella, L. et al. (eds.), *Yachay Tinkuy, salud e interculturalidad en Bolivia y América Latina*, La Paz, Prohisaba, 2009, pp. 291-305.

conflictos de variabilidad cosmogónica, debido a que podría proporcionar —en distintos niveles— espacios de diálogo y negociación (justo porque son conflictivos y asimétricos); sea en el nivel epistemológico (interacción disciplinaria ciencias sociales/ciencias humanas/ciencias naturales); en el nivel del intercambio de saberes; o bien en el nivel de la vida práctica donde el paciente se sienta atendido en sus demandas, y el profesional cómodo con sus decisiones y acciones.

Una de las propuestas teóricas bioéticas que propone trabajar desde la diversidad situacional y contextual como punto de partida para consolidar la discusión, la negociación y los acuerdos entre comunidades tecnocientíficas, culturales y morales es precisamente la postura de María Jesús Buxó i Rey,¹³ quien habla de la *bioética intercultural*, no sólo como espacio de reflexión y acción investigativa, sino como un amplio territorio de intermediación y traducción transculturales con el fin de conectar diferentes sistemas de conocimiento y realidades sociales, además de establecer comunidades de coparticipación.

Partiendo de la teoría a la práctica, resta saber de qué manera esos preceptos pueden ser incorporados en el quehacer de cada profesional de la salud cuando se encuentre en situaciones de diversidad conflictiva en su práctica diaria. Éste sería, desde nuestro punto de vista, uno de los desafíos actuales de la bioética. Es decir, el considerar como parte inherente a su constitución la diversidad de los grupos humanos particularmente en el marco de la salud, y sobre todo evitar que criterios hegemónicos se establezcan como normativos, pues al considerárseles “normales”, muchas veces tales normativas contribuyen a la exclusión de la diversidad de saberes.

Esto no es cosa menor cuando se piensa en las dificultades que se generan con respecto al tema de las enfermedades, que no son iguales y no se manifiestan de una misma manera en culturas diferentes, ni en personas *padecientes*, es decir, existen distintas maneras de enfermarse, que pueden determinarse *intra/inter* culturalmente. Lo anterior conlleva a repensar la formación académica y práctica de los profesionales de la salud desde el paradigma de la diversidad¹⁴ y el enfoque de lo intercultural,¹⁵ no sólo en la

¹³ Buxó i Rey, M. J., “Antropología cultural y bioética”, en Casado, María (comp.), *Nuevos materiales de bioética y derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 29-45.

¹⁴ Con respecto al tema del paradigma significaría dar cuenta de qué manera desde la diversidad humana se pensaría las relaciones humanas y las sociedades en su conjunto y a través de los tiempos en las diferentes disciplinas convergiendo en un punto común epistémico de esta noción.

¹⁵ En lo inmediato, el enfoque intercultural se usó, después de la segunda guerra mundial, en el *Foreign Service Institute*, que da formación a los diplomáticos estadounidenses, particularmente en el conocimiento de las lenguas y culturas extranjeras. El carácter di-

inclusión de visiones médicas no hegemónicas, sino sobre todo en el proceso de estructuración del conocimiento médico, que a la larga se traduciría inevitablemente en prácticas incluyentes de los profesionales de la salud en el contexto de la diversidad humana existente.

II. DE LA DIVERSIDAD INTRÍNSECA A LA DIFERENCIA SOCIAL

La noción de diversidad es insumo central en la comprensión, no sólo del enfoque de lo intercultural sino también de todo fenómeno en general. No obstante, hay que evocar el nebuloso efecto de moda que el tema de la diversidad ha provocado en las últimas décadas; desde su instauración científica en la biología con la noción de biodiversidad hasta su establecimiento conceptual en las ciencias sociales, hace un par de décadas, a través del concepto de “diversidad cultural”.¹⁶ Si bien en biología queda claro para la comunidad científica que el concepto de biodiversidad hace referencia a la interacción de especies distintas y concretas existentes en el entorno, así como remite al paradigma de investigación aludiendo a la relación de reactivos biológicos y sus avatares (desde la multicelularidad, hasta las mitocondrias del ADN, así como lo diverso de la fauna y la flora en el planeta...); en ciencias sociales y humanas existe una preponderante inercia a no distinguir, ni sistematizar los

plomático de la formación daba condiciones ideales de laboratorio para centrarse en fenómenos interculturales, que tenían que ver con el ejercicio de colaboraciones colectivas para resolución de problemas de interés común (en este caso de desarrollo económico). En Pittsburgh, la extensión de este tipo de formación condujo a la creación de los “Talleres de comunicación intercultural” para permitir una mayor adaptación de los estudiantes extranjeros a las universidades en el país. Todo ello estuvo centrado en la obtención y acumulación de datos prácticos de la vida cotidiana, asociándolos con el trabajo colectivo e intercambios establecidos en contextos de marcada diferenciación cultural. Con ello se establecieron una serie de programas en favor de la consideración de las subjetividades y mejoramiento de las comunicaciones interpersonales en dichos contextos, así como estudios de punta sobre semántica general intercultural, y de comunicación no directivista, así como de análisis transaccionales y de programación neurolingüística. Lo anterior tenía como objetivo la búsqueda de sus aplicaciones (dimensión política) en los dominios del comercio, lo empresarial, la comunicación mediática, entre tantos otros. Cf. Demorgan, Jacques, “Critique de l’Interculturel. L’Horizon de la sociologie”, *Anthropologie*, París, Economica-Anthropos, 2005; Leeds-Hurwitz, W., “Tendance actuelles de la recherché en communication interculturelle aux Etas-Unis”, en Sfez, L., *Dictionnaire critique de la communication*, París, PUF, 1993, t. 1; id., *Foreign Service...*, cit., t. 2.

¹⁶ El término se acuñó en 1985 en el Foro Nacional sobre la Diversidad Biológica de Estados Unidos con Edward O. Wilson, entomólogo de la Universidad de Harvard, que intituló así su publicación de resultados bajo el mismo título. Cf. Wiewiora, Michel, *La diversité*, París, Robert Laffont, 2006.

conceptos de diversidad, diversidad cultural, pluralidad y lo que ello significa en el lenguaje de las ciencias sociales; menos aún en la lógica de lo intercultural y en sus distintas dimensiones investigativas (epistemológica, teórica, metodológica, política —si es que la hay—).¹⁷ Son escasos incluso los estudios científicos sistemáticos con respecto a lo que la diversidad tiene como consecuencias concretas en lo social y en la convivencia en sociedad.¹⁸ Por ello parece haber, al respecto, poco o nulo consenso disciplinario en la comunidad académica sobre la definición de estos términos. En todo caso ya no se considera, al menos, a la diversidad como elementos opuestos que luchan entre sí. El paradigma se plantea ahora sobre la manera de complementar y generar una mejor interpretación del fenómeno de la diversidad para su potenciación en sociedad. Ya no se trata incluso de la interpretación del darwinismo social sobre el hecho que los seres vivos “superiores” aplastan a los inferiores, sino que se trata de la visión según la cual aquella sociedad, grupo humano o persona que logra intercambiar con el/lo otro es el que puede sobrevivir. La fórmula adaptación=diversificación=supervivencia de la especie refleja bien este cambio de posición paradigmática. Ello aporta al mundo de las ciencias sociales y naturales otra visión investigativa diametralmente distinta.

La diversidad en términos culturales y sociales refiere a la *convivencia* de diferenciales en la experiencia vivida colectivamente. En la dimensión política, la diversidad es el reconocimiento de una identidad singular (particular), frente a una serie de valores identitarios nacionales que se pretenden universales. En la dimensión étnica se trataría de reconocerse como persona, grupo o nación a través de una o varias diferencias culturales frente a los

¹⁷ Para una discusión de las diferentes dimensiones de lo intercultural en la ciencia véase Gutiérrez Martínez, Daniel, “Por una epistemología de lo intercultural”, en Pastor de la Cruz, Isabel *et al.* (coords.), *Interculturalidad, conocimiento y educación. Diálogos desde el Sur*, México, Ediciones Trinchera-Universidad Pedagógica Nacional, 2015.

¹⁸ A este respecto, por ejemplo, el sociólogo estadounidense Robert Putnam buscando analizar la percepción de los ciudadanos en Estados Unidos sobre el tema de la diversidad cultural y étnica, y su impacto con afiliaciones políticas llevó a cabo una encuesta de más de 30,000 personas reflexionando, más allá de las clásicas investigaciones sobre el choque entre valores y pasiones políticas, la diversidad étnica creciente en el país, en donde dio cuenta que esta diversidad, en el corto plazo, termina por reducir la solidaridad entre las personas, así como a limitar la confianza de los individuos entre ellos, incluyendo en el interior de los grupos mismos, y a generar una menor inversión en proyectos comunitarios, y disminuir las obras caritativas. En este estudio, la diversidad étnica, lejos de ser una riqueza y contrario a los presupuestos establecidos previamente, sería un factor de desagregación social, al menos en el corto tiempo, aunque parecería que en largo plazo los resultados podrían invertirse. *Cfr.* Putnam, Robert, “E. Pluribus unum. Diversity and Community in the Twenty-First Century. The 2006 Johan Skytte Prize Lecture”, *Scandinavian Political Studies*, vol. 30, núm. 2, 2007, pp. 137-174.

demás grupos, particularmente con respecto a la etnia dominante (Estado), con el fin de reivindicar derechos de toda índole. La etnicidad no es más que la reivindicación política de grupos con sus sentimientos de pertenencia (identidades).¹⁹ Con las dimensiones política y étnica se constituyen así la consideración y análisis de lo que los estudiosos refieren a tribus, personas y cuestiones colectivas cristalizadas en límites identitarios específicos. Diversidad cultural remitiría entonces a la interacción de diferenciales que producen sociedad. Podemos entender así, la diversidad cultural como la potencia de la politización cultural (etnicidad), es decir, potenciar las jerarquías establecidas social y políticamente (diferencias) hacia un punto común en el que todos estemos de acuerdo y nos sintamos partícipes. En este sentido, una sociedad es el resultado de su diversidad. La ecuación: *existencia de distintos elementos y componentes en variaciones mutables al sistema* sería la definición más sintética para la noción de diversidad en ciencias sociales. Esto significa distintos entre sí, por fuera y por dentro de los sistemas (intra/inter), con variaciones en el tiempo y espacio, mutaciones en el contexto, en movimiento y en la estabilidad misma.

Ahora bien, una sociedad depende de su gran nivel de *intra/inter-acción*. Sin intercambio no hay diversidad, sin diversidad no hay intercambio. Por tanto, *diversidad en todas las dimensiones, intercambio en todas las direcciones resulta en cultura*. Sea que se trate de intercambios simbólicos, intercambios físicos, espaciales etcétera. Sea que se trate de diversidad de interpretaciones: el intercambio es producción de cultura. Sin intercambio se llega a la endogamia y, en consecuencia, a la entropía de los sistemas. Sin intercambio se llega al monopolio y, por tanto, a la implosión de las sociedades. La fórmula intercambio/diversidad es igual a interdependencias-complementariedades societales.

En las democracias contemporáneas el problema mayor es cómo gestionar estas diversidades a partir de tecnologías de gobierno. En muchas ocasiones la diversidad se ha querido resolver con su desaparición o su negación. Ciertamente, la diversidad es ahora tema importante, si no es que capital, en las agendas políticas de organismos internacionales de solidaridad y de los Estados nacionales, y ha conformado un “políticamente correcto” en el concierto de países, buscando no sólo una apreciación-valoración optimista de ella, sino también insertándola como elemento político enri-

¹⁹ Cfr. Gutiérrez Martínez, Daniel y Clausen, Helene (coords.), *Revisitar la etnicidad: miradas cruzadas de la diversidad*, México, El Colegio Mexiquense-El Colegio de Sonora-Siglo XXI, 2008.

quecedor de las sociedades en las que vivimos.²⁰ Lejos está ese discurso dcimonónico y de la primera mitad del siglo XX, que planteaba la diversidad como un problema para la constitución de Estados nacionales y sociedades igualitarias y homogéneas. Por lo contrario, cada día es mayor la alusión del desarrollo de los pueblos a partir de la promoción de la diversidad, léase de las diferencias culturales. La heterogeneidad es mayormente aceptada y valorada. La homogeneidad sólo se remite a objetivos y luchas políticas de acceso a la justicia y demandas de igualitarismos entre diferentes en cuestión con respecto a derechos económicos, políticos, sociales, culturales y ahora humanos.

1. Regímenes políticos y tecnologías de gobierno de la diversidad

La diferenciación y la diversidad entre los seres humanos, entre los grupos, entre las personas y entre las sociedades han sido el punto nodal de toda interacción y de todas las relaciones sociales en cualquier ámbito geohistórico.²¹ De hecho se puede afirmar sin temor a ser determinista, que la tendencia a la diferenciación, independientemente de los avatares históricos y geográficos que puedan acontecer, es un proceso singularmente mimético,²² desde que los humanos son sociedad y en donde el giro que pueda tener dicha tendencia, sea virulenta o pacífica, depende de la manera de gestionarla, convergerla, integrarla, incluirla... En otras palabras, se trata de la cuestión sociológica de cómo toman forma los intercambios entre grupos humanos diferenciados. Al respecto, se insiste en que el proceso a la diferenciación es un “hecho social total” (Durkheim), que no sólo ataña a todas las sociedades tradicionales y complejas, sino también se encuentra en todas las épocas societales (tanto en los llamados tiempos primitivos como en los tiempos premodernos, medievales, industriales, posindustriales, modernos, posmodernos, etcétera).

²⁰ Gutiérrez, C. B., “Reflexiones hermenéuticas en torno de «Ética y diversidad cultural»”, en Olivé, L. (comp.), *Ética y diversidad cultural*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 74-86.

²¹ Woodward, K., “Identidade e diferença: uma introdução teórica conceitual”, en Tadeu da Silva, T. (org.), *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*, Petrópolis, Voze, 2008, pp. 7-72.

²² Los procesos miméticos son procesos antropológicos de un cierto tipo de intercambio entre los seres humanos que se reproduce constantemente. Es la necesidad de diferenciarse a través del conflicto o de las rivalidades o las alianzas. Esta necesidad de diferenciación lleva paradójicamente a la acción mimética que se puede resumir claramente con el juego infantil que dice “lo que hace la mano hace la tras”. Cfr. Girard, René, *Veo a Satán caer como el relámpago*, Anagrama, 2002.

Como se ve en el cuadro 1, durante todas las épocas de la humanidad se ha buscado siempre maneras de gestionar los intercambios que se dan en estas diversidades y diferenciaciones, se trata de *regímenes políticos para gestionar los intercambios*; ya sea que se trate de regímenes de tipo monárquico, imperial, republicano, democrático, anárquico o tribal, todos ellos han tenido que converger con la diversidad cultural. Cada uno de estos regímenes favorece ciertas *tecnologías de gobierno* que podemos esquematizar de democracias, fundamentalismos, dictaduras, socialismos, comunismos, neoliberalismos, multiculturalismos, Estados laicos. Éstas tecnologías terminan teniendo *implicaciones en la gestión de la diversidad* que se reflejan en las formas que adquieren los intercambios y que nosotros enumeramos en al menos seis: *a)* intercambios acontecen en diversidades culturales, *b)* intercambios acontecen en diferenciaciones culturales, *c)* intercambios acontecen en pluralidades culturales, *d)* intercambios acontecen en relativismos culturales, *e)* intercambios acontecen en potencias culturales. Como un ejercicio de asociación, cada quien vincula las tres diferentes columnas según considere. Estas formas que adquieren los intercambios de manera distinta tienen implicaciones en las transformaciones de las diferenciaciones, y son éstas las que nos terminan por interesar para nuestro asunto.

Cuadro 1. Gestionamiento de intercambios

Regímenes políticos para gestionar los intercambios	Regímenes políticos para gestionar los intercambios	Implicaciones en la gestión de la diversidad por parte de las tecnologías de gobierno
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Monarquías ➤ Imperios ➤ Repúblicas ➤ Estados nacionales ➤ Teocracias ➤ Tribalismos 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Democracias ➤ Fundamentalismos ➤ Dictaduras ➤ Socialismos ➤ Comunismos ➤ Neo-liberalismos ➤ Multiculturalismos ➤ Estados laicos 	<ul style="list-style-type: none"> a) Intercambios acontecen en diversidades culturales b) Intercambios acontecen en diferenciaciones culturales c) Intercambios acontecen en pluralidades culturales d) Intercambios acontecen en relativismos culturales e) Intercambios acontecen en potencias culturales

La propuesta del cuadro 1 con respecto a la clasificación de las *implicaciones que han tenido las diferentes tecnologías de gobierno* a lo largo de la historia política de occidente sobre las formas que toman estas diferenciaciones, puede que sea considerada de muy esquemática; pero tiene la virtud no sólo de aclarar el debate conceptual y político sobre los conceptos de las diversidades culturales; de igual modo nos permite establecer el núcleo central y común de reflexión que se encuentra en la dimensión política de la salud. Aquí no sólo encontraremos las preocupaciones de origen alrededor de es-

tas reflexiones, sino de igual modo sus desafíos presentes. Éstas son las que ocupan justamente las reflexiones en el ámbito de la política y de la normativa contemporáneas.

Para entender la esquematización de las diferentes formas que toman los intercambios y su seguido acontecimiento en diferenciaciones, no vamos, al menos ahora, a centrarnos en la amplia discusión de la definición de cultura, ya que nos alejaría mucho de nuestro tratado y conllevaría a más debates. Conformémonos por el momento con definir *cultura* etimológicamente con el término en latín usada por Cicerón, en su conocido *Tusculanae disputationes*, donde no deja de hacer alusión a la metáfora del cultivo de la tierra, como cultivo del alma humana, *cultura animi*, y que no sería más que la búsqueda más álgida del desarrollo humano (espiritual, mental, corporal) diferenciándolo de todo el resto de la naturaleza, particularmente la fauna. De hecho, cuando se habla en el sentido de no tener cultura se refiere a que los humanos se acercan más a los barbarismos comunes de los seres animales de los cuales supuestamente nos distinguimos.²³

Dicho esto, como el cuadro lo señala, tenemos primeramente el concepto de *diversidades culturales* que no da cuenta más que de la existencia de elementos variables, múltiples en un sistema social como tales, es decir, seres humanos en convivencia en un entorno dado. De hecho podríamos decir que es sobre este principio que parten todas las tecnologías de gobierno, es decir, sobre la existencia de diversos elementos culturales que componen el origen de las sociedades. Se trata de componentes “culturales” y no económicos, políticos o referidas a otras dimensiones, que si bien pueden asociarse a tipos de cultura particular (por ejemplo, la cultura de los pobres), no es la diversidad epistémica a la que nos referimos. En el marco de la salud, es simplemente tener en mente los distintos elementos que conforman los sistemas curativos.

Por otro lado, cuando se habla en términos de *diferenciaciones culturales*, nos referimos a la condición *sine qua non* de *reconocer* no sólo la existencia de dichos elementos variables y múltiples en un sistema social, sino de definirlos de manera jerárquica. De este modo, el caso del imperio romano, como

²³ Para ser tajantes con este tema, si bien es cierto que al hacer las semipternas distinciones entre humanos y animales, encontramos que cuando más se hacen investigaciones al respecto, los animales cada vez tienen menos disimilitudes con los humanos en las maneras de comer, socializar, del poder, de organizarse, de mostrar afectos, etcétera, no obstante hasta el momento parece pertinente seguir con dichas distinciones, pues hoy por hoy nada indica que los animales sean productores de creencias y religiones, es decir de espiritualidad. Curiosa casualidad “quizás” que sean sobre estas características culturales en las que se han generado los más temibles genocidios y enfrentamientos entre grupos humanos.

se presenta en el cuadro precedente, donde se distinguía entre ciudadanos romanos y los otros (los bárbaros) nos serviría de ejemplo para ilustrar cómo una tecnología de gobierno (en este caso el Imperio) organiza los intercambios contribuyendo a la generación de gestiones de la diversidad cultural que terminan en lo que definimos como diferenciaciones culturales. En este sentido, por ejemplo, la consideración en los sistemas de salud en un imperio, plantearía la conciencia de existencia de diferentes sistemas de salud, donde unos serían considerados superiores u oficiales y otros como inferiores y no oficiales según el estándar dominante del emperador, y los ejemplos podrían ser exhaustivos en este sentido.

Por su parte, cuando hablamos de las *pluralidades culturales* estamos no sólo reconociendo políticamente la existencia de una diversidad cultural, sino que también se habla de la ausencia de jerarquías explícitas que pudiesen definir intercambios privilegiados. Podríamos citar para este caso formas de gobierno de tipo democráticas, véase los socialismos y/o los comunismos, los cuales tendrían implicaciones sobre la gestión de los intercambios que resultarían en este tipo de consideraciones. El tema en este concepto es que no por reconocer la pluralidad se está generando la promoción de intercambios entre estas diversidades (*inter*), es decir, que a pesar de que se busque no establecer jerarquías políticas, económicas y/o sociales en el seno de estas diversidades culturales, el intercambio entre ellas no se da de manera forzosamente equitativa, ni automática, ni inmediata. Esta cuestión sin duda abarca la mayoría de las discusiones políticas implícitas en las propuestas del multiculturalismo. Los hospitales llamados de pluralismos culturales de salud, o con medicina tradicionales, ilustran bien esta noción, pues a pesar de que se reconocen estas formas de saber, no forzosamente hay intercambios de saberes o diálogos entre ellos terminando por resolver un problema de manera colectiva.

Por otra parte, podríamos decir que los resultados exacerbados de la situación previamente planteada, la encontramos cuando se habla del concepto de los *relativismos culturales*, el cual señala que los grupos humanos cuando se ven así direccionados por alguna tecnología de gobierno en el proceso de diferenciación, tienden a encerrarse en sí mismos, sólo existiendo intercambios pacíficos entre aquellas entidades que se encuentran en el interior del grupo cultural en cuestión y de pertenencia. En formas de gobierno como las dictaduras, los totalitarismos, los grupos intransigentes, los fundamentalismos. La principal característica de estas situaciones, la negación al intercambio con cualquier grupo que no comparta su visión o definición de lo humano, termina por implosiones.

Finalmente, cuando se habla de las *interculturalidades* se refiere al principio básico de la potenciación colectiva de los intercambios entre los diversos grupos culturales en convivencia. Las tecnologías de gobierno que implican este tipo de intercambios en la diversidad se fundamentan principalmente sobre la consideración que los grupos humanos son diversos por autonomía y que su supervivencia depende del constante intercambio e interacción colectivos de los grupos. Se trata de relaciones interdependientes, ya que las personas, los grupos humanos, no pueden de ninguna manera vivir sin el contacto, consideración o relación con los otros. Se parte del principio de que los intercambios por la lógica compleja de las mismas sociedades tienden a buscar el beneficio mayor posible, sea emocional, material, simbólico, consciente o inconsciente. Las acciones de las personas y los sentidos que les atribuyen contienen siempre un sentimiento de pertenencia que de manera explícita o no direccionan las acciones. De este modo, el conflicto y las asimetrías de poder están directamente involucradas desde el inicio en las relaciones de intercambio. Por ello, se asume que a mayor nivel de intercambios y participantes en el proceso de diferenciación, menor serán los avatares perjudiciales para el total de los grupos humanos. Las políticas llamadas interculturales buscarían potenciar los saberes diferenciados, más allá de cualquier conflicto de interpretaciones que se presente.

Aquí se encuentra básicamente el nudo gordiano sobre el cual se concentran las mayores vicisitudes societales en la actualidad con respecto al tema de las diversidades, y que han tenido importantes giros políticos, desde los años sesenta del siglo pasado, en que empieza el auge “positivo” de la diversidad, hasta ahora con la globalización cuando se incrementan e intensifican los intercambios en la diversidad con el desarrollo de las tecnologías. Vale aclarar que la diversidad es componente básico de lo intercultural, como el intercambio. En el marco de la salud, el reto es cómo implicar la dinámica de la diversidad a partir de la obligatoriedad de hacer partícipes a la mayor parte de la comunidad en un proyecto de nación que es por autonomía homogeneizador. El reto es potenciar las diferencias, no sólo reconocerlas como lo plantea el multiculturalismo.²⁴ Esto significa en términos de intercambio cotidiano entre grupos, co-laborar, co-operar, co-ordinar, es decir, operar y ordenar juntos, en conjunto. Esto sería el baluarte para el avance de una nación: buscar potenciar colectivamente las capacidades de cada miembro de la sociedad para que de manera cooperativa se llegue

²⁴ Véase Gutiérrez Martínez, Daniel (coord.), *Multiculturalismo: desafío y perspectivas*, México, El Colegio de México-Siglo XXI-UNAM, 2013.

a un resultado como sociedad. Tal sería el enfoque de lo intercultural que atañería las políticas de salud.

Cuadro 2. Tecnología de gobierno en el mundo occidental

Individuos	Personas	
Republicanismo	Multiculturalismo	Intercultural
Estados nacionales	Grupos humanos	
<p>Objetivos a) Igualar la diferencia</p> <p>Valores</p> <ul style="list-style-type: none"> * Igualdad * Libertad <p>Políticas públicas</p> <ul style="list-style-type: none"> * Integración/Homogenización (todo para todos) * Políticas de ciudadanía <p>Políticas institucionales de salud (igualdad)</p> <p><i>Hospital</i></p> <ul style="list-style-type: none"> * Administrar mismo medicamento (masificación) * Misma vacuna <p><i>Derecho</i></p> <ul style="list-style-type: none"> * Misma constitución para todos los grupos 	<p>Objetivos * Reconocer el pluralismo</p> <p>Valores</p> <ul style="list-style-type: none"> * Tolerancia * Respeto de la diferencia <p>Políticas públicas</p> <ul style="list-style-type: none"> * Acción afirmativa/discriminación positiva * Reconocimiento de identidades <p>Políticas institucionales de salud (diferencia)</p> <p><i>Hospital</i></p> <ul style="list-style-type: none"> * Clasificación de medicamentos <p><i>Derecho</i></p> <ul style="list-style-type: none"> * Excepciones jurídicas. Procesos de discriminación fuera de lo instituido 	<p>Objetivos a) Diálogo entre las culturas</p> <p>Valores</p> <ul style="list-style-type: none"> * Diálogo * Comprensión del Otro <p>Políticas públicas</p> <ul style="list-style-type: none"> * Gestión de espacios de interlocución y participación * Vinculación de saberes <p>Políticas institucionales de salud (diversidad)</p> <p><i>Hospital</i></p> <ul style="list-style-type: none"> * Introducción/complementariedades de saberes médicos * Combinación de procedimientos de salud <p><i>Derecho</i></p> <ul style="list-style-type: none"> * Inclusión cultural generalizada en el derecho y justicia

FUENTE: Elaboración propia.

Al respecto, el cuadro 2 acerca de las tres tecnologías de gobierno actuales en el mundo occidental, da cuenta en la lógica de cascada de la repercusión que se tiene en las políticas de salud según las políticas y régimenes de gobierno vigentes. Así, para los Estados nacionales cuya definición de sus miembros son los ciudadanos-individuales, las repercusiones en las políticas institucionales de salud serán diferentes de aquellos régimenes donde los grupos humanos se definen por la composición de personas y grupos humano. Ahora bien, los Estados nacionales en los últimos dos siglos se han caracterizado por ser entidades republicanas o multiculturales. Al referirnos a las republicanas es conocido que sus objetivos han sido los de igualar las diferencias de los individuos. Hacer de todos los ciudadanos iguales en significado y en materia. Todo esto a través de los valores supremos e inquestionables de libertad e igualdad, por lo tanto, sus políticas públicas son

integrativas y homogeneizantes, como las políticas de ciudadanía lo fueron por largo rato. En este sentido, viéndolo bajo la dinámica de cascada las políticas institucionales de salud bajo este régimen, por ejemplo, en un hospital público, serán las de considerar a todos los enfermos iguales y administrarles los mismos medicamentos, llevar a cabo la masificación de los sistemas de salud con las mismas vacunas, con la misma constitución.

Sucede lo mismo con los Estados nacionales definidos como multiculturales, sólo que con algunas diferencias, pues aunque se trata de individuos considerados iguales en acceso, sus objetivos serían más bien los de reconocer el pluralismo cultural o la diferencia, a partir de los valores de libertad, tolerancia, respeto de la diferencia y, por tanto, sus políticas públicas de Estado, como las de acción afirmativa o discriminación positiva, buscarán favorecer el reconocimiento de las identidades individuales. Así, como se hace en la mayoría de los hospitales públicos donde las políticas institucionales de salud obedecen al principio de la diferencia, logrando que en los hospitales se haga al menos la clasificación de medicamentos de manera diferenciada y con la consideración de excepcionalidades jurídicas. Esto conlleva como corolario a procesos de discriminación fuera de lo instituido.

Finalmente, si nos referimos a una dinámica intercultural que no parte de la dimensión de los Estados nacionales, sino de los grupos humanos, los cuales antes que considerarse como individuos, se trata de personas y se definen con respecto a su relación con el entorno, los objetivos políticos cambiarían, pues se trataría de la búsqueda del diálogo entre las culturas, a partir de los valores del intercambio y la comprensión del otro y de lo otro. De ahí que sus políticas públicas generales busquen la gestión de espacios de interlocución y participación, más que de conducción y dictaminación, así como la vinculación de saberes, que se traducirá en políticas institucionales de salud, definidas por la diversidad de la sociedad. De modo que en los hospitales se privilegie la introducción y complementariedad de saberes médicos, y la combinación de procedimientos de salud, logrando incluso que haya una inclusión cultural generalizada en el derecho y la justicia.

En suma, la gestión de la diversidad que ahora se vivencia y revalora está inscrita en un proceso político de aceptación-potenciación de esta diversidad, que rige de hecho la ética mundial, particularmente en lo que concierne a los derechos de las personas.²⁵ El interés de reflexionar, al respecto, desde la bioética y salud interculturales en el mundo actual, reside en poder

²⁵ CIOMS, “Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas”, *Diretrizes internacionais propostas para a pesquisa biomédica em seres humanos*, Brasilia, Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1985, pp. 1-32.

observar, analizar de manera abierta, válida y legítima el funcionamiento de la diversidad en nuestras sociedades contemporáneas, a partir del hecho de que no sólo es legítimo y oficial hablar de ello, sino también necesario para una convivencia pacífica. Es sobre estos temas que versa lo que representan las nuevas perspectivas políticas a las que se enfrenta la bioética, las cuales no están alejadas de desafíos importantes en los años venideros.

El principal problema político en la gestión de la diversidad es que se pueda dar armónicamente el intercambio, la interacción entre los pueblos y la pluralidad que conllevan. Se trata de vehicular nociones de reciprocidad en los intercambios, y no de buscar igualdades o libertades emancipatorias. Se busca analizar los encuentros entre grupos, pues existen varias culturas y no sólo cultura, que coexisten, interactúan y generan culturas humanas, por lo tanto sistemas humanos de salud diversos. Se trata de entender cuáles son las razones que explican los choques y los mecanismos entre los otros y lo otro, para conllevarlo a una mejor comprensión del fenómeno y luego a su cooperación entre los diferentes implicados, y así al comunicar y movilizar elementos que le son propios a cada cultura y se hacen comunes a otras culturas. Quizás ello sólo nos permite aseverar que intercultural o incluso que diversidad cultural son pleonasmos innecesarios.

III. SALUD PÚBLICA E INTERCULTURAL

La salud es entendida como la expresión del mayor grado de bienestar que las personas y la comunidad son capaces de alcanzar a través de un equilibrio existencial dinámico, mediado por un conjunto de factores biológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, ambientales, de comportamiento. Estudia el proceso de salud-padecimientos de la comunidad, en las dimensiones biológicas, sicológicas y socioculturales.²⁶ Lo público se referiría a una homogenización de modos de comportamiento, o al menos de inclusión de los miembros de pertenencia. De manera general, lo intercultural concierne a las relaciones, los intercambios entre culturas, léase el diálogo entre civilizaciones diferentes que buscan la resolución de conflictos de manera colectiva potenciando los diferenciales que ofrece la diversidad humana.

Esto nos lleva a decir que la medicina intercultural puede ser definida como la práctica y el proceso relacional que se establecen entre el personal de salud y los enfermos, donde ambos pertenecen a culturas diferentes, y

²⁶ Schramm, F. R., “A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública”, *Revista Brasileira de Bioética*, núm. 2, 2006, pp. 187-200.

donde se requiere de un recíproco entendimiento para que los resultados del contacto (consulta, intervención, consejería) sean satisfactorios para las dos partes.²⁷ Proceso que comprende la complementariedad ecuánime y respetuosa de visiones institucionales y tradicionales sobre los aspectos sociales, políticos, económicos. Vale decir que la salud intercultural no busca rechazar a los métodos occidentales, más bien busca una conjunción de saberes, donde se pueda aprovechar el conocimiento y las prácticas tradicionales, vinculadas a distintas culturas, de manera interactiva y en constante conocimiento. La medicina practicada en muchos pueblos además de ser dotada de contenido simbólico, se fundamenta sólidamente en los resultados obtenidos, y también por ser buscada por un gran número de personas. Si así no fuera, o si no fuera dotada de algún valor y no presentase respuestas satisfactorias a los enfermos, ya habría de plano desaparecido.

En este sentido, gran parte de las políticas estatales públicas de salud, a pesar de llamarse interculturales distan mucho de promover un intercambio de saberes, opiniones, conocimientos para el establecimiento de normas y formas organizacionales incluyentes con el insumo de todas las participaciones. El hecho de construir hospitales de las culturas donde coexisten medicina tradicional de un lado y medicina hipocrática de Estado por el otro, no significa que se esté aplicando o instrumentalizando el enfoque intercultural a las políticas públicas. Seamos tajantes y sucintos; las políticas públicas gubernamentales establecidas en muchas partes del mundo, México y América Latina, en las últimas décadas buscando gestionar la diversidad cultural, ha sido en el mejor de los casos políticas multiculturales, que con dificultad logran instaurar, al menos de manera institucional y gubernamental, el conocimiento de sus diferentes, incluyendo las minorías que están en convivencia. Ni mencionemos que el diálogo entre saberes haya sido asimilado por la población en general y conlleve a las convivencias de reconocimiento, respeto y diálogo de esta diversidad que suponen haber sido institucionalmente reconocidas.²⁸

²⁷ Campos Navarro, R., “Experiencias sobre salud intercultural en América Latina”, en Fernández Juárez, G. (coord.), *Salud e interculturalidad en América Latina. Perspectivas antropológicas*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2004, pp. 129-151.

²⁸ Tenemos varios ejemplos al respecto que confirman lo aquí esbozado, como son los casos del Hospital de las Culturas en San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, o bien las universidades interculturales en todo el país, sin mencionar las célebres políticas alrededor de la diversidad sexual como los denominados LGTBIII, que tienden más a limitarse en el reconocimiento de la existencia de estas disimilitudes, diferencias o diversidades, pero menos en la búsqueda de la transmisión, conjunción, intercambio de saberes de todas la población involucrada.

En el mejor de los casos estas acciones sólo quedan en plataformas políticas bien intencionadas, pero terminan por ejercer más violencia de Estado y discriminación, que la que se busca erradicar. En suma, sin que se confunda con ser reaccionario, se puede afirmar que en general no hay políticas interculturales, y parecen estar lejos de alcanzarse, por lo mismo que no se sabe a ciencia cierta qué entendemos por el enfoque intercultural, y en qué derivaría en tanto que políticas interculturales (interculturalismos).²⁹ Por lo contrario, cada vez son más los foros, las instancias, los programas, las políticas, las convocatorias que se enuncian o asocian con lo intercultural, pero reproduciendo los mismos principios multiculturales de décadas pasadas. Efecto de moda, cierto, pero también displicencia científica. Aquí está claro lo que sucede cuando una teoría se ve sometida al servicio de la política; sea para criticarla o para legitimarla.

Para Gómez, en la mayoría de los países de América Latina está el hecho concreto de usar diferentes sistemas médicos, legalizados o no, que es decidido casi siempre por el mismo paciente o la familia. Por lo tanto, al excluir alternativas médicas a la medicina alopática en los servicios formales de atención, los sistemas de salud no cumplen, en término políticos, con su meta de responder a las necesidades de toda población, y en términos epistémicos se pierde toda una fuente de aprendizaje. En este sentido, Gómez propone un diseño de políticas desde la complementariedad, partiendo de una visión holística e intercultural de la salud, que tenga en cuenta los diferentes condicionantes y la diversidad de culturas médicas existentes en cada región, las cuales se han ido transformando a raíz de su relación con las otras, a la vez cediendo algo de sí, y tomando algo de las demás.³⁰

Importante recordar que la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) mantiene un programa para la medicina tradicional, y la define como *la suma completa de conocimientos, técnicas y prácticas fundamentadas en las teorías, creencias y experiencias propias de diferentes culturas y que se utilizan para mantener la salud y prevenir, diagnosticar, mejorar o tratar trastornos físicos o mentales*. Llama la atención que en algunos países asiáticos y africanos, el 80% de la población depende de la medicina tradicional para recibir atención básica en salud. A su vez, la medicina tradicional que ha sido adoptada por otras poblaciones

²⁹ Al respecto, en México empiezan a existir algunas iniciativas como la del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, Michoacán, coordinado por Arturo Argueta que, sin duda, han comprendido la urgencia de trabajar las dimensiones epistemológicas de la diversidad para una más óptima elaboración en la dimensión política.

³⁰ Gómez, M. B. D., “Medicina occidental y otras alternativas: ¿es posible su complementariedad? Reflexiones conceptuales”, *Cad. Saúde Pública*, 19 (2), 2003, pp. 635-643.

(distintas de su cultura de origen) suele denominarse medicina alternativa o complementaria. Según datos de la misma OMS, en muchos países desarrollados, del 70 al 80% de la población ha recurrido alguna vez a una u otra forma de medicina alternativa o complementaria. En muchos países desarrollados, el uso cada vez mayor de las medicinas alternativas y complementarias indica que existen otros factores aparte de los de la tradición y el costo económico. Entre estos factores se puede citar la preocupación sobre los efectos adversos de los fármacos químicos, las cuestiones asociadas con la duda a los enfoques y suposiciones universalistas de la medicina alopática, gracias al mayor acceso del público a información sanitaria, así como debido a los cambios en los valores de sociedad y la reducida tolerancia al monopolio farmacéutico.³¹

Alarcón y colaboradores proponen muy apropiadamente que el tema de la pertinencia cultural en el proceso de atención es un fenómeno que trasciende lo exclusivamente étnico, pues implica valorar la diversidad biológica, cultural y social del ser humano como un factor importante en todo proceso de salud y enfermedad. El respeto a esta diversidad tiene larga trayectoria en países cuyas altas tasas de inmigración han generado contextos de gran diversidad étnica y cultural; situación que ha puesto a los equipos de salud en el imperativo de desarrollar estrategias que faciliten la relación médico-paciente.³² A pesar de lo mucho por avanzar en cuanto a la expansión y democratización de la medicina intercultural (conjunción de saberes medicinales), no es sin razón que la salud intercultural ha sido tema de muchas investigaciones y proposiciones en América Latina,³³ destacando

³¹ OMS, *Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002- 2005* (versión electrónica). Recuperada el 21 de febrero de 2011, disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_EDM_TRM_2002.1_spa.pdf.

³² Alarcón, M. A. M. et al., “Salud intercultural: elementos para la construcción de sus bases conceptuales”, *Rev. Med.*, Chile, 131, 2003, pp. 1061-1065.

³³ Fernández Juárez, G. (coord.), *Salud e interculturalidad en América Latina. Antropología de la salud y crítica intercultural*, Quito, Ecuador, Ediciones Abya-Yala; 2006; OMS y OPAS, *Una visión de salud intercultural para los pueblos indígenas de las Américas* [versión electrónica]. Recuperada el 21 de febrero de 2011, disponible en: http://www.paho.org/spanish/ad/fch/ca/guia_intercultural_web.pdf.

México,³⁴ Bolivia,³⁵ Ecuador,³⁶ Perú³⁷ y Chile,³⁸ aunque con todas las dificultades inherentes y peculiaridades de cada país y sus respectivos sistemas de políticas de salud.

Sobre las cuestiones de salud en pueblos comunitarios, por ejemplo, hay que considerar las interpretaciones relativas a la salud y la enfermedad desde su percepción, o sea, su cosmovisión, no sólo para su aplicación a los demandantes, sino incluso como insumo de conocimiento para la misma ciencia médica. Por ejemplo, los llamados síndromes de afiliación cultural incluyen una diversidad de situaciones cuyas soluciones o tratamientos son también originarios de las mismas comunidades. Al respecto, podemos citar *el mal de ojo, el empacho, el susto y la caída de mollera*, síndromes bastante conocidos, por ejemplo, en México y algunos otros países de América Latina. El mal de ojo es entendido como una situación en la cual una persona tiene la capacidad de producir malestar a otra con solo mirarla, pues se presume que carga con mala energía. Esa persona puede ser alguien, que aunque no sea mala persona, al tener hambre o venir de la calle traiga o se haya cargado de vibras negativas, sobre todo para aquellas personas que son o están vulnerables, como bebés, gente mayor o padecientes. De ahí el dicho conocido “Si vienes de la calle, ni toques al niño”. El mal de ojo no siempre puede ser curado, o depende de la intensidad del mal de ojo. A la persona afectada se dice que “está ojeada” o que “le echaron ojo”. Las personas que conozcan el ritual de curación pueden contribuir a la sanación. Algunos plantean que la limpia de huevo y hierbas es benéfico para la sanación.

³⁴ Campos-Navarro, R., “Procesos de legalización e interculturalidad en las medicinas indígenas de México y Bolivia”, en Fernández Juárez, G. (coord.), *Salud e interculturalidad en América Latina. Antropología de la salud y crítica intercultural, cit.*, pp. 373-388.

³⁵ Hita, S. R., “Políticas de salud basadas en el concepto de interculturalidad. Los centros de salud intercultural en el altiplano boliviano”, *Avá Revista de Antropología*, núm. 14, 2009, pp. 1-28.

³⁶ Lacaze, D. D., “Experiencias en medicina tradicional y salud intercultural en la amazonía ecuatoriana”, *Anales*, núm. 5, 2002, pp. 163-194.

³⁷ Ministerio de Salud Perú-Instituto Nacional de Salud-Centro Nacional de Salud Intercultural, “Informe Observatorio de Interculturalidad y Derechos en Salud de los Pueblos Indígenas”, 2008, recuperada el 21 de febrero de 2011, disponible en: <http://www.ins.gob.pe>.

³⁸ Soto, A. C., “La burocratización de la salud intercultural en Chile. Del neo-asistencialismo al autogobierno mapuche en Chile”, Documento para la discusión entre organizaciones mapuche, Puelmapu, Rimü [versión electrónica], 2008, recuperada el 21 de febrero de 2011, disponible en: http://www.laced.mn.ufsj.br/indigenismo/arquivos/La_Burocratizaci%C3%B3n_de_la_Salud_intercultural_en_Chile._A._Kuyul_5-08.pdf; cfr. Alarcón, M. A. M. et al., “Política de salud intercultural: perspectivas de usuarios mapuches y equipos de salud en la IX región”, *Rev. Med. Chile*, Chile, núm. 132, 2004, pp. 1109-1114.

El empacho consta de síntomas como calentura, debilidad al caminar, vómitos, diarrea o falta de apetito, generalmente ocasionado por “algo que le cayó mal”. Es más frecuente en lo rural, aunque con gran presencia se ha encontrado también en la ciudad. Existen distintas formas de curar el empacho, y entre las más usuales está la cinta, la tirada de cuerito, la cura a palabra y la ceniza. La cinta, generalmente mide cerca de un centímetro, y *se extiende desde el codo a la punta de los dedos tres veces consecutivas*, mientras que quien está haciendo la curación dice palabras ininteligibles. La indicación de que el empacho se está curando se da en la medida que la cinta se vaya cambiando. La tirada del cuerito consiste en que el afectado por el empacho se coloca boca abajo y quien lo va a curar *toma la piel de la espalda y comienza a estirarla* hasta que se siente un ruido que informa que fue separado del otro “cuerito”, lo que da fin al empacho. Otra manera de curar el empacho es por medio de la palabra, y en este caso se da *el nombre completo del empachado al curandero*, que a su vez, por medio de la oración lo sanará. En otros lugares como el mezquital o en sierras mazatecas se cura con masajes de cenizas tibias del fogón para aflojar la panza.

El susto, también llamado espanto, es tal vez una de los síndromes de afiliación cultural más estudiados. Se caracteriza por la experiencia de un fuerte impacto (ejemplos: asalto, choque, atropellamiento, mirar a un herido o muerto) que puede tener causas naturales o sobrenaturales y que tiene la particularidad de ser causa y consecuencia al mismo tiempo, pues una persona que reciba un susto también padecerá del mismo susto, cuyos síntomas son muy variados, desde falta de apetito, disturbios del sueño, debilidad, tristeza, angustia, palidez, decaimiento, entre otros. Diferentemente del mal de ojo, que puede ser curado por cualquier persona que conozca el ritual, el susto debe ser tratado por terapeuta tradicional.

En cuanto a la “caída de mollera”, según informaciones de la Biblioteca Digital de la Medicina Tradicional Mexicana, es originada por una causa de tipo mecánico, que puede ser debido al traumatismo que deriva de golpes o caídas que afectan directamente la cabeza del niño, y se le “sume la mollera”, es decir, la fontanela anterior, fenómeno que constituye el signo más evidente del padecimiento. El diagnóstico se establece haciendo un interrogatorio a la madre del paciente y constatando, por observación y palpación, el hundimiento de la fontanela, y el dato acerca del color verde de las evacuaciones constituye un elemento importante para poder determinar la naturaleza de la afección.

La partera-curandera-limpiadora y la curandera-hierbera son las especialistas de la medicina tradicional a quienes la población acude para recibir tratamiento. Una de las terapias empleadas con más frecuencia consiste en

“chupar la mollera con la boca llena de refino”, del cual se deja un poco en la parte hundida, enseguida “se estira el cuerito”, es decir, la piel que cubre la fontanela, “para subir la mollera”, por último, se aplica un pedazo de cebolla con azúcar, a modo de emplasto. En otros tratamientos, primero se unta agua con sal en la mollera del paciente, y a continuación se pone, en frío, un tomate asado con sal, el cual se deja durante dos días. Otra de las terapias comunes destinadas a corregir la fontanela sumida, consiste en “sacudir al niño”, maniobra que se ejecuta de la manera siguiente: se toma al pequeño por los pies y se le dan algunas sacudidas “de un lado a otro”, después se le golpean las plantas de los pies en forma de cruz.

De acuerdo con lo anteriormente mencionado, sin duda estaremos o no de acuerdo con los procedimientos mencionados, y algunos médicos alópatas encontrarían los tratamientos mencionados de poco científicos, y hasta folklóricos. No obstante, el asunto no remite únicamente a los médicos o la medicina oficial, sino al paciente y *padecientes*. Las distintas cosmovisiones acerca de las cuestiones de salud indican la necesidad que se tiene desde el abordaje de la bioética que abarcar la diversidad de propuestas establecidas para los padecimientos o sus curaciones, es decir, tomar en cuenta que no se puede considerar que existe una única manera de comprender o hasta explicar los fenómenos que pasan en el cuerpo. Dicho de otra manera, la visión hegemónica de la medicina occidental no es la única efectiva que existe. A un mismo proceso biopatológico pueden resultar distintas respuestas culturales.

IV. LAS CONEXIONES ENTRE BIOÉTICA Y SALUD INTERCULTURAL

La bioética es una propuesta de ética acerca de los conflictos relacionados con la vida y el cuerpo de manera general. Uno de sus principales desafíos como disciplina está relacionado con el hecho de la universalización de los derechos, sobre todo aquellos involucrados con las cuestiones de salud y de vida. A este respecto, Borgoño-Barros postula, para el fenómeno de la universalización o globalización de la bioética, dos filones fundamentales, el “posibilista” y el “imposibilista”, siendo que el primero tiende a apoyarse en la fuerza retórica de los derechos humanos como ética universal, buscando consensos internacionales, mientras que el segundo denuncia la imposibilidad de un acuerdo universal entre diversas culturas,³⁹ visión liderada por

³⁹ Borgoño Barros, C., “Bioética global y derechos humanos: ¿una posible fundamentación universal para la bioética? Problemas y perspectivas”, *Acta Bioethica*, 15 (1), 2009, pp. 46-54.

Engelhardt, autor, que concentra sus análisis y proposiciones en la *moral*, apelando a una forma ideológica y cultural neutral compartida por todos los seres humanos para fundar una bioética y una política de salud justificable moralmente, es decir, preservando la moral particular.⁴⁰

Al respecto, como bien subraya Léon, esta propuesta universal de la bioética se ha encontrado con varios obstáculos y retos diferentes a los que debe responder. Por una parte, desde la ética del cuidado y el feminismo se ha insistido en la atención al paciente concreto, en su especificidad, hombre y/o mujer, y no al individuo racional abstracto denominado paciente. Por otro, desde el comunitarismo y el enfoque de lo intercultural se ha insistido en el conocimiento a las tradiciones comunitarias, tanto culturales como sociales y éticas, con el consecuente respeto a la diferencia en la atención de la salud, por ejemplo con las minorías poblacionales.⁴¹

En el cuadro 3 de la “Diversidad religiosa y sus implicaciones en la salud pública”, si bien tratamos solamente las diferencias al nivel religioso, dejando de lado los casos de diversidad *intra*, también mostramos, al menos en primer plano de las complicaciones que pueden enfrentarse cuando en un hospital público convergen diferentes maneras de concebir la salud, en razón de las creencias religiosas de pertenencia y, por lo mismo, cuáles serían los desafíos en las prácticas de la bioética.

⁴⁰ Engelhardt Jr, H. T., “Morality, Universality, and Particularity: Rethinking the Role of Community in the Foundations of Bioethics”, en Lai Po-Wat J., Tao (ed.), *Cross-Cultural Perspectives on the (Im) Possibility of Global Bioethics*, Reino Unido, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 19-38.

⁴¹ Léon, F., “Bioética: entre la universalidad y la interculturalidad. Los desafíos éticos de la globalización”, *Revista Medicina y Humanidades*, núm. 2, 2009, pp. 1-12.

CUADRO 3. Diversidad religiosa y sus implicaciones en la salud pública. Comparativo de creencias, salud y prácticas bioéticas

<i>Religiones</i>	<i>Creencias sagradas</i>	<i>Consignas religiosas en salud</i>	<i>Compatibilidad con la práctica de la salud y bioética</i>
Testigos de Je-hová	Fundamentación bíblica: en Génesis 9:3, 4; Levítico 17:14 y Hechos 15:28, 29: Se debe obedecer a todas las leyes humanas que no contradigan las leyes de Dios.	El asimilar la sangre en el cuerpo a través de la boca o por las venas viola las leyes de Dios. Quien practica el aborto deliberado para evitar el nacimiento de una crianza indeseada está abandonando una vida humana. Un padre responsable puede decidir si es aconsejable hacer una autopsia para determinar una causa de muerte.	Cuando un adulto de 18 años decide no recibir sangre, el equipo de salud debe respetar una decisión, apelando a la libertad de conciencia. El equipo médico debe buscar soluciones alternativas para curar la enfermedad que no sea la transfusión. Empero cuando un menor de edad (18 años por lo general), necesita una transfusión de sangre, el derecho a la salud de la persona se sobrepone por encima de la patria protestad o decisión del padre de negar la transfusión. Aquí se apela a la libertad de conciencia del paciente, por lo que tampoco se puede permitir que un adulto decida por el menor.

Religiones afroamericanas	<p>No hay prohibiciones en términos de salud, ya que cada orixá tiene un color que lo identifica con el mundo y su comunidad. Las “guías” son puentes fijos de las vibraciones. La ofrenda es un retorno a la naturaleza de lo que se utilizó. No se puede hacer nada sin devolver a la naturaleza lo que fue tomado de ella. La vida de una persona comienza durante el embarazo o gestación (el feto elige a la familia dentro de la religión del clan).</p>	<p>Se permiten hacer transfusiones y donación de sangre, así como donación de órganos para trasplantes.</p> <p>Algunas vertientes no pueden comer alimentos del color de la “orisha-guías”, pues sirve también como protección en el proceso de curación.</p> <p>Se pueden hacer ofrendas para mejorar la salud de alguna persona. El aborto está prohibido, salvo en caso de riesgo (no hay información cuando se trata de violación).</p>	<p>Caso “escalpelos” y la infección por VIH en los rituales africanos (adecuaciones culturales sanitarias).</p> <p>Preservacionismo cultural.</p> <p>Hay que respetar las restricciones en la dieta, incluso si afecta a su salud. Si el creyente de esta “religión” es sometido a una cirugía, se puede jalar de las guías, si se solicita para hacer ofrendas en el mismo establecimiento de salud.</p> <p>Las consignas religiosas afro con respecto al aborto coinciden con la legislación internacional (OMS), con respecto al tema del riesgo de muerte materna en el caso de que se permita el aborto. Pero ¿qué pasa si una chica quiere un aborto por violación y pertenece a una familia “religión”? , se aplica lo mismo de la libertad de conciencia para el caso de Testigos de Jehová, sea mayor o no de edad.</p>
---------------------------	--	---	--

Guaraníes	Sólo existen “buenos” espíritus para todos los nacimientos.	<p>Para el caso de gemelos, sólo es aceptado uno de los nacidos, porque sólo hay un buen espíritu para los dos. El abuelo elige quién tiene el buen espíritu y el otro se abandona. Se permite la adopción de los indeseados si están fuera de la tribu.</p> <p>La placenta se debe dar al padre, quien se ocupará de enterrarla. No se le permite recibir leche de personas “blancas”, aunque sí se puede recibir de otra guaraní que tenga un nacido del mismo sexo.</p>	¿Qué pasaría cuando el tutor no quiere dar al niño no elegido por el abuelo en adopción, y el nacimiento se produjo en una institución de salud? Esto ha sido viable en los casos presentados, puesto que se organizaron con el personal médico del hospital previamente.
Luteranismo	<p>El estatus moral del embrión tiene tres visiones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El ser humano es visto en su esencia en el acto mismo de la fecundación. 2. Necesidad de considerar de las etapas evolutivas. 3. Derecho a la vida humana, aunque no reúna los requisitos comprobatorios de la personalidad. 	<p>No se permite abortar. El aborto dependería de la evolución de la etapa embrionaria. Se permite el aborto antes de ser reconocido como persona.</p>	¿Qué ocurre si una luterana desea abortar de acuerdo con alguna de las cosmovisiones?

Judaísmo	Obligación de darlo todo, salvo su vida. Un “salvador” puede morirse para salvar a la persona “perseguida”. Estado de la persona ~ 40 días. Sólo se puede evitar tener hijos cuando ya se cumplió el deber bíblico (un niño y una niña). Alimentación especial y específica.	Se acepta la donación de órganos. El aborto en caso de riesgo para la madre está justificado. Se permite el aborto antes de los 40 días si, por ejemplo, se ha demostrado una enfermedad genética. El diafragma no viola las reglas. Si no hay un hospital con una cocina adecuada para preparar la comida específica se tiene que traer la comida de casa.	La donación dirigida (?). De acuerdo con las leyes internacionales es discutible el lapso de 40 días. Las prácticas del diafragma son compatibles con la anticoncepción legal. Problema con las instituciones que no ofrecen ninguna de las dos posibilidades.
	Todo se rige en términos de buena y mala suerte, pureza y e impureza. Se asocia a la parte inferior del cuerpo, las mujeres con órganos asociados al periodo premenstrual y postparto, no gitana. La salud y los padecimientos no son sólo asuntos de un proceso individual sino del grupo donde los ancianos del clan tienen el poder de decisión.	Se pueden comprometer exámenes ginecológicos para las mujeres, por ejemplo. Las familias necesitan estar unidas cuando un miembro del clan está enfermo.	La mujer se niega a ser examinada por el médico hombre. Se tienen que negociar espacios, tiempos de ocupación, horarios de visita.

FUENTE: Goldim, *Bioética y espiritualidade*, Porto Alegre, HRGS, 2002.

Los cuadros presentados aquí nos llevan a cuestionar de qué manera se configura la conexión entre una ética de vida (bioética) y el abordaje de salud desde una perspectiva intercultural, que probablemente sea el camino más adecuado para incluir la diversidad, y no privilegiar a un grupo o a una determinada cultura en detrimento de otras, sobre todo en lo que concierne a cuestiones de salud, donde el modelo hegemónico es aquel de la medicina occidental. La propuesta de Buxó i Rey, cuando apuesta por una bioética intercultural que se orienta a trabajar desde la diversidad situacional y contextual como punto de partida para consolidar la discusión, la negociación y los acuerdos entre comunidades tecno-científicas, culturales y morales, va en este sentido.

Se trata de una bioética que no busca exponer principios ni normas de buena actuación entre ciencia, medicina y sociedad, tampoco se deja llevar por categorías predefinidas y burocratizadas que piensan por nosotros, ni tampoco imágenes de la humanidad abstraídas de su historicidad y de relaciones sociales concretas que se activan como esquemas explicativos. Para la autora, se trata de diseñar marcos que permitan conectar diferentes realidades sociales y culturales y así establecer comunidades de coparticipación entre culturas donde sea posible discutir diferencias de criterio, animar el flujo de opiniones, razonamientos y propuestas; y así conseguir decisiones negociadas y concertadas sobre las formas de entender la enfermedad y la valoración de la salud, el cuerpo integral y fragmentario, las aplicaciones biotecnológicas, las prácticas médicas, entre otras.⁴²

Actualmente la bioética se ve inferida en distintos contextos del área de la salud, bajo una gran variedad de propuestas y diferentes escuelas, desde conservadoras hasta liberales, pasando por las que podríamos llamar de alternativas, como la bioética intercultural por ejemplo. Sin duda, no existe un abordaje único o exclusivo en bioética, pues que cada escuela o cada autor la propone bajo las influencias que padece, desde su propia cultura, religión o filosofía particulares, hasta la formación académica que se ha tenido. Lo mismo ocurre con uno de los mayores desafíos de la bioética —hay que insistir al respecto— que sigue siendo aquel del entendimiento entre lo particular (grupo) y lo universal (medicina hegemónica). En este sentido, la etnomedicina no sólo aporta saberes a otros sistemas terapéuticos mediante la etnobotánica y la fitoterapia, sino también sobre la eficacia sicológica de las prácticas rituales, los efectos de placebo, que aportan seguridad al paciente y bienestar físico y síquico.

⁴² Buxó i Rey, M. J., “Bioética intercultural para la salud global”, *Revista Selecciones de Bioética*, marzo de 2006, pp. 24-30.

No hay que desestimar tampoco el carácter dinámico de las prácticas tradicionales, ya que en contacto con otros saberes adoptan con facilidad el uso de medicamentos considerados en su doble perfil de útiles y prestigiosos. Es necesario, pues, estudiar estas combinaciones de sabiduría tradicional y conocimiento científico para potenciar los saberes médicos, al tiempo de sincronizar vías terapéuticas de resolución. Por ello se propone una bioética intercultural que se oriente para trabajar desde la diversidad situacional y contextual como punto de partida para consolidar la discusión, la negociación y los acuerdos entre comunidades tecno-científicas, culturales y morales.⁴³

Además de la propuesta anterior, en los últimos años han surgido algunas propuestas de bioética global, que dé cuenta de la profundización reflexiva sobre las cuestiones del universalismo, sobre todo en lo que concierne a la ciencia y la tecnología. En este sentido, Sakamoto propone que la naturaleza de esa posible bioética global debería evitar la excesiva inclinación europea centrada en el dualismo natural-artificial, y más bien establecer un nuevo humanismo sin antropocentrismo y una nueva metodología para complementar este nuevo humanismo, que debería adoptar un *ethos* asiático.⁴⁴ Aquí se plantea que la bioética ha sufrido demasiada influencia de las visiones occidentales, no obstante aquí también se podría terminar en un etnocentrismo oriental, pues en la misma proposición asiática se puede constatar la (*im*)posibilidad práctica de encontrar la fórmula de la bioética tanto global como intercultural, pues por más holístico que pueda ser el pensamiento asiático o mejor dicho el pensamiento oriental sobre el tema, la búsqueda no puede centrarse en adaptaciones de remplazo, sino en la inclusión y el compartir saberes. Se trata más bien, de buscar los mínimos comunes en el saber medicinal, o sea, la ética presente en cada una de estas distintas visiones.

En un artículo sobre bioética y salud pública, Darras propone que la salud pública y la bioética pueden enriquecerse mutuamente; la bioética desde su método de debate abierto y contradictorio y la salud pública desde su enfoque social, a través de la responsabilidad, la solidaridad y la interculturalidad. En este sentido, la interculturalidad no se refiere solamente a la no discriminación, no se limita al respeto de las otras culturas, sino que es el reconocimiento y conocimiento de que cada cultura que tiene su propia

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Sakamoto, H., “A New Possibility of Global Bioethics as an Intercultural Social Tuning Technology”, en Tao Lai, Po-Wat J. (ed.), *Cross-Cultural Perspectives on the (Im) Possibility of Global Bioethics*, cit., pp. 359-367.

racionalidad y subjetividad. De acuerdo con el autor, no habría unas culturas científicas y otras mágicas, sino que todas son, a la vez, científicas y mágicas.⁴⁵

En suma, y a manera de conclusión, podemos resumir que los mayores desafíos en lo que concierne la conexión entre salud, bioética intercultural van más allá de la consideración de las cuestiones de saber y salud medicinales llamadas “indígenas”; la bioética enfrenta en la actualidad el conflicto mayor del diálogo entre lo universal y lo particular, es decir, la homogeneidad y la pertenencia al grupo. Las formas de expresión de la diversidad no son fijas, y la hegemonía en el saber medicinal es la posibilidad de vulnerabilidad de los grupos, pues hay distintas maneras de enfermarse, por lo que no vale rechazar los métodos occidentales, pero tampoco los llamados alternativos.

Esto es la lógica de la conjunción de saberes, y lo que sería una bioética, es decir, una ética de vida que conjunte los puntos en común de la diversidad de los grupos humanos. En este estado de reflexiones la búsqueda de una ética global y/o de su universalización tendría dos vertientes: la posibilista y la imposibilista. La primera busca centrarse en los derechos humanos como ética universal; la segunda, como forma ideológica y cultural neutrales, léase imparciales, es compartida por todos los seres humanos. Finalmente no se trata de buscar una ética del cuidado de salud centrada en el individuo, ni tampoco centrada en el comunitarismo, que sería el respeto por las tradiciones (culturales, sociales y morales) comunitarias a ultranza, sino que la orientación va en el sentido de trabajar desde la diversidad situacional y contextual como punto de partida para consolidar la discusión, la negociación y los acuerdos entre comunidades tecno-científicas, culturales y morales. No busca exponer principios ni normas de buena actuación entre ciencia, medicina y sociedad (María Jesús Buxó i Rey), sino simplemente “dialogar entre culturas”, es decir, potenciar el conflicto de interpretaciones.

⁴⁵ Darras, C., “Bioética y salud pública: al cruce de los caminos”, *Acta Bioethica*, 2, 2004, pp. 227-233.

VOLUNTAD ANTICIPADA REALIZADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Julio Alejandro TÉLLEZ VALDÉS
Anahiby BECERRIL

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *La voluntad anticipada.* III. *Los mensajes de datos como medios para manifestar la voluntad.* IV. *La voluntad anticipada realizada por medios electrónicos.* V. *Consideraciones finales.*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han permeado en todas las esferas de nuestras vidas. Las redes electrónicas derriban fronteras y muros conectando todo con todo.¹ La conectividad e interconexión, características de Internet, conllevan la libertad mundial de comunicarnos y de acceder a la información, aporta proximidad, inmediatez, participación, además de modificar las nociones clásicas de tiempo y espacio. Con la conectividad presente, se extiende la posibilidad de recopilar datos de forma más eficiente, lo que ha sido posible gracias a la digitalización de la información.

La digitalización de todo es uno de los más importantes fenómenos de los últimos años. Entre más nos adentremos a esta era del acceso, la digitalización continuará propagándose y acelerando el intercambio de información diaria. Uno de los efectos que la digitalización trae consigo es la desmaterialización de las comunicaciones, la cual se basa precisamente en la seguridad que implica la escritura y la firma, traducida a la forma electrónica, intangible, representada por mensajes de datos.

La salud y la medicina no han sido ajenos a los cambios que las TIC han traído consigo. Los avances en salud y medicina se encuentran y en-

¹ Kevin, K., *Out of Control: the Rise of the Neo-biological Civilization*, Massachusetts, Addison-Wesley, 1994, p. 201.

contrarán en un futuro próximo entre los más importantes que las TIC nos presenten. En la actualidad, los dispositivos electrónicos nos permiten medir nuestro ritmo cardiaco, nos recuerdan tomar nuestros medicamentos o incluso nos suministran la dosis correcta de forma automatizada. En un futuro próximo se plantea incluso la posibilidad de tener acceso a sistemas de salud personalizados, que instalados en nuestros dispositivos, detectarán automáticamente si algo va mal, basándose en los datos obtenidos de nuestra mediciones diarias, lo que permitirá el envío, en tiempo real, de todos los datos relevantes de nuestros síntomas e indicadores de salud a nuestro médico.²

La sinergia entre el desarrollo científico y las nuevas tecnologías nos han permitido, a través de procesos y tratamientos, la posibilidad de prolongar nuestra vida. Esta posibilidad a veces de forma innecesaria, a costa del dolor de una persona, sufrimiento familiar y detrimento patrimonial. La muerte es una experiencia por la cual transitaremos todos los seres humanos. Si bien aún existe un gran debate en torno al límite de una vida humana y las condiciones en que se justifique o no el prolongar una vida, existen casos en que podemos tomar esta decisión de forma anticipada. Lo que ha permitido al paciente que sea efectivamente corresponsable con su tratamiento. Esto puede disminuir la carga moral y de conciencia de las familias, al tener que ser éstas quienes tomen la decisión sobre continuar con la vida, así como disminuir excesivos costos médicos.

La muerte, la muerte digna y la eutanasia son temas polémicos de los cuales dista mucho terminar la discusión; en este trabajo no pretendemos tomar una postura a favor o en contra, sino que analizaremos uno de los conceptos que gira en torno de estos temas, en el cual la tecnología se presenta como un auxiliar en una nueva forma para su elaboración: la realización de la voluntad anticipada por medios electrónicos. Por ello, nos enfocaremos a estudiar la implementación de las herramientas tecnológicas en el universo jurídico.

Los medios electrónicos nos permiten ejecutar actos jurídicos, con los requisitos establecidos en la ley, lo cual permite un sinnúmero de posibilidades para su elaboración. Un acto jurídico que reviste una asiduidad importante, debido a su contenido, es de la voluntad anticipada. Siendo ésta una manifestación de la voluntad de una persona respecto a los tratamientos médicos que desea recibir al encontrarse frente a una enfermedad terminal o cuando se encuentre incapacitado para hacerlo. En esta tesitura nos

² Schmidt, E. y Cohen, J., *El futuro digital*, Madrid, Ediciones Anaya Multimedia, 2013, pp. 44 y 45.

planteamos la cuestión de que, al ser la voluntad anticipada una manifestación de la voluntad, el uso de medios electrónicos que nos permitan su elaboración, a través de mensajes de datos, de un documento electrónico en el cual el causante pueda plasmar su voluntad, quedando asegurado con el empleo de la firma electrónica avanzada, éste podrá dar pie a la creación de la voluntad anticipada por medios electrónicos. Esto sin pasar por alto que los instrumentos electrónicos son un medio, no el fin en sí y que lo que impera en la elaboración de este documento es la manifestación unilateral de la voluntad del causante.

II. LA VOLUNTAD ANTICIPADA

La manifestación de la voluntad para decidir de qué forma queremos enfrentar nuestra muerte, se basa en la dignidad de la persona y en el principio del mínimo vital, el cual se encuentra contenido en diversas normas, aunque con distinta denominación. Diversos instrumentos en materia de derechos humanos buscan la protección de toda persona a su existencia digna. Por ejemplo, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; derecho de igual forma plasmado en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual además reconoce el derecho de toda persona a una mejora de las condiciones de existencia (artículo 1.1.). De la misma forma el Pacto de San José, el cual establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad (artículo 11), entre otros.

El derecho al mínimo vital en México, como lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Nación,³ abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Derecho que se extiende como una tutela vinculada con la dignidad de la persona, la integridad física y la vida.

Lo anterior es el fundamento para que una persona pueda concluir su existencia con dignidad. El que un individuo pueda decidir sobre su tratamiento médico, debe basarse en el respeto a la dignidad y los valores de la persona. La finalidad de la voluntad anticipada es proteger la dignidad de la persona cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea

³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, Novena Época, tesis aislada, constitucional 1a. XCVII/2007, Primera Sala, mayo de 2007, p. 793.

imposible mantener su vida de manera natural. Garantizándole que podrá concluir su existencia de forma que no vaya en contra de sus creencias o valores, ni de infringirle dolor o agonía innecesarios.

Denominadas como “voluntades anticipadas”, “instrucciones previas” o “testamento vital”,⁴ la declaración unilateral del paciente, basada en su conocimiento informado para la toma de decisiones médicas, ha sido incorporada, a imitación de Estados Unidos, tanto en el marco jurídico europeo como en diversos ordenamientos latinoamericanos, México no es la excepción. Todas estas leyes poseen un común denominador: instrucciones previas que da el paciente capaz, en el uso de su legítima autonomía, para cuando esté en una situación en que no pueda personalmente expresarse.

En definitiva, estos documentos recogen un consentimiento anticipado, para el caso que éste no se pueda emitir cuando la persona deba pronunciarse acerca del tratamiento que se le ha de proveer cuando se vea afectada por una enfermedad terminal. La posibilidad de expresar la voluntad para el caso de padecer una afección terminal surge principalmente por la mayor convicción que empieza a tener la persona en torno al consentimiento informado (incluso, podemos afirmar que los documentos de voluntad anticipada vendrían a ser una especie dentro del consentimiento informado), es decir, la posibilidad que ellas decidan sobre aspectos que afectan su persona, dejando a un lado el paternalismo⁵ o la obstinación terapéutica⁶.

En México, no todos los estados cuentan con una ley que reglamente el ejercicio de la manifestación de la voluntad de los pacientes, en torno a las decisiones médicas y cuidados cuando éstos no puedan hacerlo. No obstante, la Ley General de Salud confiere a toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, en cualquier momento, es decir con independencia de su estado de salud, a realizar una manifestación unilateral de la voluntad, la cual deberá constar por escrito ante dos testigos, en donde manifieste su deseo o no de recibir cualquier tratamiento, para el caso de

⁴ León Correa, F. J., “Las voluntades anticipadas: cómo conjugar la autonomía y la beneficencia. Análisis desde la bioética clínica”, *Revista CONAMED*, vol. 13, julio-septiembre de 2008, pp. 26-32.

⁵ Incluso en este marco se ha señalado que “el desarrollo de la doctrina del consentimiento informado... es un precedente incuestionable para la discusión sobre la ampliación de ese derecho a la posibilidad de tomar decisiones a más largo plazo”; *Cfr. Martínez León et al.*, “Análisis médico-legal de las instrucciones previas”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, España, junio de 2008, p. 18, disponible en: http://www.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_8_2008.pdf.

⁶ De conformidad con la Ley de Voluntad Anticipada para la Ciudad de México, la obstinación terapéutica es la *utilización innecesaria de los medios, instrumentos y métodos médicos, para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal* (artículo 3o. fracción XII).

que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y no le sea posible manifestar dicha voluntad (artículo 166 bis 4).⁷

En este sentido, en 2009⁸ se realiza la adhesión a la Ley General de Salud del título octavo bis relativo a los cuidados paliativos a los enfermos en situación terminal. En el artículo 166 bis 3, fracción VI, relativo a los derechos de los pacientes enfermos en situación terminal, les confiere el derecho de dar su consentimiento informado por escrito para la aplicación o no de tratamientos, medicamentos y cuidados paliativos adecuados a su enfermedad, necesidades y calidad de vida. Además, se les reconoce el derecho de designar a algún familiar, representante legal o a una persona de confianza, para cuando éste se encuentre impedido de expresar su voluntad, lo haga en su representación.

En 2008 se promulgó la Ley de Voluntad Anticipada (LVA)⁹ en la Ciudad de México. Esta Ley tiene como objeto regular las formas y requisitos de realización de la manifestación de la voluntad de cualquier persona, con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, respecto de la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida.¹⁰

Aunado a lo anterior, también se ha reconocido dentro del mismo documento la manifestación expresa por escrito de la persona sobre el deseo o no de la donación de órganos para después de su muerte. No obstante que en la doctrina aún no se ha llegado a la adopción de un término único, lo importante respecto al contenido de dicho documento es la manifestación de la voluntad del causante en el cual “declara los tratamientos que desea o no que le sean aplicados en circunstancias médicas futuras, para que dirijan

⁷ Ley General de Salud: “Artículo 166 bis 4. Toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede, en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad por escrito ante dos testigos, de recibir o no cualquier tratamiento, en caso de que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y no le sea posible manifestar dicha voluntad. Dicho documento podrá ser revocado en cualquier momento. Para que sea válida la disposición de voluntad referida en el párrafo anterior, deberá apegarse a lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables”.

⁸ *Diario Oficial de la Federación* del 5 de enero de 2009.

⁹ *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 7 de enero de 2008.

¹⁰ Artículo 1. La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural.

la toma de decisiones médicas cuando ella ya no tenga la capacidad de expresarse por sí misma”.¹¹

Para la realización de dicha manifestación de la voluntad, la Ley establece dos hipótesis: la primera que de la voluntad deberá constar en un documento público suscrito ante notario (artículo 3o., f V); la segunda, en caso de que el enfermo en etapa terminal se encuentre imposibilitado para acudir ante el notario, podrá suscribir el documento ante el personal de salud que corresponda y dos testigos, en los términos del formato que para el efecto se le provea (artículo 10 LVA). En ambos casos, el documento deberá ser notificado a la Coordinación Especializada (artículos 10 y 11 LVA) y por ésta al Ministerio Público, y al personal de salud que corresponda. Asimismo, consideramos que para que dicha manifestación de la voluntad sea eficaz y se encuentre accesible al personal de salud para la efectiva e inmediata toma de decisiones en torno al tratamiento del paciente, es necesario que dicha manifestación se integre al expediente clínico electrónico (ECE) de las personas, como se analizará más adelante.

Para efectos de cumplir la manifestación de la voluntad establecida en la primera hipótesis que contempla la LVA, dicho documento deberá contar con las siguientes formalidades (artículo 8o.):

- I. Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante notario;
- II. Suscrito por el solicitante, estampando su nombre y firma en el mismo;
- III. El nombramiento de un representante para corroborar la realización del documento de voluntad anticipada en los términos y circunstancias determinadas en él; y
- IV. La manifestación respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados.

Tanto la Ley General de Salud (artículo 166 bis 4) como la LVA (artículo 7o., fracción I) reconocen en toda persona, con capacidad de ejercicio, el derecho de suscribir esta manifestación unilateral de la voluntad. En específico, ambos ordenamientos lo reconocen como un derecho de todo paciente enfermo en situación de etapa terminal.¹²

¹¹ Gradin, “Voluntad anticipada. Ley 18.473”, *Jornadas Académicas de Actualización en Técnica Notarial*, Montevideo, FCU, 2011, p. 272.

¹² La Ley General de Salud en su artículo 166 bis 3, respecto de los derechos de los pacientes enfermos en situación terminal, en su fracción VI, refiere: “Dar su consentimiento informado por escrito para la aplicación o no de tratamientos, medicamentos y cuidados paliativos adecuados a su enfermedad, necesidades y calidad de vida”. Mientras que el artículo 7o. de la LVA, respecto que quiénes pueden escribir el documento de voluntad anticipada, refiere: “II. Cualquier enfermo en etapa terminal, médicaamente diagnosticado como tal”.

Estas manifestaciones de la voluntad son actos jurídicos personalísimos y esencialmente revocables, total o parcialmente: la revocación podrá ser verbal y en cualquier momento, pero para ser oponible, deberá dejarse testimonio de ella por escrito. En México, dicho documento además permite la posibilidad de que el causante pueda manifestarse respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados. De esta forma podemos señalar como características de la voluntad anticipada:¹³

- Es una manifestación de la voluntad que se realiza con la intención de producir consecuencias de derecho, amparada por la norma jurídica.
- Es unilateral, toda vez que para su formación interviene una sola manifestación de la voluntad, la del causante.
- Es un acto revocable. Puede ser revocado en cualquier momento. Para el supuesto en que existan varios documentos, será válido el último firmado por el causante.¹⁴
- Solemne: para ser válido es necesario que cumpla con ciertas formas establecidas por la ley. En el caso de la LVA, ésta establece que deberá constar por escrito.¹⁵

III. LOS MENSAJES DE DATOS COMO MEDIOS PARA MANIFESTAR LA VOLUNTAD

Las TIC otorgan certeza y seguridad para realizar actos jurídicos. Esta certeza, seguridad e identidad que ofrece el empleo de herramientas tecnológicas, se encuentran reguladas en múltiples ordenamientos internacionales, en donde lo más importante es el reconocimiento jurídico que se otorga a los mensajes de datos. Éstos constituyen la desmaterialización de las comunicaciones, así como la forma de manifestar nuestra voluntad con el empleo de medios electrónicos, misma que conlleva el despojarse del soporte físico o papel para trasladarlo al mundo electrónico y virtual. Conforman el elemento fundamental de los documentos electrónicos y las firmas electrónicas, así como del

¹³ Bagdassarián *et al.*, “Reflexiones en torno a: el testamento vital”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, núm. 17, FCU, pp. 121 y 122; Saux, E., “Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales. Utilidad y alternativa”, *La Ley Online Uruguay*, p. 4.

¹⁴ Al respecto, el artículo 39 de la LVA refiere: “En caso de que existan dos o más documentos o formatos de voluntad anticipada será válido el último firmado por el signatario”.

¹⁵ La ley contempla la posibilidad de que sea ológrafo, por lo que en caso de cumplirse con los requisitos reclamados por la Ley sería válido, pues entraría dentro de la categoría de documento escrito.

desarrollo de las tecnologías, toda vez que en éstos se encuentra contenida la información.

En nuestra realidad cotidiana, la mayor parte de los documentos que generamos, accedemos o recibimos, no obran en forma física, sino que se encuentran contenidos y son transmitidos mediante mensajes de datos, a través de códigos binarios, los cuales al decodificarse se convierten en documentos electrónicos. Cada día damos un paso hacia adelante en la migración al mundo en donde el documento redactado en forma tradicional prácticamente será sustituido por el documento electrónico.

El comercio electrónico o *e-commerce* fue el principal impulsor de la realización de transacciones electrónicas a través de la red. En reconocimiento a la contribución que las transacciones comerciales realizadas a través del *e-commerce* significaban para la economía y el bienestar de la sociedad, la UNCITRAL¹⁶ creó reglas generales en aras de forjar principios y ayudar al reconocimiento y certeza jurídica, por parte de los Estados, de estas transacciones. Surgen así diversos instrumentos emitidos por este organismo,¹⁷ del cual el más emblemático por su trascendencia resulta la denominada Ley Modelo¹⁸ sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL¹⁹ (en adelante Ley modelo CE). Dichos instrumentos internacionales, derivados de la autorregulación del *e-commerce*, posibilitan una adaptación mayor a los cambios de carácter tecnológico, económico y sociológico, y con más elevada celeridad que la que, en este sentido, pueden ofrecer los canales convencionales.²⁰

El reconocimiento de los mensajes de datos para la manifestación de voluntad ha sido adoptado por múltiples ordenamientos, nacionales e internacionales, lo que ha ayudado a garantizar la certeza y la eficacia de los

¹⁶ Acrónimo para United Nations Commission on International Trade Law o CNUD-MI, siglas en español para Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

¹⁷ A la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se le sumaron después la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, 2001, la Convención sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, 2005, así como el documento denominado fomento a la confianza en el comercio electrónico.

¹⁸ Las leyes modelo constituyen un método indirecto de uniformidad, con sólo un marco de referencia para las legislaturas de los Estados, que delinean los principios y disposiciones que deberán ser adoptadas por éstos, en caso de que decidan reformar su derecho interno para su aplicación.

¹⁹ La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL cumple 20 años, fue publicada en 1996.

²⁰ Castrillón y Luna V. M. y Becerril, A., *Contratación electrónica civil internacional. Globalización, Internet y derecho*, México, Porrúa, 2015, p. XXI.

actos jurídicos que se realizan con su empleo. En el caso de México, su reconocimiento quedó plasmado en las reformas de 2000²¹ y 2003²² realizadas al Código Civil Federal, Código de Comercio, Código Fiscal de la Federación, en lo que respecta al uso y validez de los mensajes de datos, y con posterioridad en la Ley de Firma Electrónica Avanzada,²³ entre otras. Reformas que tienen como finalidad conceptualizar y encaminar las ventajas que el uso de las TIC representan en el ámbito jurídico.

Todas estas normas se encuentran en concordancia con lo establecido por el marco jurídico de UNCITRAL, mismo que plantea los requisitos jurídicos que deben contener los mensajes de datos, recomendando para tal efecto a los Estados la adopción dentro de su derecho interno del principio de equivalencia funcional, con énfasis en que la información contenida en los mensajes de datos no pierda validez ni fuerza obligatoria, por el sólo hecho de haberse manifestado por dichos medios.

En este sentido, de conformidad con la UNCITRAL²⁴ entendemos a los mensajes de datos como toda información electrónicamente tratada que contiene declaraciones de voluntad, así como objetos materiales e inmateriales susceptibles de contratación. De la Ley Modelo CE han derivado principios básicos de derecho, que conforman parte de la *lex informática*, y que constituyen la base del reconocimiento y validez jurídica de los mensajes de datos, a saber:

1. Principio de equivalencia funcional.
2. Principio de neutralidad tecnológica.
3. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados.
4. Principio de buena fe.
5. Principio de libertad contractual.

²¹ *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000.

²² *Diario Oficial de la Federación* del 27 de agosto de 2003.

²³ *Diario Oficial de la Federación* del 11 de enero de 2013.

²⁴ El artículo 2.2 de la Ley modelo sobre Comercio Electrónico, así como los artículos 20.c y 40.c de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas y la Convención sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, respectivamente, definen a los mensajes de datos como: “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

El principio de equivalencia funcional se basa en el presupuesto de que no se le negará efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información, por el solo hecho de que se encuentre en forma de mensajes de datos.²⁵ Lo anterior trae consigo un criterio de no discriminación²⁶ la información o la manifestación de la voluntad realizada por mensajes de datos por el solo hecho de que ésta se encuentre en formato electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología. En este sentido, se le debe otorgar la misma validez y fuerza obligatoria que a los realizados en formato de papel o escritos. Así, la noción jurídica de que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa, respecto de cualquier otro acto jurídico, la cumple también su instrumentación tecnológica a través del mensaje de datos, con independencia del contenido, la dimensión, el alcance y la finalidad del acto así instrumentado.²⁷

Del principio de equivalencia funcional apreciamos los siguientes ámbitos de aplicación:

1. El principio de equivalencia funcional para la forma escrita. El cual se refiere al reconocimiento de las declaraciones de voluntad en soporte electrónico.
2. El principio de equivalencia funcional de la firma electrónica a la firma manuscrita. El cual abarca dos problemáticas: la del conocimiento exacto de la identidad del sujeto que manifiesta su voluntad por medios electrónicos, y la imputación de la declaración de la voluntad realizada por el contratante.

Para el caso del segundo supuesto, la Ley Modelo CE establece que cuando la Ley requiera de la firma de una persona, este requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza un método tan

²⁵ El artículo 5o. de la Ley Modelo CE refiere: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensajes de datos”. Incluso, el artículo 5o. bis del mismo ordenamiento establece: “No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión”.

²⁶ Doctrinariamente se ha discutido si el principio de no discriminación y el de equivalencia funcional atienden a una misma problemática. Para Illescas, la equivalencia funcional atiende a una expresión positiva de la regla general cuya expresión negativa es la no discriminación; *cfr.* Illescas Ortiz, R., *Derecho de la contratación electrónica*, 2a. ed., España, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 41.

²⁷ Illescas Ortiz, R., citado por Scotti, Luciana B., *Contratos electrónicos, un estudio desde el derecho internacional privado argentino*, Argentina, Eudeba, 2012, p. 58.

fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mismo, el cual logre la identificación de éste, y que al mismo tiempo sea indicativo de que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos.²⁸

El principio de neutralidad tecnológica pretende conseguir un trato igualitario a los mensajes de datos, fomentando el acceso y la creación de transacciones a través de los medios electrónicos, sin que se encuentren limitantes tecnológicas para su implementación. Lo anterior supone que la regulación que se elabore, no debe estar centrada en la tecnología a emplear, sino en los efectos y usos que se den de ésta. Desde una perspectiva de no discriminación, al igual que el principio de equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica busca asegurar un tratamiento igualitario y regulador entre las comunicaciones electrónicas, evitando así que la tecnología empleada para la manifestación de la voluntad a través de mensajes de datos constituya un obstáculo para su reconocimiento.

Respecto al principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, éste afirma que los elementos esenciales de un acto jurídico y por tanto las normas que lo regulan, no se modifican cuando el mismo es elaborado por medios electrónicos. En este orden, la Ley Modelo CE establece que cuando la Ley requiera que la información conste por escrito, dicho requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para ulterior consulta (artículo 6.1). En este sentido, resulta fundamental entender que la manifestación de la voluntad por mensajes de datos e inclusive la realización de actos jurídicos por medios electrónicos o de cualquier otra tecnología, no implica una modificación sustancial del derecho de las obligaciones, sino que nos encontramos ante una nueva forma de realizar estos actos, brindándonos una nueva plataforma, medio y soporte para la manifestación de la voluntad.²⁹

En relación con el principio de libertad contractual, éste implica que los elementos esenciales de un vínculo contractual, y por ende las leyes que lo

²⁸ La Ley Modelo CE en su artículo 7o. refiere: Firma. 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

²⁹ Castrillón y Luna, V. M. y Becerril, A., *Contratación...*, cit., p. 198.

regulan, no se modifican cuando es perfeccionado a través de medios electrónicos. Este principio conlleva la libertad de las contratantes de decidir no sólo el medio a través del cual se celebrarán los actos jurídicos, lo que incluye el manifestar su voluntad por mensajes de datos y que el acto quede plasmado en los mismos medios, sino también el derecho en él constituido.

IV. LA VOLUNTAD ANTICIPADA REALIZADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Corolario del apartado anterior, establecemos que la Ley reconoce la manifestación de la voluntad y la realización de actos jurídicos por mensajes de datos, lo que nos abre un sinnúmero de posibilidades para su elaboración. Un acto jurídico que reviste una asiduidad importante, debido a su contenido, es la ya referida voluntad anticipada. En este sentido y retomando la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo, nos planteamos la posibilidad de que, al ser la voluntad anticipada una declaración unilateral de la voluntad, con el empleo de medios electrónicos para su expresión nos permitirá la elaboración, mediante mensajes de datos, de un documento electrónico. Dentro del cual el individuo podrá plasmar su voluntad, mismo que quedará debidamente asegurado mediante la encriptación que el empleo de la firma electrónica avanzada le otorga, de la misma forma en que la firma liga al asignante con el documento, creando así la manifestación de la voluntad por medios electrónicos, el cual deberá ser anexado al expediente clínico electrónico (ECE), facilitando la toma de decisiones médicas cuando sea necesario.

La voluntad anticipada se caracteriza por ser una manifestación unilateral de la voluntad realizada con la intención de producir consecuencias de derecho; siendo unilateral porque interviene la manifestación única de la voluntad. Por ello, si no existe la manifestación de la voluntad del paciente, no hay voluntad anticipada. La libertad que tiene el individuo para realizar este documento, sólo encuentra restricciones en la Ley, que señala los elementos y requisitos que debe cumplir para llevar a cabo dicha manifestación de voluntad. No obstante, no debemos olvidar que el principio que sirve de fundamento a la voluntad anticipada es el principio del respeto a la voluntad personal del causante. El respeto a la voluntad de éste, constituye la causa y fin de dicho documento.

El artículo 1859 del Código Civil Federal (en adelante CCF), establece que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los actos jurídicos, siempre que no se opongan a su naturaleza o disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos. Acorde con lo anterior, la manifestación anticipada puede adoptar los elementos de forma que el CCF establece

para la elaboración de contratos. En esta tesitura, el artículo 1803 del CCF refiere que en relación con la manifestación de la voluntad (consentimiento), para la celebración de actos jurídicos, éste puede ser expreso o tácito, refiriendo que será expreso cuando “la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología”.³⁰

Por lo anterior y recordando que el fundamento de toda voluntad anticipada la manifestación de la voluntad del otorgante, la Ley le permite que dicha manifestación se pueda realizar por mensajes de datos. Toda vez que, de conformidad con el artículo 1803 del CCF, la Ley posibilita la manifestación de la voluntad por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología.

Ahora bien, el artículo 1834 bis del mismo Código establece que, en caso de que la Ley exija la forma escrita para el contrato (así como la firma de los que en dicho acto participen),³¹ este requisito podrá ser cumplido mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para ulterior consulta.

En este sentido, la LVA establece la forma escrita para su elaboración. Forma que se desprende del contenido en el artículo 8o., referente a las formalidades y requisitos que dicha manifestación debe contener, en donde su fracción I hace mención de la forma escrita para su elaboración. Esto en concordancia con el artículo 3o., fracción V, que define a dicho documento.³² En ambos casos, se señala la elaboración por escrito ante notario, del documento en donde conste la voluntad anticipada.

³⁰ El artículo 1803 del Código Civil Federal refiere: “El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente. (Artículo reformado mediante decreto y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 mayo de 2000).

³¹ El artículo 1834 del CCF establece: “Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó”.

³² El artículo 3o., fracción V, de la LVA señala: “Documento de voluntad anticipada: consiste en el documento público suscrito ante notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación médica”.

Respecto a este requisito, el mismo numeral 1834 bis, en su segundo párrafo, hace mención especial en relación con los actos jurídicos que deban constar en instrumento público, por tanto realizados ante un fedatario, señalando que en los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba realizarse ante estos fedatarios públicos:

En los casos en que la Ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su posterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.³³

De esta forma, el causante puede generar, comunicar o archivar la información que contenga en los términos exactos que habrá de constar en el documento, mediante el empleo de mensajes de datos. En estos casos, será responsabilidad del notario conservar bajo su resguardo la versión íntegra para su posterior consulta, lo que puede llegar a constituir el documento notarial electrónico.

Entonces, la voluntad anticipada podrá constar en un documento electrónico. El documento electrónico es un conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora, y que sometidos a un procedo adecuado, permiten su traducción a un lenguaje natural, a través de una pantalla o una impresora. Diferenciándose así de los documentos informáticos, los cuales en su sentido más general son los creados con la intervención no ya de una computadora, sino de todo un sistema informático.³⁴

Los documentos electrónicos son declaraciones de voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Con el empleo de la firma electrónica, cuya equiparación legal con el documento analógico es admisible dentro de la categoría de documentos en sentido estricto. Al estar conformados por mensajes de datos, los documentos deben ser fiables, accesibles, susceptibles de probar su autenticidad e integridad.

³³ Artículo adicionado mediante decreto y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 mayo de 2000.

³⁴ Téllez Valdés, J., *Derecho informático*, México, McGraw-Hill, 2007, p. 247.

Elementos que son comprobables gracias a los identificadores únicos, las firmas electrónicas avanzadas, los metadatos, los sellos de tiempo, etcétera.³⁵

El documento electrónico no es otra cosa que un mensaje de datos. Debido a que en el documento electrónico se encuentra plasmada la manifestación de la voluntad, con intención de tener efectos jurídicos, además del carácter abierto de las redes por las cuales circula, resulta necesario implementar medidas de protección que eviten su manipulación. Para evitar la posibilidad de alterar un documento electrónico, se emplea la firma electrónica, que será avanzada o digital, cuando la propia naturaleza del documento así lo requiera.

Para la manifestación de la voluntad por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, el CCF establece la necesidad de atribuir dicha manifestación a su emisor, para efectos de atribución de derechos y obligaciones. Nuestra cultura de papel considera que el recibir un documento en soporte físico, que contenga una firma, real o supuesta, proviene de quien real o supuestamente lo presenta. Lo anterior supone que el solo hecho de que exista una firma manuscrita en el documento identifica fide dignamente a quien lo exhibe, lo que no siempre sucede.

En los medios electrónicos, la herramienta que se considera suficiente para identificar a una persona en la manifestación de la voluntad realizada a través de mensajes de datos, se denomina firma electrónica, la cual podrá ser avanzada o digital. La firma electrónica avanzada ha sido reconocida como el equivalente funcional de la firma manuscrita, por tanto, constituye el medio idóneo para ligar al emisor de la manifestación de la voluntad como el autor auténtico de la misma, teniendo los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita. Sentido que fue reconocido por la Segunda Sala de la SCJN, en su tesis intitulada “**FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA. EL HECHO DE QUE EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN NO ESTABLEZCA SU DEFINICIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE LEGALIDAD**”, en donde la Sala reconoce que el propósito de la firma electrónica avanzada es “además de identificar el emisor de un mensaje como su autor legítimo, como si se tratara de una firma autógrafa, garantiza la integridad del documento produciendo los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio”.³⁶

Atribuciones y efectos legales que quedaron reconocidos en la Ley de Firma Electrónica Avanzada (en adelante LFEA), la cual en su artículo 2o.

³⁵ Barriuso Ruiz, C., *La contratación electrónica*, 3a. ed., Madrid, Dykinson, 2006, p. 330.

³⁶ Tesis aislada, constitucional 2a. XCVII/2007, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, Novena Época, agosto de 2007, p. 638.

fracción XIII la define como un conjunto de datos y caracteres que permite la identificación del firmante. Firma que ha sido creada por medios electrónicos (mensajes de datos)³⁷ “bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos, la cual produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa”.

En este sentido, la LFEA establece los casos en que no será factible el empleo de la firma electrónica para la celebración de actos, siendo que dicha excepción se encuentre en la Ley o en los casos en que exista dictamen previo de la Secretaría de Economía. Estableciendo únicamente que ésta no será aplicable en materia fiscal, aduanera y financiera, toda vez que en el Código Fiscal de la Federación se cuentan con lineamientos sobre el empleo de dicho instrumento electrónico para la manifestación de la voluntad³⁸ (artículo 4o.).

La LFEA permite el empleo de la firma electrónica avanzada en la elaboración de documentos electrónicos. Para tal efecto, el mismo artículo establece que los documentos electrónicos y los mensajes de datos que cuenten con firma electrónica avanzada: “producirán los mismos efectos que los presentados con firma autógrafa, por tanto, tendrán el mismo valor probatorio que las disposiciones aplicables le otorguen a éstos”. Lo anterior es el reconocimiento del principio de equivalencia funcional, el cual en su punto toral pugna por el reconocimiento igualitario, para efectos jurídicos y validez, de la firma electrónica con la firma autógrafa.

En cuanto a la capacidad del causante, reflejados en la atribución y fiabilidad del método con el cual se generó el mensaje de datos en donde conste la declaración unilateral de la voluntad, para la obtención de la firma electrónica es menester cubrir variados y estrictos requisitos solicitados por

³⁷ La Ley sobre Firma Electrónica de UNCITRAL, en su artículo 2o., la define como: “los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”.

³⁸ En este sentido, el artículo 17-D, del Código Fiscal de la Federación establece el empleo de documentos electrónicos y firma electrónica avanzada, como sustitutos del formato escrito y autógrafa, respectivamente, en la manifestación de la voluntad para efectos fiscales. Para el caso que nos ocupa, en relación con el reconocimiento del principio de equivalencia funcional, el párrafo 3o. de dicho artículo establece: “En los documentos digitales, una firma electrónica avanzada amparada por un certificado vigente sustituirá a la firma autógrafa del firmante, garantizará la integridad del documento y producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio”.

los prestadores de servicios de certificación³⁹ (PSC), quienes para la emisión de la firma electrónica deberán constatar la identidad y capacidad de las personas físicas que la soliciten.⁴⁰ En este sentido, el Código de Comercio mexicano y los artículos 24 de la LFEA permiten que los notarios públicos se constituyan como PSC, lo que los habilita como generadores de firmas electrónicas avanzadas y que mediante su empleo se realice, de forma certeza y eficaz, el flujo de información que conste en mensaje de datos, cubriendo así los requisitos de fiabilidad que marca la ley.

La seguridad técnica y jurídica que necesita el documento electrónico para cumplir los requisitos que en diversas legislaciones se establecen, se obtiene con el empleo de las firmas electrónicas. Este instrumento, cuyo marco jurídico cumple en relación con los instrumentos electrónicos las mismas características que se le atribuyen a la firma manuscrita, como son la atribución y la integridad, detectando cualquier alteración, además de contener la fecha y hora en la que se produce la actuación.

Lo anterior permitirá al notario otorgar el servicio completo para la elaboración de voluntades anticipadas electrónicas. Mismo que iniciaría con la recolección de los documentos, vía mensajes de datos, hasta la verificación de la identidad y capacidad del otorgante, con el empleo de la firma electrónica avanzada. De esta forma el testador podría acceder a la página web del notario que ofrezca dichos servicios, manteniendo comunicación vía Internet o incluso mediante el empleo de una Intranet, respecto de las dudas que genere la elaboración de dicho documento, mismo medio a través del cual el notario puede brindar de forma más ágil sus servicios. Si la persona está de acuerdo obtendrá su firma electrónica avanzada y podrá realizar, vía electrónica, su voluntad anticipada por medios electrónicos. Para finalizar

³⁹ La LFEA en su artículo 2o., fracción XIX reconoce como prestadores de servicios de certificación a “las instituciones públicas conforme a las leyes que les son aplicables, así como los notarios y corredores públicos y las personas morales de carácter privado que de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio sean reconocidas con tal carácter para prestar servicios relacionados con la firma electrónica avanzada y, en su caso, expedir certificados digitales”.

⁴⁰ De conformidad con el artículo 17 de la LFEA, el certificado digital deberá contener lo siguiente: “I. Número de serie; II. Autoridad certificadora que lo emitió; III. Algoritmo de firma; IV. Vigencia; V. Nombre del titular del certificado digital; VI. Dirección de correo electrónico del titular del certificado digital; VII. Clave Única del Registro de Población (CURP) del titular del certificado digital; VIII. Clave pública, y IX. Los demás requisitos que, en su caso, se establezcan en las disposiciones generales que se emitan en términos de esta Ley”. En el caso de la *e-firma* que emite el Sistema de Administración Tributaria (SAT), el PSC recaba datos biométricos (de identidad), con la finalidad de garantizar el vínculo entre un certificado y su titular.

el trámite éste lo firmará, quedando la información asegurada mediante el proceso de encriptación contenido en la misma firma.

La LVA establece que el solicitante o, en su caso, su representante deberán entregar el documento en donde ésta conste al personal de salud encargado de implementar el tratamiento del enfermo en etapa terminal, para su integración al expediente clínico.⁴¹ No obstante dicha manifestación de la voluntad no sólo puede realizarse por enfermos en etapa terminal, recordemos que tanto al LVA como la Ley General de Salud establece que cualquier persona sana puede llevarlo a cabo. En estos casos, cuando queremos prevenir acontecimientos futuros, una vez elaborado el documento el notario será el encargado de notificarlo a la Coordinación Especializada.

La Coordinación Especializada, de conformidad con la LVA, es una unidad administrativa encargada, entre otras atribuciones, de recibir, archivar y resguardar los documentos de voluntad anticipada, así como de velar por el cumplimiento de las disposiciones en ellos contenidos. Además de que será quien le notifique al Ministerio Público sobre su existencia (artículo 45 LVA).

En esta tesis, consideramos que la Coordinación Especializada debería ser la encargada de integrar el documento de voluntad anticipada al expediente clínico electrónico del paciente o del causante. En este sentido, al constar la voluntad anticipada en medios electrónicos, el notario puede notificar a la Coordinación Especializada y ésta a su vez integrarlo vía mensaje de datos al expediente clínico electrónico del paciente, haciendo más eficiente su empleo. Lo anterior tomando como base que la Ley del Notariado de la Ciudad de México considera a la Coordinación Especializada en Materia de Voluntad Anticipada como una institución que apoya la función notarial, en beneficio de la seguridad y certeza jurídicas que impone el correcto ejercicio de la fe pública en ellos investida. En este sentido, la Ley del Notariado establece la comunicación vía firma electrónica entre los notarios y dicha institución, firma a la cual, la misma Ley, le reconoce la equivalencia de la firma autógrafa y sello de autorizar del notario.⁴²

⁴¹ Artículo 35 de la Ley de Voluntad Anticipada. “El solicitante o su representante deberán entregar el documento de voluntad anticipada al personal de salud encargado de implementar el tratamiento del enfermo en etapa terminal, para su integración al expediente clínico, y dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en el mismo”.

⁴² La Ley de Notariado Ciudad de México en su artículo 235 refiere: “El Registro Público, el Archivo, el Colegio, el Decanato y el Registro Nacional de Avisos de Testamento, la Coordinación Especializada en Materia de Voluntad Anticipada, son instituciones que apoyan al notariado del Distrito Federal en beneficio de la seguridad y certeza jurídicas que impone el correcto ejercicio de la fe pública. Los notarios del Distrito Federal podrán comunicarse oficialmente de manera ordinaria con estas instituciones haciendo uso de su firma electrónica notarial en términos de esta Ley, la cual tendrá equivalencia a la firma autógrafa

La Secretaría de Salud pública ha reconocido en las TIC un aliado para aumentar la eficiencia y mejorar las condiciones de servicios de salud. Es por ello que en 2010 se publicó la Norma Oficial Mexicana NOM-024-SSA3-2010,⁴³ la que tiene como objeto “normalizar y homologar funcionalidades”, así como “garantizar la interoperabilidad, procesamiento, interpretación, confidencialidad, seguridad y uso de estándares y catálogos de la información de los registros electrónicos de salud”, además de la creación del expediente clínico electrónico (ECE) en México.

De conformidad con lo establecido en la NOM, el ECE constituye el medio electrónico a través del cual el personal de salud deberá registrar, anotar y certificar su intervención, relacionada con el paciente con arreglo a las disposiciones sanitarias. Lo que permite la gestión de un único registro de salud longitudinal de cada paciente en un formato digital. De esta forma, el ECE se presenta como una herramienta que permite asegurar que los pacientes reciban el más oportuno, conveniente y eficiente cuidado de la salud. Dentro del ECE consta información sobre la medicación, historial y protocolos clínicos, así como recomendaciones de estudios específicos de los pacientes.

Dentro de las finalidades que busca la creación del ECE, es el de reducir tratamientos redundantes y prevenir errores médicos en el tratamiento de los pacientes. En virtud de que la NOM resulta de observancia obligatoria en todo el territorio nacional para todos los productos de ECE que se utilicen en el sector público, así como para todos los establecimientos que prestan servicios de atención médica, personas físicas y morales de los sectores social y privado que adopten un sistema de registros electrónicos en salud en términos de la misma y que una de las finalidades del documento de voluntad anticipada es el de que los pacientes, con base en el consentimiento informado, decidan sobre el tratamiento o no que desean tener al estar ante una enfermedad terminal o cuando éstos se encuentren impedidos de manifestarlo, consideramos que el documento en donde conste la voluntad anticipada de los individuos debe asentarse en dicho ECE. Lo anterior ga-

y al sello de autorizar del notario. El uso de la firma electrónica notarial podrá extenderse a las dependencias federales y locales en los casos y términos que así lo determinen las leyes correspondientes”.

⁴³ Norma Oficial Mexicana NOM-024-SSA3-2010, que establece los objetivos funcionales y funcionalidades que deberán observar los productos del expediente clínico electrónico para garantizar la interoperabilidad, procesamiento, interpretación, confidencialidad, seguridad y uso de estándares y catálogos de la información de los registros electrónicos en salud, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5280847&fecha=30/11/2012 (consultada el 3 de agosto de 2016).

rantizará un efectivo tratamiento y respeto por la voluntad de los pacientes. Además, con el protocolo de comunicación “Health Level 7” que establece la NOM, se permite que las instituciones de cuidado médico intercambien información, lo cual puede resultar crucial para respetar la voluntad del paciente.

En relación con la seguridad, la NOM establece que los sistemas de ECE deberán garantizar la confidencialidad de la identidad de los pacientes, así como la integridad y la confiabilidad de la información clínica. Por tanto, deberán establecer las medidas de seguridad pertinentes y adecuadas para evitar el uso ilícito o ilegítimo de la información clínica. En este sentido, el personal que tenga acceso al ECE deberá contar con una firma electrónica simple y un código de acceso al mismo. De esta forma, constará el registro de quienes hayan ingresado datos además de la fecha de su captura dentro del expediente. El empleo de la firma electrónica garantizará la no repudiación en la integración o acceso al ECE, garantizando la identidad de la persona o médico que haya realizado modificaciones dentro del mismo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica conllevan la equiparación jurídica de los mensajes de datos al mundo físico, con independencia de la tecnología a través de la cual se realicen. De esta forma, la realización de actos jurídicos con el empleo de mensajes de datos, documentos electrónicos y firma electrónica avanzada o digital, se encuentran dotados de eficacia jurídica.

Como corolario de lo anterior, concebimos a la voluntad anticipada electrónica como el documento electrónico realizado con el empleo de la firma electrónica avanzada, ante notario, en que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta su voluntad a través de mensajes de datos, de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación médica, de la misma forma dicho documento puede contener la disposición de sus órganos para después de su muerte. Dicha manifestación de la voluntad deberá estar incorporada al expediente clínico electrónico de la misma.

Como resultado del avance de las TIC en la forma de manifestación de la voluntad por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, la normativa nacional ha dotado al notario de atribuciones que le ayudan a crear un entorno de confianza, como una forma más de garantizar la

fiabilidad de los actos jurídicos que se lleven a cabo por mensajes de datos. Confidencialidad, seguridad, autenticación y confianza, son conceptos que van de la mano con la función notarial, al igual que sucede con los mensajes de datos.

Los sistemas y las redes informáticas son instrumentos poderosos para el uso comercial, público y privado y la sociedad de la información es altamente dependiente de la eficiencia y la seguridad de la tecnología moderna de la información. Actualmente los sistemas informáticos controlan numerosas esferas indispensables de nuestra actividad diaria como los procesos comerciales, la producción industrial, la administración pública, los mercados financieros y otras infraestructuras importantes: las estaciones de energía convencional, las plantas de energía nuclear, el tráfico aéreo, los sistemas de defensa, sistemas espaciales y los sistemas de órdenes militares, en todo el mundo.⁴⁴ Luego entonces, si dejamos bajo su control estructuras tan básicas de nuestra vida, ¿por qué no confiarles la celebración de actos jurídicos como la manifestación de nuestra voluntad anticipada?

Las soluciones electrónicas tal vez no son la respuesta perfecta para que el sector salud funcione de forma más eficiente, pero en el camino, puede ofrecer nueva información e interacciones que como mínimo puede mermar un problema multigeneracional más arraigado. Claramente la tecnología, por sí sola, no es la panacea para erradicar las enfermedades del mundo, pero el uso inteligente de la tecnología puede marcar una importante diferencia. El disponer de forma inmediata de la información médica al tener acceso en cualquier lugar del país permitirá dar cumplimiento a la manifestación de la voluntad de los pacientes, respecto a recibir o no tratamiento médico, garantizando la veracidad y la integridad de la información, así como su seguridad y confidencialidad; además, traerá grandes beneficios a la población que acceda a los servicios médicos que proporciona el Estado.

Un estudio sobre los actos jurídicos que se realizan con el empleo de mensajes de datos, a través de Internet, pretende constituir una respuesta a los problemas creados en cuanto a su celebración, permitiendo que las TIC sean un medio para la labor del derecho y no un obstáculo. La adopción de normas, nacionales o internacionales, que reconozcan las manifestaciones de voluntad a través de mensajes de datos buscarán crear uniformidad, otorgando certeza y eficacia jurídica a éstas. Dichas normas respetan en

⁴⁴ Sieber, U., “El control de la complejidad del ciberespacio global: la armonización de los delitos informáticos”, en Delmas-Marty, Mireille y Pieth, Sieber, *Los caminos de la armonización penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2009, p. 163.

todo momento el derecho de las partes de escoger el medio y la tecnología apropiada para la manifestación de la voluntad, en concordancia con los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, siempre y cuando los métodos empleados por las partes cumplan con el propósito para los cuales fueron creados.⁴⁵

⁴⁵ Castrillón y Luna, V. M. y Becerril, A., *Contratación..., cit.*

TERCERA PARTE

RESPONSABILIDAD EN LOS SERVICIOS DE SALUD

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CONTEXTO DE LA DICTAMINACIÓN SOBRE LA ATENCIÓN MÉDICA: IMPLICACIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS

Zoraida GARCÍA CASTILLO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El consentimiento informado para la atención médica*. III. *Dos casos*. IV. *El consentimiento informado en relación con las obligaciones de medios y de resultado*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos en el actuar médico plantean dilemas jurídicos y éticos, en los que se pueden identificar factores de origen constantes: la falta de comunicación clara y confiable entre el médico y el paciente, el incumplimiento en la integración debida del expediente clínico, la necesaria relación entre el error en el diagnóstico y el error en el tratamiento, las carencias materiales y logísticas de que muchas veces adolece el sector salud y la falta de otorgamiento de un consentimiento debidamente informado por parte del paciente, entre otros.

Si observamos, este último elemento se encuentra íntimamente interrelacionado con todos los anteriores. Si no existe una comunicación clara y confiable entre el médico y el paciente, el consentimiento informado no es posible; si no existe cumplimiento en la integración debida del expediente clínico, seguramente tampoco se recabó el consentimiento informado debido; si hubo error en el diagnóstico y, por lo tanto, en el tratamiento, el consentimiento informado —en caso de que se hubiese otorgado— también habrá sido equívoco; si hay carencias materiales y logísticas en la prestación de la atención médica, seguramente el consentimiento informado estará sujeto a muchas variables que lo hagan inseguro.

Así, el consentimiento informado se yergue como un importante eslabón en la cadena ética y jurídica de la relación médico paciente, de la eje-

cución del acto médico y, por tanto, en un óptimo servicio de la atención médica.

El objetivo de este artículo es reflexionar sobre la relevancia e implicaciones del consentimiento informado que se debe otorgar en el contexto de la atención médica, y el importante papel que desempeña en el análisis ético y jurídico del acto médico, cuando se dictamina sobre él para efectos de la resolución de conflictos.

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA ATENCIÓN MÉDICA

El consentimiento informado es un proceso de comunicación continuo y gradual que se da entre el médico y el paciente, mismo que se consolida en un documento que sirve como la expresión tangible del respeto de la autonomía de las personas,¹ del respeto al ejercicio de su derecho de acceso a la información y a su dignidad.

El consentimiento informado implica, por un lado, el acto o serie de actos por parte del médico (o del personal de salud) de informar de manera completa, íntegra, clara y suficiente al paciente sobre la naturaleza de su enfermedad, el procedimiento diagnóstico o terapéutico a utilizar, los riesgos y beneficios que conlleva y las posibles alternativas; y, por otro, el acto del paciente de decidir en forma autónoma y digna sobre sí mismo, de manera informada.

El proceso de información es complejo, porque hay que tener en cuenta múltiples factores como es que el paciente no se encuentre en posibilidad de consentir, que la naturaleza de los actos médicos merecen cierto tipo de consentimiento o no, que por cada acto médico es recomendable un consentimiento específico, o que puedan existir innumerables riesgos que pudieran derivarse del acto.

En general, el consentimiento informado debe ser previo al tratamiento, adaptado al caso particular, completo (que comprenda los beneficios y riesgos que conlleva la toma de decisión), además de ser claro, preciso y comprensible para el paciente o sus familiares.

En la Declaración de Lisboa de la 34a. Asamblea Médica Mundial (1981), se ubicó al consentimiento informado como satisfactor de varios derechos del paciente: la autodeterminación, la información y la dignidad.²

¹ Comisión Nacional de Bioética, <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx>.

² World Medical Association, disponible en: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/l4/index.html.pdf?print-media-type&footer-right=%5Bpage%5D/%5BtoPage%5D>.

En el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Consejo de Europa, 1997) (Convenio de Oviedo), se señalan una serie de disposiciones protectoras de la voluntad del paciente informado, incluso del paciente que por causa de su edad, capacidad mental, o urgencia no pueda expresar directamente su libre e inequívoco consentimiento; de hecho, se prevé la figura de los deseos expresados anteriormente.³

En los numerales 5 y 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, se estableció la exigencia de que toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo ha de efectuarse previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. El consentimiento debe ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. En su ejercicio se hace hincapié en el respeto a la autonomía de la persona y el ejercicio de su responsabilidad.⁴

En la legislación nacional, la Ley General de Salud establece en sus artículos 51 bis 1 y 51 bis 2, el derecho de los usuarios de los servicios de salud, de recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos, diagnósticos terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen. Incluso, en el caso de tratarse de pueblos y comunidades indígenas, se establece el derecho a obtener información necesaria en su lengua.

Consecuente con el derecho a recibir información, los usuarios tienen derecho a decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos. En caso de urgencia o que el usuario se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, se establece que la autorización para proceder será otorgada por el familiar que lo acompañe o su representante legal; en caso de no ser posible lo anterior, el prestador de servicios de salud procederá de inmediato para preservar la vida y salud del usuario, dejando constancia en el expediente clínico.

La propia Ley General de Salud dispone, de forma complementaria al derecho a decidir, que los usuarios de los servicios públicos de salud en general, contarán con facilidades para acceder a una segunda opinión.

³ <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>

⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, octubre de 2005, disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica (RLGSPSAM), dedica varios artículos (29 y 80 al 82) para establecer la obligación de todo profesional de la salud de proporcionar al usuario o a sus familiares, tutor o representante legal, información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento del paciente.

Se establece también la obligación de todo hospital, de recabar la autorización escrita y firmada del paciente a su ingreso, para practicarle, con fines de diagnóstico o para atender un padecimiento, los procedimientos médico-quirúrgicos de que se trate. Se le debe explicar al paciente el documento de que se trata, el tipo de padecimiento y sus posibles riesgos y secuelas. Esta autorización inicial no excluye que por cada procedimiento posterior que entrañe un alto riesgo, se le informe nuevamente con los mismos requisitos (artículo 80 del RLGSPSAM).

En caso de urgencia, o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el informe se dará al familiar más cercano presente, tutor o representante legal; en su defecto, los médicos autorizados del hospital, previa valoración del caso y por acuerdo de al menos dos de ellos, realizarán el procedimiento terapéutico, dejando constancia en el expediente clínico (artículo 81 RLGSPSAM).

El consentimiento informado debe ser impreso, claro, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras y debe contener (artículo 82 RLGSPSAM):

- Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital.
- Nombre, razón o denominación social del hospital.
- Título del documento.
- Lugar y fecha.
- Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización.
- Nombre y firma de los testigos.
- Procedimiento o tratamiento a aplicar y explicación del mismo.
- La firma de dos testigos idóneos designados por el interesado. (En caso de que se deba realizar amputación, mutilación o extirpación orgánica que produzca modificación física permanente en el paciente o en su condición fisiológica o mental) (artículo 83 RLGSPSAM).

Lo más importante de los requisitos del consentimiento informado es precisamente el señalamiento del procedimiento o tratamiento a aplicar y su explicación, la que debe comprender sus consecuencias y riesgos mínimos y máximos, así como sus secuelas, de manera que el consentimiento verda-

deramente implique una participación del paciente en la decisión sobre su cuerpo y su salud, lo que implica el respeto a su integridad y autonomía.

El Código de Bioética para el Personal de Salud México 2002, creado en su momento por la Secretaría de Salud y la Comisión Nacional de Bioética, establece en el capítulo que dedica al enfermo como centro de interés de la bioética, que

el paciente o su representante legal debe ser informado por el médico tratante, con sentido humano, sobre su enfermedad, las alternativas para su tratamiento, las probables complicaciones y cómo evitarlas. Esto se expresará con lenguaje claro y veraz, de forma que sea inteligible para el enfermo, lo que le permitirá ser partícipe en el manejo de su propia enfermedad.⁵

Tal es precisamente el objetivo que persigue contar con un consentimiento informado completo, claro e incluyente de la opinión del paciente, la que sólo puede ser vertida eficazmente, si tiene claros los procedimientos recomendados, las alternativas, los riesgos inherentes, las secuela y demás consecuencias de la toma de decisión; sobre todo, le hace copartícipe del tratamiento y de su responsabilidad durante el proceso de recuperación o de rehabilitación.

La Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, del expediente clínico, se refiere también al consentimiento informado cuando define a las cartas de tal naturaleza, como los documentos escritos que cumplen los requisitos ya mencionados, pero hace hincapié en que mediante este documento “se acepta un procedimiento médico o quirúrgico con fines diagnósticos, terapéuticos, rehabilitatorios, paliativos o de investigación, una vez que se ha recibido información de los riesgos y beneficios esperados por el paciente”.⁶

Esto significa que el consentimiento informado cumple una función bidireccional; por un lado, cumple con el deber ético y profesional de informar al paciente o a sus familiares, del padecimiento, los procedimientos recomendados, las alternativas, los riesgos, las secuelas y las responsabilidades durante la rehabilitación; y, por otro, se obtiene la autorización fehaciente y cierta de realizar los procedimientos médicos o quirúrgicos que se pretenden, de manera que el médico, la institución médica y el paciente, asumen

⁵ Código de Bioética para el Personal de Salud México 2002, artículo 14, disponible en: http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/codigo_bioetica.pdf

⁶ Artículo 4.2. de la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, del expediente clínico, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de octubre de 2012 (cuarta sección).

de manera conjunta y, en este sentido, corresponsable, las consecuencias de la decisión.

Este punto resulta de alta relevancia en el caso de controversia sobre el actuar médico, pues el instrumento probatorio por excelencia respecto de la actuación médica es el expediente clínico, del cual debe formar parte el consentimiento informado, documento que en sí mismo reviste gran importancia para acreditar que el paciente fue debidamente o no informado de los procedimientos a realizar y sus consecuencias, y que sabedor de ello, consintió. Por tanto, de ello debiera presumirse la asunción de una corresponsabilidad.

Es interesante detenerse en el desglose que hace la propia NOM aludida, en cuyo punto 10.1, describe los requisitos que deben cubrir las cartas de consentimiento informado, en que además de los puntos ya incluidos en otros instrumentos, incluye la autorización al personal de salud para la atención de contingencias y urgencias derivadas del acto médico autorizado, atendiendo al principio de libertad prescriptiva; los datos completos del médico que otorgó la información y que recaba el consentimiento; así como el proceder en caso de que el paciente no pudiera firmar el documento. En esta misma normativa, se señalan los eventos mínimos que requieren de cartas de consentimiento informado, a saber, el ingreso hospitalario; los procedimientos de cirugía mayor; los procedimientos que requieren anestesia general o regional; la salpingooclásia y la vasectomía; la donación de órganos, tejidos y trasplantes; la investigación clínica en seres humanos; la necropsia hospitalaria; los procedimientos diagnósticos y terapéuticos considerados por el médico como de alto riesgo o cualquier procedimiento que entrañe mutilación. Éstos son procedimientos en que de manera mínima existe obligación de recabar el consentimiento informado del paciente, pero puede y debe haber tantos consentimientos como procedimientos lo requieran, según el criterio del médico, basado en los riesgos que impliquen.

III. DOS CASOS

La recepción de la información necesaria y suficiente para el otorgamiento, por parte del paciente, de un consentimiento informado, es crucial y debe ser acreditada en el instrumento que nuestra norma mexicana ha dado en llamar cartas de consentimiento informado, pero: ¿qué información es la que es necesaria y suficiente de informar?, ¿cuál es el límite mínimo y máximo de información a otorgar?, ¿qué sucede si no se cuenta con un instrumento

que acredite que la información se dio y que el consentimiento se otorgó, de manera consciente y plena?

Para reflexionar sobre ello, presentaré a continuación dos casos comparables:

1. Caso I⁷

Se trata de la queja de una paciente de 28 años de edad, con diagnóstico de incontinencia urinaria de mínimo esfuerzo, paridad satisfecha,⁸ lipodistrofia corporal,⁹ ptosis mamaria¹⁰ y diástasis de rectos abdominales,¹¹ quien fue intervenida quirúrgicamente, tanto para atender el problema de incontinencia urinaria (por un ginecólogo), como para realizar liposucción de cintura, mastopexia con implantes y reconstrucción de pared abdominal con malla y dermolipectomía; todo en una misma intervención.

La paciente había tenido dos partos, padecía tabaquismo y deseaba mejorar ciertas deformidades del contorno corporal. Consultó a una médica especialista en cirugía plástica y ésta realizó el diagnóstico correspondiente. La especialista fue contactada por otra médica de la confianza de la paciente, quienes viven en una ciudad de la provincia del país. La especialista no radica en la misma ciudad y viajó para hacer el diagnóstico y posterior operación. El tratamiento posquirúrgico fue ejecutado por la médica que fue el contacto con la especialista, bajo las instrucciones remotas de ésta.

Según el análisis técnico-científico realizado por la Conamed, el diagnóstico se realizó correctamente, con la interpretación de una tomografía de abdomen simple y con contraste. La facultativa realizó marcaje prequirúrgico y reportó los exámenes preoperatorios en parámetros normales.

La paciente firmó una carta de consentimiento bajo información, en que consta que se le realizaría una “colocación de malla TVTO+salpingo

⁷ Laudo resuelto por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en 2015, del cual no se proporcionan más datos en aras de la confidencialidad de la información.

⁸ Se llama paridad al número de hijos que una mujer ha tenido por parto o cesárea y se considera paridad satisfecha cuando la mujer ya tiene el número de hijos que desea. *Diccionario médico*, disponible en: salud.doctissimo.es.

⁹ Lipodistrofia es la distribución anormal de la grasa corporal, *Medical Dictionary*, 2011.

¹⁰ Ptosis se refiere a la caída o prolapsio de un órgano, en este caso la ptosis mamaria corresponde al prolapsio de las glándulas mamarias. *Diccionario de la academia mexicana de la lengua*.

¹¹ Diástasis de rectos abdominales es un término anatómico que describe una condición en la que los dos músculos rectos están separados por una distancia anormal, Maurice Nahabedian, M. D., *Rectus Abdominis Diastasis*, 2015, disponible en: https://www.uptodate.com/contents/rectus-abdominis-diastasis?source=search_result&search=Diastasis+recti&selectedTitle=1%7E14.

+liposucción”. Tipo de anestesia general y como riesgos “infección” y “ce-
falea”. Lo que se marca entre comillas es textual y es lo único que quedó
asentado en la carta de consentimiento. Lo que efectivamente se realizó fue
una liposucción de cintura, una lipoinyección glútea, una mastopexia con
implantes redondos de 305 cc y la reconstrucción abdominal con plicatura
de rectos más colocación de malla. Posteriormente, la paciente fue sometida
a la salpingooclásia bilateral por un segundo facultativo.

El equipo de trabajo que realizó la cirugía acreditó contar con las cre-
denciales necesarias y el laudo correspondiente consideró que las interven-
ciones se adecuaron a la *lex artis* especializada.

Los problemas sucedieron durante un largo periodo de cuidados poso-
operatorios que se complicaron. La paciente fue dada de alta para continuar
con seguimiento en consulta externa y se le prescribieron antibióticos, anal-
gésicos, un inhibidor de la secreción de ácido gástrico, un antiespasmódico
y un ansiolítico. A la paciente se le debió indicar, en razón de la abdomino-
plastia realizada, que debía mantener flexión forzada de las caderas para
evitar tensión en la línea de sutura, emplear vendaje o faja abdominal, colo-
cación de los drenajes pertinentes, con ambulación lo antes posible para
después mantener la posición semiflexionada.

Después de su alta, la paciente manifestó tener un dolor fortísimo, con
espasmo en su pierna izquierda y sofocamiento. La médica le prescribió
un anticoagulante para evitar una trombosis, eso lo hizo en forma remota.
En efecto, la literatura de la especialidad señala que en el posoperatorio de
abdominoplastia, la restricción respiratoria y la trombosis venosa profunda
son complicaciones sistémicas importantes.

Por otro lado, la paciente, a la semana de la operación, al momento de
quitarse la faja para bañarse, se le pegó el algodón a una parte de la costra
que tenía bajo el ombligo y quedó la “carne viva”. La paciente se asustó,
como es natural, y acudió a ver a la doctora que se había quedado a cargo
de su seguimiento. Ésta le raspó con un bisturí en el área y quitó toda la
costra con necrosis, dejándole un “hoyo del tamaño del puño de su mano”.¹²
Cada tercer día tenía que ir al consultorio para que le hicieran curaciones
en esa herida. Lo que sucedió fue una epidermólisis necrótica asociada al
procedimiento de abdominoplastia.

La herida evolucionó satisfactoriamente de noviembre de 2012 a marzo de
2013. Cicatrizó por segunda intención, manteniéndose limpia el área
expuesta, sin necrosis ni infección, como resultado de la desbridación de
tejidos desvitalizados.

¹² Según el expediente, palabras de la paciente.

El dictamen concluye que durante el seguimiento posoperatorio, la médica cumplió con los medios de diligencia que el caso ameritaba, que demostró que diagnosticó el cuadro de epidermólisis y explicó el plan de manejo; que indicó curaciones cada tercer día, por conducto de otra médica, y que indicó medicamento oral para mejorar la circulación y la administración de un cicatrizante.

Si bien se concluye que la facultativa detectó oportunamente el cuadro de epidermólisis necrótica cutánea, y que ello constituye un riesgo inherente al procedimiento quirúrgico, ello nunca le fue informado a la paciente, o al menos no obra que así haya sucedido.

En el caso que narramos, esa falta de contar con un consentimiento informado adecuado, no trascendió a la resolución contenida en el laudo respectivo, pero nos parece que deja muy clara la necesidad de que el médico explique al paciente de manera exhaustiva los procedimientos a realizar y sus consecuencias. Por supuesto, los riesgos inherentes a los tratamientos, que en este caso sucedieron en dos aspectos: la restricción respiratoria y el riesgo de una trombosis venosa, así como la epidermólisis necrótica que tuvo como secuela un procedimiento largo y sinuoso para la paciente, tan sólo de cicatrización. Otra cuestión es la secuela, ¿en verdad no hay responsabilidad para la facultativa, si no informó a la paciente sobre las consecuencias inherentes a los procedimientos a los que se sometía?

Según se señala en el laudo, la evolución de la herida transcurrió de noviembre de 2012 a marzo de 2013. En diciembre, se observaba un área en forma de triángulo por debajo del ombligo con datos de epidermólisis, la cual fue objeto de tratamiento, como ya se describió. Se trató de una necrosis cutánea que se considera una complicación asociada a la abdominoplastía, pero no se le advirtió a la paciente y si bien queda claro que era un riesgo inherente, no era menor, sobre todo teniendo en cuenta que la paciente, al padecer tabaquismo, se encontraba más susceptible de padecerlo. La herida involucró todo el espesor de la piel y fue objeto de desbridación, cambio rutinario de apósitos para proteger la herida, mantenerla húmeda y libre de contaminación, así como ingesta oral de vitaminas A y C; y si bien la herida presentó adecuado tejido de granulación y reducción progresiva en dimensiones y profundidad, permaneció y se sugiere una nueva intervención quirúrgica para hacer corrección estética, según la propia facultativa demandada ofreció realizar (cobrando los respectivos gastos médicos).

En estricto sentido, el análisis concluye que no hubo desapego a la praxis médica *ad hoc*, pero en nuestra opinión permanece la justificación de inconformidad de la demandante, quien sí que padeció un trance posopera-

torio que le afectó y del cual no fue advertida que podía ocurrir como riesgo inherente a la cirugía, por lo que ella no lo esperaba; por el contrario, una paciente de su condición, lo que espera de una cirugía con fines estéticos son sólo buenos resultados, porque esa es la naturaleza del compromiso que adquiere un cirujano plástico.

2. Caso 2¹³

En el presente caso, quien formuló la queja que dio lugar al laudo respectivo fue una mujer de 61 años de edad, con antecedente de cinco cirugías previas, con el objetivo de corregir un problema de *hallux valgus*.¹⁴ Acudió con el médico que demanda, por manifestar dolor y deformidad incapacitante en ambos pies. Ante la exploración, se diagnosticó que padecía marcha antiálgica,¹⁵ deformidad de los cinco dedos, callosidades en las plantas del pie, deformidad por acortamiento del primer dedo derecho, cicatriz antigua, *hallux rigidus*¹⁶ segundo dedo derecho en garra con desviación medial,¹⁷ deformidad en varo¹⁸ de primer dedo izquierdo, segundo dedo izquierdo supraducto con desviación medial,¹⁹ garra no reductible, hiperqueratosis,²⁰ y primer y tercera cabeza de metatarsianos dolorosa a la palpación.

¹³ Laudo dictado por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en 2015, del cual no se proporcionan más datos en aras de la confidencialidad de la información.

¹⁴ *Hallux valgus* es la desviación en varo del primer metatarsiano a la que se añade una falange distal en valgo y en rotación interna. GPC Diagnóstico y tratamiento del *hallux valgus*, IMSS-618-13. Sitio web: cenetec.salud.gob.mx. Esta deformidad es comúnmente conocida como juanete.

¹⁵ Antiálgica, adjetivo médico que significa analgésico. *Diccionario de la lengua española*.

¹⁶ *Hallux rigidus*, enfermedad degenerativa articular o artrosis primaria de la articulación metatarsofalángica del primer dedo que se caracteriza por dolor y pérdida progresiva del movimiento. López Gavito, Eduardo Gerardo, “*Hallux rigidus*”, *Medigraphic*, 2006, disponible en: <http://www.medigraphic.com/pdfs/orthotips/ot-2006/ot064i.pdf>.

¹⁷ Desviación medial, término que hace referencia a la dirección anormal hacia la línea media del pie. *Diccionario médico*, disponible en salud.doctissimo.es.

¹⁸ Deformidad en varo. Deformidad angular de forma lateral y medial con respecto a su eje mecánico. Deformidades angulares en los miembros inferiores. Harfush Nasser, Luis, *Medigraphic*, vol. 3, núm. 2, 2007, disponible en [medigraphic.com](http://www.medigraphic.com).

¹⁹ Dedo supraducto con desviación medial, dedo que se encuentra por encima de otro con dirección hacia la línea media del cuerpo. *Diccionario médico*, disponible en: salud.doctissimo.es.

²⁰ Hiperqueratosis. Crecimiento del estrato córneo del tegumento (piel) en un grado superior al normal. *Diccionario de la lengua española*.

De los estudios de rayos X, se encontró artrosis metatarsofalángica,²¹ pérdida de la congruencia articular,²² osteofitos laterales,²³ luxación de sesamoideos²⁴ y pérdida de la parábola de antepie.²⁵

Inicialmente, se le dio tratamiento conservador y no obstante, después de un año, continuaba con dolor e incapacidad, por lo que se propuso cirugía. Se realizó valoración preoperatoria, se le informó de los riesgos y beneficios, redactados en un amplio documento de consentimiento informado, que más adelante comentaremos.

Se realizó una cirugía de salvamento,²⁶ artrodesis metatarsofalángica²⁷ con placa en T de titanio, osteotomía de corrección de la cabeza de metatarsianos²⁸ y tenotomías para corrección de dedos en garra.²⁹ Ello, teniendo en cuenta que los pacientes con *hallux valgus* presentan dolor, dificultad para caminar, deformidad progresiva con aumento de volumen en la articulación metatarsofalángica del primer dedo, además de la deformidad del zapato.

El tratamiento conservador está dirigido al alivio del dolor y el tratamiento quirúrgico se indica cuando han fracasado las medidas conservadoras. Esto puede lograrse mediante la artrodesis, procedimiento que elimina el movimiento y, por tanto, el dolor. En el presente caso, la Conamed consideró que el facultativo demandado estableció correctamente su diagnóstico, que la paciente consintió de manera informada los procedimientos quirúrgicos consistentes en corrección de *hallux valgus* bilateral y que la paciente

²¹ Artrosis metatarsofalángica, “Enfermedad articular degenerativa, en este caso de las articulaciones metatarsofalángicas”, Silberman, Fernando, *Ortopedia y traumatología*, 2a. ed., Panamericana, 2003, p. 129.

²² Congruencia articular, relación lógica de la articulación. *Diccionario de la lengua española*.

²³ Osteofitos. Protuberancia ósea anormal de tipo patológico cercano a un hueso o articulación. Silberman, Fernando, *Ortopedia y traumatología*, cit., p. 33.

²⁴ Luxación de sesamoideos. Dislocación de un hueso pequeño, corto y redondeado fibroso que se desarrolla en el espesor de un tendón. *Ibidem*, p. 165.

²⁵ Parábola de antepie, curva abierta cuyos puntos son equidistantes de una recta y un punto fijo, formada por dos ramas simétricas respecto al eje del pie. *Diccionario de la lengua española*.

²⁶ Cirugía de salvamento, hace referencia a un procedimiento quirúrgico que tiene como finalidad en este caso conservar la mayor funcionalidad de la articulación involucrada. Soto, Camilo *et al.*, *Revista Colombiana de Cancerología*, vol. 17, núm. 1, marzo de 2013.

²⁷ Artrodesis metatarsofalángica. Procedimiento quirúrgico utilizado para la corrección del *hallux rigidus* en sus etapas finales. López Gavito, Eduardo Gerardo, “*Hallux...*”, cit.

²⁸ Osteotomía de corrección. Procedimiento quirúrgico en el que se intentan corregir los elementos patológicos y mantener la biomecánica de la extremidad. Coughlin, M. J., *Hallux Valgus. Curso de Instrucción*, vol. 46, 2006.

²⁹ Tenotomías para corrección de dedos en garra. Operación que consiste en la sección quirúrgica de un tendón. *Diccionario médico*, disponible en: salud.doctissimo.es.

quedó informada de la posibilidad de reintervención dada la patología que presentaba, especificándose que el propósito del procedimiento consistía en corregir las deformidades de los dedos del pie y evitar el dolor ocasionado por exceso de apoyo de los metatarsianos.

En efecto, el consentimiento informado que en este caso se firmó, fue exhaustivo en señalar lo siguiente:

- El *propósito principal de la intervención* quirúrgica era corregir las deformidades de los dedos del pie y evitar el dolor ocasionado por exceso de apoyo de los metatarsianos.
- La *intervención podría precisar anestesia* y sería valorada por el anestesista designado.
- La *intervención consistía* en alinear los dedos del pie para lo cual podría ser preciso cortar o resecar partes óseas, seccionar tendones y unir pequeñas articulaciones de los dedos.
- Se *podrían modificar los metatarsianos* mediante resecciones óseas, podría ser precisa la sujeción temporal o definitiva de los dedos o metatarsianos con alambres, clavos, tornillos o grapas.
- Toda *intervención quirúrgica*, tanto por la propia técnica operatoria como por el estado general del paciente (diabetes, cardiopatía, hipertensión, edad avanzada, anemia, obesidad, tabaquismo, etcétera) lleva implícita una serie de complicaciones comunes y potencialmente serias que *podrían requerir tratamientos complementarios*, tanto médico como quirúrgicos, con un mínimo de porcentaje de mortalidad.
- Las *complicaciones* de la intervención quirúrgica para tratamiento de la enfermedad de los pies podrían ser:
 - infección de la herida quirúrgica;
 - lesión de estructuras vaso-nerviosas de los dedos con lo cual podría producirse necrosis o muerte del dedo y ser precisa una amputación o quedar un área de hipoestesia o falta de sensibilidad en uno o más dedos;
 - recurrencia de la deformidad que requiera una o más intervenciones;
 - si la resección ósea requerida es considerable, puede dejar un dedo colgante;
 - las agujas de Kirschner pueden romperse, migrar o presentar infecciones en su trayecto;
 - a veces no se consigue la fusión de la articulación, con lo que si ésta es dolorosa, puede requerir una intervención;

- edema e inflamación de los dedos que puede tardar inclusive meses en ceder;
 - problemas de cicatrización de la piel;
 - cicatrices dolorosas residuales;
 - dolor en otras áreas metatarsales por transferencia de cargas e intervenciones sobre los metatarsianos;
 - retardo en la consolidación o falta de la misma llamada seudoartrosis que puede requerir una intervención;
 - distrofia simpático-refleja;
 - trombosis venosa o tromboflebitis de la extremidad.
- Si en el momento del acto quirúrgico surgiera algo imprevisto, el equipo médico fue *autorizado por la paciente a variar la técnica quirúrgica* programada.
- *Declaró haber comprendido* las explicaciones que se le facilitaron en lenguaje claro y sencillo y que el médico que le atendió le permitió realizar todas las observaciones y aclarar todas las dudas planteadas.
- *Aceptó haber tomado la decisión sin ningún tipo de presión externa y comprender* que en cualquier momento antes de la cirugía y sin necesidad de dar ninguna explicación, podría revocar el consentimiento prestado.
- Finalmente, *manifestó estar satisfecha* con la información recibida y comprender los alcances y los riesgos del tratamiento, y *consentir la realización del tratamiento* quirúrgico de su enfermedad en el antepié, así como la corrección de antepié reumáticos ambos.

Según la resolución de Conamed, guiada por la literatura especializada, el tratamiento quirúrgico del *hallux valgus* crónico en el adulto es la artrodesis de la articulación metatarsofalángica. En el caso, la paciente contaba con antecedente de cirugía de corrección para *hallux valgus* bilateral con secuela de artrosis de la primera articulación metatarsofalángica, por lo que el médico estableció un diagnóstico correcto de *hallux rigidus*, con lo que sustentó el procedimiento quirúrgico y el cumplimiento de las obligaciones de medios de diagnóstico y tratamiento.

Al expediente se integraron radiografías pre y posoperatorias, de las que se concluyó la aplicación correcta de implantes, y con radiografías de control se tuvo por acreditada la consolidación de artrodesis.

En el tratamiento posoperatorio, la paciente fue citada semanalmente. Las heridas quirúrgicas presentaron evolución normal, sin infección ni problemas agregados. Sin embargo, la paciente manifestaba en cada consulta

su preocupación por el edema posoperatorio y por la deformidad residual de sus dedos. Sobre el edema, se le explicó que era una de las complicaciones esperadas de la cirugía, que tardan en disminuir en un promedio de tres meses a un año; y de las deformidades estructuradas de los dedos menores, en la mayoría de los casos no se corrigen en forma completa, por ser un padecimiento crónico y como resultado directo de las cirugías previas.

Se le indicaron ejercicios de rehabilitación para el estiramiento y fortalecimiento de tendones extensores y flexores de los dedos, así como la utilización de plantillas de descarga. Al parecer, la paciente no cumplió con las recomendaciones posoperatorias.

Amén de ello, se compararon las fotografías pre y posoperatorias (seis semanas después del procedimiento) y el segundo dedo del pie izquierdo estaba alineado correctamente.

Adicionalmente, se concluyó lo siguiente:

- La realización de osteotomías de Weil en la segunda cabeza metatarsiana de ambos pies, fijadas con un tornillo, fue el procedimiento indicado para el tratamiento de metatarsalgia.
- La realización de tenotomías y capsuloplastías para la deformidad de los dedos en garra fueron los procedimientos indicados. Es decir, se liberaron partes blandas para conseguir que el dedo modifique su estado de deformidad, lo que fue correcto.

En suma, no prosperó la pretensión de la actora en el sentido de que el médico le había aplicado de manera innecesaria placa de titanio en ambos pies, que le había causado problemas. Esto, y en eso hizo énfasis la Conamed, reforzado con el hecho de que la actora fue debidamente informada de que la intervención consistiría en alinear los dedos de los pies, de los procedimientos que se precisarían y de las posibles consecuencias.

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

Desde la perspectiva del derecho civil, las obligaciones de medios son aquellas en que el deudor se obliga a cumplir una actividad, prescindiendo de la realización de una determinada finalidad; por otro lado, las obligaciones de resultado son aquellas en las cuales el deudor se obliga a realizar una cierta

finalidad prescindiendo de una específica actividad instrumental.³⁰ Es decir, en las obligaciones de medios, el obligado se compromete a realizar una prestación sin que necesariamente ello implique la obligación de cumplir un resultado concreto, mientras que en la obligación de resultado, el compromiso es cumplir con una finalidad, sin importar los medios necesarios.

Si trasladamos estas descripciones a las obligaciones que se generan en el ámbito médico, las obligaciones de medios son las que adquiere el médico o el prestador de servicios de salud de realizar todas las actividades necesarias para atender el mejoramiento del estado de salud, utilizando todos los medios y capacidades posibles para ello, con la mayor diligencia. En cambio, las obligaciones de resultado en la relación médico-paciente, se traducen en el compromiso del prestador de servicios de salud de alcanzar un fin determinado, un resultado deseado. Este tipo de obligaciones de resultado se suceden específicamente en las áreas de cirugía estética y, en ocasiones, de salud odontológica.

La diferencia entre uno y otro tipo de obligaciones radica en el objeto de la prestación. Mientras que en las obligaciones de medios, el objeto es ejercer debidamente la actividad que corresponde, que en el caso de la actividad médica, es realizar todos los actos inherentes a la atención médica con diligencia, apego a la *lex artis ad hoc* y el mayor profesionalismo; en cambio, en las obligaciones de resultado, el objeto de la prestación es la realización del objetivo esperado.

Si centramos estas diferencias en el actuar médico, el prestador de servicios de salud cumple con las obligaciones de medios al prestar sus servicios con la mayor diligencia y apego a la *lex artis*, pero si el resultado fuese adverso a lo esperado, no se le puede imputar incumplimiento en su deber. En cambio, si el médico se compromete a alcanzar un resultado concreto, como ocurre al realizar una intervención quirúrgica de tipo estético, en que lo esperado es un cambio específico en el paciente, se espera de él precisamente que cumpla con ese fin concreto.

La importancia de distinguir estos dos tipos de obligaciones trasciende a la definición de responsabilidades que el incumplimiento pudiera generar. Si se trata de obligaciones de resultado, el deudor es responsable de indemnizar por el incumplimiento, si no demuestra que se debió a una causa no imputable a él; en cambio, si se trata de obligaciones de medios, el deudor

³⁰ Rozo Sordini, Paolo Emanuele, “Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano”, *Revista Derecho Privado*, núm. 4, julio 1998-diciembre 1999, disponible en: <:///Users/zoraida/Downloads/Dialnet-LasObligacionesDeMediosYDeResultadoYLaResponsabili-3253588.pdf>.

sólo está obligado a demostrar que actuó diligentemente, lo que es propio del ejercicio de una actividad profesional, en que la diligencia se considera en relación con el tipo de actividad ejercida.

El artículo 2615 del Código Civil federal, que corresponde al capítulo de prestación de servicios profesionales, establece que la responsabilidad de quien presta este tipo de servicios, sólo deviene por la negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito. Eso significa que, en general, este tipo de obligaciones exigen del profesional el ejercicio debido de medios y no de resultado.

Ahora bien, en el análisis de las obligaciones de resultado, el propio Código Civil federal clasifica en general a las obligaciones como de dar o de hacer; y divide a estas segundas como de hacer o no hacer, y señala, en lo que nos interesa, en sus artículos 2027 y 2028 que si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere o no lo hiciere de la manera convenida, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, si la sustitución es posible; asimismo, quien estuviese obligado a no hacer una cosa, queda sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención.

La Ley General de Salud dispone en su artículo 51 que los usuarios de los servicios de salud tienen derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares. Esas obligaciones son precisamente las que se integran o traducen en las obligaciones de medios, exigibles por lo general al profesional médico y que deben ser los idóneos en términos de la *lex artis* médica, esto es, el conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura generalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo.

En una interesante cita sobre los antecedentes de la solución de controversias médicas, la Corte de Casación francesa, en una resolución de 1936, declaró que el contrato médico importa

el compromiso, si no evidentemente de sanar al enfermo, lo que por otra parte no se ha alegado jamás, de prestarle, al menos, ciertos cuidados, y no uno cualquiera, así como parece enunciarlo el recurso, sino los cuidados concienzudos, atentos y, aparte de circunstancias excepcionales, conforme a los conocimientos científicos.³¹

³¹ Citado por Azuela Guitrón, Mariano, “Prólogo”, en Valle González, Armando y Valera Mejía, Héctor Fernández, *Arbitraje médico, fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*, México, Trillas, 2014, p. 7.

Esta conformidad a que aludía la Corte francesa es precisamente el criterio que conforma lo que conocemos como la *lex artis ad hoc*, misma que ha sido también definida, para efectos judiciales mexicanos, por los Tribunales Colegiados, en el siguiente sentido, mismo que transcribo de forma íntegra por ser así necesario para la comprensión de la complejidad del concepto, el cual trasciende en la configuración de las obligaciones de medios a que se obliga el prestador del servicio de salud:

LEX ARTIS AD HOC. SU CONCEPTO EN MATERIA MÉDICA. La medicina no es una ciencia exacta, por lo que no puede pronosticar ni asegurar resultados favorables en todos los casos, dado que hay limitaciones propias del profesional en la interpretación de los hechos, como cuando el cuadro clínico no se manifiesta completamente, el paciente no comprende los riesgos y beneficios de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, o entrega información incompleta de sus síntomas; además, las circunstancias en que se da una relación clínica pueden limitar la certeza del diagnóstico y la eficacia de medidas terapéuticas. En estas condiciones, dada la gran variabilidad y complejidad que rodean a una condición clínica concreta, algunas dependientes del profesional, otras de las condiciones particulares del paciente, de los recursos o infraestructura que se disponga y, finalmente, por las circunstancias que la rodean, es imposible aplicar la misma normativa en todos los casos, sino que éstas deben adecuarse al caso concreto. Por tanto, puede decirse que *la lex artis ad hoc es un concepto jurídico indeterminado que debe establecerse en cada caso, en el que el médico, a través de un proceso de deliberación, aplica las medidas con prudencia a la situación clínica concreta y en la medida de las condiciones reinantes*. En la órbita del derecho comparado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español ha delineado paulatinamente el referido término hasta definirlo como “*aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina-ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)*.³²

En efecto, la *lex artis* médica la constituyen los elementos generales aceptados por la técnica médica para la atención de un determinado pade-

³² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXV, t. 3, materia administrativa, tesis 1.4.A.92a.(10a.), registro 2004722, octubre de 2013 (las cursivas son de la autora).

cimiento; mientras que la *lex artis ad hoc*, la constituyen las reglas aplicables a un caso concreto, rodeado de circunstancias específicas y variables, lo que hace también variables y específicas las obligaciones de medios idóneos contraídas por el médico.

Estas obligaciones se complementan con las disposiciones contenidas en las guías y protocolos médicos aplicables en lo general, mismas que si bien no son de aplicación forzosa, son orientativas, por contener la sistematización de los criterios de la práctica médica adecuada, lo que también ha sido definido por el Poder Judicial de la Federación, en esta ocasión, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

GUÍAS O PROTOCOLOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE SALUD O POR LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. SU FUNCIÓN PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA. Las guías o protocolos médicos expedidos por la Secretaría de Salud o por la autoridad competente en la materia responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, universales, únicas y obligatorias en su cumplimiento, pero permiten habitualmente definir lo que se considera, en ese estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, fijando por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a positivizar o codificar la *lex artis*. Estas guías o protocolos no limitan la libertad prescriptiva del médico en su toma de decisiones, por cuanto un buen protocolo es flexible y dinámico, siendo susceptible de modificación. Cabe incluso apartarse de él si el médico entiende, según su experiencia, que el resultado buscado exige otra terapia y su actuación se halle fundada científicamente, aunque en estos casos, ante una hipotética reclamación, la justificación del médico que se desvíe de su contenido deberá ser más rigurosa y exhaustiva. Desde el punto de vista jurídico, los protocolos otorgan al médico cierto amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto; de manera que una actuación médica ajustada a los protocolos propios de la especialidad constituye un elemento muy importante para su defensa. Por tanto, el protocolo ostenta, como es lógico, un enorme valor orientativo para el juez, aun cuando no se vincula, ni le obliga a su aplicación forzosa.³³

Las obligaciones de medios definidas a partir de las guías o de los protocolos médicos se complementan con la libertad prescriptiva del médico, lo que hace aún más complejo el contenido de la *lex artis ad hoc*, que engloba

³³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVI, t. 1, 1a. XXVI/2013 (10a.), registro 2002531, enero de 2013.

el debido proceder del médico en el caso concreto y que es precisamente lo que le es reclamable.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultados, para efectos de la responsabilidad civil médica, ha sido ya herramienta útil para distinguir los elementos que deben acreditarse. Así se ha establecido en una tesis aislada dictada por los Tribunales Colegiados de Circuito, que en lo conducente señala:

...las particularidades del ejercicio de la medicina y de la obligación del profesional de la medicina es de medios, y no de resultados. La primera clase de obligaciones supone que el profesionista no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una conducta diligente, cuya apreciación está en función de la denominada *lex artis ad hoc*, entendida como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, según informa la doctrina. En tal caso, la falta de diligencia y la negligencia del profesional médico, son las que habrán de probarse. Distinto sucede cuando la obligación es de resultado, que en el caso de la medicina puede presentarse, entre otros casos, en el ejercicio de la odontología, supuesto en el que el paciente actor debe acreditar solamente que ese resultado no se obtuvo.³⁴

El daño patrimonial o moral que se reclamase por incumplimiento de una obligación médica, si es de medios, implica que se debe probar que se produjeron las lesiones y que fue el comportamiento del profesional de la medicina, el que causó la vulneración de la integridad física, esto es, que exista un nexo causal entre el daño y la conducta del médico.

En las obligaciones de medios, se aplicaría la regla de la responsabilidad por culpa (el obligado no es responsable si su conducta ha sido diligente); mientras tanto, en las obligaciones de resultado, se aplicaría la regla de responsabilidad civil objetiva: la diligencia observada por el obligado o deudor no tiene ninguna relevancia, porque la única cosa debida es el

³⁴ “RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, libro IV, t. 5, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, tesis I,4a.C.329.C(9a.). Reg. 160354, enero de 2012.

resultado.³⁵ Es decir, el criterio de responsabilidad si se trata de una obligación de medios, es subjetivo; mientras que si se trata de una obligación de resultado, es objetivo. Gran trascendencia de esta diferencia de criterios, respecto de la forma de probar su constitución. En uno hay que probar la culpa o el dolo (mayor grado de dificultad de prueba) y en otro basta con probar el hecho.

Ahora bien, ¿quién debe de probar estos hechos? ¿en quién recae la carga de la prueba?

El criterio que he invocado anteriormente pareciera dejar ver la regla general de que quien afirma está obligado a probar. En el caso de la reclamación de la responsabilidad médica se ha venido dibujando por la jurisprudencia un trato desigual entre las partes para procurar la equidad en el juicio. Esto, si se tiene en cuenta la disparidad de posibilidades de prueba que tiene el médico y las instituciones de salud, frente al paciente, para probar lo que sucedió en la prestación del servicio médico.

Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en una tesis aislada, a propósito de la responsabilidad patrimonial del Estado, que si se tratara de la que emane de la prestación de un servicio de salud deficiente, la prueba de la debida diligencia recae en las instituciones médicas del Estado, en atención al derecho de indemnización de la víctima. Esto, debido a la dificultad que representa para la víctima (en este caso, así referido el paciente) probar el actuar irregular de los centros de salud. Es entonces la institución del Estado la que debe demostrar que el procedimiento médico se realizó de acuerdo con los cuidados establecidos en la normatividad de la materia y al deber de diligencia que le exige la profesión médica.

Este criterio se justifica bajo los principios de facilidad y proximidad probatoria, con base en los cuales debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor coste para que pueda ser valorada por el juez.³⁶

El criterio de que recaiga la carga de la prueba en el prestador del servicio de salud es el prevaleciente en nuestro sistema judicial y administrativo, aunque no ha dejado de aplicarse la regla general de que quien reclame un daño, debe acreditar la afectación. Sin embargo, esta tendencia se encuen-

³⁵ Rozo Sordini, Paolo Emanuele, “Las obligaciones...”, *cit.*, p. 141.

³⁶ “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRESTACIÓN DEFICIENTE DEL SERVICIO DE SALUD PÚBLICO. LA CARGA DE LA PRUEBA DE DEBIDA DILIGENCIA RECAE EN EL PERSONAL MÉDICO”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XI, t. 1, Primera Sala, tesis 1a. CXXXII/2012 (10a.). Reg. 2001476, agosto de 2012.

tra modulada cuando se admite que las pruebas que aporte el demandado pueden servir también para desahogar tal carga.

Así lo dice la siguiente tesis aislada, esta vez del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que en resumidas cuentas indica que la carga probatoria del actor, en materia de responsabilidad civil médica, puede satisfacerse también mediante indicios que se obtengan desde las pruebas que aporte el demandado. Se trata de una larga tesis de la cual extraigo sólo aquello que nos interesa:

...las pruebas no necesariamente habrán de ser aportadas por el actor, ya que es posible que la falta de diligencia se predique al hilo de hechos aducidos por el demandado o que a la vista del desarrollo del proceso, la infiera finalmente el juez como lógica explicación del resultado, con mecanismos como la presunción judicial, la regla res ipsa loquitur, la prueba prima facie o la culpa virtual... no se releva de la carga probatoria al reclamante, aunque sí habrán de tomarse en cuenta los elementos probatorios existentes en el procedimiento, con independencia de que su aportación provenga del demandado, pues serán parte del material confirmatorio, en virtud del principio de adquisición procesal, en su vertiente probatoria, y a pesar de que se trate de meros indicios, dado que será la apreciación judicial la que conducirá a conferirles mayor o menor calidad indiciaria... corresponderá al demandado probar en contrario, ya sea que el daño en modo alguno se produjo, que el origen del mismo no fue la conducta del profesional de la medicina o que éste actuó con la máxima diligencia u obtuvo el resultado, según se trate de obligación de medios o de resultados.³⁷

Esta tesis es anterior a la que deposita totalmente la carga de la prueba en el órgano prestador del servicio médico, pero no la considero contraria, sino un primer acercamiento a depositar en el demandado la carga de probar que el daño no se produjo, o que no fue su conducta la que lo propició y que actuó con la máxima diligencia, si es que se trató de una obligación de medios. Incluso, deja ver la posibilidad de que las pruebas aportadas por el prestador del servicio médico pueden ser muy útiles para establecer su responsabilidad.

Ahora bien, ¿en qué incide el tema de la carga probatoria sobre el tema de nuestra reflexión original, que es la importancia de contar con un consentimiento informado completo y oportuno?

³⁷ “RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. LA CARGA PROBATORIA DEL ACTOR PUEDE SATISFACERSE TAMBIÉN MEDIANTE INDICIOS OBTENIDOS A PARTIR DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR EL DEMANDADO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IV, t. 5, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, tesis I.4o. C.330 C(9a.), Reg. 160353, enero de 2012 (cursivas de la autora).

En que los elementos probatorios más significativos para acreditar lo que sucedió en la prestación de un servicio médico es precisamente lo que conste en el expediente clínico, en que debe contenerse el correspondiente o correspondientes consentimientos informados, los cuales tienen una mayor exigencia, si se trata de obligaciones de resultados, en que la responsabilidad del médico se acentúa.

Y en que el contar con un consentimiento informado suficiente y oportuno, implica que el paciente asumió ciertas consecuencias que después difícilmente reclamaría como consecuencia de negligencia, si sabe con antelación que se trata de riesgos inherentes al procedimiento al que consintió someterse, con sus más significativas, frecuentes y riesgosas consecuencias.

El consentimiento informado resulta en un blindaje sano, claro y transparente respecto de los hechos que pueden suceder a una intervención médica que el médico y el paciente asumen conjuntamente; por lo que una eventual reclamación por responsabilidad médica se puede evitar en gran medida.

Aún más, en este blindaje, el consentimiento informado debe ser el adecuado al tipo de obligaciones que el médico adquiere, según el tratamiento de que se trata. Si se trata de obligaciones de medios, como ocurre en gran parte de las obligaciones del profesional médico, los consentimientos informados deben contener la información suficiente y *ad hoc* al caso; pero si se trata de obligaciones de resultado, el consentimiento informado podría necesitar una formalidad y contenidos aún más estrictos y exhaustivos, al grado de constituirse en un auténtico contrato de prestación de servicios profesionales, con cláusulas definidas respecto de las obligaciones a contraer.

Si analizamos los dos casos aludidos en páginas anteriores, uno en que la obligación contraída fue de resultado, el de la intervención de cirugía estética, el consentimiento que se otorgó fue absolutamente escueto y deficiente, lo que dejó ver que en la comunicación entre médico y paciente no hubo constancia de haberle hecho saber los riesgos inherentes que se asumían ante un alto objetivo a perseguir: el mejoramiento estético en altas expectativas.

En cambio, en el caso dos, en que las obligaciones contraídas por el servidor médico fueron de medios, y en que lo que se practicó fue una cirugía de rescate para lograr un mejor andar en la paciente, mismo que se había visto mermado por sus padecimientos de *halux valgus* y deformidad en varo, el consentimiento firmado fue notablemente exhaustivo y suficiente.

Con la cita de los dos casos reales, he querido hacer notar la paradójica conducta de ambos médicos, una, la que se comprometía a proporcionar un resultado, el de la mejoría estética, alta expectativa para la paciente, sin información sobre sus riesgos; y otro, quien se comprometía a prestar su servicio con la mayor diligencia y bajo las reglas de la *lex artis ad hoc*, pero sin prometer un resultado específico, y quien tuvo el cuidado de informar exhaustivamente a su paciente sobre la alta posibilidad de no encontrar mejoría.

En ambos casos, la resolución administrativa fue adversa a las pretensiones de los pacientes, debido al sesgo probatorio hacia el dictamen pericial que estuvo centrado en dictaminar el apego a la *lex artis ad hoc*. Si en el análisis probatorio se hubiese tenido en cuenta no sólo el apego a las reglas técnicas y científicas que debía seguir el médico en cada caso, sino también a la asunción de responsabilidad por hacer saber o no a la paciente sobre las consecuencias de los procedimientos, otra habría sido la determinación, al menos en el caso de la cirugía estética. Al final, en ese asunto, el resultado no fue el prometido en su totalidad.

La falta de información al paciente o a sus familiares, sobre los riesgos y beneficios esperados de los tratamientos médicos no ha sido el *quid* de análisis para fincar responsabilidad médica, cuando en mi parecer debiera serlo, no sólo por implicar una responsabilidad profesional con trascendencia jurídica, sino también ética. El paciente tiene todo el derecho de ser informado sobre los riesgos y beneficios que implica un tratamiento sobre su cuerpo e integridad, en la medida en que es obligación del personal de salud informarle. Eso ya se ha establecido en un criterio jurisprudencial existente desde 2008, nuevamente del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que ha sido muy activo en el tema, y que transcribo íntegro por su importancia:

TRATAMIENTOS MÉDICOS. NECESIDAD DE INFORMACIÓN PREVIA AL PACIENTE O SUS FAMILIARES, DE LOS RIESGOS Y BENEFICIOS ESPERADOS. De los artículos 80 al 83 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, 4.2., 10.1.1. y 10.1.2. de la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico, se advierte que los consentimientos bajo información o autorizaciones que el hospital debe recabar del paciente, su familiar más cercano que le陪伴e, su tutor o representante, en su caso, deben especificar los riesgos y beneficios esperados del acto médico autorizado, lo cual ha de ocurrir invariablemente al ingreso hospitalario, respecto de procedimientos de cirugía mayor o que requieran anestesia general, los considerados de alto riesgo, los que entrañen mutilación, entre otros, así como la autorización al personal de salud para la

atención de contingencias y urgencias derivadas del acto autorizado, atendiendo al principio de libertad prescriptiva. De lo anterior, se aprecia que *resulta importante que el paciente conozca y esté consciente de aquello a lo cual se enfrentará, y que primero otorgue su consentimiento con plena información de lo que implica, lo cual debe coexistir con el principio de libertad prescriptiva*, que facultaría al médico a actuar o dejar de hacerlo, si así se requiere o hay riesgos.³⁸

La obligación de informar al paciente y/o a sus familiares sobre el acto médico y sus consecuencias no sólo debe tener trascendencia jurídica sino ética. Para abordar el tema desde la problemática de la bioética, habría que preguntarse detenidamente: ¿quién debe decidir sobre el acto médico, sobre someterse o no a un tratamiento médico?, ¿el médico?, ¿el paciente?, ¿sus familiares? Atender a que la decisión radique principalmente en el paciente, significa cuidar del respeto al principio de autonomía respecto de la salud e integridad propia.

Ahora bien, el examinar ¿qué daño o qué beneficio se puede causar con la toma de la anterior decisión? Implica la observación del principio de dignidad, que supone que no pueden imponerse privaciones de bienes (en que se comprenden derechos o condiciones de salud o de integridad física) de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra.

Y en tercer lugar preguntarse ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás? Implica la observancia del principio de igualdad, que se traduce en que todos los seres humanos deben ser tratados como iguales, lo que en el campo del tratamiento médico implica que el prestador de los servicios de salud esté abierto a todos en virtud del principio de no discriminación y que adjudique a los individuos beneficios o cargas de manera diferenciada, sólo en virtud de rasgos distintivos relevantes. Esto significa que el trato médico, en principio, debe ser igualitario para todos los casos similares, y diferenciado en función de las particularidades de cada caso.

La combinación de los principios de autonomía, dignidad e igualdad enunciados, constituyen una base normativa suficiente para la construcción de una teoría liberal, bajo la cual nada más los seres humanos, a través de sus elecciones individuales, pueden ser susceptibles de una valoración moral.³⁹ Por eso, la toma de decisión mediante un consentimiento debidamente

³⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, tesis I.4o.C.31K, Reg. 168530, octubre de 2008 (las cursivas son de la autora).

³⁹ Cfr. Vázquez Cardoso, Rodolfo, “Bioética y el ejercicio de la práctica médica”, *Derecho y medicina. Intersecciones y convergencias en los albores del siglo XXI*, México, Suprema Corte de

informado es base fundamental para el ejercicio de la libertad individual y la imputación de responsabilidad consecuente.

Dos pilares son fundamentales para la dignidad humana, en el proceso de la toma de decisión: la autonomía y la dignidad, tan importantes en la vida cotidiana como en la enfermedad. Desde el punto de vista ético, la toma de la decisión sobre el tratamiento médico tiene que ser analizada bajo dos perspectivas muy diferentes: la del médico y la del paciente. El primero racionaliza gran parte de su decisión, de acuerdo con la curabilidad de la enfermedad; mientras que el paciente considera otras variables como son su calidad de vida, el entorno social, aspectos económicos, costumbres, cultura y religión. Si la decisión se toma de manera conjunta, con la convergencia de todos los argumentos y con la mayor y mejor información posible, se arma la mejor estrategia para lidiar con la incertidumbre.⁴⁰

V. CONCLUSIONES

Existe consenso de que el consentimiento informado es un proceso (no sólo un documento) de comunicación continuo y gradual que se da entre el médico y el paciente, y que sirve como expresión tangible del respeto de la autonomía y dignidad de las personas, así como del respeto a su derecho de acceso a la información.

El consentimiento informado implica una serie de actos por parte del personal de salud de informar de forma completa, íntegra, clara y suficiente al paciente sobre la naturaleza de su enfermedad o padecimiento, el procedimiento diagnóstico o terapeútico a utilizar, los riesgos y beneficios que conlleva y las posibles alternativas de tratamiento; por otro lado, implica la posibilidad para el paciente de decidir sobre su salud e integridad física, de forma autónoma y digna.

Esta doble función del procedimiento informado permite que ambas partes, el médico y/o el personal de salud, se corresponsabilicen de la toma de las decisiones, conjuntamente con el paciente y/o sus familiares, lo que tiene implicaciones jurídicas claras en la toma de decisiones y sus consecuencias.

En el ámbito bioético, cumplir con informar al paciente de manera exhaustiva y clara sobre su enfermedad, procedimientos diagnósticos y tera-

Justicia de la Nación, 2008, pp. 369 y ss.

⁴⁰ *Cfr.* Kershenobich Stalnikowitz, David, “La decisión del paciente y la ética médica”, en Rivero Serrano, Octavio y Durante Montiel, Irene, *Tratado de ética médica*, México, Trillas, 2009, p. 110.

péuticos y sus consecuencias y alternativas, significa observar los principios de autonomía, dignidad e igualdad, que se engloban en una perspectiva liberal en la toma de decisiones del ser humano y que le responsabiliza de las consecuencias.

Las obligaciones que el médico contrae, generalmente implican su compromiso en actuar con la mayor diligencia, empleando los conocimientos que se encuentran generalmente aceptados por la comunidad científica médica para el tratamiento del caso, usar los medios posibles y disponibles para el tratamiento y ser exhaustivo en ello para lograr el mejoramiento de la salud del paciente. Ese es su compromiso, si se tiene en cuenta que no le puede ser exigible que logre fines inalcanzables para la ciencia médica. A esto, la teoría jurídica de las obligaciones le ha denominado obligaciones de medios, que se distingue de las obligaciones de resultado, que exigen del deudor el otorgamiento de una prestación concreta última, sin importar el actuar que haya mediado para ello.

En la relación jurídica médico-paciente, las obligaciones pueden ser de medios o de resultado. En este segundo caso, para situaciones concretas como lo es la cirugía estética o algunas cuestiones de tipo odontológico.

Relacionados todos los conceptos anteriores, puede evidenciarse que para cada caso se generan cierto tipo de obligaciones que penden de la *lex artis ad hoc*, de las obligaciones de medios o de resultado que se contraen, y que ello debe explicitarse muy claramente al paciente, para que de manera conjunta tome las mejores decisiones, asesorado del médico.

La convergencia de estas circunstancias claramente tiene implicaciones jurídicas en la determinación de la responsabilidad. Si bien en todos los casos es preciso informar debidamente al paciente y que él o sus familiares otorguen el o los consentimientos informados debidos, cuando se trata de obligaciones de resultado, el consentimiento informado debería migrar en una figura jurídica aún más estricta como es un contrato de prestación de servicios, en que queden plasmados claramente los compromisos contraídos por cada parte.

Si para las obligaciones de medios, en que lo que hay que demostrar por parte del médico es la debida diligencia en su actuar, se necesita obligadamente haber informado al paciente para que otorgara su consentimiento sobre el actuar médico; para las obligaciones de resultado, la obligación se acentúa.

Esto, para efectos jurídicos y también bioéticos. La gravedad y/o trascendencia de las consecuencias de cualquier tratamiento médico implica la salud y bienestar social del paciente, el cual tiene todo el derecho de disponer sobre ello, con la mayor libertad y conciencia.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS. EXPERIENCIAS JURISPRUDENCIALES DE DERECHO COMPARADO

Francisco IBARRA PALAFOX

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Los criterios de las deficiencias asistenciales o errores en la organización hospitalaria y el daño desproporcionado en la jurisprudencia española*. III. *Las fallas en la organización del servicio hospitalario privado en la jurisprudencia francesa*. IV. *Obligación de seguridad en la jurisprudencia franco-argentina y la responsabilidad por enfermedades nosocomiales*. V. *Tesis relevante de la SCJN en México respecto de los médicos como colaboradores aparentes en hospitales privados*.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar al estudio jurídico de la responsabilidad de los establecimientos sanitarios, expondré en esta primera parte información cuantitativa para dimensionar el tamaño de la medicina privada en México y su posición de privilegio en lo relativo a la responsabilidad civil frente a la medicina pública. Es de resaltar que la desinversión en los hospitales del sector público en el país provocó la proliferación de hospitales y clínicas privadas que no reúnen las condiciones de seguridad y calidad en sus servicios, incluidas algunas de los grandes cadenas hospitalarias. Frente a la sustracción de recursos públicos para atender otros gastos y el constante crecimiento demográfico, la sociedad presenció el desplome en la calidad de los servicios en los hospitales públicos y una excesiva demanda de sus servicios.

En 2011, según el Consejo de Salubridad General de la Secretaría de Salud, sólo 246 de 4,000 hospitales estaban certificados por este Consejo y únicamente 38 tenían una certificación homologada a los estándares de

la *Joint Commission International*, organización no gubernamental sin fines de lucro que certifica hospitales de todo el mundo.¹

En otras palabras, a principios de la década que corre, el 94% de los hospitales públicos y privados no estaban certificados (3,754) y sólo 6% contaba con la certificación correspondiente respecto de la calidad de sus servicios. Aun cuando durante los siguientes años existió una creciente presión de los órganos reguladores de la salud en México para que los hospitales se certificaran, el número de certificaciones se desplomó. Así, el propio Consejo de Salubridad General reportaba en 2016 apenas 107 hospitales certificados, de los cuales 19 son públicos y 88 privados.² Es decir, en el último lustro la calidad de los servicios prestados en los centros sanitarios mexicanos se deterioró drásticamente. Decrecimos del 6 al 2.8% de hospitales con certificación. En consecuencia, la gran mayoría de los hospitales y clínicas privadas no ofrecen calidad ni seguridad en sus servicios a los tradicionales usuarios del sector hospitalario privado, ni a los millones de personas que migraron a los centros de salud privados ante el abandono del Estado de sus hospitales.

Para exhibir la magnitud de la crisis hospitalaria en México, basta considerar su reducido número de camas con relación a los otros 33 países de la Organización para la Cooperación y el Crecimiento Económico (OCDE). Mientras en 2011 nuestro país poseía apenas 1.6 camas por cada mil habitantes, Alemania contaba con 8.2, Australia 3.8, Austria 7.7, Bélgica 6.5, Canadá 3.2, Checoslovaquia 7.1, Chile 2.1, Corea 10.3, Dinamarca 3.5, Eslovaquia 6.5, Eslovenia 4.6, España 3.2, Estados Unidos 30, Estonia 5.4, Finlandia 6.2, Francia 6.9, Grecia 4.8, Países Bajos 4.7, Hungría 7.1, Irlanda 4.9, Islandia 5.8, Israel 3.5, Italia 3.6, Japón 13.7, Luxemburgo 5.6, Noruega 3.3, Nueva Zelanda 2.3, Polonia 6.7, Portugal 3.3, Reino Unido 3.3, Suecia 2.8, Suiza 5.2 y Turquía 2.5. Como se aprecia, México es el país de la OCDE con menos número de camas por cada 1,000 habitantes.³ Estas cifras, proporcionadas por la Organización Mundial de la

¹ “El 94% de los hospitales públicos y privados no están certificados”, *Excélsior*, 22 de febrero de 2011, conforme a la consulta realizada el 30 de junio de 2014 en: <http://www.excelsior.com.mx/node/716345>.

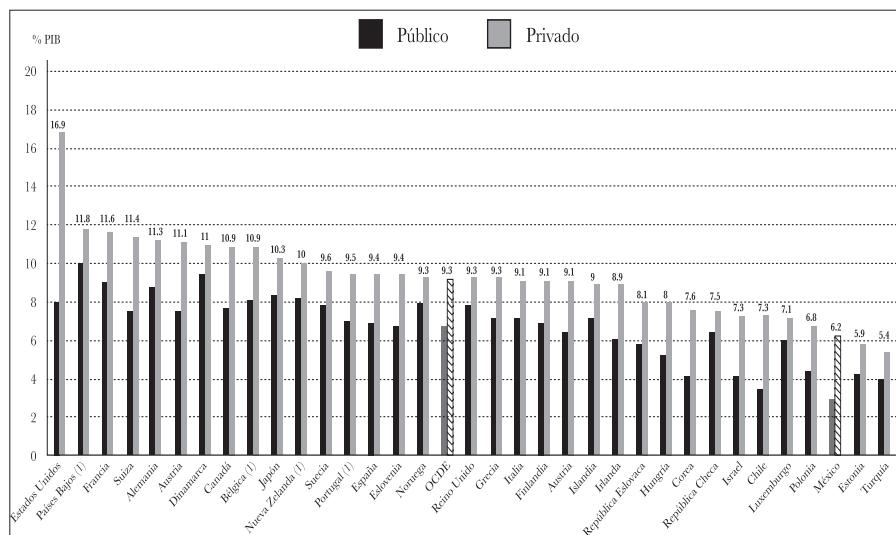
² Consejo de Salubridad General. Sistema Nacional de Certificación de Establecimientos de Atención Médica. *Establecimientos de atención hospitalaria con certificado vigente. Por entidad federativa, municipio, prestador de servicios y vencimiento de certificación*. Actualización al 14 de junio de 2016, conforme a la consulta realizada el 10. de mayo de 2017 en la siguiente dirección: <http://www.csg.gob.mx/descargas/pdfs/certificacion/establecimientos/hospitales/2016/certificadovigente-junio-2016-hospitales.pdf>.

³ Organización Mundial de la Salud, *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2012*, consultada en: http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/ES_WHS2012_Full.pdf, confor-

Salud, se refieren a la cantidad total de camas disponibles en hospitales públicos, privados, generales y especialización y centros de rehabilitación; en la mayoría de los casos incluyen tanto las camas para atención de enfermos agudos como crónicos.

Además, en 2012, el gasto total en salud en México representó el 6.2% de su PIB, entre los más bajos de los países de la OCDE (sólo por encima de Estonia y Turquía) cuyo promedio fue de 9.3%. Como resultado de una gran expansión en la cobertura de salud mediante el Seguro Popular para la población más pobre y no asegurada que comenzó en 2004, la participación pública en el financiamiento del cuidado de la salud en México se incrementó en alrededor de 10 puntos porcentuales para situarse en 50% en 2012. Sin embargo, esta tasa es de las más bajas entre los países de la OCDE (donde el promedio es del 72%), y alrededor de la mitad de todo el gasto en salud en México es pagado directamente por los pacientes de su bolsillo; es decir, los mexicanos se encuentran entre quienes más pagan de su bolsillo para atender su salud y la de sus familiares (véase la gráfica 1).⁴ Esta desinversión significó, en los hechos, una privatización de la salud en México.

GRÁFICA 1



me a la consulta del 10. de mayo de 2017. También puede consultarse la base de datos del Banco Mundial, en la siguiente dirección electrónica: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.MED.BEDS.ZS>.

⁴ OECD, *Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014. México en comparación*, consultada en la siguiente dirección electrónica el 10. de mayo de 2017: <http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf>.

El número de camas del sector privado para 2013 era de 36,927, lo cual supera las 32,403 camas del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), conforme a las estadísticas proporcionadas por la Secretaría de Salud del gobierno federal. Mientras entre 2007 y 2013 el número de hospitales privados creció 6.6%, en el IMSS fue de apenas 2.6%. Además, el deterioro en la calidad de sus servicios abrió la posibilidad al sector privado para expandir sus centros hospitalarios, abrir laboratorios y ejecutar más procedimientos quirúrgicos. En 2013 el número de quirófanos particulares disponibles llegó a 5,179 contra 4,060 de todo el sector público federal y local (IMSS, ISSSTE, Secretaría de Salud, Defensa, Marina, Pemex y hospitales estatales).⁵

Aun cuando el sector privado posee más quirófanos que el público, este último cuenta con el mayor número de médicos al sumar 194,495 contra apenas 76,085 del sector privado. Es decir, actualmente en México existen más posibilidades de intervenir quirúrgicamente a una persona en un establecimiento sanitario privado que en uno público, entonces la pregunta es: ¿por qué la jurisprudencia mexicana evita la responsabilidad solidaria de los hospitales privados? En este país el tema de la responsabilidad de los hospitales privados está escasamente desarrollado tanto en el foro como en la jurisprudencia.

Uno de los principales incentivos económicos para el crecimiento del sector privado hospitalario proviene del mayor número de cirugías realizadas (muchas de ellas innecesarias) y no del número de consultas ofrecidas a sus usuarios, lo cual explica su extraordinario incremento en el número de quirófanos y su desinterés por contratar médicos. Así, ante el gran número de *iatrogenias* o actos médicos dañinos, crece la exigencia por estudiar no sólo la responsabilidad de los médicos sino también de los centros hospitalarios donde acaecen estos actos.

En principio, no hay duda de que la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de la responsabilidad patrimonial frente a centros hospitalarios públicos es el área contencioso-administrativa. Ya la jurisprudencia mexicana reconoció que los médicos ejecutantes de cirugías en sus instalaciones son servidores públicos, motivo por el cual no existe problema para establecer la relación del médico con el hospital al momento de hacer frente a la responsabilidad patrimonial y moral. Se trata de una responsabilidad concurrente y solidaria reconocida jurisprudencialmente.

Sin embargo, algo diferente por completo sucede en lo relativo a la responsabilidad de los centros hospitalarios privados, donde la jurispruden-

⁵ “Tiene IP ‘boom’ en salud”, periódico *Reforma* del 5 de mayo de 2014, p. 1.

cia mexicana no reconoce la solidaridad entre el médico y el hospital en el momento de ocurrir una *iatrogenia* aun cuando exista semejante responsabilidad. Los centros sanitarios privados al momento de ingresar a sus pacientes para hospitalización los inducen a firmar un contrato de servicios hospitalarios, donde eximen al centro hospitalario de cualquier responsabilidad de lo realizado por el médico tratante, pese a que el profesional de la salud mantenga con ellos una estrecha relación de negocios o, inclusive, dependencia laboral.

Es así como las grandes cadenas hospitalarias que operan en México y los centros sanitarios medianos y pequeños obligan a sus pacientes a suscribir contratos de servicios hospitalarios mediante los cuales proveen al usuario principalmente de una habitación, equipo e instrumental médico, simulando inclusive un contrato hotelero. Con independencia de que este instrumental se conforma por objetos peligrosos que en manos inexpertas provoca daños y responsabilidad objetiva para el hospital, los contratos de servicios hospitalarios, predominantes en la práctica sanitaria mexicana, ocultan la estrecha relación entre el médico y el establecimiento sanitario con el claro objetivo de eximir al hospital y a sus empresarios de la responsabilidad solidaria (distinta de la objetiva) que adquirirían por la *malpraxis* médica del personal sanitario que se desenvuelve en sus instalaciones.

De esa manera, la jurisprudencia médica mexicana vive en una aguda contradicción: tratándose de personal sanitario de hospitales públicos sí reconoce la responsabilidad solidaria basándose en la naturaleza de servidores públicos de éstos, mientras en establecimientos sanitarios privados la niega aunque exista dependencia, dirección y estrecha vinculación económica de ambos. La consecuente responsabilidad generada por la *malpraxis* médica no debería poseer un estatuto diferente en ambos sectores, pues se trata de un derecho humano reconocido. En efecto, aun cuando los centros sanitarios médicos públicos y privados poseen un régimen constitutivo diferente, en el momento de relacionarse con la salud de la población están sujetos a un derecho de orden público, necesario de proteger en condiciones de igualdad. Éste es el sentido del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley General de Salud, la cual reconoce a los centros sanitarios privados como integrantes del sistema nacional de salud.

Mantener el actual estado de cosas de la jurisprudencia mexicana crea una desigualdad evidente en el acceso a la reparación del daño para quienes acceden a la salud privada; negar la corresponsabilidad de las instituciones sanitarias privadas, cuando ésta exista, significará la imposibilidad de exigir al hospital la indemnización correspondiente para las víctimas de la *malpraxis* médica, creando un régimen de privilegio para el sector privado médico.

Esta situación parece aún más difícil de sostener desde la promulgación de la nueva Ley de Amparo publicada en 2013, la cual inclusive reconoce la posibilidad de la procedencia del amparo contra actos de particulares semejantes a los emitidos por una autoridad. Asimismo, el derecho comparado mediante la jurisprudencia existente nos muestra la existencia de caminos transitables para exigir la responsabilidad de los centros sanitarios privados; inclusive la propia Suprema Corte de Justicia en México (SCJN) ha dado sus primeros pasos en este sentido en el amparo en revisión 584/2013.

Actualmente en México, quien es afectado en su salud por la responsabilidad de la institución sanitaria sólo tiene la posibilidad de acudir al régimen de responsabilidad objetiva normado por el derecho civil, donde no es exigible la culpa. En efecto, como lo dispone el artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal,

cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzca o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Esta responsabilidad objetiva del derecho mexicano está relacionada con la responsabilidad extracontractual de los centros hospitalarios privados que encuentra su origen el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo, los juzgadores civiles pueden condenar a los hospitales privados por ser responsables objetivamente y en el ámbito extracontractual, pero el Poder Judicial federal no ha emitido una jurisprudencia con criterios suficientes para construir la solidaridad de los hospitales privados con los profesionales sanitarios que operan en sus instalaciones aun cuando existe una relación laboral de facto o una constante relación de negocios.

En contraste, en el derecho comparado encontramos criterios jurisprudenciales para la construcción de esa solidaridad y corresponsabilidad en nociones como las *deficiencias organizacionales y asistenciales* de los centros privados, o el *daño desproporcionado* padecido por los pacientes, los cuales inclusive modifican las tradicionales reglas de la prueba a cargo de los pacientes.

En efecto, debido a la relación asimétrica existente entre los pacientes con los médicos y hospitales, en el derecho comparado se construyeron una serie de criterios para atenuar la carga de la prueba de las personas afectadas por la *malpraxis* médica, pues son los centros hospitalarios y su personal quienes, colocados en una posición de ventaja, poseen el conocimiento mé-

dico y la información correspondiente para explicar la organización corporativa, comercial y laboral de sus centros de salud.

A continuación examinaré algunas sentencias y criterios relevantes de la jurisprudencia tanto española, francesa y argentina con el propósito de proporcionar elementos de derecho comparado útiles para el desarrollo de la jurisprudencia mexicana sobre esta materia, incipiente hasta el momento.

II. LOS CRITERIOS DE LAS DEFICIENCIAS ASISTENCIALES O ERRORES EN LA ORGANIZACIÓN HOSPITALARIA Y EL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La jurisprudencia española tiene clara la doble modalidad de la responsabilidad y ha condenado a los centros hospitalarios privados tanto por la negligencia de sus médicos como por actos del propio hospital, los cuales se denominan fallos o deficiencias asistenciales. En estos últimos supuestos, los jueces españoles se enfrentaron a errores provenientes de la organización, coordinación, o falta de medios humanos y técnicos, o bien, de cualquier otro tipo imputable al hospital. Aquí no realizaré un análisis de la responsabilidad civil de los médicos por corresponder a un estudio diferente.⁶ Me concentraré en la segunda de las modalidades, la referida a las deficiencias asistenciales o fallas en la organización, cuyo estudio arroja luces para una mejor protección de los derechos humanos de los usuarios de los centros hospitalarios privados.

Así, en España la falla organizativa del hospital se encuentra en la sentencia del 20 de julio de 2009 del Tribunal Supremo Español (TSE) quien condenó a un hospital privado a indemnizar por las secuelas derivadas en el recién nacido como resultado del sufrimiento fetal agudo durante el parto; aunque la decisión de realizar una cesárea se tomó a tiempo, el sistema de guardias del propio hospital retrasó la cirugía 1 hora y 45 minutos, ocasionando afectaciones irreversibles en el menor.⁷ La sentencia expresó así la responsabilidad del hospital:

Al establecimiento médico, porque esta responsabilidad no descarta la del propio centro por aplicación del artículo 1902 del Código Civil, cuando le es directamente imputable una prestación de un servicio irregular o defectuoso por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigi-

⁶ Para la responsabilidad de los médicos, véase González Alcántara, Juan Luis, *La responsabilidad civil de los médicos*, México, Porrúa, 2009.

⁷ Elizari Urtasun, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros hospitalarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 131.

lancia o de control del servicio. Estaríamos más que ante una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, ante una responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde.⁸

Asimismo, en España la responsabilidad de los centros hospitalarios por fallas en la organización no sólo es jurisprudencial, sino también al amparo del artículo 1903.4 del Código Civil Español (CCE), deben responder por daños causados por sus dependientes. En este caso la responsabilidad del empresario, titular de servicios médicos, descansa en la culpa propia en virtud de la cual debe responder por hechos de sus médicos; traducida en culpa por no vigilar, elegir o dirigir a sus empleados o a quienes ejecuten actos médicos en sus instalaciones. El último párrafo del artículo 1903 del CCE posee una presunción de culpa que favorece al paciente, de forma que él no debe acreditar la culpa del empresario, sino que es éste quien debe acreditar la inexistencia de la negligencia para exonerarse de responsabilidad.⁹

Aun cuando con frecuencia la jurisprudencia española se manifestó por la responsabilidad objetiva únicamente del hospital, para efectos de estipular las indemnizaciones, la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil se refugian en los conceptos de antijuridicidad y nexo causal, exigiendo la infracción de la *lex artis ad hoc* por parte de los profesionales médicos para condenar al hospital; es decir, la jurisdicción casi nunca ha abandonado la exigencia de culpa, a pesar de estar ante regímenes de responsabilidad objetiva (donde la existencia de culpa es irrelevante) y busca la conducta negligente de los médicos o del propio centro.

Sin embargo, el TSE condenó al centro sanitario sin necesidad de una plena acreditación de la culpa del centro o de los facultativos responsables de la atención del paciente. Estos casos se separan de la tendencia general de exigir una culpa “dura” y se encuadran en la doctrina jurisprudencial española del “daño desproporcionado” porque parten de un daño grave o impresionante sobre la salud del paciente que presupone la negligencia del médico y/o del hospital. La sentencia del 29 de junio de 1999 de este Tribunal es un buen ejemplo: la paciente fue sometida a una operación de extirpación de la vesícula; en el posoperatorio sufrió mareo, durante el traslado en ambulancia tuvo un episodio cardiaco y finalmente falleció. Las sentencias de primera instancia y apelación absolvieron a los médicos, al director del centro y al Instituto Nacional del Salud español (Insalud) por no apreciar culpa

⁸ Sentencia del TSE del 22 de mayo de 2007, en Elizari, Urtasun, *op. cit.*, p. 131.

⁹ Elizari, Urtasun, *op. cit.*, p. 132.

de los médicos, ni insuficiencia de medios en el hospital. Sin embargo, el TSE mantuvo la absolución de los médicos por no apreciar ninguna actuación negligente pero condenó al Insalud con base en la doctrina del daño desproporcionado:

... sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la sentencia de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anschiebsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

En el caso presente, una mujer relativamente joven (44 años) se somete a una operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorespiratoria, sin que el centro médico dé la más mínima explicación coherente sobre ello. Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma (*res ipsa loquitur*) y hay clara apariencia de prueba (*Anschiebsbeweis*) de la culpa, culpa virtual (*faute virtuelle*) que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

La base jurídica del presente caso se concreta en la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4o. del artículo 1903 del Código Civil. La responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etc.). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o

en la intervención quirúrgica, tal como expresan las sentencias de 10. de julio de 1997 y 21 de julio de 1997.¹⁰

En este caso y en lo relativo al nexo causal es donde realmente parece actuar la doctrina del daño desproporcionado: el fallecimiento acaeció en el ámbito de actuación del hospital, sin que éste proporcionara una explicación para justificar el resultado, lo cual es suficiente para encontrar el nexo causal, aunque no se sepa qué sucedió exactamente. Una resolución más reciente —TSE de 23 de mayo de 2007— condenó al Hospital Municipal de Barcelona por el fallecimiento de un paciente operado para corregir la desviación del tabique nasal. Tras la intervención, estando desentubado y semidespierto quedó a cargo de la anestesista. El paciente manifestó dificultad para respirar y convulsiones. La anestesista le suministró oxígeno y corticoides, y junto con otra anestesista intentaron intubarle, advirtiendo un edema de glotis que impedía la entubación. Avisaron al cirujano quien practicó traqueotomía pero no pudo reanimar al paciente, entró en coma y falleció.¹¹

Las deficiencias asistenciales o fallas en la organización incluyen todos aquellos incumplimientos o errores de funcionamiento del servicio hospitalario no imputables a un concreto profesional, como son los problemas posoperatorios, daños derivados de la falta de coordinación entre servicios, deficiencias en las guardias médicas, etcétera; el recurso al “conjunto de posibles deficiencias asistenciales” se ha utilizado en España para eximir al paciente de probar qué profesional concreto incurrió en negligencia. Nuevamente lo recoge el TSE en su sentencia del 17 de mayo de 2002, apoyándose en la doctrina del daño desproporcionado:

Cuando la reclamación se formula contra una administración sanitaria, los tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario, de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo. Cuando así ocurre, los tribunales acuden a la idea de “conjunto de posibles deficiencias asistenciales”, lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella. La sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1987 es

¹⁰ Sentencia del TSE del 26 de junio de 1999 en Elizari, Urtasun, *op. cit.*, pp. 140 y 141.

¹¹ Elizari, Urtasun, *op. cit.*, p. 142.

preursora cuando establece: que en materia de responsabilidad y muy especialmente cuando su causa originadora se encuentra en esos complejísimos establecimientos asistenciales dirigidos a la atención sanitaria de cada vez más amplios grupos de población, para inquirir cuál pueda ser la de alguno o varios de sus miembros, se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución, sin olvidar el soporte de la “*aequitas*” aquí siempre conveniente; y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, con objeto de lograr que en estos casos, la aplicación del derecho constituya el medio más idóneo para el restablecimiento del orden perturbado.

Asimismo tiene declarado esta Sala que la doctrina sobre la carga de la prueba, en el sentido de que no opera, en principio, contra el médico o profesional sanitario, estando, por tanto, a cargo del paciente, se excepciona en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e incluso obstrucción o falta de cooperación del médico ha quedado constatada por el propio Tribunal.¹²

En este caso, se pretende que la doctrina del daño desproporcionado refuerce la condena a pesar de no reconocer cuál profesional concreto incurrió en negligencia; eso no significa la inexistencia de una conducta culposa en sentido “duro”.

Al mismo conjunto de “deficiencias asistenciales” acude el TSE en su resolución del 18 de febrero de 2004, aunque sin referirse a la doctrina del daño desproporcionado respecto al Insalud. La paciente fue tratada de una lesión en la mano en urgencias y posteriormente sometida a una intervención quirúrgica. Después del tratamiento presentó lesión de la rama palmar del mediano. Según la prueba pericial judicial, era imposible que dicha lesión hubiera sido consecuencia del traumatismo inicial, por lo cual el TSE consideró que se debió al tratamiento “sin que sea obstáculo a esta declaración de responsabilidad el que no haya podido determinarse en qué fase del tratamiento se produjo el resultado dañoso ni si el mismo fue debido a una sección de la rama palmar del nervio mediano o a una lesión del mismo nervio de otra entidad o naturaleza”.¹³

Igualmente, una deficiencia asistencial o falla en la organización hospitalaria es el supuesto de falta de coordinación resuelto por el TSE en su sentencia de 22 de mayo de 1998. Tras el empaste de una muela, el paciente

¹² *Ibidem*, pp. 148 y 149.

¹³ *Ibidem*, pp. 149 y 150.

presentó un flemón que no se solucionó con antibióticos e ingresó en urgencias. Al día siguiente del ingreso se le practicó un drenaje y después dos más hasta producirse un shock séptico que le produjo la muerte. El TSE consideró estar en presencia de un daño desproporcionado que presupuso la culpa del centro hospitalario.¹⁴

En otro caso, la tercera sala del TSE en su sentencia del 18 de octubre de 2010 entendió la existencia de una deficiencia del sistema asistencial, pues debió contarse en la intervención quirúrgica con la presencia de neu-rocirujanos y no sólo de ortopedistas, y “aun sin una vulneración evidente de la *lex artis*” se produjo un resultado desproporcionado obligando al centro a ofrecer una explicación causal compatible con su diligencia y con la de los médicos implicados por su cercanía con las fuentes de prueba, lo cual nunca sucedió.¹⁵

También se incluyen entre las negligencias imputables a los centros sanitarios el fracaso de los medios materiales o técnicos a cargo del centro. Así, la sentencia del 31 de julio de 2002 del TSE condenó a la clínica privada donde se atendió un parto porque el bebé padeció sufrimiento fetal agudo y falleció por no tener más que un monitor, sumado a la deficiente organización a nivel de medios técnicos y humanos (condenando al ginecólogo y a la matrona por su propia negligencia). En la citada sentencia del 20 de julio de 2009, igualmente, condenó a la clínica privada donde se atendió un parto; aquí, el ginecólogo, cuya actuación se estimó conforme a la *lex artis*, decidió practicar una cesárea a tiempo, pero fracasó el sistema organizativo de guardias médicas del centro, que debía permitir la práctica de una cesárea en un tiempo prudencial. Se estimó que el retraso imputable al centro era la causa del sufrimiento fetal agudo y las secuelas ocasionadas en el bebé. En ninguna de las dos sentencias se aplicó la doctrina del daño desproporcionado en relación con el centro, pero sí en relación con los profesionales (a la matrona y al ginecólogo, respectivamente).¹⁶

En la decisión de la tercera sala del TSE de 20 de septiembre de 2005, la Sala de instancia desestimó la reclamación por no existir nexo causal, al acreditarse la lesión medular. Sin embargo, para el tribunal sí estaba probado que la paciente entró en el quirófano sin lesión medular alguna y salió tetrapléjica. Esta resolución estipula que

¹⁴ *Ibidem*, p. 151.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 152 y 153.

¹⁶ *Ibidem*, p. 154.

será evidentemente la administración sanitaria la que habrá de explicarlo y si no puede hacerlo, en todo caso, habrá de indemnizar por responsabilidad patrimonial, de carácter eminentemente objetivo... por lo que, lógicamente, habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o “diabólica”.¹⁷

Aun cuando existen más sentencias relacionadas, citaré por último la del TSE del 18 de octubre de 2003 (Sala 3a.), donde señala que no existe certeza sobre el nexo causal y se contenta con su probabilidad:

Y en base a este dictamen que transcribe literalmente llega a la conclusión que la pretensión indemnizatoria debe ser acogida, pues si bien no puede afirmarse la existencia de una vulneración evidente de la “*lex artis ad hoc*” en el manejo quirúrgico del caso, no debe olvidarse que se produjo un resultado desproporcionado, en cuyo supuesto el Centro sanitario debe ofrecer una explicación causal compatible con su diligencia y la de los médicos implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba, cosa que no ha hecho.

A este respecto, se alude a un origen vascular como mecanismo de producción más probable de las secuelas habidas, pero tal postura no puede acogerse, pues el señor Leoncio expresa que las imágenes del TAC realizado el 17 de julio de 2001 muestran una notable intrusión del arco posterior y fragmentos óseos en el canal medular, estimando que esa invasión del arco posterior vertebral en el canal medular “verosímilmente causó la paraplejía”.

En este caso el perito estableció que era necesaria en la intervención quirúrgica la participación de neurocirujanos, a quienes correspondía el manejo de la lesión medular, no a los ortopedistas como únicamente acontecio. “De ahí, se evidencia el nexo causal existente entre la actividad sanitaria realizada y el daño ocasionado, máxime cuando como razona la Sala de instancia incumbía a la administración ofrecer una explicación causal compatible con su diligencia y la de los dos médicos implicados”.

III. LAS FALLAS EN LA ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO HOSPITALARIO PRIVADO EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

Inicialmente, en Francia los errores o fallas en la organización y el funcionamiento de un servicio eran una noción del derecho administrativo aplicables a los hospitales públicos que progresivamente penetró al dominio, más restringido, de la responsabilidad de los establecimientos de salud privados.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 163 y 164.

Aun cuando el fundamento de las responsabilidades de estos últimos es de naturaleza contractual, también se encuentran sujetos a cumplir con las funciones de organización que garanticen el máximo de calidad y seguridad para sus usuarios, misión compartida tanto por los hospitales públicos como por los privados. Así, los errores o fallas dentro de la organización del servicio privado son cada vez utilizados por las diversas jurisdicciones francesas para fincarles responsabilidad. Si este error es reconocido, la falla dentro de la organización del servicio descansa sobre los centros hospitalarios y no sobre los médicos.

La sentencia fundadora de la responsabilidad de los establecimientos de salud privada es la famosa decisión *Clinique Sainte Croix* (Clínica Santa Cruz) del 6 de marzo de 1945 emitida por la Corte de Casación. Esta sentencia reconoció la obligación de los establecimientos de salud privada de procurar a sus pacientes los cuidados necesarios y humanos conforme a la disciplina médica, lo cual los obliga a proporcionarse de una organización permanente y eficaz para tal efecto.¹⁸

La influencia de esta sentencia es frecuente en muchas otras decisiones recientes; por ejemplo la del 15 de diciembre de 1999, cuando un niño nació sin movimiento respiratorio espontáneo y la intubación necesaria para restablecer la respiración no fue realizada debido a la ausencia de un médico anestesista competente. Para fincar la responsabilidad de la clínica por el perjuicio sufrido por el menor, quien padecerá las secuelas asociadas a la falta de ventilación de su cerebro, la Corte de Casación señaló que

en virtud del contrato de hospitalización y de cuidados asociados con su paciente, el establecimiento de salud privado está obligado a proporcionarle los cuidados calificados a su servicio, particularmente lo relativo a proveerle los médicos especializados para intervenir en los plazos impuestos por su estado de salud.

Al no satisfacerse la obligación dicha, la clínica “había cometido una falta dentro de su organización”.¹⁹

Esta decisión fue reiterada por la sentencia del 13 de noviembre de 2008 a propósito de una paciente quien, a punto de dar a luz, no recibió los cuidados apropiados por los médicos de guardia al momento de recibirla; en consecuencia, el menor sufrió una encefalopatía anóxica perinatal y padeció secuelas irreversibles el resto su vida. Aquí, la Corte de Casación

¹⁸ Vialla, François (dir.), *Les grandes decisión du droit médical*, Francia, LGDJ Éditions, 2014, p. 700.

¹⁹ *Ibidem*, p. 701.

ratificó la decisión de la Corte de Apelación sobre la existencia de una falla en la organización de la clínica, la cual contribuyó al daño del menor.²⁰

En la sentencia del 21 de febrero del 2006, relacionada también con la existencia de una falla dentro de la organización del servicio, la Corte de Casación señaló que la organización del servicio incumbe únicamente al establecimiento de salud privada y no al médico tratante, quien en el supuesto de negligencia también podría ser responsable. En este caso, se trataba de un médico anestesista encargado de la supervisión posoperatoria de un paciente quien debía recibir un analgésico administrado por catéter significativamente durante la noche. Sin embargo, la enfermera de guardia nocturna no alertó al anestesista del entumecimiento de los miembros inferiores padecido por el paciente, esta anomalía le originó una parálisis de las piernas de por vida. Aunque la Corte de Apelación de Aix-en-Provence sostuvo no solamente la responsabilidad de la clínica sino también la del médico por una “negligencia de su parte dentro de la organización del servicio”, la Corte de Casación censuró esta decisión al afirmar que “la organización del servicio incumbe al establecimiento de salud” y que al médico tratante no se le puede imputar la falta asociada a “la insuficiencia de cuidados durante su ausencia o a la carencia de indicaciones sobre el estado de salud del paciente”.²¹

En derecho privado, la relación entre un establecimiento de salud con un paciente es de naturaleza contractual, consecuentemente, la falla en la organización del servicio sirve de apoyo para fincar la responsabilidad de una clínica, la cual encontrará su fundamento en el contrato de hospitalización que une al paciente con la clínica, distinto del contrato de servicios celebrado entre el paciente y el médico tratante. Así, en virtud del contrato de hospitalización la Corte de Casación, en su sentencia del 13 de noviembre del 2008, sostiene la responsabilidad de un establecimiento de salud por carecer de rigor en la organización de sus guardias.²²

Aunque la falla en la organización hospitalaria sea contractual para los hospitales privados, y estatutaria para los públicos, ambas descansan en la falta de satisfacción respecto de su misión. Actualmente, este fundamento está unificado por el artículo L.6111-1 del Código de la Salud Pública francés relacionado con los artículos 5 y 23 de la Ley núm. 2002-303 del 4 de marzo de 2002. Estas disposiciones señalan que los centros sanitarios deben disponer de una organización adecuada para asegurar no sólo la recepción

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ibidem*, pp. 700 y 701.

²² *Ibidem*, p. 704.

y seguridad del paciente, sino también la calidad de los cuidados prodigados. En efecto, si la organización técnica de los cuidados corresponde a los médicos, es responsabilidad del establecimiento proporcionarles a éstos los medios indispensables para atender a los pacientes.²³

En principio, un establecimiento de salud debe organizar la recepción de sus pacientes; esta exigencia es particularmente importante en los centros de salud pública en consideración a su calidad de servicio público, por lo cual debe recibir a sus pacientes sin retraso. Al respecto, la Corte de Casación también sostuvo una obligación semejante para los hospitales privados en aquellos casos donde no existiera otra forma de atender a los pacientes de urgencias. Si no se realizara la recepción, esta Corte dispuso que se incurre en una falla de organización en razón del retraso impuesto al paciente para su atención. Asimismo, la falta de organización en los cuidados del paciente también existirá cuando haya una insuficiencia de personal para la atención o una ausencia de personal calificado.²⁴

Igualmente, el Consejo de Estado consideró que la ausencia de un médico especializado en la hipótesis de un parto distóxico justifica la imputación de la responsabilidad del establecimiento sobre el fundamento de una falla en la organización y el funcionamiento del servicio. De la misma manera, la Corte de Casación declaró la responsabilidad de un establecimiento de salud privado por no organizar y prever la presencia de médicos anestesiistas en casos indispensables.²⁵

Finalmente, el Consejo de Estado dispuso que la realización por un médico internista de guardia de actos que excedan su competencia constituye una falla en la organización y el funcionamiento del servicio hospitalario; para no incurrir en responsabilidad, en todo momento el hospital debe asegurarse de la verdadera competencia de su personal.

IV. OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN LA JURISPRUDENCIA FRANCO-ARGENTINA Y LA RESPONSABILIDAD POR ENFERMEDADES NOSOCOMIALES

Conforme a ciertos fallos, la obligación de medios del médico no excluye la coexistencia de un deber accesorio de seguridad de resultado. Existe una obligación del médico y del centro hospitalario de seguridad para reparar el daño causado a su paciente por un acto quirúrgico necesario al tratamiento,

²³ *Ibidem*, pp. 704 y 705.

²⁴ *Ibidem*, pp. 707 y 708.

²⁵ *Ibidem*, p. 708.

cuando el menoscabo no tiene relación con el estado anterior de la víctima ni con la evolución prevista por la enfermedad.

En consecuencia, la responsabilidad médica quedaría virtualmente dividida en dos segmentos principales. El primero relativo a la obligación central de cuidados, reducida a la implementación de los medios idóneos para llegar al resultado deseado, es decir, a la cura del paciente. La segunda se refiere a una obligación accesoria de seguridad (expresa o no en el contrato), la cual absorbería todo daño imputable al acto médico-asistencial.

Mientras la obligación principal que recae sobre el médico es un deber de actividad, por lo cual debe brindar cuidados responsables, atentos y conforme al padecimiento del enfermo, en contraste, la obligación accesoria de seguridad puede encontrarse fuera de los supuestos de la falta técnica, en las denominadas zonas extra o paramédicas, donde la responsabilidad de los establecimientos sanitarios privados podría ser evidente. Así, no obstante el deber principal de cuidados, el centro hospitalario asume una obligación de seguridad de medios, consistente en velar por que el paciente no sufra daños durante la ejecución del contrato. Por lo general, esta obligación de seguridad es de resultados, con excepción de aquellos supuestos donde se esté sujetos a circunstancias muy aleatorias.²⁶

Generalmente se admiten cuatro hipótesis principales donde opera la garantía de seguridad:

- a) Supuestos de infecciones hospitalarias.
- b) Daños causados por el material utilizado por los médicos, normalmente proporcionado por el establecimiento sanitario.
- c) Cuestiones relacionadas con la pureza de los productos sanguíneos administrados a los pacientes.
- d) Obligación de calidad respecto de los fármacos elaborados por el fabricante de medicamentos.²⁷

Por ser la más común, hagamos un análisis particular de las obligaciones de seguridad ignoradas cuando tiene lugar una infección hospitalaria. Como se dijo arriba, la obligación de seguridad en materia médico-asistencial sólo es susceptible de ser aplicada en aquellas zonas ajenas a la presta-

²⁶ Prevot, Juan Manuel, *Obligaciones de seguridad, infecciones hospitalarias y responsabilidad médica asistencial*, en Vázquez Ferreyra, Roberto (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Responsabilidad civil médica*, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 528 y 529; véase también Prevot, Juan Manuel, *La responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 267-330.

²⁷ Prevot, Juan Manuel, *Obligaciones de seguridad, infecciones hospitalarias y responsabilidad médica asistencial*, cit., pp. 529 y 530.

ción principal de cuidados. De esta naturaleza son todas las cuestiones relativas a la asepsia o esterilización del instrumental, materiales e instalaciones, ubicadas en una zona de penumbra que rodea al acto médico y colocadas fuera de él. Asimismo, la mayor parte de las veces estas obligaciones de seguridad caen bajo la responsabilidad del establecimiento sanitario; conforme a estas directrices, la infección nosocomial consecuencia del acto médico y manifestada *a posteriori* de una intervención, cirugía u operación, tendría su origen en la falta de esterilización, higiene o control del establecimiento hospitalario en etapas anteriores o posteriores a la intervención médico-quirúrgica.²⁸

Si la infección es anterior al acto médico es denominada “endógena” y en este supuesto no enfrentamos un caso de responsabilidad del establecimiento médico conforme a lo dispuesto por la judicatura argentina: “si se acredita en el expediente que la infección es puramente endógena, así el supuesto en que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso al ingresar al sanatorio, sin que hayan influido elementos externos, parece indudable que no podrá responsabilizarse al ente asistencial”. Distinto es el caso de las infecciones exógenas, donde el padecimiento se manifiesta como consecuencia del incumplimiento de las medidas higiénicas adecuadas por parte del establecimiento sanitario y, en consecuencia, la infección se revela como una manifestación culposa, donde el hospital, sus dependientes y directivos no podrían alegar hechos o circunstancias aleatorias fuera de su previsión posible. El lavado de manos, la preparación quirúrgica de la piel, la limpieza y desinfección de las superficies en tiempo y forma; la puesta en marcha de métodos, estrategias y control en el uso de catéteres intravasculares, la desinfección adecuada del equipo médico y del medio hospitalario, las precauciones de aislamiento, constituyen todos ellos mecanismos de preventión de infecciones, que por su naturaleza deben ser garantizados a título objetivo por el establecimiento hospitalario.²⁹

V. TESIS RELEVANTE DE LA SCJN EN MÉXICO RESPECTO DE LOS MÉDICOS COMO COLABORADORES APARENTES EN HOSPITALES PRIVADOS

Aunque no tiene carácter de jurisprudencia y es apenas una tesis aislada, se debe subrayar el incipiente desarrollo de la responsabilidad solidaria de los

²⁸ *Ibidem*, pp. 534 y 535.

²⁹ *Ibidem*, pp. 535 y 536.

hospitales privados por el máximo tribunal de este país. Así, la Primera Sala de la SCJN resolvió el amparo en revisión 584/2013, donde negó el amparo al Hospital Infantil Privado, al estimar correcta la sentencia dictada en amparo indirecto por el juez de Distrito quien ordenó a dicho hospital condonar el adeudo por gastos hospitalarios a los padres de un menor fallecido como consecuencia de la negligencia de sus médicos.³⁰

Lo anterior es así, toda vez que al interpretar el derecho humano a la salud y el sistema de responsabilidad civil, se concluyó como posible la responsabilidad de hospitales o centros médicos privados por actos cometidos *por quienes de manera aparente realizan sus actividades en ellos*. Cuestión fortalecida con lo dispuesto en el Código Civil Federal en sus artículos 1917 y 1924, al instruir que los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones.

En el caso, los padres de un recién nacido, al considerar que los médicos tratantes incurrieron en negligencia en el tratamiento de su hijo durante su estadía en ese Hospital, presentaron una queja ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, solicitando se condonaran los gastos hospitalarios y le regresaran los honorarios médicos cubiertos. La Comisión condenó de manera solidaria a los prestadores de servicios médicos al rembolso solicitado y condonó la deuda por tales servicios, toda vez que determinó negligencia y mala praxis de los médicos tratantes. Sin embargo, el Hospital en cuestión promovió amparo, mismo que le fue negado por la juez de Distrito y después, en el recurso de revisión atraido por la SCJN, se obtuvo la resolución que comento.

La Primera Sala de la SCJN determinó que, de acuerdo con la Ley General de Salud, existe un reparto de responsabilidades en atención a las funciones y actos de quienes participan en el Hospital; así, el centro sanitario demandado debía asumir el carácter de responsable, pues uno de los médicos tratantes fue designado por el propio Hospital unilateralmente para la atención médica del recién nacido. Razón por la cual se estableció responsabilidad solidaria al Hospital con motivo de la representación de éste por el médico responsable.³¹

³⁰ La versión pública de la resolución puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica con base en la consulta del 2 de mayo de 2017: www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/13005840.002-2286.doc.

³¹ Esta síntesis del amparo en revisión 584/2013 fue elabora sustancialmente con base en el comunicado de prensa emitido por la SCJN que se puede consultar en: http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/COMUNICADO_196_2014_NOV_CONFIRMA%20CORTE%20SENTENCIA%20QUE%20ORDENA%20A%20HOSPITAL%20CONDONAR%20ADEU

A este amparo en revisión 584/2013 de impacto significativo en el foro mexicano a partir de su emisión, en particular por su criterio del colaborar aparente como elemento determinante para la corresponsabilidad del Hospital, habría también que destacar la siguiente tesis emitida por un tribunal colegiado una década antes, la cual determina la responsabilidad solidaria con el hospital debido a la dependencia económica de sus personal sanitario:

RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA. LA TIENEN LOS HOSPITALES RESPECTO DE LOS PROFESIONISTAS QUE PRESTAN AHÍ SUS SERVICIOS, DADA LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO...) Ahora bien, tratándose de patrones, dueños y encargados de establecimientos mercantiles, la responsabilidad por los daños y perjuicios que causen sus operarios, *está fundada en la culpa in vigilando*, esto es, en la presunción de culpa en la elección de sus encargados u operarios que han causado daño y en la dependencia en que éstos se encuentran respecto del dueño del establecimiento o empresa de cuyo personal forman parte. Luego, si de la confesión rendida en juicio a cargo del administrador único del hospital se advierte que un médico causó daño a un paciente; que tiene una relación de dependencia con el hospital demandado solidariamente, por estar registrado en la lista de médicos que tiene dicho hospital; que dicha lista está autorizada por el comité de honor y justicia del hospital; que éste autoriza a los médicos que prestan sus servicios en tal lugar, y que aquél, en unión de otro prestador de servicios, aplicó anestesia a un paciente para intervenirlo quirúrgicamente; y, que la anestesia fue proporcionada por el hospital y aplicada por los profesionistas que en ese supuesto se consideran dependientes, *es claro que al estar autorizados por el propio hospital para trabajar en él existe una dependencia económica de los médicos respecto del hospital de cuyo personal forman parte, toda vez que el propietario del sanatorio obtiene beneficios o lucro con el trabajo que desempeñan los médicos autorizados y, por tanto, el nosocomio está obligado solidariamente al pago de los daños y perjuicios causados por sus dependientes*, de acuerdo con lo previsto en el numeral inicialmente citado, en relación con el diverso 1427 del propio cuerpo de leyes.

Amparo directo 543/2004. Hospital Santa María Chapalita, S. A., 18 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Armando Márquez Álvarez.³²

Por el carácter de tesis aisladas de los precedentes antes señalados, éstos no alcanzan el rango de jurisprudencia ni son obligatorios para otros tribu-

DO%20A%20PADRES%20DE%20UN%20MENOR%20QUE%20FALLECIÓ%20POR%20NEGLIGENCIA%20MÉDICA.pdf.

³² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 178626, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada, civil, III.2o.C.88 C, t. XXI, abril de 2005, p. 1491.

nales, en virtud de lo cual el máximo tribunal del país debería establecer en el futuro inmediato la clara responsabilidad de los centros hospitalarios privados respecto del personal sanitario que en ellos labora y depende económicoamente.

De otra manera, seguiremos viviendo un privilegio injustificado para los empresarios del sector hospitalario mexicano, así como una constante afrenta a sus usuarios que encuentran escasas vías para la protección de su derecho humano a la salud y su correspondiente reparación.

LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA ENFERMERÍA

Raúl Miguel ARRIAGA ESCOBEDO

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *El derecho y la enfermería*. III. *El ejercicio de la enfermería*. IV. *Las responsabilidades y procedimientos del personal de enfermería*. V. *Procedimientos y mecanismos de defensa*. VI. *El expediente clínico y la prueba pericial en enfermería*. VII. *Conclusiones*.

I. PREÁMBULO

Hay derechos y también obligaciones. Si existe obligación también responsabilidad. Se trata de dos cuestiones que, generalmente, coexisten y por ello, nos brindan beneficios, pero también traen obligaciones que se han clasificado como las de hacer y las de no hacer. El caso del ejercicio de la enfermería no escapa a ellas. Nos encontramos, también, frente a dos disciplinas que, a primera vista, parece que no guardan relación y que, sin embargo, están condenadas a coexistir

A partir del derecho se “logra el desarrollo de grandes y pequeñas sociedades, pero también por él, es que se frenan los excesos de las grandes potencias, cuando se presenta la oportunidad para masacrar a gente indefensa en nombre de la libertad y de la democracia”.¹ La dinámica del derecho se produce por la misma convivencia social, de manera que no importa establecer si el derecho avanza primero que la sociedad o ésta provoca los cambios en el derecho, pues lo primordial es que existe una estrecha relación entre ambos.

De igual manera, debe considerarse que esa dinámica social y la relación de México en el contexto mundial, han provocado el establecimiento de un marco normativo constitucional que permite contar con los elemen-

¹ García Hernández, Jorge, *Manual de derecho*, México, RAE-Editiones Legales, 2001, p. 1.

tos necesarios para gozar del derecho a la salud, así como del derecho a la protección de la salud.

Considerando al derecho como el conjunto de normas jurídicas cuya finalidad esencial es permitir la convivencia pacífica entre los seres humanos, en donde existen derechos y obligaciones, en cuya relación participa el Estado como garante, tendremos que concebir al binomio enfermería-derecho, que nos permite establecer límites para el ejercicio de aquélla en el marco de éste, es decir que el ejercicio de la enfermería implica su relación con el derecho, en donde se inscribe la responsabilidad, en virtud que existen métodos, reglas y protocolos normados para lograr el objetivo previsto en cada uno de ellos, de modo que no se podría permitir que el profesional de enfermería actuara de acuerdo con sus propias determinaciones, razón por la que podemos apreciar al derecho como un instrumento normativo de las actividades cotidianas realizadas en los centros hospitalarios, en las clínicas, en los consultorios; en fin, en todos los lugares en que se ejerce la profesión de enfermería.

Esta relación se materializa en la clasificación tradicional del derecho que lo divide en privado, público y social. En efecto, con las ramas que integran el derecho privado, rige las relaciones entre los particulares, lo que supone una ausencia de la intervención del Estado, exemplificada en la contratación para ejercer la enfermería, misma que puede realizarse mediante la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, que pertenece al indicado derecho civil y que su contraprestación por ese trabajo, es decir sus honorarios, se pagarán mediante el libramiento de un cheque, que forma parte de los títulos de crédito pertenecientes al derecho mercantil, razón por la que es evidente la relación entre el derecho y la enfermería.

En cuanto a las ramas que integran el derecho público, cuya característica es la intervención del Estado, destaca el derecho penal, en donde se establecen diversos tipos penales que pueden ser actualizados con motivo del ejercicio de esta profesión, toda vez que en el ámbito penal se protegen bienes jurídicos relacionados con la salud, en el derecho penal propiamente y en leyes especiales, por ejemplo las lesiones y el homicidio, así como en el tráfico de sangre y de órganos humanos, de manera que ante los incumplimientos de estas normas se actualizan las hipótesis contempladas para ejercer la facultad punitiva del Estado en beneficio de la colectividad.

Por otra parte, la relación de la enfermería con las ramas que integran el derecho social es palpable al pensar, digamos, en el derecho de la seguridad social, estrechamente vinculados, pues por un lado se origina, en la mayoría de los casos, por la relación de trabajo que existe entre el patrón y

el trabajador, cuestión que pertenece al derecho laboral y, por otro, uno de los principales beneficios de la seguridad social consiste en brindar asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica.

En este contexto, no quedan dudas acerca del binomio indicado, razón por la que debemos transitar en la trilogía formada por la necesidad de conocer, prevenir y remediar el contenido que implica el ejercicio de la enfermería, lo que se lleva a cabo conociendo las normas para evitar su incumplimiento, es decir, actuar de manera correcta y, en su caso, remediar las controversias que surjan por ese incumplimiento, sea por una acción o bien por alguna omisión.

Para tal fin se debe considerar la existencia de un marco legal a partir de los preceptos plasmados en la Constitución federal, así como en la normativa aplicable, la cual atiende a la jerarquía y especialización, de acuerdo con la materia que nos ocupa, que transcurre de las leyes federales a la circulares, pasando por las normas oficiales mexicanas que se refieren, por su origen, especificidad y profundidad a los aspectos técnicos de la enfermería para posibilitar su práctica correcta, de modo que una vez que se tiene el marco referido, tenemos que clasificar las obligaciones que se adquieren y los derechos que se disfrutarán.

En caso de incumplimiento a alguna o algunas de las normas que rigen los servicios de enfermería, se generarán procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales que permitirán el uso de los mecanismos de impugnación correspondientes, por lo que es necesario analizar los recursos legales correspondientes a cada uno de los procedimientos citados, lo que permitirá una adecuada defensa del personal involucrado, que se verá adicionada con el conocimiento de los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación que se transcriben en la parte final de este ensayo.

II. EL DERECHO Y LA ENFERMERÍA

1. *Bases constitucionales*

Como paso previo al señalamiento de las bases que rigen el derecho humano a la salud, es conveniente atender al concepto citado por la Organización Mundial de la Salud, que lo ha señalado como “un estado de bienestar físico, síquico y social, tanto del individuo como de la colectividad”, cuestión que nos permitirá analizarlo a la luz del derecho positivo mexicano.

Desde la óptica de los derechos humanos, es pertinente considerar el contenido del párrafo tercero del artículo 4o. constitucional que consigna el de-

recho a la protección de la salud y la obligación estatal para hacer posible tal prerrogativa, es decir que, por un lado, todos tenemos derecho a la protección de la salud y, por otro, que la legislación secundaria se encargará de establecer los mecanismos y condiciones necesarias para el logro de dicha protección, actividad que se encuentra encomendada a la Federación, en términos de la fracción y precepto constitucional invocados, es decir, que el Congreso tiene facultad para dictar leyes sobre salubridad general de la república, lo que se cumple, entre otras normas, con las establecidas en la Ley General de Salud y sus diversas disposiciones reglamentarias.

En estas condiciones, debe distinguirse entre el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud, por lo que en opinión de Medina Arellano, “el derecho a la salud se refiere a estar saludable, algo que es imposible garantizar para cualquier Estado, mientras que, el segundo, se refiere a proteger la salud, tener mecanismos institucionales y jurídicos que puedan atender la salud de cualquier persona”,² esto es, el derecho a la salud lo tenemos todos, mientras que el derecho a la protección de la salud constituye una obligación a cargo del Estado, la cual se amplía a los particulares dedicados a la práctica de la medicina en general y, particularmente, a la de enfermería, en ambos casos con las limitaciones respectivas, lo que permite vislumbrar, al menos en el discurso, que tal derecho humano se materializará en el quehacer cotidiano.

Igualmente, es pertinente referir la postura de Carbonell, para quien el derecho a la salud obliga también a los particulares, “...en el sentido de proporcionar un servicio de urgencia a cualquier persona que lo requiera, con independencia de que pueda o no pagarlos”,³ esto es, cuando se presentan casos de urgencia médica, en los que la obligación radica en “estabilizar” al paciente, proporcionarle los medicamentos básicos que requiera en lo inmediato y procurar su traslado a una institución pública, en la inteligencia que de no hacerlo esta obligación se transformará en un ilícito consistente en la omisión de auxilio.

Una vez delimitados los conceptos anteriores, tenemos que, también como derecho humano, el personal dedicado a la enfermería goza de la libertad de trabajo, al amparo del artículo 5o. constitucional, que dispone la libre elección de la profesión, industria, comercio o trabajo que se decida,

² Medina Arellano, María de Jesús, “Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Derecho a la salud*, núm. 84, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 121.

³ Cf. Carbonell, Miguel, *El derecho a la protección de la salud*, presentación Ley General de Salud, México, Porrúa, 2007, p. VIII.

siempre que sea lícito y, en lo que interesa, a la regulación de la profesión que requiere la autorización para su ejercicio

En estas condiciones, para gozar de los derechos aludidos es necesario el binomio derecho-enfermería, en el que surgen dos cuestiones de importancia, pues por un lado, en tanto pacientes, todos tenemos derecho a la salud y a la protección de la misma y, por otro, el ejercicio de la libertad de trabajo que llevan a cabo los integrantes del sector salud, plasmado en la ley reglamentaria del artículo 50. constitucional en materia de profesiones, otorga una garantía para los pacientes y una autorización para quienes cumplan con la preparación académica respectiva, en virtud de tratarse de una actividad que exige una especialización y un aspecto humano, como lo refiere Cossío Díaz, al señalar que:

...en las sociedades modernas se ha considerado que el tratamiento de cierto tipo de situaciones humanas o naturales debe realizarse sólo por quien cuente con un determinado tipo de conocimientos; más aún, que el tipo de conocimientos requeridos deben enseñarse y certificarse por instituciones educativas de cierto nivel y capacidad, pues sólo así es posible garantizar su especificidad y, lo que es verdaderamente importante, el que sólo a ciertos sujetos calificados se les permita actuar en situaciones humanas o naturales consideradas importantes.⁴

Esta conjunción se materializa con la correcta aplicación de las normas que regulan la práctica de la enfermería en los distintos niveles, de ahí que existan diferentes tipos de responsabilidades que se originan no sólo desde el ámbito profesional propiamente sino también desde la óptica ética.

2. Normas éticas

La ética, señala Pérez Fernández del Castillo, “es parte del conocimiento filosófico pero encaminada a la realización práctica, esto es, la ética se estudia para aplicarse en la vida cotidiana”.⁵ Además, es indispensable, en este caso, pensar en el código de ética que rige el universo de la enfermería, no obstante que, en primera instancia, se trata de una actividad humanitaria que conlleva un hacer en beneficio del otro, con límites perfectamente establecidos que, si

⁴ Cossío Díaz, José Ramón, *Regular las profesiones*, disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/prt300413_0.pdf (consultada el 10 julio 2016).

⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Deontología jurídica. Ética del abogado y del servidor público*, México, Porrúa, 2007, p. 8.

bien no tendrían una sanción a primera vista, revisten coercitividad ante su incumplimiento, esto es, tendrán impacto en su responsabilidad profesional, en virtud de que no puede separarse una de la otra.

La observancia del Código de Ética impone diversas obligaciones al personal de enfermería, entre las que se encuentran las siguientes:

1. Respetar y cuidar la vida y los derechos de los humanos, manteniendo una conducta honesta y leal en el cuidado de las personas
2. Proteger la integridad de las personas ante cualquier afectación, otorgando cuidados de enfermería libres de riesgos,
4. Asumir la responsabilidad como miembro del equipo de salud, enfocando los cuidados hacia la conservación de la salud y prevención del daño, y
8. Asumir el compromiso responsable de actualizar y aplicar los conocimientos científicos, técnicos y humanísticos de acuerdo con su competencia profesional.⁶

Como indicábamos, el incumplimiento de este tipo de disposiciones no siempre trae una sanción, pero no debemos olvidar que las enfermeras que prestan sus servicios a entes gubernamentales se encuentran obligadas a respetar la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que contemplan obligaciones adicionales a las de tipo profesional, razón por la que debemos considerar su cumplimiento para el correcto ejercicio de la enfermería, a riesgo de involucrarse en procedimientos administrativos de responsabilidad.

3. Normas profesionales

Este tipo de normas, que son la esencia del trabajo de enfermería, derivan de la actividad específica a la que se obligan mediante la suscripción del contrato de trabajo respectivo, tratándose de la relación que se establece entre patrones y trabajadores, así como de la labor que desempeñan de acuerdo con los contratos colectivos de trabajo —como en el caso del IMSS— o en las condiciones generales de trabajo o reglamentos interiores de trabajo vigentes en otras entidades públicas, lo que se ve adicionado, en todos los casos, con la obligatoriedad que deriva de las normas oficiales mexicanas, entre la que adquiere mayor relevancia la Norma Oficial Mexicana NOM-019-ssa3-2013, para la práctica de enfermería en el sistema nacional de salud, que establece los aspectos generales y particulares de la prestación de servicios de enfermería.

⁶ *Enfermeria.iztacala.unam.mx/enf_decalogo.php*.

Dicha NOM establece que:

La enfermería es una disciplina fundamental en el equipo de salud, su creciente aportación en los procesos de mantenimiento o recuperación de la salud del individuo, familia o comunidad en las diferentes etapas de la vida, ha demostrado la importancia del papel que desempeña. La formación académica del personal de enfermería evoluciona a la par del avance tecnológico de los servicios de salud del país y al orden internacional, con el objetivo de ofrecer servicios de salud de calidad, acorde a los diferentes roles que ejerce en su contribución a la solución de los problemas que afectan a la población.

Por esta razón, es de suma importancia situar de forma clara y organizada el nivel de responsabilidad que el personal de enfermería tiene en el esquema estructural de los establecimientos para la atención médica en los sectores público, social y privado, así como los que prestan sus servicios en forma independiente, ya que en la medida en que cada integrante cumpla su labor, acorde a su formación académica, la calidad en los servicios de salud se verá favorecida y el usuario obtendrá mayores beneficios.⁷

En este contexto, debemos distinguir entre la finalidad y el objetivo de esta NOM, entendiendo la primera como la precisión de los atributos y responsabilidades que debe acatar el personal de enfermería, conforme a las disposiciones jurídicas aplicables y, por lo segundo, establecer las características y especificaciones mínimas para la prestación del servicio aludido, tanto en los establecimientos de atención médica del sistema nacional de salud como en forma independiente, que brindan las personas físicas, de acuerdo con su formación académica.

4. Normas legales

Un régimen normativo aplicable al ejercicio de la enfermería supone los conocimientos académicos que son avalados por las instituciones educativas de nivel medio-superior y superior, así como los correspondientes a los estudios de posgrado, es decir, los de especialidad, maestría y doctorado, los cuales son indispensables para que el Estado —en ejercicio de sus atribuciones— autorice su legal ejercicio mediante la expedición de la cédulas profesionales respectivas y los diplomas de grado correspondientes, con lo que el primer círculo queda perfectamente definido.

⁷ Norma Oficial Mexicana NOM-019-SSA3-2013, para la práctica de enfermería en el sistema nacional de salud.

El siguiente círculo abarca la aplicación de normas laborales, sean las que derivan del artículo 123 constitucional, en los apartados “A” o “B”; esto es la Ley Federal de los Trabajadores y la Ley Federal de los Trabajadores del Estado, las de carácter civil, o bien, las originadas en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, dando lugar a las relaciones de trabajo en el sector privado o en el público; en la suscripción de los contratos de honorarios profesionales y en los denominados “contratos de honorarios asimilados a salarios”, que constituyen las formas de contratación de los servicios de enfermería y, en otros casos, mediante la prestación del servicio independiente que da pauta a la relación enfermero(a)-paciente, en donde igualmente se establecen, aún en forma tácita, derechos y obligaciones para las partes.

Sin dejar de observar cualquiera de las formas de vinculación mencionadas, no existe duda que se establecen derechos y obligaciones para el personal de enfermería, las que se adicionan con las disposiciones de otros cuerpos normativos, destacando, para los efectos que nos ocupan, las del Código Penal federal; de la Ley General de Salud; de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, así como las del Código Civil.

De este último cuerpo normativo tienen mayor importancia los preceptos relativos a la responsabilidad civil, la negligencia y la impericia, así como el dolo, pues consagran una actividad contraria al cumplimiento de las obligaciones, de modo que constituyen el punto toral en materia de responsabilidades.

Por lo que se refiere al ámbito penal, el marco normativo se amplía, en virtud de existir tres vertientes sustentadas en cuerpos normativos distintos que sancionan conductas u omisiones.

En primer término tenemos los delitos consignados en el título decimoveneno: capítulo I, “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, que son susceptibles de actualización por el personal de enfermería, como son el homicidio y las lesiones, además del aborto y la responsabilidad profesional; en segundo lugar, los tipos descritos en el título décimo, capítulo I del Código Penal federal, es decir los “delitos cometidos por servidores públicos”, que por su naturaleza restringida solamente pueden cometer los servidores públicos, resultando aplicables, en nuestra opinión, los siguientes: ejercicio indebido de servicio público; abuso de autoridad; desaparición forzada de personas; coalición de servidores públicos; uso indebido de atribuciones y facultades; concusión; intimidación; ejercicio abusivo de funciones; tráfico de influencia; cohecho; cohecho a servidores públicos extranjeros; peculado y enriquecimiento ilícito y, en tercer lugar, los establecidos en el catálogo de delitos que pueden cometer los trabajadores de la salud, esto es, los preceptuados en la Ley General de Salud, que se catalogan como delitos espe-

ciales, por encontrarse en un cuerpo normativo distinto del Código Penal federal, los cuales son: delito de tráfico y comercio de agentes patógenos o sus vectores; delito de transporte, manejo o comercio de sustancias tóxicas sin autorización; delito de contaminación de aguas; delito mediante la utilización de fuentes radioactivas; delito de tráfico de sangre; delito de tráfico de derivados de sangre; delito de tráfico y comercio de órganos, tejidos y componentes humanos; delito de tráfico de órganos humanos; delito de sustracción de órganos en cadáveres; delito de transporte y comercio con animales infectados; delito de adulteración de bebidas y alimentos; delito en materia de alimentos; delito de investigación clínica en seres humanos sin autorización; delito de inseminación artificial en la mujer; delito que propicia el consumo de sictotrópicos en menores de edad e incapaces; delito por no atender requerimiento de la autoridad sanitaria y delito por negarse a atender en casos de urgencia

III. EL EJERCICIO DE LA ENFERMERÍA

1. *Concepto*

Por personal de enfermería, de acuerdo con la Norma Oficial Mexicana NOM-019-SSA3-2013, denominada “Para la práctica de la enfermería en el sistema nacional de salud”, se entiende a:

La persona formada o capacitada para proporcionar cuidados de enfermería que de acuerdo a las disposiciones jurídicas aplicables y su preparación académica, puede realizar actividades auxiliares, técnicas, profesionales o especializadas, según su ámbito de competencia, en las funciones asistenciales, administrativas, docentes y de investigación.

Sin importar el origen contractual, pero sin dejar de lado los derechos y obligaciones respectivas, la práctica de la enfermería atiende a una división del trabajo, en donde cada una lleva a cabo determinadas funciones y, por tanto, adquiere responsabilidades específicas, de ahí que debemos referirnos a las diferentes categorías.

Es indudable que la labor que realizan las enfermeras tiene un cúmulo de normas jurídicas que van desde la normativa para su preparación académica, tanto en escuelas como en facultades, pasando por su autorización para el ejercicio profesional, lo que se realiza a través de la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, como en su prácti-

tica cotidiana que se encuentra regida por las normas laborales y civiles que derivan de los términos de contratación.

2. Clasificación del personal de enfermería

El personal de enfermería se clasifica en dos grandes apartados que comprenden: 1) el personal profesional de la enfermería, y 2) el personal no profesional de la enfermería.

El ejercicio de la enfermería supone, entonces, la regulación de sus actividades y, por ende, su íntima relación con el derecho. En estas condiciones, resulta clara la razón de su clasificación, pues se trata de un gran universo de personas preparadas para su ejercicio y en vías de hacerlo, teniendo como punto de unión, la labor en primer término humanitaria; y, en segundo, con los conocimientos idóneos para llevar a cabo esas actividades.

En consecuencia, es importante delimitar las funciones y responsabilidades en función de su clasificación, pues ello nos dará pauta para establecer las responsabilidades en que pueden incurrir en sus labores, en los casos en que se no acaten las disposiciones profesionales y legales con que cuentan.

En este contexto, encontramos que la misma NOM invocada sirve de parámetro para establecer su actividad, de acuerdo con la siguiente clasificación.

3. Personal profesional

Este tipo de profesional se clasifica por categorías, de acuerdo con los estudios académicos siguientes:

- Enfermera(o) general, quien obtuvo título de licenciatura en enfermería expedido por alguna institución de educación superior, perteneciente al sistema educativo nacional y cuenta con la cédula profesional correspondiente.
- Enfermera(o) especialista, quien, además de ser licenciado en enfermería, obtuvo el diploma de especialización, y le ha sido expedida la cédula profesional de especialización correspondiente a un área específica de competencia.
- Enfermera(o) con maestría, quien, además de reunir los requisitos de licenciatura en enfermería, acredita el grado de maestría, y posee la cédula profesional de maestría.

- Enfermera(o) con doctorado: aquella persona que, además de contar con el grado de maestría, acredita el grado de doctorado, y le ha sido expedida por la autoridad educativa competente la cédula profesional de doctorado correspondiente.
- Profesional técnico de enfermería: la persona que obtuvo el título o un diploma de capacitación expedidos por alguna institución perteneciente al sistema educativo nacional (en adelante SEN).

Además, se incluyen en esta clasificación.

- Técnico en enfermería, quien concluyó los estudios de tipo medio superior (técnico) en el área de la enfermería, en alguna institución educativa perteneciente al SEN y la cédula de ejercicio profesional con efectos de patente.
- Técnico especializado en enfermería, quien, además de reunir los requisitos de estudios de nivel medio superior, obtuvo un diploma en el área específica de competencia expedido por alguna institución de educación, perteneciente al SEN.

4. Personal no profesional

El personal no profesional de la enfermería es aquel en vías de preparación; es preciso indicar que posee los elementos que habrán de llevarlo a la obtención de las calidades que permitan ascender a la categoría de personal profesional, dividiéndose en la forma siguiente:

- Auxiliar de enfermería, quien obtuvo constancia que acredita la conclusión del curso de auxiliar de enfermería, de una duración mínima de un año expedido por alguna institución perteneciente al SEN.
- Estudiante de enfermería, la persona en proceso de formación en la carrera de enfermería de nivel medio superior o superior de alguna institución educativa perteneciente al SEN.
- Pasante de enfermería: el estudiante de enfermería de una institución educativa que ha cumplido los créditos académicos exigidos en el plan y programas de estudio, que para realizar el servicio social debe contar con la constancia de adscripción y aceptación expedida por la Secretaría de Salud.

La categoría del personal de enfermería, profesional o no profesional, se encuentra relacionada con las actividades propias que le competen, de acuerdo con la calidad respectiva, por lo que su responsabilidad será en función de ambas.

IV. LAS RESPONSABILIDADES Y PROCEDIMIENTOS DEL PERSONAL DE ENFERMERÍA

Desde el punto de vista gramatical, el término *responsabilidad* tiene entre sus acepciones las siguientes “cualidad de responsable” y “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”, mientras que por *responsable* se entiende, entre otras cosas “obligado a responder de algo o por alguien”.⁸

1. *Responsabilidades de acuerdo con la NOM-019-SSA3-2013*

De conformidad con lo establecido en la Norma Oficial Mexicana NOM-019-SSA3-2013, existen aspectos generales y particulares que regulan la práctica de enfermería en el sistema nacional de salud.

Por lo que hace a las responsabilidades, dentro de los aspectos generales, de acuerdo con el punto 5.8 (obligaciones del personal de enfermería) encontramos, entre otras, las siguientes responsabilidades:

- Verificar oportunamente la existencia y funcionamiento óptimo del equipo que se utiliza para proporcionar el cuidado de enfermería y, en su caso, reportar los faltantes y las fallas que representen un riesgo para los usuarios de los servicios de salud o para el propio personal.
- Conocer y aplicar, cuando corresponda, las normas oficiales mexicanas, de acuerdo a su ámbito de su competencia.
- Asumir el compromiso responsable de actualizar y aplicar los conocimientos científicos, técnicos, éticos y humanísticos de acuerdo a su ámbito de competencia.
- Cumplir con las normas institucionales y de orden técnico en materia laboral, que apliquen en el ámbito específico de su competencia,

⁸ *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 23.

a fin de contribuir a la seguridad del usuario, la del equipo de salud, así como, para la conservación del medio ambiente.

En lo que hace a los aspectos particulares, dispone el punto 6 (“De la prestación de servicios de enfermería”) aspectos particulares, que son responsabilidades:

Del personal no profesional:

- Las actividades en apoyo a la atención de las necesidades de comodidad e higiene del paciente o actividades relacionadas con la preparación de equipo y material, corresponden preferentemente al personal no profesional, quien debido a su nivel de capacitación debe ejecutar cuidados de baja complejidad delegados y supervisados por personal técnico o profesional de enfermería, su función primordial es de colaborador asistencial directo o indirecto de los profesionistas de la salud.
- El personal no profesional está facultado para realizar intervenciones de enfermería interdependientes.

De los profesionales técnicos de enfermería:

- La prestación de servicios de enfermería que corresponden a los profesionales técnicos de enfermería en el ámbito hospitalario y comunitario, dada su formación teórico-práctica, son los cuidados de mediana complejidad que los faculta para realizar acciones interdependientes derivadas del plan terapéutico e independientes como resultado de la aplicación del proceso de atención en enfermería.

De los técnicos especializados en enfermería:

- La prestación de servicios de enfermería de naturaleza independiente o interdependiente en un campo específico de la enfermería, corresponde a los técnicos especializados en enfermería, debido a que por su nivel académico, este personal está facultado para otorgar cuidados de mediana complejidad que han sido determinados como resultado de la valoración del equipo de salud y establecidos en el plan terapéutico.

De los licenciados en enfermería:

- La prestación de los servicios de enfermería con predominio de acciones independientes derivadas de la aplicación del proceso de atención de enfermería en los ámbitos hospitalario o comunitario, corresponde al licenciado en enfermería, debido a que su formación de nivel superior lo faculta para desarrollar un plan de intervenciones que puede valorar, ejecutar y evaluar.
- Es capaz de interactuar de manera interdependiente y desarrollar acciones derivadas del plan terapéutico.
- Su nivel académico lo hace competente para otorgar cuidados de mediana complejidad de predominio independientes.
- Cuenta con las competencias para colaborar en la formación de recursos humanos para la salud y para la realización de investigaciones de predominio operativo.
- Su función sustantiva es asistencial y las adjetivas son las docentes, de administración y de colaboración en proyectos de investigación.

Del personal de enfermería con estudios de posgrado en un área específica de la práctica profesional:

- La prestación de servicios de enfermería con predominio de acciones independientes derivadas de la aplicación del proceso de atención de enfermería en los servicios especializados de la atención a la salud, corresponde al personal de enfermería con estudios de posgrado en un área específica de la práctica profesional, debido a que cuenta con los conocimientos necesarios para desarrollar un plan de intervenciones independientes que pueda valorar, ejecutar y evaluar proporcionando cuidados de alta complejidad que se deriven del plan terapéutico interdisciplinario.
- Su ámbito de aplicación son unidades hospitalarias o comunitarias.
- Aplica modelos tendentes a incrementar la calidad del cuidado.
- Promueve la utilización de modelos y técnicas innovadoras en su especialidad, así como la investigación de su práctica y la aplicación de hallazgos, incluyendo relaciones o colaboraciones interdisciplinarias o multidisciplinarias con profesiones vinculadas a la práctica de enfermería o a un tema o área de investigación aplicada.
- Su función sustantiva es la asistencial y las adjetivas son las docentes, de administración y de colaboración en proyectos de investigación.

Del personal de enfermería con maestría:

- La prestación de servicios de enfermería, relacionada con los roles de educador, investigador, consultor o asesor en los temas clínicos, de la salud pública, bioéticos o legales implícitos en la atención del personal de la salud con un nivel de participación y liderazgo, le corresponden al personal de enfermería con maestría, debido a que por su grado de formación con estudios avanzados posteriores a la licenciatura en un área específica, lo faculta para asumir esos roles.
- Identifica problemas de la práctica y sistemas de cuidado que requieran ser estudiados.
- Colabora en la generación de nuevos conocimientos y en estudios interdisciplinarios o multidisciplinarios.
- Su función sustantiva es de docencia, administración e investigación.

Del personal de enfermería con doctorado:

- La prestación de servicios de enfermería, relacionada con las acciones para generar conocimiento en las diferentes áreas de la salud, corresponde al personal de enfermería con doctorado, debido a que por su grado de formación con estudios avanzados de posgrado en un área específica, está facultado para dirigir estudios de investigación interdisciplinaria o multidisciplinaria.
- Aporta evidencias científicas para la formulación de políticas que mejoren la calidad y la seguridad de los pacientes, así como para la formación de recursos humanos para la salud.
- Su función sustantiva es de investigación.

Una vez que contamos con los límites de cada categoría, lo pertinente es referirse a los tipos de responsabilidades que enmarcan su actuación.

2. Responsabilidades en el ámbito legal

La responsabilidad en el derecho constituye un punto toral en la relación que se establece entre el paciente y el personal de salud, por ello la pertinencia para acudir a algunos conceptos teóricos, a fin de contar con una panorámica más amplia de su significado.

En opinión de Rolando Tamayo y Salmorán, “la responsabilidad señala quién debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación”.⁹

En términos jurisprudenciales, de conformidad con lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tenemos que “la responsabilidad implica el deber de una persona de responder, ante otra, por las consecuencias dañinas de un hecho o conducta, sea propia o ajena”.¹⁰

Luego entonces, la responsabilidad jurídica implica el incumplimiento de una obligación, razón por la que se debe resarcir el daño o afectación que se causa por esa conducta, sea activa u omisiva.

En el contexto aludido es relevante considerar que la responsabilidad en el ámbito de la enfermería tiene origen en la mala praxis por la negligencia y/o la impericia, y que en algunas ocasiones puede existir el dolo, lo que significa, respecto a la primera, según el *Diccionario para juristas*, de Juan Palomar de Miguel, descuido, omisión, abandono o imprudencia injustificada.

Doctrinariamente —dice Juan Velázquez—¹¹ la negligencia es la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas; es el abandono, la desidia, la falta de aplicación o de atención, el olvido de las órdenes o preocupaciones y entiende la *impericia* como la falta de conocimiento o de la práctica que cabe exigir a uno en su profesión, arte u oficio; es la torpeza, la inexperiencia; por lo que hace al dolo, es la resolución libre y consciente, sigue diciendo Velázquez, de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley.

Finalmente, es indispensable indicar que los servidores públicos pueden cometer, con una sola conducta, distintos tipos de responsabilidades, como lo determina el criterio jurisprudencial siguiente:

RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 108 al 114 de la Constitución federal, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes: A) la *responsabilidad* política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho; B) la *responsabi-*

⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Responsabilidad”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. 4, pp. 3348-3350.

¹⁰ IUS 282184, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XX, p. 737.

¹¹ Velázquez, Juan, *Arbitraje médico. Fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*, México, Trillas, 2009, p. 63.

lidad penal para los servidores públicos que incurran en delito; C) *la responsabilidad administrativa* para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y D) *la responsabilidad civil* para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales. Por lo demás, el sistema descansa en un principio de autonomía, conforme al cual para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, aunque algunas de éstas coincidan desde el punto de vista material, como ocurre tratándose de las sanciones económicas aplicables tanto a la responsabilidad política, a la administrativa o penal, así como la inhabilitación prevista para las dos primeras, de modo que un servidor público puede ser sujeto de varias responsabilidades y, por lo mismo, susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones.¹²

A. *Administrativas*

La responsabilidad de carácter administrativo constituye un cúmulo de obligaciones adicionales que poseen las personas que prestan sus servicios personales para el Estado, en la relación que se establece para el ejercicio de la función pública.

En efecto, la acción del Estado se manifiesta mediante el ejercicio de esa función, por lo que se establecen relaciones de carácter laboral que dan lugar al Estado-patrón y al servidor público-trabajador, teniendo como objetivo principal brindar los servicios que requiere la población.

La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, reglamenta el título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratándose de las actividades a cargo de los servidores públicos, estableciendo las obligaciones, las responsabilidades y sanciones administrativas, además de las autoridades competentes para la aplicación de dicha legislación, así como el procedimiento para aplicar las sanciones correspondientes, incluyendo el registro patrimonial de los servidores públicos.

Lo anterior significa que, con independencia de las obligaciones propias de la actividad específica que llevan a cabo los servidores públicos, adquieren, por el solo hecho de trabajar al servicio de la administración pública

¹² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, tesis P. LX/96, t. III, abril de 1996, p. 128. Amparo en revisión 237/94. Federico Vera Copca y otro. 23 de octubre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente Juan Díaz Romero. Secretaria Adriana Campuzano de Ortiz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el 15 de abril en curso, aprobó, con el número LX/1996, la tesis que antecede, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, D. F., a 15 de abril de 1966.

federal, tanto en el sector centralizado como en el descentralizado o paraestatal, así como en los órganos constitucionales autónomos y, en general, en aquellos entes o ficciones jurídicas que manejan recursos federales, la obligación de acatar principios o postulados adicionales, como son legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia.

Es importante resaltar que el incumplimiento a este tipo de normas provoca la comisión de infracciones que, en algunos casos, se traduce no sólo en sanciones administrativas sino que además dan lugar a la comisión de alguno o algunos de los ilícitos establecidos en el Código Penal federal, en el capítulo correspondiente a los delitos que pueden cometer los servidores públicos.

En cuanto a los sujetos de aplicación de estas normas administrativas, el personal de enfermería que se encuentra adscrito a alguna de las dependencias o entidades de la administración pública federal centralizada como en el caso de quienes laboran en la Secretaría de Salud, o bien los adscritos a la administración pública federal descentralizada como el IMSS, el ISSSTE y los institutos nacionales de salud, se encuentra obligado a su acatamiento, a riesgo de ser sometido al procedimiento administrativo de responsabilidad correspondiente.

La justificación de estas obligaciones adicionales atiende, por un lado, al cumplimiento de la función estatal que impone un mayor rigor y, por otro, se convierte en una carga adicional para los servidores públicos, ya que una misma conducta puede generar responsabilidades de tipo administrativo, penal y civil.

B. Penales

Una de las funciones del derecho penal consiste en sancionar las acciones o las omisiones que se han denominado delitos y que, por tanto, son reprochables. Tratándose de las responsabilidades de carácter penal en las que pueden incurrir las personas dedicadas a la práctica de la enfermería, pueden originarse desde dos vertientes, a saber: 1) por la actualización de las hipótesis normativas previstas y sancionadas por el Código Penal federal, esto es, cuando la conducta que llevan a cabo corresponde a la descrita en el tipo penal, y 2) cuando la conducta realizada o la omisión se adecua a lo establecido en los ilícitos que establece la ley especial aplicable a las actividades relacionadas con el ámbito de la salud, mismas que se encuentran plasmadas en la Ley General de Salud.

Tanto el personal que labora al servicio de la administración pública federal en sentido amplio, como el que labora en el campo de los particulares, pueden hacerse acreedores a esta clase de responsabilidades.

Para los primeros, los servidores públicos, indicamos que la responsabilidad administrativa en que incurran es independiente de la que ahora nos ocupa y para los segundos, se trata de las normas aplicables específicamente al llevar a cabo una acción u omisión delictiva, en la inteligencia de que no se requiere pertenecer al sector indicado para llevar a cabo su comisión, es decir, que puede cometerlos cualesquiera persona, esté o no adscrita al sector salud.

C. Civiles

En el caso de los servidores públicos, la responsabilidad civil, igual que los dos tipos de responsabilidad descritos, posee una independencia plena, a pesar de que su origen sea la misma conducta, y por lo que hace al personal de enfermería que no labora para el Estado, se actualiza este tipo de responsabilidad, pudiendo coexistir con la de tipo penal y en ambas se requiere la existencia de un resultado provocado por una acción o una omisión afectada de negligencia o impericia y, en algunos casos, del dolo, el cual puede ser de tipo civil o penal.

En el ámbito puramente civil existen relaciones entre personas morales o personas jurídicas y prestadoras de servicios de enfermería y también, entre personas físicas. Dentro de las primeras es una cuestión común la relación entre los hospitales y las enfermeras, mientras en el segundo caso se refiere a la prestación de esos servicios de manera independiente, y en ambos casos su origen es el derecho privado, lo cual no los excluye de la aplicación de las dos normas oficiales mexicanas invocadas, es decir, la NOM-019-SSA3-2013, para la práctica de la enfermería en el sistema nacional de salud y la NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico, plasmando los derechos y obligaciones en los contratos respectivos.

En efecto, el Código Civil federal consigna el contrato de prestación de servicios profesionales y lo define en los términos de los artículos 2606 y 2607, que a la letra indican:

Artículo 2606. El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.

Cuando se trate de profesionistas que estuvieren sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas establecidas en el respectivo contrato colectivo de trabajo.

Artículo 2607. Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados

Lo anterior constituye el punto de partida para la praxis en la enfermería, razón por la que cada una de las partes debe cumplir todo aquello a lo que se obligó, en donde existe, por supuesto, la obligación de actuar debidamente, con profesionalismo, derivado del puesto que ocupen y de su preparación, además del acatamiento del denominado Código de Ética de las Enfermeras, es decir, que la diferencia en la práctica de la enfermería radica en la forma de contratación y el establecimiento de las obligaciones específicas, no así de las normas aplicables de manera específica para dicho ejercicio, las cuales, como se apuntó, derivan de las NOMs indicadas.

En este contexto, pueden surgir actos realizados con negligencia o impericia que dan lugar a la responsabilidad civil, misma que admite la siguiente clasificación:

1. Responsabilidad contractual y extracontractual.
2. Responsabilidad subjetiva y objetiva.
3. Responsabilidad subsidiaria, solidaria o directa.

De estas clasificaciones nos interesa la extracontractual y la objetiva. Para Carmen García Mendieta, la responsabilidad extracontractual, tiene su origen en el principio general de derecho que establece "...que todo aquel que cause un daño a otro tiene la obligación de repararlo",¹³ mientras que la responsabilidad objetiva el deber de resarcimiento es independiente del dolo, la culpa o la negligencia del agente que causó el daño, es decir que basta con que se cause el daño para que surja la obligación de repararlo.

Luego entonces, de las labores cotidianas surge la responsabilidad, en virtud de las obligaciones adquiridas como prestador de un servicio profesional, de donde podrá surgir, la responsabilidad legal de tipo civil, pues,

¹³ García Mendieta, Carmen, voz "Responsabilidad...", *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. II, p. 967.

como puede apreciarse, se trata de contratos distintos al de trabajo, pero que en muchas ocasiones, no sólo en el ámbito privado sino también en el gubernamental, se utilizan para llevar a cabo verdaderas labores que corresponde a un trabajo personal subordinado, es decir la relación que establece la Ley Federal del Trabajo; sin embargo, para los efectos que nos ocupan, el personal de enfermería puede ser sujeto a este tipo de procedimientos debido a su incorrecta actuación.

V. PROCEDIMIENTOS Y MECANISMOS DE DEFENSA

Considerando la clasificación de los derechos humanos por su evolución, corresponden a los de primera generación, los que se atribuyen al hombre en tanto individuo, esto es, los civiles y políticos, cuya pretensión es asegurar las libertades fundamentales del ser humano frente al Estado.

En esta clasificación encontramos los derechos a la vida, a la integridad física, a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a la seguridad jurídica.

Dentro del orden jurídico mexicano, los artículos 14 y 16 constitucionales son el sustento para el goce de los mecanismos indicados, por lo que es necesario referir su vinculación, para establecer los medios de defensa que gozan los particulares y poder inconformarse con los actos de autoridad.

El primer precepto que abarca los actos de privación, establece tres garantías: la de audiencia, la de legalidad en materia civil y la exacta aplicación de la ley en materia penal. La garantía de audiencia implica ser oído y vencido en un juicio o procedimiento, en el que exista la oportunidad de defenderse ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad, es decir, que se trata de los derechos de seguridad jurídica; la garantía de legalidad en materia civil obliga a las autoridades judiciales a fundar sus sentencias en la letra de la ley o en la interpretación jurídica de la misma o, en su caso, en los principios generales de derecho; la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal dispone que sólo podrán imponerse las penas señaladas por la ley para diversos delitos, de modo que únicamente se podrán imponer sanciones en el caso de que se encuentren previamente establecidas para el caso concreto.

El segundo dispositivo invocado refiere en el primer párrafo los denominados actos de molestia, que conllevan el derecho a no ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la

causa legal del procedimiento, lo que se traduce en la obligación para las autoridades en el sentido de cumplir, en todos sus actos, con los requisitos del principio de legalidad, es decir, que tales actos se encuentren fundados, motivados, que consten por escrito y que sean emitidos por las autoridades competentes.

Estos derechos adquieren relevancia pues se traducen en la posibilidad de defensa de los particulares ante actos de las autoridades que se consideren ilegales o arbitrarios, es decir la posibilidad que se tiene para inconformarse con ellos mediante el derecho de audiencia para estar en posibilidad de probar y alegar dentro de los procedimientos establecidos para tal fin.

Efectivamente, al establecerse la relación entre gobernantes y gobernados es necesario delimitar el radio de acción entre unos y otros, teniendo por un lado a los gobernantes revestidos con el imperio de la ley, derivado de las atribuciones que las propias normas les otorgan y, por otro, a los gobernados que deberán hacer valer tales prerrogativas.

Los mecanismos que existen para la defensa del personal de enfermería los hemos dividido en 1) legales, que comprenden el orden administrativo, penal y civil y, 2) médico-legales, en donde se inscriben los procedimientos establecidos en la Conamed, esto es, el conciliatorio y el arbitral.

1. *Legales*

A. *En materia administrativa*

a. Procedimiento administrativo de responsabilidad

Instauración. El procedimiento se inicia por una denuncia o queja expresa o como resultado de una revisión practicada por las autoridades competentes.

Una vez radicada la denuncia, la queja o la resolución derivada de la auditoría o revisión, se presume la existencia de presuntas infracciones a las normas consignadas en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; se le emplaza para que dé respuesta a la misma, negándolas, desvirtuándolas o controvirtiéndolas y para que comparezca ante la autoridad competente, esto es, ante el titular del órgano interno de control (OIC) que existe en la dependencia o entidades de la administración pública federal de que se trate.

A dicha audiencia deberá comparecer asistido de un abogado en defensa de sus derechos, teniendo la posibilidad de acompañar las probanzas que

estime necesarias para su defensa, las cuales deberán ser admitidas, ordenando el desahogo correspondiente.

Medios probatorios. Por la naturaleza de las imputaciones realizadas, las pruebas idóneas para acreditar su no responsabilidad son de carácter documental o pericial de acuerdo con la materia específica que corresponda. No se permite la prueba confesional, aunque por su idoneidad, se aceptan las testimoniales.

En este contexto son relevantes, para el caso que nos ocupa, las pruebas documentales consistente en la hoja de enfermería y el expediente clínico, las cuales obran en poder de la institución de salud.

Cabe mencionar que estos documentos los puede obtener el servidor público mediante la solicitud de expedición de copias certificadas, pues constituyen la base de su actividad que permitirá, en su caso, acreditar que las imputaciones no son responsabilidad de él.

En caso de no obtenerlas antes de la fecha señalada para la audiencia, deberá ofrecer la petición realizada y ofrecer las copias selladas de recibido, con la finalidad que el órgano interno de control las requiera de manera directa.

Resolución administrativa. Una cuestión en la que vale detenerse es en la doble función que tiene el OIC, pues por un lado imputa a los servidores públicos presuntas infracciones a la ley de la materia y, por otro, se encarga de resolverlas, de modo que actúa, en términos coloquiales, como juez y parte.

Con posterioridad al desahogo de las pruebas ofrecidas, admitidas y desahogadas, el OIC se encuentra en aptitud de emitir su resolución final, la que deberá establecer si existe o no responsabilidad del servidor público y, en su caso, las sanciones a las que se hará acreedor por las infracciones cometidas, las cuales atenderán a cada caso concreto, en función de las condiciones específicas, de conformidad con lo siguiente:

Sanciones. Los servidores públicos que hayan incurrido en responsabilidad administrativa, se harán acreedores a alguna o algunas de las siguientes sanciones: 1) admonestación privada o pública; 2) suspensión del empleo, cargo o comisión por un periodo no menor de tres días ni mayor a un año; 3) destitución del puesto; 4) sanción económica; 5) inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, además de que en caso de infracciones graves se impondrá la sanción de destitución.

Reincidencia. Se considerará reincidente al servidor público que habiendo sido declarado responsable del incumplimiento en alguna de las obliga-

ciones a que se refiere el artículo 8o. de la Ley, incurra nuevamente en una o varias conductas infractoras a dicho precepto legal.

b. Recurso administrativo de revocación

En materia de responsabilidades de los servidores públicos existe el recurso administrativo de revocación, cuya finalidad consiste en que la autoridad emisora de la resolución administrativa definitiva se avoque a su revisión.

Este recurso se tramita ante la propia autoridad emisora. Respecto a su eficacia, vale decir que al tratarse de un acto de revisión, difícilmente se obtendrá un resultado positivo para el servidor público, excepto que se trate de cuestiones procesales o bien, que en su dictado se hayan conculado de manera clara y contundente los preceptos legales que permitirían su sustento legal; sin embargo, se trata de un medio de impugnación menos eficaz, que es optativo para el servidor público adscrito al ámbito de la enfermería, a quien le corresponderá decidir si presenta o no su inconformidad con dicha determinación, o bien, ejercita su derecho ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, mediante el juicio de nulidad.

Si opta por el primero, la autoridad administrativa se encontrará obligada a revisar su propio acto, lo que evidentemente en forma práctica se traduce en la confirmación del mismo y, por el contrario, si decide acudir a la instancia siguiente deberá formular la demanda respectiva, basada en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

c. El juicio de nulidad

El juicio de nulidad, desde la óptica del servidor público que ha sido infraccionado, tiene como finalidad obtener la nulidad de la resolución administrativa que le perjudica, mientras que la autoridad enjuiciada, es decir, la autoridad gubernamental del sector salud, pretende obtener la validez de esa resolución, con lo que se ratificaría la decisión que perjudica al servidor público.

Por la naturaleza de este procedimiento, es necesario considerar que la parte más importante es la elaboración de la demanda, en la que se deben incluir las pruebas que presentará, aun las que no haya ofrecido en el recurso administrativo, teniendo gran relevancia las documentales consistentes en el dictamen clínico y la prueba pericial, debiendo establecer de manera precisa los términos en que habrá de desahogarse la citada pericial, pues el perito no deberá rebasar los límites del cuestionario correspondiente.

El desarrollo del juicio, para efectos prácticos, se desarrollará en forma más o menos sencilla, pues desde nuestro punto de vista carecen de idoneidad otro tipo de pruebas para obtener el propósito deseado.

d. El juicio de amparo en materia administrativa

Este juicio procederá en contra de la resolución negativa que afecte al servidor público, cuya pretensión será que el tribunal de amparo revise la constitucionalidad de la resolución aludida, es decir, que se avocará al estudio del asunto para determinar si existieron o no violación de los derechos humanos del servidor público.

La instauración de este juicio constitucional, en el caso que nos ocupa, tiene lugar cuando el servidor público no le favorece la resolución administrativa dictada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Se clasifica en directo e indirecto.

El amparo directo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por los actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, es decir, el amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la ley de la materia, como en el caso que nos ocupa.

Las partes procesales que intervienen en este procedimiento son: 1) el quejoso, 2) la autoridad responsable, 3) los particulares cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos de los gobernados, el tercero interesado, 4) la víctima del delito u ofendido, 5) el indiciado o procesado cuando el acto reclamado sea el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público; 6) el Ministerio Público que haya intervenido en el procedimiento penal del cual derive el acto reclamado, siempre y cuando no tenga el carácter de autoridad responsable.

La competencia para conocer de este juicio radica en los Tribunales Colegiados de Circuito y se establece de acuerdo con la residencia de la autoridad que haya dictado el acto reclamado y, en su caso, atendiendo a la especialización por materia.

En materia administrativa es competente el Tribunal Colegiado de Circuito que tenga jurisdicción en donde el acto reclamado deba tener ejecución, trate de ejecutarse, se esté ejecutando o se haya ejecutado; si el acto reclamado puede tener ejecución en más de un circuito o ha comenzado a ejecutarse en uno de ellos y sigue ejecutándose en otro.

Procede contra resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales administrativos, ya sea que la violación se cometía en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.

La parte esencial del juicio a estudio se sustenta en la elaboración de los conceptos de violación, que son expresados mediante el denominado *silogismo jurídico o la causa petendi*, o causa de pedir y que en ambos casos refieren las actuaciones indebidas de las autoridades en perjuicio de los quejosos, es decir, de las enfermeras.

La demanda de amparo deberá presentarse por conducto de la autoridad responsable, es decir, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, quien la remitirá a la oficialía de partes común de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Una vez que se le ha asignado el Tribunal que conocerá de la demanda de amparo, se turnará a una de las tres ponencias existentes, con la finalidad de que se avoque al conocimiento del mismo y formule el proyecto de resolución respectivo, el cual se discutirá en una sesión colegiada junto con los dos magistrados restantes.

El sentido de la resolución puede ser negando, concediendo o sobreseyendo el juicio y dicha resolución puede tomarse por mayoría o por unanimidad, según el caso. De concederse la protección de la justicia federal, las cosas tendrán que volver al estado en que se encontraban al momento en que se dictó el acto vulnerador de los derechos humanos de los servidores públicos-enfermeras.

B. *En materia penal*

a. El juicio penal acusatorio adversarial

El sistema de justicia penal en México ha entrado en un nuevo paradigma, mediante la instauración de este proceso, que, en términos breves, se integra por las siguientes etapas:

La de investigación, que estará a cargo del Ministerio Público, quien se encargará de la investigación de los hechos denunciados, así como de las entrevistas, con la finalidad, en su caso, de remitir la carpeta de investigación al juez de control. Es importante señalar que las pruebas que se obtengan en esta etapa no serán consideradas por el juez de juicio oral, es decir, que solamente servirán para que el juez de control vincule a la persona al procedimiento.

La de preparación del juicio oral o etapa intermedia, que llevará a cabo el juez de garantías o de control, en donde se realizará una depuración de las pruebas obtenidas en la etapa anterior, así como de las proporcionadas por las partes, respetando los principios que rigen a este procedimiento: oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, presunción de inocencia, continuidad, y de libre valoración de las pruebas que, en este caso, nos resulta de suma relevancia, porque le otorga al juez la facultad de valorar el acervo probatorio conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, así como el de igualdad procesal.

La del tribunal o del juicio oral, que se encuentra a cargo del juez.

b. El recurso de apelación

Este es un medio de impugnación que sirve a la parte que obtuvo una resolución contraria a sus intereses, para que el asunto sea revisado por un órgano superior, mediante lo que en derecho se denomina expresión de agravios.

El sentido de esta resolución puede ser: 1) confirmar la sentencia, 2) modificar la sentencia o, 3) revocar la sentencia.

c. Juicio de amparo directo

Este juicio constitucional implica que la autoridad de amparo, que es federal, revisará la sentencia de apelación con la finalidad de determinar si existieron o no violaciones a los derechos humanos de la parte quejosa que resultó afectada con la sentencia dictada en la apelación.

El sentido de la ejecutoria de amparo puede ser: 1) amparar a la parte quejosa, 2) negar el amparo, o bien, 3) sobreseer el juicio. Lo anterior significa, en el primer caso, que existieron violaciones de derechos humanos que se deben resarcir, lo que impone volver al estado que tenían las cosas al momento de ocurrir la violación de los derechos humanos; en el segundo caso, que no existieron tales violaciones y que, por tanto, se niega la protección federal, esto es que la autoridad señalada como responsable actuó dentro de la legalidad y por ello queda firme la sentencia, y 3) que existen causas o razones por las que no se estudia si existieron o no violaciones de derechos humanos, o sea que resulta irrelevante la emisión de la ejecutoria de amparo, dado que se trata de la conclusión anticipada del juicio por una causa de sobreseimiento.

C. En materia civil

En esta materia, que atiende fundamentalmente los casos de responsabilidad civil y daño moral, los procedimientos son semejantes, es decir, habrá un juicio de responsabilidad civil, después la parte que haya resultado afectada podrá promover el recurso de apelación y, por último, el juicio de amparo.

a. El juicio ordinario civil

Se trata de un procedimiento jurisdiccional de corte tradicional, en el que existe una pretensión de la parte actora, es decir de quien demanda o reclama de otra u otras partes, a quienes se denomina demandados, y éstos, al tener una postura contraria, oponen mecanismos de defensa, esto es, excepciones o defensas tendentes a destruir la pretensión inicial.

Una posibilidad de solución de estos juicios existe mediante la celebración de una audiencia de conciliación, cuestión que no es obligatoria, pero que posibilita la solución. En caso de no tener algún arreglo conciliatorio se pasa al periodo de pruebas, en que cada una de las partes deberá ofrecer las probanzas que estime pertinentes de acuerdo con sus intereses.

En este punto es de suma importancia considerar la existencia de las pruebas documentales y, especialmente, a las que nos hemos referido: la hoja de enfermería y el expediente clínico, así como la pericial en enfermería, pues indicarán, por un lado, el inicio, la evolución y el estado final de las actividades practicadas en el paciente y, por otro, el estado que presentaba el mismo en el momento de la valoración practicada por el perito.

b. El recurso de apelación

El objeto del recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por el juzgado de origen consiste en la revisión que debe hacer el órgano jurisdiccional superior, esto es la sala, lo que se concretará en la revocación de la sentencia aludida, su confirmación o su modificación, constituyendo un mecanismo de defensa importante para el personal de enfermería involucrado.

c. El juicio de amparo en materia civil

Este juicio constitucional que se plantea en contra de la sentencia dictada en la apelación significa, en términos prácticos, que el tribunal competente, esto es el Tribunal Colegiado de Circuito, “revisará” la resolución impugnada a

fin de determinar la existencia o no de violaciones a los derechos humanos de la parte quejosa.

2. *Médico-legales*

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) tiene como propósito resolver los conflictos suscitados entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud de carácter público, privado y social, así como de contribuir a mejorar la calidad y eficiencia de los servicios médicos en nuestro país. Es un organismo descentrado de la Secretaría de Salud que posee plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, por lo que garantiza a las partes la imparcialidad en el análisis, el dictamen y la resolución en las controversias que conozca.

Asimismo, tiene la facultad de intervenir en amigable composición para conciliar los conflictos suscitados en la prestación de servicios médicos por probables casos de omisión o negligencia que afecten la salud del usuario.

En los casos en que las partes se sometan al arbitraje, la Conamed fungirá como árbitro y emitirá los laudos correspondientes. Los procedimientos que lleva a cabo, esencialmente, son 1) el conciliatorio y 2) el arbitral.

En el conciliatorio se pretende un arreglo y si las partes la llevan a cabo procede a la firma de los acuerdos correspondientes para finiquitar la controversia.

Por lo que se refiere al arbitral, parte de la disposición para someter las diferencias a un tercero, con la obligación de acatar la resolución que corresponde, es decir, las partes se someten de manera voluntaria al arbitraje de la Comisión, renunciando a cualquier otra instancia para dirimir su conflicto y ésta tiene facultades para resolver en definitiva la controversia mediante la emisión de un laudo apegado a derecho.

La importancia de la intervención de la Conamed, previa a la instancia jurisdiccional consiste, esencialmente, en que las partes disminuyan sus pretensiones para que el asunto concluya, es decir, se requiere la voluntad inicial para concluir la problemática en la que, desde luego, no obtendrán la satisfacción plena de sus reclamos; sin embargo, el ciudadano no tiene confianza en el sistema jurisdiccional mexicano, entre otras cuestiones por la lentitud de sus procesos, por la falta de rapidez y por la burocracia que hace que la justicia, en caso de llegar, llegue tarde.

VI. EL EXPEDIENTE CLÍNICO Y LA PRUEBA PERICIAL EN ENFERMERÍA

De acuerdo con Carlos Ramírez Montalvo, “El expediente clínico es el conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos en los cuales el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención con arreglo a las disposiciones sanitarias”.¹⁴ Su regulación se encuentra en la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, “Del expediente clínico”, mismo que constituye, junto con la Norma Oficial Mexicana NOM-019-SSA3-2013, “Para la práctica de enfermería en el sistema nacional de salud”, y es el pilar para el ejercicio de la enfermería en el país, tanto para los pacientes como para el personal de enfermería, debido a que registra el inicio, la evolución y el estado final del paciente, siendo determinante para acreditar, en su caso, la existencia de responsabilidades, de acuerdo con las obligaciones del personal de la salud y, por ello, las posibles sanciones en casos de negligencia o impericia; mientras que la prueba pericial es, a decir de José Ramón González Pineda,¹⁵ el dictamen de personas versadas en una ciencia, arte u oficio con el objetivo de ilustrar a los tribunales sobre un hecho cuya existencia no puede ser demostrada ni apreciada sino por medio de conocimientos científicos o técnicos, o bien, un medio de descubrir la verdad de un hecho, y la forma especial de su demostración deducida de los fenómenos visibles de él o de sus efectos.

Una problemática en torno a este expediente se presenta al preguntarse. ¿el expediente clínico pertenece al paciente o la institución médica?

El expediente contiene el estado que guarda el paciente y se va conformando con los avances o retrocesos de orden médico; sin embargo, si el paciente tiene derecho a obtener una segunda o tercera opinión, requiere de su expediente para que el nuevo facultativo esté en posibilidad de conocer los antecedentes y pueda emitir las prescripciones y tratamientos correspondientes.

No obstante esta situación, la institución médica requiere un respaldo de las actuaciones llevada a cabo, con la finalidad de acreditar las labores realizadas, entonces, ¿quién debe tener su posesión? La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación indica que el paciente tiene derecho a obtener su expediente, o bien, una copia certificada del mismo, atento a lo establecido en los criterios jurisprudenciales que sobre el particular se han emitido, por lo que el paciente tiene derecho a que se le proporcione

¹⁴ Montalvo, Carlos, *Arbitraje médico. Fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*, México, Trillas, 2010, p. 262.

¹⁵ http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/prueba.pdf.

su expediente clínico, sea el original o bien copias certificadas y pueda ser utilizado, además, como elemento probatorio para la defensa del profesional de enfermería

1. *Importancia*

Desde nuestro punto de vista el expediente clínico constituye un factor fundamental en la resolución de asuntos judiciales, ya que en la conjunción del derecho y la medicina; particularmente en el caso del ejercicio de la enfermería, tiene especial importancia su existencia y contenido, con la finalidad de acreditar las actuaciones llevadas a cabo, sea para la defensa del personal de enfermería o bien para la del paciente agraviado, de modo que, desde nuestro punto de vista, el citado personal, no obstante que no sea su función, se encuentra obligado a su cuidado desde el inicio hasta el final de las actuaciones, con independencia de la condición final del paciente. No hacerlo en estos términos constituye una grave deficiencia para el conocimiento de la verdad legal, con las implicaciones del caso, es decir, con la existencia y participación en procesos penales, civiles o administrativos.

En otros términos, el personal de enfermería, al tener acotadas sus responsabilidades en los términos asentados, verá las limitaciones de sus obligaciones y el cumplimiento debido, cuestión que le permitirá salir avante en un conflicto jurisdiccional.

En el aula acostumbro decir que la problemática generada por la praxis médica se resolverá, en muchas ocasiones, mediante la elaboración, existencia y valoración del expediente clínico y, en su caso, de la prueba pericial médica, y que el derecho, en tanto conjunto de normas legales, de origen diverso, pero unidas en torno al problema específico, atiende al recubrimiento de legalidad o de ilegalidad, según el caso, en donde se descubre una controversia adicional, como se indica en el siguiente párrafo.

Prueba pericial vs. Expediente clínico. En esas condiciones, podemos señalar que tanto el expediente clínico como la prueba pericial médica permitirán al órgano jurisdiccional contar con elementos probatorios que coadyuvarán en la resolución del caso a estudio, sea ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa o ante el juzgado civil correspondiente, sea local o federal o, en su defecto en el juicio penal.

En efecto, se trata de dos cuestiones que, en principio, son complementarias; sin embargo, pueden existir de manera independiente, en donde, desde nuestro punto de vista, adquiere mayor consistencia jurídica el expediente clínico que la prueba pericial propiamente.

La prueba pericial es un elemento probatorio indispensable para tener o no por acreditados los hechos negligentes que se atribuyen al sujeto activo y debe satisfacer ciertos requisitos que sirven para ilustrar al juzgador, quien por cuestión natural, carece de los conocimientos técnicos en la materia; sin embargo, debe estar acorde con la evolución del tratamiento, ya que se trata de una unidad, esto es, la evolución del paciente que se reflejará en el expediente clínico y la prueba pericial deberá corroborar tales datos.

Sobre el particular existe una tesis jurisprudencial que muestra de modo claro el alcance de ambos instrumentos, en el caso del daño moral, es decir en una de las facetas del juicio civil. Dicho criterio indica:

PERICIAL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBE SATISFACER PARA ACREDITAR EL DAÑO MORAL. La prueba pericial ofrecida para demostrar la negligencia profesional en que pudo ocurrir el médico tratante del sujeto pasivo, se constituye en un elemento probatorio indispensable para tener o no por acreditados los hechos negligentes que se atribuyen al sujeto activo (persona física o institución pública o privada tratantes) demandado, por lo que en su desahogo se debe cuidar por las partes y, en su caso, por el juez, que el dictamen relativo reúna todos aquellos elementos mínimos indispensables que ilustren al juzgador para que éste al realizar la valoración respectiva aborde una conclusión objetiva y justa. Así, en principio destaca la necesidad de que el dictamen de la pericial médica esté a cargo de un profesional en medicina especializado en el órgano humano, enfermedad o padecimiento que involucró el hecho dañoso, pues la lógica indica que es la persona con mayores conocimientos y experiencia para opinar sobre el punto específico a dilucidar. *El análisis del perito para emitir su dictamen debe apoyarse, en caso de que exista, en el expediente clínico del sujeto pasivo, o en los exámenes clínicos y médicos de la persona en caso de ser necesario y cuando ello sea factible*, con la finalidad de que pueda valorar sus antecedentes tales como edad, sexo, constitución anatómica, predisposición, otras enfermedades padecidas y sus probables secuelas y relación con la que se dictamina, etcétera, ya que sólo de esa manera se puede realizar un estudio profundo, acucioso, lógico, razonable y objetivo. La contestación de las preguntas de los peritos de las partes y del tercero en discordia debe ser congruente, es decir, referirse concretamente a la pregunta formulada en el cuestionario respectivo; también deben ser claras, lo que significa exponer sus ideas y conclusiones de una manera tal que los términos médicos se entiendan a través de palabras simples y sencillas para el común de la gente; igualmente las respuestas deben estar fundadas, esto es, exponer la naturaleza del órgano humano, enfermedad o padecimiento dañoso, así como sus orígenes en el caso concreto, la forma en que se diagnosticó por el sujeto activo, el tratamiento que propuso y ejecutó, los resultados expresados y los que finalmente se obtuvieron. Además, las conclusiones del perito deben apoyarse en

la doctrina y literatura médicas vigentes, pues dada la naturaleza del hecho dañoso, la complejidad en su origen, desarrollo, diagnóstico, tratamiento y resultados, en la medida de lo posible tales opiniones deben fundarse en los estudios existentes en que ya se haya probado que en la generalidad de los casos semejantes un diagnóstico y tratamiento o procedimiento quirúrgico ya ha dado resultados positivos.¹⁶

B. *Valoración*

Para efectos de la valoración, el juzgador cuenta con dos formas para ello: las pruebas tasadas y la libre valoración. ¿Entonces, cuál es la importancia de la prueba pericial si consideramos que un juzgador carece de los conocimientos técnicos en materia de medicina?

Podemos señalar que esta prueba ilustra al juzgador, pero no es determinante para obtener el sentido del fallo, en atención a las siguientes consideraciones:

- Se realizará después de ocurrido el acto que provocó la queja o demanda.
- Acreditará la situación de salud del paciente en el momento en que se practique.
- Puede ser confiable en cuanto al origen de la situación médica al momento de practicarse, pero no definitiva.

En estas condiciones, debemos revisar el alcance del otro contendiente en esta disputa jurídico-médica: el expediente clínico, por lo que es necesario considerar que dicho expediente se va formando de acuerdo con la situación del paciente y que la enfermera forma parte de ese proceso, que si bien involucra al demás personal de salud, le permite acotar su actuación.

Por lo que hace a la valoración del expediente clínico, no deben dejarse de lado sus características propias, pues se trata de una prueba *sui generis*, ya que puede valorarse como documental privada o documental pública, atento al origen que posea, en caso de provenir de un ente de salud pública o de una empresa mercantil dedicada a la prestación de los servicios de salud.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que todos somos o hemos sido pacientes —incluso el personal de enfermería— razón más que suficiente para que el juzgador considere la probabilidad de la responsabilidad del profesional de enfermería.

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 165206, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada, materia civil, tesis I.3o.C.777 C, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2877. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 369/2009. Instituto Mexicano del Seguro Social. 24 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretario: Ricardo Núñez Ayala.

ciente para estar atentos a la vigilancia del expediente clínico, pues como se indicó será el elemento de defensa básico para el caso de una controversia legal.

C. *Criterios jurisprudenciales*

1. NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA1-1998, DEL EXPEDIENTE CLÍNICO. Atento al principio *pro homine* en ejercicio del control de convencionalidad, debe declararse la inaplicabilidad de su punto 5.5, al caso concreto, al omitir los lineamientos respecto al préstamo de aquél e imponer condiciones para justificar la entrega, únicamente, del resumen clínico.¹⁷
2. NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA1-1998, DEL EXPEDIENTE CLÍNICO, punto 5.5. El juzgador está facultado para solicitar el expediente clínico y no se requiere que el paciente promueva medios preparatorios para que se le otorgue la información verbal, el resumen o el expediente clínico.¹⁸

VII. CONCLUSIONES

1. La existencia del binomio enfermería-derecho hace necesario el conocimiento de éste por parte del profesional de la enfermería, en el que debe atenderse a tres aspectos fundamentales: conocer, prevenir y corregir.
2. Las obligaciones del profesional de la enfermería exigen conocer los tipos de responsabilidades en que pueden incurrir por una mala o deficiente praxis, de ahí que deban prevenir actos de esta naturaleza, mediante una correcta aplicación de las normas éticas, profesionales y legales.
3. En caso de que la prevención rebase sus actividades, será necesario contar con los mecanismos de defensa legal, que podrán utilizarse en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales vigentes, en donde adquiere mayor relevancia la existencia del expediente clínico, ya sea como prueba documental privada o como pública.

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1837.

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXXI, abril de 2010, p. 2755.

“ESTÁ CIENTÍFICAMENTE COMPROBADO” NO SIGNIFICA NECESARIAMENTE RESPONSABILIDAD ÉTICA

María de los Ángeles CANCINO RODEZNO
Ricardo NOGUERA SOLANO
Juan Manuel RODRÍGUEZ CASO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Lo “científicamente comprobado” en nuestra cotidianidad*. III. *La práctica científica: metodología, alcances y límites*. IV. *Formación científica: una ética imprescindible*. V. *Romper los mitos*. VI. *Bioética para científicos*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la ciencia es la medida mediante la cual se valida cualquier aspecto de la sociedad, esto gracias al hecho de ser una empresa sumamente exitosa.¹ Puede sonar extremo, pero no hay más que mirar hacia los medios de comunicación y ver un sinnúmero de ejemplos en los que la etiqueta “científicamente comprobado” busca dar validez al producto, y con ello, “certeza” al posible comprador. Es más, la imagen estereotípica de un científico reafuerza cualquier mención: un personaje con bata blanca, con apariencia distraída, que mediante la realización de experimentos encuentra soluciones a cualquier problema. A partir de esos elementos, cualquier producto o servicio que se presenta al público da la impresión de tener un aval incontrovertible y racional.

Es común ver en los comunicados oficiales de las organizaciones y de los actores visibles en temas de política, salud, religión, justicia, economía, entre muchos otros, cómo tratan en varios sentidos de validar sus afirmaciones a través de datos generados por la ciencia, lo mismo para aceptar que para

¹ Hanne, Andersen y Hepburn, Brian, “Scientific Method”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/scientific-method/> (consultada el 10. de julio de 2016).

rechazar algún supuesto o versión de los hechos. Generalmente porque se considera que lo “científicamente comprobado” es garante de la verdad y en muchos casos de respetabilidad.

La información que se maneja en la mayoría de los comunicados que se sociabilizan y que llevan el respaldo del conocimiento científico es considerada —por gran parte del público— como sólida e incuestionable bajo el supuesto ingenuo de que la información generada dentro de las prácticas científicas tiene un sentido elevado de racionalidad y buen juicio; por lo tanto, se tiene la certeza de contar con los conocimientos correctos, imparciales y ajenos a intereses políticos, económicos o ideológicos, agregándole además el supuesto de que dicho conocimiento se ha generado por procesos metodológicos racionales y consensuados por la inmensa mayoría de la comunidad científica. En este sentido, todo conocimiento científico parece ser catalogado como bueno, verdadero y ético.

Los actores y las instituciones suelen recurrir a las posturas de los científicos expertos (o los contraexpertos) para certificar sus testimonios como “comprobados, confiables y éticos”, sin considerar que ser racional y disciplinado metodológicamente no basta ni es condición para ser una persona moral. Educarse en disciplinas científicas como física, biología, química o cualquier rama de la ciencia no prepara al estudiante para ser una persona ética o moral; tampoco para ser un mejor ciudadano, al igual que el grueso de la población.

Un científico también puede estar, como señalaba Immanuel Kant, en su *Antropología práctica* de 1785, en una minoría de edad en términos éticos, porque no se ha educado en el ejercicio de pensar en términos éticos y morales y porque los sistemas educativos de formación científica en muchas facultades y escuelas de ciencias de las universidades del mundo siguen formando —como ya lo reconocía Jean Jacques Rousseau desde 1750 en su *Discurso sobre las ciencias y las artes*— físicos, químicos, artistas, matemáticos, médicos, pero no necesariamente buenos ciudadanos que practiquen el ejercicio de pensar en términos éticos y morales.

Desde luego es innegable que la ciencia ha mostrado en muchos aspectos la causalidad de los fenómenos naturales y ha generado conocimientos útiles para la humanidad, asimismo ha proporcionado información fiable para plantear y elaborar teorías, argumentar y debatir de manera formal, rectificar o ratificar ideas, sustentar a otras disciplinas y discutir con pruebas y datos. La ciencia y sus alcances tecnológicos poseen una larga lista de casos exitosos que han sido la solución de muchos problemas importantes, no sólo en el campo de la salud, sino también en el de la producción de alimentos y otros productos de interés humano, sin embargo, pese a esos

logros, debe reconocerse que su construcción o enseñanza no han estado exentas de abusos, violaciones y prácticas desproporcionadas por parte del ser humano hacia sus semejantes, hacia los animales, hacia la totalidad de los seres vivos y los ecosistemas.²

La frase “científicamente comprobado”, desde luego no lleva implícita la historia de la ciencia ni las controversias éticas que su práctica genera, simplemente en el terreno de los medios de comunicación masiva, la frase se ha convertido en parte de la publicidad o en un eslogan de amplio espectro utilizado con fines económicos y políticos, como un recurso de veracidad y autenticidad, y aquí vale la pena preguntarse, ¿tiene la comunidad científica alguna responsabilidad? En el impacto que el eslogan genera en términos sociales, ¿cuál es en términos generales la responsabilidad social de la práctica científica?, ¿es posible que “lo científicamente comprobado” sea también dentro de las comunidades científicas un sinónimo y garantía de responsabilidad ética?

Para responder algunas de esas preguntas y mostrar la necesidad de una reconsideración de valores éticos y de formación bioética dentro de las comunidades científicas, ponemos a discusión un conjunto de ideas que muestran una profunda asimetría entre lo científicamente demostrado y la responsabilidad ética, una asimetría que ha sido continua incluso desde el nacimiento de la ciencia que nació desde luego con distintos fines e intereses, pero ninguno fue planteado con el objetivo de un mejoramiento de la moralidad humana, ni fue desarrollada con el objetivo de que cada científico valorara la responsabilidad que en términos sociales debe tener la práctica científica.

II. LO “CIENTÍFICAMENTE COMPROBADO” EN NUESTRA COTIDIANIDAD

Resulta común escuchar y leer a diario en los medios de comunicación una enorme cantidad de información, mucha de ella respaldada por la supuesta comprobación de los científicos. La opinión que vierten los medios en temas de actualidad gozan de mayor aceptación en el público si se acompañan de la “validación científica”, incluso existe una vasta divulgación en temas de ciencia y tecnología, pero no necesariamente bien descritos ni comprendidos, incluso algunos son totalmente tergiversados. Se usa a diestra y siniestra el cono-

² Cancino Rodezno, María de los Ángeles, “La enseñanza de la bioética en ciencia”, *Revista Digital Universitaria*, 2016, disponible en: <http://www.revista.unam.mx/vol.17/num2/art14/> (consultada el 15 de julio de 2016).

cimiento científico y tecnológico en los grandes temas de actualidad, entre cuyos ejemplos podemos citar:

La reciente entrega de las firmas de 109 premios Nobel considerado por muchos no una carta académica abierta sino un infomercial³ a favor de las grandes transnacionales como Monsanto, instando a grupos activistas a “abandonar su campaña contra los organismos modificados genéticamente”.⁴

En el caso de cuestiones medioambientales, el papa Francisco divulgó la postura del Vaticano en temas medioambientales a través de su encíclica *Laudato si'*, redactada con la asesoría de prominentes actores científicos y apoyada de diversos descubrimientos científicos para describir los distintos aspectos de la actual crisis ecológica para exhortar al ser humano a “convertir en sufrimiento personal lo que le pasa al mundo, y así reconocer cuál es la contribución que cada uno puede aportar”.⁵

Otro buen ejemplo es el polémico informe emitido por el panel de expertos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que refiere que el consumo de carnes procesada o embutidos aumenta el riesgo de sufrir cáncer, a partir de lo que ellos mismos denominan evidencia limitada de estudios epidemiológicos que muestran una relación positiva entre el consumo de carne roja y el desarrollo de cáncer colorrectal.⁶

Respecto a una de las tecnologías de edición genética más recientes, la llamada *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats* (CRISPR, repeticiones palindrómicas cortas agrupadas y regularmente interespaciadas), Steven Pinker, un renombrado sicólogo declaró que el potencial médico de esta tecnología es tan extraordinario que su ejecución no debe ser coartada por las moratorias sobre tecnologías, ni por las regulaciones bioéticas.⁷ Pos-

³ Narváez, Alfredo, “Las trampas de la fe científica”, *Milenio*, 2016, disponible en: http://www.milenio.com/tribunamilenio/son_daninos_los_transgenicos/Las_trampas_de_la_fe_cientifica-alfredo_narvaez_centro_tribuna_milenio_13_768653130.html (consultada el 14 de julio de 2016).

⁴ Ansede, Manuel, “109 nobeles acusan a Greenpeace de ‘crimen contra la humanidad’ por los transgénicos”, *El País*, disponible en: http://elpais.com/elpais/2016/06/30/ciencia/1467286843_458675.html (consultada el 14 de julio de 2016).

⁵ Francisco, papa, *Carta Encíclica Laudato Si'*, 2015, disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html (consultada el 15 de julio de 2016).

⁶ Organización Mundial de la Salud, *Carcinogenicidad del consumo de carne roja y de la carne procesada*, 2015, disponible en: <http://www.who.int/features/qa/cancer-red-meat/es/> (consultada el 14 de julio de 2016).

⁷ Madhusoodanan, Jyoti, “Bioethics Accused of Doing more Harm than Good”, *Nature*, 2015, disponible en: <http://www.nature.com/news/bioethics-accused-of-doing-more-harm-than-good-1.18128> (consultada el 15 de julio de 2016).

teriormente la *Human Fertilisation & Embryology Authority* (HFEA, Autoridad para la Embriología y la Fertilización Humana) del Reino Unido aprobó la primera licencia para editar información genética en embriones humanos provenientes de donadores anónimos de óvulos o espermatozoides o de parejas que decidan donar los sobrantes de sus tratamientos de fecundación *in vitro* en Reino Unido.⁸

Por otro lado, en las investigaciones periciales sobre el caso Ayotzinapa, Tomás Zerón de Lucio, el director de la Agencia de Investigación Criminal del Estado mexicano ha defendido la nombrada “verdad histórica”, frente a otras posibles versiones y ha dicho “estar seguro” de sus averiguaciones y conclusiones.⁹

No menos controversial es el caso de las patentes conseguidas por laboratorios sobre genes humanos, como es el caso de BRCA1 y BRCA2, relacionados con la propensión al desarrollo de cáncer. El laboratorio Myriad Genetics —a manera de monopolio— explotó por más de 10 años la patente, ya que declaró que necesitaba la patente de los genes BRCA para captar inversores y los fondos suficientes con el fin de pagar los altos costos de introducir el análisis de BRCA en el mercado.¹⁰

De hecho, existen numerosos problemas y dilemas concretos sobre asuntos que conciernen a la bioética, la salud y los derechos humanos como la eutanasia o suicidio asistido, el aborto, la gestación subrogada, la conceptualización de la “familia natural”, el consumo de drogas, el uso de la biotecnología, la migración forzada, el control de la natalidad y del cuerpo, entre muchos otros, en los que la opinión científica es frecuentemente solicitada. Y por la naturaleza y complejidad de dichas problemáticas, los científicos deben ejercer su profesión con un absoluto apego a la comprobación utilizando las herramientas tradicionales de la ciencia, y en muchos sentidos los marcos conceptuales con los que nació que, como ya señalamos anteriormente, no fue con el interés de estar apegada a prácticas éticas. De hecho, el impacto que la ciencia y la tecnología tienen en términos huma-

⁸ N. D., “Por primera vez, científicos obtienen permiso para editar genomas de embriones humanos”, *Scientific American*, 2015, disponible en: <http://www.scientificamerican.com/espanol/noticias/por-primeravez-cientificos-obtienen-permiso-para-editar-genomas-de-embiones-humanos/> (consultada el 15 de julio de 2016).

⁹ N. D., “Caso Ayotzinapa: informe completo de PGR”, *El Financiero*, 2016, disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/pages/caso-ayotzinapa-informe-completo-de-pgr.html> (consultada el 15 de julio de 2016).

¹⁰ La Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó que los genes humanos no pueden patentarse, lo cual podría reducir los costos de análisis genéticos, 2013, *Breastcancer.org*, disponible en: <http://www.breastcancer.org/es/noticias-investigacion/20130628> (consultada el 15 de julio de 2016).

nos, sociales y ecológicos influyó en el nacimiento de la bioética y en las directrices que este campo ha tenido en el último siglo.

La ciencia y sus alcances los podemos ver a nuestro alrededor día con día. Un teléfono celular, un automóvil, las medicinas, el Internet, la ropa con la que nos vestimos y básicamente cualquier ejemplo que nos venga a la mente de cosas que utilizamos a diario, tienen que ver con avances tecnocientíficos, que en principio se han desarrollado con la buena voluntad de proporcionarnos una “vida mejor” a los seres humanos, o por lo menos a aquellos que pueden acceder a esos desarrollos. Podríamos afirmar incluso, que nuestra vida diaria es llevada día a día por lo que debemos y no debemos hacer en función de la opinión de esos expertos, los científicos, quienes determinan lo que es bueno y es malo a partir de ser “científicamente comprobado”. Los mismos miembros de la comunidad científica, en ocasiones, parecen no tener un criterio más desarrollado en comparación con el resto de la población, al dar por sentado que la valoración que hace un científico, por ese solo hecho, ya le da validez a cualquier información. Esto último se da frecuentemente en la forma de una validación a partir de reconocer que una afirmación es “científicamente comprobada” porque lo dice un científico reconocido, de gran renombre, algo que se conoce como falacia *ad verecundiam*, ya que la obligación de los propios científicos es valorar los argumentos independientemente de quién haga la afirmación.

Vale la pena preguntarse el porqué se tiene tanta fe en lo que dicen los científicos o, mejor dicho, en la capacidad de validación que otorga la etiqueta de “científicamente comprobado”. Decíamos al principio, la ciencia es una empresa humana profundamente exitosa, pero no debemos olvidar que, al mismo tiempo, como resultado de cualquier acción humana, la práctica científica en ocasiones no ha sido tan exitosa, por lo menos en el sentido de no producir beneficios para la humanidad, sino por el contrario, generar resultados dañinos. Con esto último podemos referirnos simplemente al desarrollo de armas, o a los efectos secundarios en la salud producidos por la contaminación ambiental, derivada a su vez de la utilización de combustibles fósiles.

III. LA PRÁCTICA CIENTÍFICA: METODOLOGÍA, ALCANCES Y LÍMITES

1. *La práctica científica*

La historia de la ciencia suele iniciarse a partir de lo que se dado en llamar la “Revolución científica”, un periodo que puede ubicarse inicialmente con

la obra de Nicolás Copérnico (1473-1543), *De revolutionibus orbium coelestium* (1543), y que abarca el siglo XVII fundamentalmente, hasta un periodo de consolidación en el siglo XVIII. Es durante esta revolución que encontramos los nombres de ilustres personajes, como Galileo Galilei (1564-1642) e Isaac Newton (1642-1726/7), que hicieron grandes aportaciones a la ciencia. Grandes individuos sin lugar a dudas, pero que como mencionaremos más adelante, hicieron toda su labor dentro de una comunidad, mucho más pequeña que la que existe en la actualidad, pero que necesariamente pasa por la idea de un grupo de individuos con intereses comunes, y que dialogaban entre sí.

Otro autor que es importante mencionar es Francis Bacon (1561-1626), a quien le debemos entre otras cosas la propuesta fundacional de la metodología científica basada en el empirismo, pero sobre todo queremos destacar aquí lo que muchos científicos después de él entendieron como un llamado a entender la ciencia bajo el marco del progreso permanente. Y es que a pesar de que el propio Bacon entendió que la práctica de la ciencia conlleva una reflexión ética,¹¹ es común encontrar al día de hoy ese optimismo exacerbado en la ciencia y su capacidad por permitirnos entender el mundo,¹² una forma de entender la ciencia y sus alcances en la que no parece haber límites.

A partir de lo anterior, conviene empezar por explicar a qué nos referimos cuando hablamos de ciencia o, mejor dicho, de la práctica científica. Empezamos por definir qué es la ciencia, es decir, “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente”,¹³ aunque en términos reales esta definición nos restringe inmediatamente al tipo de conocimiento que se obtiene en los laboratorios. Para efectos prácticos, es mejor referirse a la práctica científica que, en pocas palabras, se entiende como la labor que desempeñan los miembros de la comunidad científica, a partir de una serie de metodologías sistemáticas que buscan comprender la naturaleza. En relación con esto último, conviene señalar por qué nos referimos

¹¹ Klein, Jürgen, “Francis Bacon”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/francis-bacon/> (consultada el 4 de julio de 2016).

¹² Ilkka, Niiniluoto, “Scientific Progress”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, *cit.*

¹³ Real Academia Española, “Ciencia”, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., 2016, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=9AwuYaT> (consultada el 10. de julio de 2016).

a metodologías en plural, y no en singular, una idea común entre el público y aun entre los propios científicos.

Es cierto que una manera importante de distinguir la práctica científica de otras —como la filosofía, por ejemplo— es la aplicación del llamado método empírico, es decir, empezar por cuidadosas observaciones que pueden ser analizadas posteriormente tanto de manera cuantitativa como cualitativa, aunque también hay que señalar que en nuestra vida diaria es común decir que aprendemos “empíricamente”, al hacer hincapié en el conocimiento que adquirimos a través de la experiencia.

Cuando se habla del método en la ciencia, es conveniente distinguir entre éste y sus objetivos y productos, como el conocimiento, las predicciones o el control. En concreto, los métodos son los medios por los que esos objetivos son conseguidos.¹⁴ Aquí conviene enfatizar que cualquier metodología científica es distingüible de otras metodologías o prácticas en virtud de: un lenguaje especializado; del uso de técnicas especializadas de experimentación; formalismos matemáticos; medios materiales o tecnológicos; medios de comunicación entre científicos y con el público; costumbres, hábitos, convenciones y controles institucionales sobre cómo debe hacerse la ciencia, entre otras.

Tomemos el caso de la experimentación que, en pocas palabras, es una prueba que bajo condiciones controladas busca demostrar un hecho conocido, examinar la validez de una hipótesis, o determinar la eficacia de algo que no se ha probado antes. Esta definición aplica realmente a cierto tipo de científicos, como pueden ser los físicos teóricos o los biólogos moleculares, pero no a los zoólogos o los botánicos. Tradicionalmente, la física es el ejemplo de cómo hacer ciencia mediante experimentación, en donde la base está en lo que tradicionalmente (por lo menos para el público) se asocia con cómo se hace la ciencia: hacer una pregunta, investigar los antecedentes, construir una hipótesis, probar esta última mediante un experimento, analizar los datos y llegar a una conclusión. En cambio, hay áreas de la biología que no necesariamente caben dentro de esa metodología, entre otras cosas porque el objeto de estudio es lo vivo, lo cual de inicio debería traer consigo implicaciones sobre lo que se puede hacer en términos de experimentación.

Los seres vivos merecen distintas consideraciones morales y de hecho es imperativo que tengan trascendencia en nuestra ampliación del círculo de consideración moral. La bioética enseña y da elementos para el desarrollo de posibles alternativas para “garantizar la supervivencia y mejorar la cali-

¹⁴ Hanne, Andersen y Hepburn, Brian, “Scientific...”, *cit.*

dad de la vida de los seres humanos y de los demás seres vivos que comparten con nosotros esta misma casa: la Tierra”.¹⁵

Con esto, lo que queremos mostrar de manera breve es cómo la práctica científica, en términos históricos y contemporáneos, hace hincapié en una comprensión de la ciencia que no necesariamente está relacionada con algún tipo de responsabilidad o consideración, y esto tiene que ver con la misma formación científica que enfatiza un compromiso con el método que se pone en práctica, sin poner mayores dudas en su eficacia o alcances.

2. *Los límites y las limitaciones de la ciencia*

A partir de lo dicho en la sección anterior, puede parecer obvio pero no siempre los científicos se preguntan cuál es el ámbito en el que van a centrar sus preguntas. Es algo que está dado por el propio trabajo, o por la misma formación que reciben. Si un físico se dedica a realizar comprobaciones experimentales dentro de un laboratorio sobre la ley de la gravedad, su ámbito se va a concentrar en fenómenos explicables mayormente por la física clásica. Un taxónomo se concentra en colectar y describir organismos de un grupo determinado, y posiblemente se podrá interesar en explicar las relaciones filogenéticas entre esos y otros organismos, a través de métodos moleculares.

Si consideramos el enorme optimismo que suele generar la práctica de la ciencia entre los propios científicos, el discurso sería que para la ciencia no hay ningún límite, tarde o temprano se encontrará la respuesta a cualquier problema que nos podamos plantear. Aunque en honor a la verdad, sí hay limitaciones que debemos considerar dentro de la práctica científica. Una de ellas es el aspecto económico, y es que no podemos imaginar cualquier tipo de investigación sin tener un financiamiento que lo permita. En la práctica, este aspecto es una espada de doble filo, ya que, al mismo tiempo que permite realizar la investigación, ésta puede, o queda, dentro de los objetivos de quien proporciona el financiamiento, y es donde una vez más, el obtener resultados —sea como sea— puede quedar por encima de cualquier responsabilidad ética.

Finalmente, un científico debería de ser capaz de contestar de manera ética las siguientes preguntas: ¿para qué hacerlo? Es decir, cuál es la intención, la finalidad o el objetivo del acto. ¿Cómo lo hago?, en otras palabras, es la acción como tal, así como los medios y las circunstancias en las que

¹⁵ Rivero Weber, Paulina y Pérez-Tamayo, Ruy, “Ética y bioética”, *Nexos*, 2006, disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/553/554> (consultada el 15 de julio de 2016).

se lleva a cabo, los cuales pueden involucrar atenuantes o agravantes. ¿Alguien puede resultar perjudicado con dicha acción? Esta pregunta implica contestar cuáles son las posibles consecuencias de la acción, los riesgos ya sean intencionales o imprevisibles. La valoración ética en ciencia y las preguntas que surjan alrededor de ella se deben analizar junto con la finalidad de la acción, ponderar sobre intereses primarios (vitales) contra secundarios (no indispensables), la intencionalidad, así como las formas que se emplean para alcanzar los fines, pues los fines nunca han de justificar los medios.¹⁶

Lo que puede resultar irónico es la falta de autocritica que puede darse dentro de la misma comunidad científica, hacia su propia labor o los alcances de la misma. Una empresa como fue el Proyecto Manhattan, que tenía como objetivo el desarrollo de armas nucleares que permitieran dar un nuevo rumbo a la segunda guerra mundial, es cierto que tuvo su iniciativa en los intereses de políticos y militares, pero el desarrollo tanto teórico como práctico estuvo a cargo de científicos, como Enrico Fermi, Robert Oppenheimer y Richard Feynman, ampliamente reconocidos por su labor científica. ¿Podemos pensar que esos científicos actuaron sin apego a algún tipo de moralidad? ¿Eran científicos que simplemente veían su trabajo como un “avance” más de la ciencia, independientemente del uso que se pudiera dar a las armas?

Cualquier respuesta a esas preguntas es ingenua, porque todos los que participaron en el proyecto tenían algún tipo de moralidad a partir de su formación no solamente como científicos sino como individuos, y de una u otra forma debieron estar conscientes de los alcances de su trabajo, ya que si fueron seleccionados para participar en el Proyecto fue porque tenían los conocimientos y la preparación necesaria para tal desarrollo, y es aquí donde debemos ser claros en seguir enfatizando que cualquier desarrollo tecnocientífico va de la mano de algún tipo de interés, bien sea político, económico o ideológico. Y como señalaremos a continuación, hay muchos ejemplos en los que se puede mostrar a la ciencia como una empresa social, y que más allá de los grandes nombres, los intereses de diversa índole son los que mueven la práctica científica y que de manera directa o indirecta involucra valores éticos.

¹⁶ Vanda, Beatriz, “¿Cómo tomar una decisión ética?”, *Biosðos. Diálogos Bioéticos*, 1(3), 2011, pp. 21-24.

3. *¿Una ciencia para la sociedad?*

La ciencia es una labor que se hace dentro de una comunidad. Hay que tener claro, la práctica de la ciencia es multifacética y quienes la practican son tan diversos que es realmente imposible abarcarlos a todos con una sola descripción.¹⁷ Como ya vimos, la cantidad de preguntas que puede hacerse un científico es enorme, y un individuo simplemente no tiene la capacidad ni el tiempo para resolverlo todo. Y, aunque es cierto que existen o han existido individuos que podemos considerar extraordinarios por sus aportaciones al desarrollo de la ciencia, esta última es un trabajo que siempre se tiene que hacer en conjunto con otros individuos.

Esto se puede explicar de la siguiente manera: ya que no hay un solo método científico que seguir, el proceso por el que se practica la ciencia es flexible y puede tomar diversos caminos; los científicos son individuos únicos, por lo que su labor depende de diversos factores (personalidad, antecedentes, metas); y la comunidad científica es global, hay gente trabajando en la ciencia en diferentes contextos sociales y culturales a lo largo del mundo. Este panorama es obviamente mucho más complejo que el estereotipo que se suele vender del científico (en singular), pero al mismo tiempo nos permite ver las ventajas del trabajo en común: al ser individuos con fortalezas diversas, es esa diversidad la que facilita la especialización, que a su vez permite que la investigación tenga diferentes enfoques y la resolución de problemas varias posibles soluciones. Y por sobre todo permite un balance entre las diferentes visiones a través del diálogo, con lo que se evitan los sesgos. Ahora, este quehacer en común nos lleva necesariamente a pensar en cómo se da (o debe darse) la relación entre los individuos que conforman la comunidad, y nos lleva a pensar en la necesidad de que tal relación sea responsable, es decir, que las personas tomen decisiones conscientes sobre sus actos, así como asumir las posibles consecuencias de esas decisiones en cuestiones de bioética, salud y derechos humanos.

Afortunadamente, existen cada vez más individuos críticos, sectores sociales activos que cuestionan todas estas verdades confirmadas científicamente en distintos casos, una sociedad emergente no sólo en busca de respuestas por parte de la ciencia, sino incluso deseosos de aportar sus ideas y sus posturas para decidir qué ciencia se debe hacer y qué ciencia no (para bien o para mal), por lo mismo, cada vez la comunidad científica debe estar

¹⁷ National Academy of Sciences, *On Being a Scientist: Responsible Conduct in Research, Second Edition*, Washington, National Academies Press, 1995, disponible en: <http://www.nap.edu/catalog/4917> (consultada el 10. de julio de 2016).

más preparada para divulgar de manera veraz y ética la ciencia, algunos de los ejemplos que enlistamos anteriormente, serán expuestos tal como han sido percibidos por distintos sectores tanto científicos como sociales, describiendo la polémica que subyace en cada una de ellos.

Tenemos casos exitosos en los que la investigación científica, en este caso la biomedicina, pueden y hacen mucho por mejorar la salud de los seres humanos. El gen BRCA1 es un gen conocido por generar susceptibilidad al cáncer de mama. Junto a otro gen, el BRCA2, se encargan de mantener la estabilidad del material genético al evitar el crecimiento descontrolado de las células, algo común con el cáncer. Idealmente, cuando se da un determinado cambio en la secuencia genética del BRCA1 se incrementa notoriamente el riesgo de padecer cáncer de mama o de ovario en mujeres, aunque también se incrementa la predisposición a otras formas de cáncer. En términos duros, un cambio en el BRCA1 puede incrementar en un 60% la posibilidad de padecer cáncer de mama. Ahora bien, y dado que la ciencia funciona a partir de diversos intereses, como el económico, es casi inevitable toparse con el asunto de las patentes, en este caso, Myriad Genetics, con base en Utah, se encargó de patentar ambos genes, además de ser la única compañía que proporcionaba una prueba para detectar anomalías y, por lo tanto, la predisposición al cáncer.

Obviamente, al tener las patentes, la compañía cobraba grandes cantidades por tener acceso al análisis y al posible tratamiento, con lo que se generaba una enorme disparidad de acceso a los recursos médicos. En junio de 2013 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictaminó que los genes humanos no pueden patentarse, y esto nos lleva necesariamente a reflexionar sobre los alcances de la práctica científica. La base original para la existencia de las patentes tenía que ver con la defensa de la investigación e idealmente una retribución justa para la inversión que se tiene que hacer con cualquier investigación, pero en la práctica se ha vuelto el pretexto para asumir que empresas como Myriad Genetics, puede cobrar lo que consideren por cosas que son necesarias para la salud de cualquier persona, y para las que, si hubiera una responsabilidad social real, no debería de haber imposiciones de ningún tipo.

Otro ejemplo, también controversial, ha sido el anuncio de la OMS sobre la relación entre el consumo de carne roja y la propensión al cáncer, lo que vale la pena reflexionar con cuidado. Veamos la siguiente afirmación:

En el caso de la carne roja, la clasificación se basa en evidencia limitada procedente de estudios epidemiológicos que muestran una asociación positiva

entre el consumo de carne roja y el desarrollo de cáncer colorrectal, así como una fuerte evidencia mecanicista.

La evidencia limitada significa que una asociación positiva se ha observado entre la exposición al agente y el cáncer, pero que no se pueden descartar otras explicaciones para las observaciones (denominado técnicamente sesgo o confusión).¹⁸

La página en donde presenta la OMS la información está destinada a todo tipo de público, y no entra en detalles técnicos sobre los análisis realizados a la carne, pero deja claro a qué se refiere con carne roja procesada (salchichas y jamón, por ejemplo), el número de estudios realizados (más de 800), el número de expertos involucrados (22), así como recomendaciones y reflexiones sobre el trabajo. Debemos dejar claro que, según lo mencionado por la OMS, apelan a la evidencia disponible para hacer recomendaciones sobre la posible relación entre la carne roja y el aumento en la propensión al desarrollo de cáncer, pero evitan hacer conclusiones generales, como afirmar que la dieta vegetariana tiene ventajas y desventajas, sin apelar a tener que considerar forzosamente un estilo de alimentación específico. Podemos decir que, en este caso, las afirmaciones de la OMS se basan en la evidencia científica, pero muestran un sentido de responsabilidad al hacer aclaraciones pertinentes sobre los alcances del estudio, o las implicaciones del mismo, al evitar conclusiones generales, o hacer parecer que por ser un estudio científico se debe tomar como incuestionable.

En otro ejemplo concreto, cierto sector de la comunidad científica concuerda con que la edición genómica permitirá crear “superhumanos”, para algunos la introducción de genes considerados beneficiosos y la edición de genes considerados perjudiciales es el punto clave de una nueva génesis tecnológica, para otros “no es más que algo sensacionalista”.

Como científicos apreciamos que los CRISPR son increíblemente potentes. Pero eso tiene un doble filo. Tenemos que estar seguros de que se aplica con cuidado”. “El problema es sobre todo la edición de la línea germlinal humana y saber que ahora esto es una posibilidad que está al alcance de todo el mundo”.¹⁹ El debate sobre la edición de genes ha generado el mote de la “Nueva Asilomar”, un foro histórico en 1975 en el que los biólogos alcanzaron un acuerdo sobre cómo proceder con seguridad con el DNA

¹⁸ Organización Mundial de la Salud, *Carcinogenicidad del consumo de carne roja y de la carne procesada, cit.*

¹⁹ Regalado, Antonio, “Los bebés genéticamente perfectos serán posibles pero, ¿también legales?”, *MIT Technology Review*, 2015, disponible en: <https://www.technologyreview.es/biomedicina/47092/los-bebes-geneticamente-perfectos-seran-possibles/> (consultada el 15 de julio de 2016).

recombinante. ¿Debería haber un Asilomar para la modificación genética de la línea germinal? Algunos consideran que debería aplicarse una pausa autoimpuesta o moratoria no sólo a la alteración de embriones, sino también al uso de CRISPR.

La polémica se desató desde el pasado 10. de febrero, cuando la HFEA aprobó en el Reino Unido la primera licencia en occidente para editar información genética de embriones humanos; lo anterior permite la aplicación de la tecnología CRISPR-Cas9 sobre embriones que estén en su fase de blastocisto (de 1 a 7 días después de la fertilización). El permiso otorgado al Instituto de Investigación Francis Crick, tiene el objetivo de mejorar los tratamientos de fertilidad a través de la obtención de conocimiento sobre los factores que pueden afectar el desarrollo e implantación embrional.²⁰ Por otro lado, a partir de una concepción reduccionista, Pinker piensa que la bioética debería limitarse a analizar las controversias morales generadas por los desarrollos científico-tecnológicos. Su función, entonces, sería la de evaluar los distintos argumentos controversiales sin tener pretensiones normativas ni regulatorias.²¹

Las opiniones de los sectores científicos y religiosos no se han hecho esperar, grupos pro-vida consideran que la vida humana inicia con la fecundación y exigen el respeto de la misma a partir de este momento. Debido a que el blastocisto tiene el potencial de convertirse en un ser humano. Y precisamente esta potencialidad es lo que convierte al embrión en un modelo biológico excepcional para “comprender mejor los genes que necesita un embrión humano para convertirse en un bebé saludable”, según la investigadora Kathy Niakan quien encabeza al grupo de investigación que puede manipular embriones humanos con la tecnología CRISPR-Cas9.

Antes de que el grupo británico fuera autorizado para la edición genética de embriones, otro grupo chino se adelantó en esta área publicando los datos de su experimentación sobre 86 embriones humanos en la revista *Protein & Cell*, en abril de 2015. Este estudio fue condenado por investigadores estadounidenses, que argumentaron que esa práctica es “peligrosa,

²⁰ Villela, Fabiola y Zapata, Miguel, “La edición de genes humanos y el futuro de la reproducción”, *Una vida examinada: reflexiones bioéticas*, blog del PUB UNAM, 17 de febrero de 2016, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/02/17/la-edicion-de-genes-humanos-y-el-futuro-de-la-reproduccion/> (consultada el 15 de julio de 2016).

²¹ Zapata, Miguel, “¿Qué imperativo moral para la bioética?”, *Una vida examinada: reflexiones bioéticas*, blog del PUB UNAM, 23 de septiembre de 2015, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2015/09/23/que-imperativo-moral-para-la-bioetica/> (consultada el 15 de julio de 2016).

prematura y suscita cuestiones éticas”.²² Sin embargo, parece que si las investigaciones se hacen en oriente o en occidente, los expertos estadounidenses tuvieran una opinión distinta o una “doble moral”. Resulta preocupante el alcance que puede tener la opinión de un grupo científico para apoyar o reprobar determinada línea de investigación. En cambio, el grupo británico sólo fue condicionado a que su experimentación fuera exclusivamente con fines de investigación y que los embriones no se implanten a mujeres en tratamientos de fertilización.

Pero, si la investigación arrojara datos positivos, ¿no sería el siguiente paso su aplicación biotecnológica? ¿No estaría a la venta dicho conocimiento y los tratamientos derivados del mismo? ¿Sería recomendado por expertos? ¿Sería éticamente aceptable la edición genética? ¿Será moralmente aceptable negarse a alterar a nuestros descendientes si disponemos de una tecnología que les evitará padecer enfermedades?²³ “Las tecnologías de “edición” de embriones tocan temas muy sensibles, y por eso es apropiado que se valoren todas las implicaciones éticas antes de dar el paso adelante”, declaró a la BBC la doctora Sarah Chan, de la Universidad de Edimburgo. “Confiamos en que nuestro sistema regulatorio funciona y que la ciencia sigue alineada con los intereses sociales”.²⁴ Así es como el sector científico pide confiar en el sector científico. Por otro lado, esta nueva tecnología de modificación del DNA ha atraído millones de dólares de AstraZeneca, DuPont y otras grandes compañías, ello significa que además de un desarrollo científico, es también un gran negocio.²⁵

Dentro de los ejemplos ilustrativos de la participación de la comunidad científica y del uso de la ciencia se encuentra la encíclica *Laudato si'* del papa Francisco. Vale la pena decir que se retoman discusiones científicas recientes en temas de ecología y de medio ambiente, que sirven para darle bases “sólidas” a dicho documento, pero ¿realmente se dice allí todo lo que debiera plantearse? ¿Hay temas en los que la ciencia prefiere “no meterse” para no generar opiniones desfavorables hacia ella? La encíclica de 2015 versa sobre: “¿Qué tipo de mundo queremos dejar a quienes nos sucedan, a los ni-

²² Fresnedo, Carlos y López, Ángeles, “Luz verde a la edición genética de embriones en Reino Unido”, *El Mundo*, 2016, disponible en: <http://www.elmundo.es/salud/2016/02/01/56af301346163fd8218b4576.html> (consultada el 15 de julio de 2016).

²³ Villela, Fabiola y Zapata, Miguel, “La edición...”, *cit.*

²⁴ Fresnedo, Carlos y López, Ángeles, “Luz verde a la edición genética de embriones en Reino Unido”, *cit.*

²⁵ Megget, Katrina, “Hacer dinero con genes: la técnica CRISPR se vuelve comercial”, *Scientific American*, 2016, disponible en: <http://www.scientificamerican.com/espanol/noticias/hacer-dinero-con-genes-la-tecnica-crispr-se-vuelve-comercial/> (consultada el 15 de julio de 2016).

ños que están creciendo?” Pregunta que también planteó por ejemplo Hans Jonas en su “principio de la responsabilidad” desde 1979, pero no cabe duda que a la fecha debería de replantearse esta pregunta por nueva información que la ciencia ha ayudado a corroborar: en la actualidad existen más de 7 mil millones de seres humanos, lo cual representa una cifra alarmante, pero resulta aún más preocupante saber que en tan sólo los últimos 170 años la cifra pasó de mil millones a 7 mil millones. Sin embargo, el problema no es una mera cantidad; la sobre población no es igual a la densidad poblacional, sino a la relación entre ésta con la naturaleza y sus recursos necesarios para la vida: agua, aire, tierra fértil, vegetación, fauna, biodiversidad, clima estable, etcétera. No debe desestimarse que la sobre población humana subyace a las problemáticas de deforestación, defaunación, extinción masiva de especies, emisión de gases con efecto invernadero, cambio climático, contaminación a destajo, daño a la capa de ozono, entre otras.

Debido a lo anterior ¿no debería dejar de pensarse qué mundo le dejaremos a los humanos futuros, sino si debemos de seguir creciendo y multiplicándonos sin límite en un planeta con límites claramente finitos? Desafortunadamente la explosión demográfica está lejos de resolverse debido a que existen numerosos tabúes y prejuicios que dificultan la discusión abierta y clara de esta crisis. ¿No sería responsabilidad del científico emitir comunicados serios sobre el asunto de la sobre población humana? Interactuar con la sociedad para que se comprendiera que la reproducción humana ha dejado de ser un asunto “privado”, debido a que la sobre población la ha posicionado como un problema público.²⁶

Estos ejemplos nos llevan a la necesidad de reflexionar sobre la cada vez más imperiosa necesidad de considerar la formación de los científicos, desde una perspectiva en la que ya no debería ser opcional integrar a las humanidades y, muy especialmente, la bioética.

IV. FORMACIÓN CIENTÍFICA: UNA ÉTICA IMPRESCINDIBLE

Como puede advertirse, la educación del científico, históricamente no ha involucrado el autocuestionamiento (ni para ratificar ni para rectificar) la validez de los mitos anteriormente mencionados, ni implica asumirse un indi-

²⁶ Alba Navarro, Fernanda de y Cancino Rodezno, María de los Ángeles, “Creced y multiplicaos sin límite... en un planeta limitado”, *Una vida examinada: reflexiones bioéticas*, blog del PUB UNAM, 23 de marzo de 2016, disponible en <http://www.animalpolitico.com/blogueros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/03/23/creced-y-multiplicaos-sin-limite-en-un-planeta-limitado/> (consultado el 15 de julio de 2016).

viduo más en su sociedad (que eligió una profesión como tantas), ni razonar de manera ética sobre los verdaderos motivos que subyacen a sus acciones científicas o a manifestar abiertamente la existencia de conflictos de interés. Tampoco se le enseña de manera rutinaria a recibir críticas desde las humanidades, ni a aceptar retroalimentación del ciudadano promedio, ni a compartir el conocimiento científico con la población en general con un lenguaje claro y accesible en un esfuerzo por hacer ciencia más transparente para la sociedad. Cuando se enseña ciencia, con frecuencia, no se habla de sustentabilidad o de insustentabilidad de los recursos naturales del planeta para generarla ilimitadamente. Tampoco se abordan tópicos como las discusiones plurales con otros expertos y con los legos cuyo objetivo sea resolver problemas que afectan o preocupan a la sociedad.²⁷

Valdría la pena preguntarse por qué la educación de los científicos no abarca una formación humanista, en especial si consideramos lo dicho anteriormente, sobre el carácter social de la ciencia. Es llamativo ver por ejemplo los planes de estudio de cualquier carrera científica, y no deja de ser llamativo que la negación recurrente a incorporar temas humanistas o sociales pareciera ir de la mano de una actitud de mantener la “pureza” de la ciencia. Esta posición, muy común dentro del gremio científico, tiene su raíz en las propias discusiones del quehacer científico, sus alcances y su metodología, y aunque no estamos pensando que la discusión en sí misma es mala para el desarrollo de la ciencia, lo que es peligroso es el fundamentalismo. Defender el papel de la ciencia como la única manera para acceder al conocimiento de la realidad que nos rodea puede entenderse por lo menos en términos de las ventajas que nos da en términos metodológicos, pero es un extremismo que normalmente se denomina como cientismo.²⁸ Bajo esta perspectiva, es común que cualquier campo de conocimiento diferente a la ciencia —como puede ser la filosofía, la historia o la misma bioética— no tiene ningún tipo de cabida, ya que se piensa que la ciencia por sí misma es suficiente para explicarlo todo.

Es más, podría pensarse incluso que si un científico sabe o conoce otras cosas diferentes a la ciencia puede hacerlo tal vez alguien culto, pero eso no resta importancia a que, de nuevo, es la ciencia en toda su magnitud la única medida para el propio trabajo científico. De hecho, de una u otra manera, las carreras científicas están enfocadas en esta línea de defensa de

²⁷ Cancino Rodezno, María de los Ángeles, “La enseñanza de la bioética en ciencia”, *cit.*

²⁸ “Scientisme”, en Lecourt, Dominic (ed.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, 4a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2006.

la ciencia, y, por lo tanto, de un rechazo —que tal vez no es explícito— de otros campos de conocimiento.

Sabemos que no es ni ha sido una discusión sencilla cuando se habla de la relación entre ciencia y humanidades, que durante muchos años los llamados “científicos duros” han visto en las ciencias sociales conocimientos simplemente innecesarios que, según su opinión, no aportan a la formación, sino por el contrario, desvirtúan la práctica científica. Sin embargo, cada vez es más común que se busque ese acercamiento entre ciencia y humanidades, sobre todo a nivel de formación, ya que se ha podido constatar que, a diferencia de la impresión generada por muchos científicos, disciplinas como la historia,²⁹ la filosofía³⁰ y la bioética³¹ ayudan a que los estudiantes se concienticen de que la práctica de la ciencia va mucho más allá de aplicar una metodología sin ningún tipo de reflexión o responsabilidad ética.

V. ROMPER LOS MITOS

La ciencia y su difusión al público han ido de la mano básicamente desde por lo menos el siglo XIX. En el contexto europeo han existido agrupaciones de científicos cuyo objetivo fue acercar los avances de los diversos campos de la ciencia a las clases trabajadoras a través de publicaciones a precios accesibles, o bien de conferencias abiertas y gratuitas. Esto último nos lleva a considerar un tipo de comunicación de la ciencia conocido como comprensión pública de la ciencia (PUS, *Public Understanding of Science*), muy común todavía en nuestros días y que funciona a partir de un modelo e comunicación “top-down”, es decir, son los propios científicos quienes buscan “ilustrar” al público usualmente alejado del quehacer científico.³² Hoy en día, aunque es cierto que es un modelo que se maneja particularmente en países europeos, y en cierta medida en los Estados Unidos, es la participación pública en ciencia y tecnología (PEST, *Public Engagement in Science and Technology*, o participación pública en ciencia y tecnología). Mientras que PUS está principalmente preocupado con que los científicos eduquen al público aparentemente desinformado —

²⁹ Matthews, Michael R., *Science Teaching: The Contribution of History and Philosophy of Science, 20th Anniversary Revised and Expanded Edition*, Routledge, 2014.

³⁰ Matthews, Michael R., *Constructivism in Science Education: A Philosophical Examination*, Springer Science & Business Media, 1998.

³¹ Turrens, Julio F., “Teaching Research Integrity and Bioethics to Science Undergraduates”, *Cell Biology Education*, 4(4), 2005, pp. 330-334.

³² Elsdon-Baker, Fern, *The Selfish Genius: How Richard Dawkins Rewrote Darwin’s Legacy*, Londres, Icon Books, 2009, p. 227.

una postura paternalista que puede profundizar las diferencias entre ciencia y sociedad— el PEST busca un involucramiento activo del público no solamente en términos de dar a conocer las ideas, sino en que ese mismo público participe de las decisiones de las políticas científicas.³³

Mucha, o básicamente, toda la información “científica” que llega al público a través de los medios masivos de comunicación suele estar dentro de la perspectiva planteada como PUS. Aunque es cierto, que incluso dentro de los propios medios científicos existe un sesgo hacia esa misma postura, posiblemente derivada del rechazo recurrente a que los científicos tengan una formación más sólida en humanidades. Ahora, aquí queremos referirnos a la imagen que tiene la sociedad en general sobre la ciencia y los científicos. Si bien la sociedad tiene una idea general de que el gremio científico es una sociedad de superdotados intelectuales, de críticos escrupulosos, de dueños de verdades absolutas, esto no es una mera casualidad, sino creencias derivadas de mitos generados por la propia comunidad científica y con resonancia en el resto de la población.³⁴ Algunas de las creencias tradicionales en torno a las personas que hacen ciencia son:

- El mito del noble científico que posiciona al científico como un ser virtuoso cuya única vocación es la búsqueda de la verdad y es impoluto respecto a pasiones humanas como la soberbia, la mentira, la codicia, la egolatría, la injusticia, la envidia, el dolo, entre otros.³⁵
- El mito de la libre investigación versa que cualquier investigación posible ha de hacerse, pues cualquier conocimiento presupone progreso humano.³⁶ Por tanto, la libertad de hacer ciencia es infinita.
- El mito de la ciencia libre de valores no epistémicos alude a que el científico —en el ejercicio de su profesión— está exento de considerar valores humanísticos, sociales, éticos, filosóficos o cualquier otro valor que sea netamente derivado de los datos duros y el conocimiento científico.³⁷ ¿Los valores no epistémicos no terminarían por enriquecer la forma de razonar de los científicos?
- El mito de las fronteras sin límites. El conocimiento novedoso generado por los científicos no debe estar restringido de forma alguna y

³³ *Ibidem*, pp. 227 y 228.

³⁴ Sarewitz Daniel, *Frontiers of Illusion: Science, Technology and Problems of Progress*, Filadelfia, Temple University Press, 1996.

³⁵ Goodstein, David, “Scientific Misconduct”, *Academe*, 88(1), 2002, pp. 28-31.

³⁶ Sarewitz Daniel, *Frontiers of...*, cit.

³⁷ *Idem*.

debe estar por encima de cualquier riesgo o consecuencia pública, privada, social, medioambiental, ética, entre otros.³⁸

- El mito de la autoridad. El científico debe ser considerado la máxima autoridad en la resolución de controversias de todo tipo, puesto que las humanidades debaten sobre cuestiones relacionadas con la percepción de los hechos, mientras que es la ciencia la que trata con los hechos mismos. Los expertos en ciencia no deben dar concesiones ni a legos ni a otras disciplinas en la toma de decisiones.³⁹
- El mito del beneficio infinito defiende que a mayor generación de ciencia y tecnología habrá un mayor bienestar social.⁴⁰
- El mito de la responsabilidad. El científico no es responsable de la aplicación, resultados o efectos secundarios de su investigación. La rendición de cuentas de un científico se remite únicamente hacia sus colegas y su trabajo es incuestionable para cualquier persona ajena a la sociedad científica.⁴¹

Dado que esos mitos no sólo son creídos y aceptados por el público en general, sino también por amplios sectores de la comunidad científica, y dado que algunos no son tan inocuos como creemos suponer, es necesario romperlos no sólo en el terreno de las creencias populares sino incluso en la base de la misma formación de las carreras científicas, particularmente el último que hace referencia a la responsabilidad, en tanto que los científicos son a un mismo tiempo ciudadanos y deben asumir su responsabilidad social.

VI. BIOÉTICA PARA CIENTÍFICOS

1. *Importancia de la bioética*

La bioética ha heredado de la ética sus bases teóricas y su metodología, por lo que se apoya en diversas corrientes filosóficas, como son el utilitarismo o consecuencialismo, la deontología, el principlismo; la de la virtud o la del cuidado, entre otras, las cuales nos pueden orientar para abordar los conflictos, valorar nuestras acciones y tomar las mejores decisiones antes de “avalar

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

científicamente”.⁴² Esto nos lleva a señalar, como ya lo hemos hecho a lo largo del escrito, que no solamente es deseable sino a su vez imperativo que la práctica científica vaya de la mano de un sentido de responsabilidad, con los propios colegas, pero también con el propio trabajo. La bioética, como una forma de ética práctica, proporciona un marco conceptual a partir del cual los científicos deberían tomar decisiones sobre su práctica. La propuesta de la bioética moderna con el químico estadounidense van Rensselaer Potter a principios de la década de 1970 ha buscado enfatizar una toma de conciencia de parte de la comunidad científica sobre la propia práctica, y para ello Potter planteaba la necesidad de que ciencias y humanidades dialogaran entre sí en la búsqueda de un conocimiento real sobre la ciencia —la biología— que nos permitiera usar ese conocimiento para el bien común.⁴³

Es llamativo, a partir de lo dicho por Potter, que la discusión bioética se haya centrado durante muchos años en temas médicos, ya que la idea de Potter hacía hincapié en una cada vez más imperiosa necesidad de que la comunidad científica en su conjunto se hiciera responsable de lo que mucha gente podría considerar “avances”. El ejemplo del militarismo, que a lo largo del siglo XX marcó a varias generaciones de personas con las guerras mundiales y el sinfín de conflictos que se siguen generando a lo largo del mundo hasta hoy, son el pretexto perfecto por el que se invierten enormes cantidades de dinero en desarrollos tecnológicos, para los que los científicos juegan un papel fundamental.

Lo dicho por Potter reviste más importancia a la luz de lo ya mencionado. El quehacer científico “avanza” a una velocidad inusitada todos los días, pero no parece haber nunca la necesidad de preguntarse si todo lo que se hace es necesario, por ejemplo, o si en verdad reviste alguna utilidad, más allá del “poder hacerlo”. La intuición de Potter era muy clara, la práctica de la ciencia necesita urgentemente no de un replanteamiento metodológico, sino de una concientización y una toma de responsabilidad sobre las implicaciones de la ciencia, cosa que, en sus términos, va mucho más allá de lo que sucede en un laboratorio, por ejemplo, sino que hay que extenderlo a todo lo que nos rodea. De hecho, el mismo Potter replanteó su propia visión sobre la importancia de la bioética, al renombrarla en 1988 como ética global,⁴⁴ un término con el que buscaba resaltar, de nuevo, la imperiosa ne-

⁴² Vanda, Beatriz, “¿Cómo tomar...”, *cit.*, pp. 21-24.

⁴³ Potter, van Rensselaer, “Bioethics, the Science of Survival”, *Perspectives in Biology and Medicine*, 14(1), 1970, p. 152.

⁴⁴ Benavides Plascencia, Lilia, “Van Rensselaer Potter, pionero de la ética global”, *Reencuentro*, (63), 2012, pp. 18-22.

cesidad por tomar decisiones en beneficio de la salud de los seres humanos en su conjunto, y por la preservación del medio ambiente.

Ahora bien, la importancia de la bioética para los científicos no debe ser minimizada. Independientemente de los grandes beneficios que ha traído consigo la ciencia, es un hecho que no todo lo que reluce es oro. En muchas ocasiones, la soberbia es la que se antepone, o como ya decíamos, los intereses de algún tipo, pero la práctica científica necesita de un espacio en el que se puedan discutir las implicaciones de su práctica y, sobre todo, tomar decisiones en consecuencia, para el bienestar tanto de los propios científicos como del público y el ambiente.⁴⁵

2. Una praxis de la ciencia responsable

Las diversas problemáticas actuales en las que las comunidades científicas juegan un papel determinante hace necesario plantear cada vez con mayor énfasis que la práctica científica vaya de la mano de un sentido de responsabilidad ética, que debe verse en varios sentidos: la propia conducta de los científicos, para con su trabajo y con sus compañeros de profesión; en su relación con la sociedad en general; en el trato que da hacia sus “objetos” de estudio, sobre todo cuando hablamos de seres vivos. Una práctica responsable de la ciencia, dentro de una visión bioética, conlleva la necesidad ineludible de mantener un diálogo permanente entre los miembros de la comunidad científica, así como una continua difusión entre la propia comunidad como con el público en general, bajo esta idea ya mencionada de la participación pública.

En adición, la sociedad humana ha demandado de la ciencia y la tecnología diversos satisfactores para el progreso de su propia especie y para saciar necesidades vitales y creadas, y al parecer decir “científicamente probado y comprobado” significa como un visto bueno libre de culpa, de responsabilidad y de comprensión en primera persona del impacto del consumo de productos tecnocientíficos. Lo “científicamente comprobado” en el terreno de lo éticamente responsable debe de contar con un análisis previo sobre que el ejercicio de la ciencia y la tecnología (probablemente, uno de los mayores impactos antropogénicos y a menudo irreversibles) impacta no sólo a la opinión pública sino a nuestra conducta y sus consecuencias sobre otros seres vivos, los ecosistemas, el clima, el agua, el suelo, entre otros. Por

⁴⁵ Rodríguez Caso, Juan Manuel, “Para qué sirve la bioética a los científicos”, *Una vida examinada: reflexiones bioéticas*, blog del PUB UNAM, 30 marzo de 2016, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/03/30/para-que-sirve-la-bioetica-a-los-cientificos/> (consultada el 15 de julio de 2016).

tanto, se debe aprender que para tomar una decisión bioética en ciencia se debe evaluar particularmente cada caso, y privilegiar siempre los intereses primarios (vida, salud, satisfactores necesarios para conservar la vida de cualquier individuo) respecto a los secundarios, tomando ambos en cuenta. Los secundarios son aquellos que no son indispensables para sobrevivir, como las necesidades creadas, las diversiones y el placer.⁴⁶

No es suficiente decir que algo está científicamente comprobado o que está “oficialmente validado por la ciencia”, es necesario respaldar esa frase con información, con ética, con responsabilidad, saber que la sociedad debe estar informada como consumidores, ciudadanos y seres vivos. Los científicos deben hacer “su conocimiento” comprensible e inteligible para toda la sociedad, pues la producción de la ciencia tiene costos elevados y globales no sólo a nivel público y presupuestal sino también a nivel social, biológico, ecológico, climático y político, lo cual representa beneficios y riesgos para toda la población. Resulta indispensable validar las recomendaciones científicas y saber cómo se obtuvieron los conocimientos, si se obtuvieron por métodos invasivos, no invasivos o menos riesgosos para los seres vivos y los ecosistemas. Si los estudios que respaldan la información se hicieron *in vitro*, *in silico* o *in vivo*. Así como si hubo ponderación de los intereses primarios del modelo de estudio *versus* los intereses secundarios de los experimentadores.

Los científicos deben asumir la responsabilidad con respecto a sus descubrimientos e inventos y comunicar sus alcances de manera honesta y oportuna en un lenguaje adecuado para la difusión y enseñanza de la ciencia en los distintos niveles. Como se ha visto, es deseable que los científicos sean competentes no sólo en ciencia y en divulgación sino también en bioética, y que justifiquen su trabajo desde un punto de vista científico y bioético sin que esto se interprete como un impedimento para el avance de la ciencia.

VII. CONCLUSIONES

Si bien es innegable que la ciencia y sus alcances tecnológicos nos han permitido conocer tanto los niveles nanoparticulares de la materia, los niveles moleculares de la vida, los niveles macroestructurales del universo, la dinámica de la salud y de la enfermedad, permitiendo con ello el desarrollo humano. También ha de reconocerse que a través de varios siglos esos avances y la generación de conocimiento en general, se ha hecho sin que se demande por parte del científico una reflexión ética que oriente su experimentación o

⁴⁶ Vanda Cantón, Beatriz, “¿Cómo tomar...”, *cit.*, pp. 21-24.

que delimita sus métodos bajo la falsa idea de que “la ciencia es neutra” y no necesita de guías bioéticas ni en salud ni en derechos humanos.

Adquirir conocimiento en bioética no reduce, sino que aumenta las capacidades del científico, y también sus responsabilidades. La ciencia ha aportado innumerables beneficios al desarrollo humano, pero ello no la exime de responsabilidades. Las acciones intencionales ejercidas por los individuos, la comunidad y las instituciones encargadas de la enseñanza y la investigación en ciencia no son éticamente neutras y deben responder por el precio que los animales humanos, los no humanos y el resto del ecosistema ha tenido que pagar a cambio.

La bioética es una brújula en cuanto al ejercicio de las ciencias biológicas. Aprender bioética ya no es una opción, sino una obligación de profesores y estudiantes. Como se ha defendido aquí, es imprescindible que una formación en bioética esté a disposición de toda la sociedad. La capacidad crítica y analítica de varios sectores sociales ha hecho visibles los costos incómodos del progreso científico: como cualquier otra actividad humana, la ciencia no ha estado exenta de abusos, discriminación, distintas versiones de explotación y esclavitud, falta de responsabilidad, conflictos de interés y mala praxis. Es más, a pesar de las aclaraciones anteriores, el dogma de “la ciencia es neutra valorativamente” en su práctica se ha mantenido a través de mitos durante la historia y ha servido para solapar un desarrollo científico libre de lineamientos bioéticos y morales durante siglos.⁴⁷ Las acciones intencionales ejercidas por los individuos, la comunidad y las instituciones encargadas de la enseñanza y la investigación en ciencia no son éticamente neutros, mucho menos cuando tienen consecuencias directas en asuntos de bioética, salud y derechos humanos.

Toda la comunidad científica debe considerar y ser responsable sobre los animales humanos, los no humanos y el resto del ecosistema usados como objetos de estudio. Aprenderla ya no es una opción, sino que es una obligación de profesores, estudiantes y sociedad en general. Es preponderante que la formación en bioética sea disponible y alcanzable para toda la sociedad. La educación es la última apuesta racional que puede hacer la bioética para cambiar el rumbo del mundo, pues a través de ella se adquieren responsabilidades y compromisos que a su vez deberán ser heredados por las personas que reciban este conocimiento. La firma de un científico no debe darse por hecho como si fuera una información intocable, sino esta información debe ser respaldada por datos, evidencia, resultados, réplicas y respuestas. Una práctica científica acompañada de una buena enseñanza

⁴⁷ Sarewitz Daniel, *Frontiers of..., cit.*

de la práctica ética, puede aumentar la confiabilidad en que las “cosas científicamente comprobadas” no sean guiadas por sesgos y que sean también resultado de prácticas éticamente responsables.

Actualmente sabemos que la producción de conocimiento, de tecnología y su industrialización tienen altos costos globales (biológicos, ecológicos, climáticos, sociales, políticos, económicos, entre otros) que representan beneficios y riesgos para toda la población, por tanto, demandan una mayor reflexión ética por parte de los científicos y de toda la sociedad. Debido a la pléthora de alarmas sociales y ecológicas, en la actualidad la toma de conciencia —sobre las amenazas y riesgos a los que se encuentra expuesta la humanidad y el ambiente, y debido a la generalizada utilización que el conocimiento científico tiene en términos sociales— ya no resulta opcional; por el contrario, la comunidad científica debe, por un lado, adquirir la responsabilidad de hacer análisis más cuidadosos y continuos que —sin detener los adelantos científicos— protejan a los individuos y al ambiente. Y que, por otro lado, tenga el compromiso de hacer la distinción entre un resultado concluyente y uno sugerente, evitando así confusiones, sensacionalismos, afirmaciones reduccionistas o generalizaciones que pasan por alto cuestiones como la multifactorialidad de los fenómenos naturales. La comunidad científica debe reconocer que las acciones y consejos que emiten sus socios tienen eco en muchas actividades humanas y particularmente en la toma de decisiones que afectan a toda la población.

La enseñanza de la bioética en la formación científica ya no representa una mera alternativa, sino que constituye una necesidad ineludible para resolver problemas de diversa índole, entre ellos salud y derechos humanos. ¿Cómo cambiar la idea de que las ciencias deben de ser intocables por la filosofía?, ¿cómo hacer que un científico adquiera conocimientos científicos y bioéticos de manera simultánea?, ¿cómo hacer que una sola persona adquiera habilidades en las prácticas científicas y al practicarlas se conduzca como una persona que ha desarrollado también su capacidad moral y crítica? Una ruta podría ser la desenseñanza de algunos dogmas científicos y algunos prejuicios de la comunidad científica hacia la bioética. Asimismo, resulta indispensable que la difusión y el diálogo permanente en cuestiones bioéticas sean practicados no sólo entre los estudiantes de ciencia, sino entre los académicos, los colaboradores y todo el personal involucrado en la actividad científica, incluyendo a los que hacen uso del conocimiento científico para difundirlo y/o aplicarlo en políticas públicas.

REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD LEGAL DE LA PRÁCTICA MÉDICA EN MÉXICO

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Regímenes de la responsabilidad pecuniaria de la actividad profesional del médico e instituciones de salud en México*.
III. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad profesional del médico puede ser objeto de diversos procedimientos de imputabilidad jurídica con distinta naturaleza y, desde luego, con diferenciadas consecuencias en el mundo del derecho.

Cada uno de estos procedimientos tiene en sí mismo su propio grado de complejidad y su tratamiento especializado por los estudiosos del derecho; es decir,

[e]xisten diversos medios para reclamar aquellos casos en que por negligencia o impericia, se causen daños a los pacientes, esto es a través del acceso a los tribunales ante los que se puede llevar el reclamo, ya sea por la vía penal y civil, e incluso laboral y administrativa. Sin dejar de lado el procedimiento arbitral ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.¹

Pero con el fin de ofrecer un panorama sucinto es conveniente recordar la obra de Luz María Reyna Carrillo Fabela,² quien nos proporciona una breve pero completa descripción del cúmulo de responsabilidades jurídicas a que pueden ser sometidos los médicos en el ejercicio de su actividad profesional.

¹ Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derecho de los usuarios de los servicios de salud*, México, UNAM, 2000, p. 103.

² Cf. Carrillo Fabela, Luz María, *La responsabilidad profesional del médico en México*, 6a. ed., México, Porrúa, 2009.

Así, de conformidad con la autora antes mencionada, las responsabilidades legales a las que pudiera estar sujeto un médico en la realización de sus actividades, puede explicarse de la siguiente forma:

En términos generales, se entiende por responsabilidad profesional médica: la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones, errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.³

[Es por eso que] en el momento, en que el prestador de servicios de salud con su actuación o no actuación, cometa un hecho ilícito que se constituya como delito, esto es, que haya violado las normas jurídicas al producir un daño con su conducta, daño que lesioné intereses sociales o bienes jurídicos tutelados, en ese momento tendrá que responder, ya sea en el terreno penal, civil, laboral y/o administrativo.⁴

En el área penal, al sujeto imputable autor del daño y que se halle jurídicamente culpable por su conducta delictiva se le impondrá alguna pena o medida de seguridad; en el primer caso, privación de la libertad por determinado tiempo y en el segundo caso, suspensión temporal o definitiva del ejercicio profesional, de acuerdo a lo que determine el juez.⁵

En el área civil, básicamente se tiende a reparar el daño, cuando esto es posible, o bien, a pagar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la acción u omisión del médico durante o con motivo de su ejercicio profesional.⁶

En el área laboral, se presenta cuando hay una relación de trabajo, un contrato laboral. La sanción dependerá de las cláusulas que se hayan determinado en el contrato y de las leyes en materia laboral aplicables, la sanción puede ir desde un llamado de atención hasta la desvinculación laboral. De tal manera que si en el contrato de trabajo o en la ley laboral aplicable se señala, que será causa de rescisión de la relación laboral cuando se incurra en impericia, negligencia o dolo, esto será el motivo de dicha rescisión.⁷

En el área administrativa, el prestador de servicios de salud que tenga el carácter de servidor público y por tanto se rija por la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos que le corresponda, tendrá la obligación de conducirse conforme a lo reglamentado en dicha Ley, de lo contrario, podrá hacerse acreedor de alguna de las sanciones administrativas fijadas, consistentes en: apercibimiento privado o público; amonestación privada o pública; suspensión; destitución del puesto; sanción económica, e

³ *Ibidem*, p. 4

⁴ *Ibidem*, p. 5

⁵ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁷ *Idem*.

inhabilitación temporal para desempeñar cargos o comisiones en el servicio público.⁸

En este orden de ideas, la responsabilidad penal no excluye a la civil y viceversa, así como ambas no excluyen la responsabilidad laboral y tampoco la administrativa, cuando se trata además de un servidor público, pudiéndose encontrar en el prestador de servicios de salud en una o en todas las situaciones posibles, en forma separada o simultánea inclusive.⁹

Como vemos, el tipo de responsabilidad jurídica a que puede ser sometido un médico, dependerá no sólo del acto emitido o de la omisión presentada, y de la relación directa o indirecta con su actividad profesional, sino que también de su estatus en una dependencia gubernamental o privada; así, de todo este complejo enmarañado de consecuencias jurídicas, nos gustaría centrarnos en aquellas que pueden tener implicaciones pecuniarias para el prestador de servicios de salud.

II. REGÍMENES DE LA RESPONSABILIDAD PECUNIARIA DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO E INSTITUCIONES DE SALUD EN MÉXICO

Hace unos días, el diario *Reforma* publicó una nota a cargo de Mar Zarrabal,¹⁰ que presentaba la hipótesis que el detrimento del crecimiento de los hospitales públicos ha permitido paradójicamente el auge de los hospitales de la iniciativa privada. Así, la periodista con base en estadísticas nos comenta que:

Los problemas de atención médica de los organismos estatales han detonado el crecimiento de hospitales y clínicas particulares en detrimento de los usuarios, quienes deben pagar a los privados lo que, supuestamente, los primeros deberían otorgarles.¹¹

El número de camas que ofrece el sector privado cerró 2013 en 36 mil 927, con los que supera las 32 mil 403 del IMSS, según estadísticas de la Secretaría de Salud.¹²

Mientras en 2007 y 2013 el número de camas en hospitales privados creció 6.6%, el del IMSS lo hizo 2.6%, de acuerdo con la dependencia.¹³

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ Véase Zarrabal, Mar, “Crecen hospitales particulares. Tiene IP «boom» en salud”, *Reforma*, año XXI, núm. 7,435, 5 de mayo de 2014.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

Para expertos, los trámites y falta de atención a asegurados, especialmente del IMSS y el ISSSTE, han abierto la posibilidad para el sector privado de realizar cada vez más procedimientos quirúrgicos.¹⁴

Lo que impulsa el crecimiento de estas instituciones es que no haya más servicios públicos. Las instituciones públicas no se están dando abasto. Ese es el mercado que los privados están aprovechando, donde el gobierno no está llegando, señaló Verónica Sosa, directora de Administración Clínica de la consultora PwC.¹⁵

En 2013, el número de quirófanos particulares disponibles llegó a 5 mil 179, [o sea] 500 más de los que había en 2007.¹⁶

En contraste, en todo el servicio de salud público —que incluye IMSS, ISSSTE, Secretaría de Salud, Sedena, Pemex y hospitales estatales— se registraron 4 mil 60 quirófanos el año pasado.¹⁷

Esas estadísticas presentan un panorama desfavorable para los usuarios de los servicios de salud en nuestro país, y pareciera que se están dando los elementos para que un futuro, veamos aquí, los hechos que en su momento denunciará el cineasta Michael Moore en su película *Psycho* de 2007, en donde nos muestra una dura crítica al sistema de salud de los Estados Unidos de América, al documentar cómo el empleo de “pólizas de seguro” como medio para garantizar el acceso a servicios de salud de los estadounidenses los tiene desprotegidos, debido a que su sistema de salud “...funciona como un negocio y no como un derecho humano o un servicio cuyo objetivo universalmente debería ser proteger la salud de los ciudadanos”.¹⁸

No buscamos profundizar en los aspectos económicos, sociales y estructurales de la dicotomía de los servicios públicos y privados de salud en México, sino explicitar brevemente que esta dualidad también cuenta con regímenes pecuniarios distintos para las acciones u omisiones que constituyan

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Véase Estrada Márquez, Montserrat, “Análisis Sicko. Michael Moore. 2007”, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, disponible en: http://www.ceiich.unam.mx/0/docs/cine/cine_moore_estrada.pdf; asimismo, es de destacar que acertadamente Estrada Márquez nos explicita que los elementos centrales de la denuncia de Michael Moore al sistema de salud estadounidense consisten en dos grandes líneas argumentales. “La primera es que 47 millones de ciudadanos no poseen seguro médico por sus características físicas y genéticas. La segunda es que aquellos que sí están asegurados y cubren con las cuotas tampoco tienen asegurada la asistencia médica, debido a que sus solicitudes de tratamiento tienen que seguir un largo camino burocrático y son revisadas meticulosamente para encontrar alguna falla que permita a las aseguradoras denegarla...”.

ilícitos: “la responsabilidad patrimonial del Estado” para la función estatal y “la responsabilidad civil” para la función privada, mismas que buscamos describir, desde la construcción, por medio de sus precedentes y jurisprudencias que han realizado los tribunales federales y la Suprema Corte de Justicia de nuestra Nación.

Consideramos que esta aproximación de los regímenes pecuniarios de la responsabilidad de los médicos, desde la construcción que realizan los tribunales mexicanos, permitirá mostrar el marco normativo que han realizado nuestros tribunales, y así poder describir cómo esta actividad ha sido entendida, y sancionada, desde el derecho en acción en las cortes mexicanas.¹⁹

1. *Responsabilidad patrimonial del Estado*

Recordemos que la “responsabilidad patrimonial del Estado” es una institución jurídica ubicada en el derecho público de daños, la cual ha sido explorada en vía legislativa, jurisprudencial y doctrinal a lo largo del siglo XX, principalmente en países como Francia, Alemania y España, cuyo impacto influenció en Latinoamérica durante la primera década del siglo XXI.²⁰

En Europa, hasta la primera mitad del siglo XIX existía una resistencia generalizada del poder público para reparar daños, orientada a una irresponsabilidad absoluta; especialmente de una responsabilidad subsidiaria y subjetiva, que implicaba negligencia, dolo o intencionalidad en la realiza-

¹⁹ Recordemos que la interpretación de los jueces, que suele ser plasmada en “precedentes”, siempre han desbordado la lógica racionalizadora que los legisladores han buscado plasmar en las leyes, pues como explica Alf Ross: “...el legislador en la vana esperanza de preservar su obra, ha prohibido a menudo la interpretación de las normas y que la práctica de los tribunales se desarrolle como fuente de derecho. Ya Justiniano prohibió decidir de acuerdo con el precedente (*non exemplis, sed legibus judicadum est*). En el Código prusiano... de 1794 encontramos preceptos similares. En Dinamarca, después de la aprobación del Código danés, 1683, se prohibió a los abogados citar precedentes de la Corte Suprema. La medida fue dejada sin efecto en 1771. Tales drásticas prohibiciones demostraron su ineeficiencia, y llegó a ser el punto de vista predominante en el continente europeo que, en homenaje a la certeza, las decisiones de los tribunales superiores, en particular las de la Corte Suprema, debían ser respetadas...”. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2005, pp. 115 y 116. Así, con base en lo explicitado por Alf Ross, el derecho entendido como una forma de realización exclusiva del legislador y proscrita al juzgador, ha sido un camino abandonado, pues si queremos comprender en su exacta dimensión cualquier problema jurídico, no se puede hacer a un lado lo que los tribunales han expresado al respecto, de ahí la intención de describir los regímenes pecuniarios de la responsabilidad de los médicos, desde la construcción doctrinal de la jurisprudencia mexicana.

²⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, CJF-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2014, p. 1136.

ción del daño, a una responsabilidad objetiva y directa, donde el particular no debe soportar los daños patrimoniales causados por el Estado. Aun así, conviene precisar que en países como Italia y Alemania, el instituto de responsabilidad patrimonial funciona de conformidad con su Código Civil.

Actualmente, en nuestro país corresponde al legislador determinar el grado en que responderá el Estado, los entes públicos responsables y el rango resarcible de daños. Por regla general, las administraciones públicas deben responder de toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Así las cosas, el derecho a la responsabilidad patrimonial se desprende de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la propiedad, a la vida y a la integridad física; de ahí que pueden enumerarse los presupuestos para que se actualice la responsabilidad objetiva de la administración: *a) daño o hecho lesivo de la administración; b) nexo causal y, c) título de imputación por haber sido producido en el contexto de un servicio de titularidad pública.*²¹

En específico, en nuestro pacto federal se estatuyó una ampliación al denominado “régimen disciplinario de la función pública” al incluir la figura de la “responsabilidad patrimonial del Estado”, en el segundo párrafo de su numeral 113, mismo que determina lo siguiente:

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Este tipo de restitución pecuniaria que los particulares pueden reclamar del Estado, se diferencia y se distingue de la responsabilidad civil, en virtud de que el término “responsabilidad objetiva” al que hace referencia la Constitución,

no puede ser entendido en el sentido que se le atribuye a la responsabilidad objetiva civil, sino que refiere a una responsabilidad derivada de un acto irregular del Estado, deben trasladarse los requisitos propios de la responsabilidad civil al esquema de responsabilidad patrimonial del Estado, sin ser necesario probar la culpa de un agente del Estado en particular, sino la actuación irregular de la dependencia demandada.²²

²¹ *Idem.*

²² Véase la tesis de jurisprudencia “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, tesis 1a. CLXXI/2014 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril de 2014, t. I, p. 820.

Así, para que proceda el pago indemnizatorio por la actividad irregular del Estado, deben concurrir los siguientes requisitos:

1) La existencia de un daño. Dicho daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una o varias personas. 2) Que el daño sea imputable a la administración pública, por ser efecto de su actividad administrativa irregular, la cual puede consistir en la prestación deficiente del servicio público de salud. 3) El nexo causal entre el daño y la actividad de la administración pública.²³

Con lo anterior, podemos apreciar que las instituciones públicas que prestan servicios de salud, sólo pueden ser demandadas por “responsabilidad patrimonial del Estado”, excluyéndose para estos entes morales públicos la posibilidad de ser demandados por la vía civil.

A mayor precisión, cuando en “la prestación de un servicio público se causa un daño a los bienes y derechos de los particulares por haber actuado de manera irregular se configura, por un lado, la responsabilidad del Estado de resarcir el daño y, por otro, se genera el derecho de los afectados a que éste les sea reparado”.²⁴

Ahora bien,

la actividad irregular de referencia también comprende la deficiente prestación de un servicio público; de ahí que la actuación negligente del personal médico que labora en las instituciones de seguridad social del Estado (IMSS e ISSSTE) que cause un daño a los bienes o derechos de los pacientes, sea por acción u omisión, queda comprendida en el concepto “actividad administrativa irregular” a que se refiere el citado precepto constitucional y, por ende, implica una responsabilidad patrimonial del Estado.²⁵

La importancia de este procedimiento resarcitorio pecuniario, no soslaya ni contraría a los distintos regímenes de responsabilidad que pueden verse sometidos los miembros de los entes públicos de salud, puesto que si bien existen diversas alternativas para reclamar los daños causados por actos de

²³ *Idem.*

²⁴ Véase jurisprudencia “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA ACTUACIÓN NEGLIGENTE DEL PERSONAL MÉDICO QUE LABORA EN LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL (IMSS E ISSSTE) QUEDA COMPRENDIDA EN EL CONCEPTO DE ‘ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR’ A QUE SE REFIERE EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro XIX, núm. 1a./J. 129/ 2012, (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril de 2013, t. 1, p. 899.

²⁵ *Idem.*

negligencia médica, la idoneidad de la vía procesal dependerá del carácter del demandado y del tipo de responsabilidad que se pretenda demandar.²⁶

Así, el procedimiento de responsabilidad administrativa de los servidores públicos tiene por objeto sancionar al médico de alguna entidad pública que haya violado los principios de derecho disciplinario; por lo tanto, mediante esta vía no se puede obtener ninguna indemnización por el daño causado en caso de negligencia médica.²⁷

Por tanto, hay que recalcar que “la responsabilidad objetiva del Estado no se origina por cualquier daño causado, sino que éste debe ser consecuencia de su actuar administrativo irregular, es decir, derivado del incumplimiento de los deberes legales de los servidores públicos, establecidos en leyes o reglamentos”.²⁸

Sin embargo,

tratándose de la prestación de los servicios de salud pública, dicha responsabilidad también se origina por el incumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica, al desempeñar sus actividades, esto es, por no sujetarse a las técnicas médicas o científicas exigibles para dichos servidores *lex artis ad hoc*, o al deber de actuar con la diligencia que exige la *lex artis*.²⁹

Una de las críticas más duras que ha recibido la responsabilidad patrimonial del Estado, es que sus alcances resarcitorios en términos pecuniarios es limitado a las prescripciones y procedimientos que las leyes reglamentarias de la materia establezcan; lo que pudiera considerarse como una desmotivación para ejercer esta clase de acción contra los entes públicos.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha estatuido que “para dar un efectivo cumplimiento al derecho sustantivo establecido en el artículo 113 constitucional, la restitución de los daños causados por el

²⁶ Cf. “NEGIGENCIA MÉDICA COMETIDA POR PERSONAL QUE LABORA EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DE SALUD. LA VÍA ADMINISTRATIVA ES LA IDÓNEA PARA RECLAMAR LOS DAÑOS DERIVADOS DE AQUÉLLA”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, tesis 1a. CLXXIV/2014, (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril de 2014, t. I, p. 808.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Véase “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEFICIENTE DE LOS SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA. CUÁNDO SE CONFIGURA LA NEGLIGENCIA MÉDICA EN ESTOS CASOS”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, tesis 1a. CLXXII/2014 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril de 2014, t. I, p. 818.

²⁹ *Idem*.

actuar administrativo irregular, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior”.³⁰

Así, la indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, atendiendo a lo siguiente: a) el daño físico o mental; b) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) los perjuicios morales; y, e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios sicológicos y sociales. Así, tal indemnización debe ser “justa”, en el sentido de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.³¹

Lo anterior significa que al momento de fijarse la indemnización a cargo del Estado, no puede acudirse a una fórmula prestablecida por la ley, ni a una visión tasada, sino que tiene que individualizarse para acoplarse a las especiales circunstancias del peticionario, y lo anterior tiene mayor significancia cuando el acto administrativo irregular esté vinculado con un principio y valor fundamental de nuestro Estado constitucional y democrático, a saber “el derecho a la salud”.

Por tanto “la indemnización “justa” debe entenderse en su exacto contexto, lo que implica que no “está encaminada a restaurar el equilibrio patrimonial perdido, pues la reparación se refiere a los bienes de la personalidad, esto es, persigue una reparación integral, suficiente y justa, para que el afectado pueda atender todas sus necesidades, lo que le permita llevar una vida digna”.³²

Por último, si bien por la vía ordinaria civil no es posible demandar a ninguna entidad o dependencia pública federal, ya que para este fin existe el procedimiento administrativo regulado en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Lo anterior no excluye la posibilidad de que mediante el juicio ordinario civil se demande al médico en lo particular y/o

³⁰ Véase “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 113, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONAL. CUESTIONES QUE DEBEN SER ATENDIDAS PARA QUE SE CUMPLA CON EL DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, tesis 1a. CLXXIII/2014 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril de 2014, t. I, p. 819.

³¹ *Idem*.

³² Véase “REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU DETERMINACIÓN JUDICIAL EN CASO DE VULNERACIÓN AL DERECHO A LA SALUD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XII, tesis 1a. CXCVI/2012 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, septiembre de 2012, t. 1, p. 522.

a una sociedad privada que preste servicios médicos. “Dicha responsabilidad tiene como base el daño producido a los pacientes, que podría dar pie a una responsabilidad de índole subjetiva, en la que es necesario que se demuestre la culpa o negligencia del médico responsable”.³³

2. *Responsabilidad civil*

El tema de la responsabilidad civil es uno de los más añejos y tratados en nuestro derecho civil, y sus explicaciones pueden abarcar no sólo unas cuantas hojas, sino que ha sido objeto de diversos tratados y explicitaciones, por lo que procuraremos ir directamente a su vinculación con la actividad profesional del médico.

De acuerdo con la teoría de la responsabilidad civil, el que causa un daño a otro está obligado a repararlo. Este daño puede ser originado por el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda persona de no dañar a otra. Así, mientras en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos. De ahí que la responsabilidad contractual emana de un acuerdo de voluntades que ha sido transgredido por alguna de las partes, en tanto que la responsabilidad extracontractual deriva del incumplimiento del deber genérico de no afectar a terceros. Por otro lado, para que exista responsabilidad contractual basta con que se incumpla con la obligación pactada, mientras que la extracontractual puede tratarse de responsabilidad objetiva o subjetiva. La responsabilidad de índole subjetiva se funda en un elemento de carácter sicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. En cambio, en la responsabilidad objetiva se encuentra ausente el elemento subjetivo, esto es, la culpa o negligencia.³⁴

En tal sentido, el médico ordinariamente incurre en responsabilidad contractual, pero en aquellos casos en que es difícil calificar su responsabilidad contractual o extracontractual, el paciente afectado debe tener la posibilidad de invocar los preceptos de una u otra responsabilidad, y así lo debe

³³ Véase “NEGLIGENCIA MÉDICA. OBJETIVOS Y FINES DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, tesis 1a. CLXXVI/2014 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril de 2014, t. I, p. 809.

³⁴ Véase “RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRAContractUAL. SUS DIFERENCIAS”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, tesis 1a. CXXXV/2014 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril de 2014, t. I, p. 816.

estimar el juzgador, pues la reparación del daño no puede estar supeditada al rigor técnico de una u otra responsabilidad, sino que el objetivo debe ser la reparación del daño causado, aun a costa de “flexibilizar” las disposiciones jurídicas y en aras de evitar “una frustración ritual del derecho” característico de nuestros procedimientos civiles.³⁵

Es pertinente recalcar que no debemos confundir los elementos de la responsabilidad civil con los del hecho ilícito, ya que este último es un elemento de la primera. Así, los elementos de la responsabilidad civil son: 1o. La conducta que se le imputa al médico demandado, independientemente de que sea ilícita o no; 2o. El daño causado, y 3o. El nexo causal entre la primera y la segunda.³⁶

Los elementos del hecho ilícito son: 1o. La antijuridicidad, y 2o. La culpabilidad. No debe contemplarse como elemento del hecho ilícito la característica de que éste sea dañoso, pues la misma ya es elemento de la responsabilidad civil. Lo anterior es así, en virtud de que existen hechos, aun siendo ilícitos, que pueden o no causar un daño. De ahí que el elemento daño no necesariamente sea parte del hecho ilícito, mientras que sí lo es de la responsabilidad civil.³⁷

Ahora, resulta interesante destacar quiénes pueden ser sujetos de la responsabilidad civil en las actividades profesionales de los médicos, de conformidad con nuestra doctrina jurisprudencial:

1. En primer término tenemos al médico, en sí mismo, y ésta ha sido entendida por nuestros criterios jurisprudenciales con base en los siguientes criterios:

[1.1.] Las particularidades del ejercicio de la medicina y de la responsabilidad civil derivada de ello exigen precisiones en materia probatoria. Por regla general, la obligación del profesional de la medicina es de medios, y no de resultados. La primera clase de obligaciones supone que el profesionista no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una conducta diligente, cuya apreciación está en función de la denominada *lex artis ad hoc*, entendida como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros facto-

³⁵ Cf. González Alcántara, Juan Luis, *La responsabilidad civil de los médicos*, México, Porrúa-UNAM, 2009, p. 160.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

res endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, según informa la doctrina. En tal caso, la falta de diligencia y la negligencia del profesional médico, son las que habrán de probarse. Distinto sucede cuando la obligación es de resultado, que en el caso de la medicina puede presentarse, entre otros casos, en el ejercicio de la odontología, supuesto en el que el paciente actor debe acreditar solamente que ese resultado no se obtuvo.³⁸

1.2. Por otra parte, también hay que considerar para efectos de esta responsabilidad civil, al

error en el diagnóstico; tal error, compromete la responsabilidad del médico derivado de su ignorancia, de examen insuficiente del enfermo y de equivocación inexcusable. Existen tres tipos de error de diagnóstico: a) Por insuficiencia de conocimientos o ignorancia, en el que el médico elabora un diagnóstico errado como consecuencia de la falta de conocimientos; b) Por negligencia, en el que el médico, por inexcusable falta de cuidado, no recabó la información usual y necesaria para la elaboración acertada del diagnóstico; y, c) Científico, donde el médico frente a un cuadro clínico complejo y confuso que supone síntomas asimilables a más de una patología, emite un diagnóstico incorrecto. El incumplimiento en la obligación de tratamiento propuesto al paciente se actualiza cuando emana de un diagnóstico erróneo, pues ello genera un tratamiento inadecuado o desacertado. Sin embargo, cuando el diagnóstico es certero y se ha calificado la enfermedad en forma correcta, es posible distinguir una serie de circunstancias que dan lugar a tratamientos culpables o negligentes, entre los que, a modo de ejemplo, se puede citar: 1. Empleo de tratamientos no debidamente comprobados o experimentales; 2. Prolongación excesiva de un tratamiento sin resultados; 3. Persistir en un tratamiento que empeora la salud del paciente o le provoca resultados adversos; 4. Abandono del paciente durante el tratamiento; 5. Prescripción de medicamentos previamente contraindicados al paciente, o que pueden resultar nocivos a ciertos grupos de individuos, sin que se haya recabado la información oportuna; 6. Omisiones o errores en la receta médica, entregada al paciente como soporte material del tratamiento prescrito; y, 7. Prescripción,

³⁸ Véase “RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IV, tesis I.4o.C.329 (9a.), Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, enero de 2012, t. 5, p. 4605.

por parte del médico, de tratamientos que son propios de una especialidad que no posee.³⁹

1.3. Uno de los aspectos más complejos en la responsabilidad civil de los médicos y de las instituciones privadas de salud era precisamente acreditar los hechos imputables a éstos; sin embargo, ya empiezan a existir criterios de Tribunales Colegiados, como es el caso del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, a considera que:

...conforme a los principios de proximidad y facilidad probatoria, debe exigirse a los profesionales médicos y/o a las instituciones sanitarias la carga de probar que su conducta fue diligente, debido a la dificultad que representa para la víctima justificar la culpa del médico u hospital y porque existe la presunción de que los daños ocasionados por el suministro de medicamentos fueron originados por un actuar negligente.⁴⁰

Lo anterior significa un excelente avance en términos de “responsabilidad de los médicos e instituciones de salud (privada)”, porque equipara a las partes en los procesos civiles, en aras de una mejor justicia, y nos empieza a aproximar a la acertada tendencia que ha existido en otros países, como es el caso de la jurisprudencia española, en el sentido de presumir la culpabilidad del médico e institución de salud demandada y revertir la carga de la prueba, para que sea él quien tenga que demostrar que ha empleado la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño causado, ya que éste, por sus propios conocimientos técnicos en la materia y por los medios poderosos a su disposición, como son: el expediente clínico y los estudios de laboratorio y gabinete, goza de una posición procesal mucho más ventajosa que la víctima, ajena al entorno médico, la que, por tal razón, se encuentra en desventaja para buscar la prueba que, la mayoría de veces, está en posesión del médico responsable o de los centros hospitalarios, a los que el profesionista de la medicina tiene fácil acceso.⁴¹

³⁹ Véase “PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN RELACIÓN A LA OBLIGACIÓN DE DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO DEL PACIENTE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, tesis I.7a.C.73.C, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, junio de 2006, p. 1200.

⁴⁰ Véase “RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA MÉDICO-SANITARIA. SE ACTUALIZA POR DAÑOS ORIGINADOS A UN PACIENTE POR EL SUMINISTRO NEGLIGENTE DE MEDICAMENTOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro VIII, tesis I.7a.C.6C (10a.), mayo de 2012, t. 2, p. 2102.

⁴¹ Cfr. González Alcántara, Juan Luis, *La responsabilidad..., cit.*, p. 161.

2. También pueden ser objeto de responsabilidad civil de forma solidaria los hospitales, en donde los médicos forman parte de su planilla o rol, con base en la presunción de culpa, antes aludida.

En efecto, los tribunales colegiados han empezado a considerar que,

la circunstancia de que los médicos que laboran en un hospital actúen sin obedecer órdenes del administrador de éste, no hace improcedente la acción intentada contra aquél, como responsable solidario de los daños que los profesionistas causen a los pacientes en el desempeño de su labor, pues la responsabilidad del hospital tiene como fundamento la presunción de culpa en la elección de sus encargados u operarios que causen el daño y en la dependencia en que se encuentran respecto de éste, dado que si proporcionan a los médicos una sustancia peligrosa verbigracia, anestesia, ésta, en razón de los efectos que puede llegar a producir, consistentes en la disminución de funciones vitales incidiendo medularmente en el sistema cardiovascular, respiratorio y cerebral, pudiendo producir, en algunos casos, por sus efectos adversos, hipoxia (falta de oxigenación), y si tal efecto le es causado a un paciente, es claro que el hospital debe responder solidariamente por los daños causados por sus operarios.⁴²

3. Las aseguradoras pueden ser corresponsables con los médicos que integran su red. La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima, esto es, restablecer el equilibrio roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima.

En la relación obligatoria a que da lugar la responsabilidad civil, el deudor es el sujeto responsable o persona obligada a indemnizar el daño; por regla general, lo está en primer lugar el autor material del hecho dañoso; pero también existen casos en que se obliga a responder a quien, sin haber tenido una intervención directa en la realización de ese hecho, mantiene con su autor material una determinada relación que, a los ojos del legislador, justifica que se le haga responsable de las consecuencias de tal hecho, de suerte que ese tipo de responsabilidad puede generarse por el hecho propio o por un hecho ajeno.⁴³

⁴² Véase “RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE HOSPITALES, RESPECTO DE LOS PROFESIONISTAS QUE INTEGRAN SU ROL. ESTÁ FUNDADA EN LA PRESUNCIÓN DE CULPA”, *Se manario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, tesis III-2a.C.95C, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, mayo de 2005, p. 1537.

⁴³ Véase “RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO DE OTRO. LAS ASEGURADORAS SON CORRESPONSABLES CON LOS MÉDICOS QUE INTEGRAN SU RED, POR VIRTUD DE LA

En el caso de las aseguradoras, cuando restringen a sus derechohabientes a la asistencia médica de los profesionistas de la red, su responsabilidad civil deriva de su culpa *in eligendo* y de su culpa *in vigilando* por insuficiente vigilancia; lo primero, en virtud de haber sido esa institución la que lleva a cabo su elección para integrar la lista de los facultativos que prestan el servicio de asistencia médica a sus beneficiarios y lo segundo, por la falta de constatación de que los especialistas autorizados cumplan con los requisitos mínimos en la prestación de ese servicio.⁴⁴

Por otro lado, su responsabilidad deriva también de la restricción a que sujeta a sus derechohabientes para tener acceso a la atención médica brindada exclusivamente por los profesionistas de la red, que lleva implícita la prohibición a sus asegurados de acudir a otro médico que pudiera ajustarse al tabulador de la aseguradora. Así, es precisamente la elección del médico responsable para integrar la lista de asistencia médica y la sujeción a sus beneficiarios a dicha lista, lo que permite afirmar la corresponsabilidad de la aseguradora con el profesionista que, materialmente, ocasionó el daño que dio lugar a la responsabilidad civil.⁴⁵

III. CONCLUSIONES

Podemos apreciar que el rubro doctrinal nominado “responsabilidad profesional de los médicos”, se ha caracterizado por una especialización muy propia, pues la imputabilidad jurídica, en cualquiera de sus vertientes, tiene que emplear y valerse de referencias científicas médicas y sus técnicas auxiliares, lo que la ha convertido en una rama muy especializada del derecho.

Esta tecnicificación puede apreciarse en la conformación no sólo de las normas jurídicas que estatuyen las diversas responsabilidades, sino también en el derecho emitido y creado por los tribunales de justicia.

En específico, buscamos mostrar que la doctrina jurisprudencial mexicana ha empezado, tanto vinculante como obligatoriamente, la constitución de una doctrina de los regímenes pecuniarios de la responsabilidad de los médicos y las instituciones de salud, al establecer tanto para la denominada “responsabilidad patrimonial” como para la “responsabilidad civil”, aspectos muy particulares para esta actividad en su dualidad pública-privada.

EXISTENCIA DE NEXOS QUE LOS UNEN, ATINENTES A LA CULPA *IN ELIGENDO* Y A LA CULPA *IN VIGILANDO*”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, tesis I. 4a.C.218.C, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, febrero de 2010, p. 2909.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

Consideramos que este “pathos” de precedentes judiciales, constituyen el buen inicio de un derrotero necesario para constituir una defensa adecuada y garantizar a favor de los justiciables un mejor derecho a la salud; sin embargo, no creemos que en “castigar” las irregularidades se encuentre la última ratio, sino que es el primer paso, para quizás empezar a buscar fórmulas legislativas y judiciales que permitan a los ciudadanos exigir al Estado mejores condiciones del disfrute pleno de su derecho a la salud.

CUARTA PARTE

BIODERECHO, LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

MATERNIDAD SUBROGADA: SU REGULACIÓN

Mariana DOBERNIG GAGO

SUMARIO: I. *Derecho a la reproducción*. II. *Maternidad subrogada*. III. *Regulación mexicana de la maternidad subrogada*. IV. *La maternidad subrogada a nivel internacional*. V. *Turismo médico reproductivo*. VI. *Propuesta de legislación*.

I. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción asistida humana (TRHA) han hecho posible que “los gametos femeninos sean fecundados fuera del cuerpo de la mujer. Esto ha posibilitado que estos embriones puedan ser transferidos a mujeres distintas de las que aportan los óvulos”.¹ Las madres subrogadas o mujeres gestantes son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante esperma del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, para que, una vez producido el parto, entregue el hijo a las personas que lo encargaron, y asumieron, en su caso, la compensación de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La maternidad subrogada puede plantear numerosos problemas, de los cuales mencionaremos los más frecuentes. Se da que la mujer gestante desee quedarse con el niño.² Que ni la mujer gestante, ni quien solicitó el inicio

¹ Puigpelat, Francesca, “Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada”, en Cruz, Parcero y Vázquez, Rodolfo, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Fotomara, 2010, t. 2, p. 173.

² Esa fue la situación del famoso caso llamado comúnmente *Baby M*, en el cual los señores Stern contrataron a la señora Whitehead para que fuera inseminada con el semen del señor Stern y gestara un hijo, sin embargo, el caso llegó a juicio debido a que la señora Whitehead no quiso entregar el bebé cuando nació. Al final, la Corte le dio la guarda y custodia del bebé a los señores Stern y a la señora Whitehead se le otorgó la maternidad legal, con derecho a visitar a su hija. Esta resolución de la Corte fue muy criticada, ya que no era un

del proceso quieran quedarse con el niño, por cualquier motivo, por ejemplo, por adolecer de taras genéticas. Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anormalidad y se solicite el aborto terapéutico, negándose a ello la gestante. Que la pareja estéril se divorcie durante el embarazo, problema especialmente grave, si la esposa no hubiera aportado el óvulo.³

La utilización de estas técnicas nos conduce a pensar que la forma como se están tomando las decisiones sobre las técnicas de reproducción humana asistida va a afectar la manera en que vemos y aceptamos el parentesco en la actualidad. Por ello trataremos de establecer cuáles son los derechos que están en juego y cómo deben ser protegidos.

Dentro de estos derechos reconocidos, tendríamos que establecer si existe un derecho a la reproducción y si la infertilidad es un problema terapéutico enmarcado en el derecho a la salud,⁴ del mismo modo que la vinculación del derecho a la intimidad⁵ en las técnicas de reproducción asistida, así como los derechos del niño⁶ en relación con el derecho a los orígenes en la donación de gametos, por sólo mencionar algunos.

De acuerdo con esta relación de derechos, García⁷ opina que del

análisis de éstos podemos observar los posibles conflictos con otros derechos, desde una perspectiva ideológica de defensa de los derechos fundamentales implicados en las diferentes técnicas reproductivas, ya que pueden plantearse

caso de divorcio y que, buscando el mejor interés de la niña, no lo sería convivir con ambas familias. Véase Arras, John D. y Steinbock, Bonnie, “Ethical Issues in Modern Medicine”, *Contemporary Readings in Bioethics*, Boston, McGraw-Hill, 2009, pp. 452-455.

³ Como en el caso presentado en *Buzzanca vs. Buzzanca*, donde la pareja Buzzanca contrató a una madre subrogada y se le transfirió un embrión producto de la donación de óvulo y esperma, por lo que la pareja solicitante no tenía ningún lazo biológico con el niño, durante el embarazo la pareja se divorcia y el esposo en el convenio de divorcio señala que no hay hijos y ahí empieza una disputa legal. *Cfr. Buzzanca vs. Buzzanca*, California Court of Appeal, 1998, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280.

⁴ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce mediante el artículo 12 el derecho de toda persona al mayor disfrute posible de salud física y mental.

⁵ El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el artículo 16 del Convenio de los Derechos del Niño.

⁶ Los artículos 7o. y 9o. del Convenio de los Derechos del Niño, los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.

⁷ García, Yolanda, *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Granada, Comares, 2004, p. 250.

objeciones por motivo de conciencia basados en la concepción de los derechos fundamentales como mínimo ético por respetar. Uno de estos problemas es definir quién es el titular de este derecho, ya que, para algunos autores, sería la mujer, pero entonces ¿dónde dejaríamos el derecho de los hombres? [La autora señala] que, partiendo de la concepción del derecho a la reproducción como derecho derivado de la libertad, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad, se sostiene que el sujeto de dicho derecho es necesariamente la persona física. Por tanto, el hombre y la mujer son titulares, de forma individual, del derecho a la reproducción.

Por lo que podemos concluir que el titular del derecho es el ser humano en lo individual, y se podrá decir que la mujer, principalmente, es la que tendrá siempre la ventaja sobre el hombre en la concepción, ya que es ella quien gesta.

Podemos afirmar que el derecho a la reproducción se encuadra en la salud reproductiva, ya que, como regla general, busca paliar la esterilidad/infertilidad de las personas, aunque de forma excepcional se utilice para otros fines. Lo importante aquí sería distinguir si esos fines deben ser permitidos por la legislación o prohibidos. Si éstos se encuentran permitidos, cabrían dentro de la libertad de reproducción y la libre elección que tiene cada individuo.

En cuanto al establecimiento del derecho a la reproducción, Zegers-Hochschild considera que “desde una perspectiva biológica y sicosocial, la fertilidad (tener hijos) no debiera ser considerada un derecho, ya que existen muchas condiciones biomédicas y enfermedades que hacen imposible el embarazo y, por ello, nadie puede garantizar dicha condición”.⁸ En este contexto, consideramos que se tiene derecho al acceso a mecanismos que le permitan a las personas convertirse en padres, ya sea de forma natural, artificial o a través de una adopción. Es evidente que el tener hijos no es un derecho, “el derecho a hacer uso de los avances de la ciencia y la tecnología para procurar tratamientos médicos eficientes y seguros que nos permitan hacernos cargo de nuestras enfermedades”⁹ (que, en este caso, sería la esterilidad y/o infertilidad) es a lo que tenemos en realidad derecho.

Aquí cabría hacer una reflexión entre la diferencia de lo que es un derecho con un deseo, ya que es bueno intentar conceder, en lo posible, lo que la gente tanto desea, si otros no resultan dañados. Pero si fracasan en con-

⁸ Zegers-Hochschild, Fernando, “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica”, en Casado, María y Luna, Florencia, *Cuestiones de bioética en y desde Latinoamérica*, Navarra, Civitas, 2012, p. 178.

⁹ *Idem*.

seguir lo que quieren, pueden sentirse disgustados, aunque no han llegado a ser perjudicados. Con base en los derechos humanos, si la gente cree que ha sido agravuada, que sus derechos han sido infringidos, puede acudir a los tribunales, donde será un juez quien decida entre lo que era un deseo veemente y lo que era un derecho.¹⁰

La diferencia entre las necesidades y deseos y la mayor fuerza argumentativa de aquéllas venía dada precisamente porque éstos presentan contornos más objetivables, por tratarse de situaciones o estados de cosas que no dependen de la intención de los sujetos. Esta distinción se complementaría con un criterio que atiende al resultado: el beneficio en el caso de los deseos, evitar un daño o una privación en el caso de las necesidades.¹¹

A nuestro entender, el ser humano comparte ese instinto natural de reproducirse, que todo animal tiene, por eso el tener un hijo está vinculado con una necesidad secundaria de querer perpetuar la especie, al mismo tiempo (como el ser humano tiene racionalidad y conciencia), esta necesidad va de la mano con la tradición ancestral de formar una familia y ahí es donde nacería ese deseo profundo de ser padre, por lo que la reproducción es una necesidad que emana de un instinto natural hacia la perpetuación de la especie, acompañada de un deseo paternal de enseñar a nuestros hijos lo que hicieron por nosotros nuestros padres. Por lo que podríamos señalar que esta necesidad debe ser respaldada por el derecho.

Otra limitación que no podemos perder de vista es la libre determinación de querer ser padres, relacionándola con esa necesidad de la que hablábamos; sin embargo, no hay forma de obligar a un Estado ni a una legislación que nos cumpla ese derecho, así lo señala Zegers-Hochschild, quien establece que “los gobiernos no están obligados a proveer de métodos

¹⁰ De acuerdo con Mary Warnock, “si consideras algo como un derecho y te dejas llevar por el intenso anhelo de lo que quieras o necesitas, que es también algo que crees merecer, entonces, en la medida en que va cobrando intensidad el sentimiento de que tienes que conseguir aquello que mereces, irá disminuyendo el atractivo que la cosa ejerce sobre ti. Lamentaría cualquier tendencia que condujera a la gente a sentirse tan obsesionada por su derecho a tener un hijo y a tenerlo del modo que ellos desean, incluso con las características que ellos prefieran, que les hiciera olvidar la vieja sensación de asombro y gratitud que se siente con el nacimiento de un niño. ¿Gratitud a quién? Bien, a Dios o a la naturaleza, a la comadrona o al médico, o al mismo principio de continuidad y renovación de la vida. No importa. Pero, como ya he dicho, la gratitud es algo que no se siente cuando todo lo que uno ha conseguido es aquello que se le debía”. Véase Warnock, Mary, *Fabricando bebés, ¿existe un derecho a tener hijos?*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 130 y 131.

¹¹ Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 31.

modernos y eficientes para tratar la infertilidad, si no tienen la capacidad económica o social para hacerlo".¹²

Por su parte, Warnock¹³ establece que esta necesidad de ser padres, más que un derecho, es un deseo; la línea que divide esta diferencia es muy delgada, ya que no es un derecho que pueda ejercerse con base en la exigencia jurídica; nadie nos puede garantizar, ni existe ninguna ley que nos otorgue el derecho a ser padres, podemos ejercer nuestra libertad para buscar una reproducción de forma natural o artificial; podemos buscar ser padres a través de una ficción jurídica, como sería la adopción, pero no podemos exigir que este deseo sea cumplido. En este contexto, al iniciar la revolución reproductiva a través de la tecnología, una de las primeras interrogantes fue si el acceso a las técnicas de reproducción humana se podría encuadrar en el derecho reproductivo,¹⁴ ya que sobre todo las mujeres han clamado por éste.

Documentos internacionales, como la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (comúnmente denominada Conferencia del Cairo),¹⁵ reconoció un derecho a la libertad reproductiva, declarando que “la comunidad internacional debe hacer un esfuerzo para asegurar los derechos reproductivos de las mujeres puesto que la capacidad de decidir libremente el número y el espaciamiento de los hijos es condición previa para que las mujeres puedan alcanzar una igualdad efectiva con respecto a los hombres”.¹⁶ A continuación transcribiremos lo señalado por el informe final, en su apartado séptimo:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una

¹² Zegers-Hochschild, Fernando, “Algunas consideraciones…”, *cit.* p. 179.

¹³ Véase, Warnock, Mary, *Fabricando bebés...*, *cit.*

¹⁴ Mary Warnock considera que “un derecho es, para un individuo, un área de libertad que otra persona tiene la obligación de permitirle ejercer, como una cuestión de justicia. Es una libertad que uno reclama para sí mismo o para otro, y que se puede impedir que otros constrñan. Esto es, que quienes reclaman el derecho a tener hijos probablemente no son quienes ya los tienen, sino quienes no han conseguido concebirlos. Sin embargo, no hay ley positiva que otorgue el derecho a concebir, o a ser ayudado en la concepción”. *Ibidem*, pp. 25 y 30.

¹⁵ *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, Conferencia del Cairo, celebrada en El Cairo, Egipto, del 5 al 13 de septiembre de 1994, disponible en: http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html (consultada el 20 de junio de 2016).

¹⁶ Alkorta, Itziar, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva, derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 84.

vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear así como la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.¹⁷

De esta definición, según el propio informe, se desprende una serie de derechos denominados derechos reproductivos, que son:¹⁸ el derecho a decidir, libre y de forma responsable el número de hijos; el espaciamiento e intervalo entre los nacimientos; el derecho a disponer de la información necesaria para ello; el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; el derecho a adoptar decisiones en materia de reproducción sin sufrir discriminación, coacción o violencia alguna por ello.

A su vez, el Plan de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, de Beijing,¹⁹ señala que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales e internacionales sobre derechos humanos, y en otros documentos de las Naciones Unidas. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello, así como del derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Por lo que cambia la definición de libertad reproductiva por el de salud reproductiva, considerando que “la libertad reproductiva se amplía hasta abarcar los medios no sólo legales sino también materiales o económicos para poder decidir en cuestiones relativas a la procreación”.²⁰

El resumen ejecutivo de la serie sobre salud sexual y reproductiva de Lancet²¹ incluye la reproducción asistida como parte de la atención a la salud sexual y reproductiva: “La atención de la salud sexual y reproductiva incluye: mejorar la atención prenatal, durante el parto, el posparto y del

¹⁷ Véase capítulo VII, apartado 7.2 de la *Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo*.

¹⁸ Véase García, Yolanda, *Reproducción humana...*, cit., pp. 248 y 249.

¹⁹ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en Beijing, China, del 4 al 15 de septiembre de 1995, disponible en: http://www2.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?v=1&d=20160316T150755 (consultada el 20 de junio de 2016).

²⁰ Alkorta, Itziar, *Regulación jurídica...*, cit., p. 84

²¹ Resumen ejecutivo de la serie sobre salud sexual y reproductiva de Lancet, disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/general/srh_lancetseries_es.pdf (consultada el 20 de junio de 2016).

recién nacido, brindar servicios de planificación familiar de calidad, incluyendo servicios de reproducción asistida".²²

Asimismo, en el preámbulo²³ de la Declaración de Derechos Humanos (UNESCO) se da una redefinición del concepto de salud, en la que se tiene en cuenta su vinculación con factores sicosociales y culturales más allá de los progresos de la investigación científica.

Esto implica que el derecho a la salud se inscribe en el contexto de los derechos humanos como derecho positivo, como verdadero derecho humano prestacional, y que, en consecuencia, se debe fomentar la promoción de la salud, considerada como un bien social humano, y las condiciones necesarias a tal fin.²⁴

Acogiendo estos documentos, podemos señalar que los derechos reproductivos se encuentran incluidos en los derechos humanos,²⁵ en especial dentro de la libertad individual.²⁶

²² Véase Luna, Florencia, *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2008, pp. 62 y 63.

²³ De acuerdo con Héctor Gros, no se le puede negar el carácter jurídico del preámbulo de un instrumento internacional, pero que tenga carácter jurídico no significa que posea una naturaleza normativa. Véase Gros, Héctor, "El Preámbulo de la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos de la UNESCO", *Revista de Derecho y Genoma*, Bilbao, núm. 25, 2006, p. 81.

²⁴ Heinzmann, Mónica, "Aportes para la discusión de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos", en Andruet, Armando S. (comp.), *Bioética y derechos humanos*, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, 2007, p. 115.

²⁵ Véase Declaración Universal de Derechos Humanos, Nueva York, 10 de diciembre de 1948, artículos 30., 16, 18, 25, 26. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, artículos 20., 30., 80., 90., 12. Dentro de éstos podemos mencionar el derecho a la vida, a la libertad, el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad física, a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al matrimonio y a fundar una familia, el derecho de la maternidad. Igualmente la Proclamación de Derechos Humanos, de Teherán, de 1968, habla del "derecho de los padres a determinar libremente y con responsabilidad el número y el espaciamiento de sus hijos". En su artículo 16, la Declaración sobre Progreso Social y Desarrollo, de 1969, también insiste en el derecho exclusivo de los padres en estos ámbitos, en su artículo 4o.

²⁶ Yolanda García afirma que "la libertad ideológica como libertad parcialmente informadora de la libertad de conciencia, así como los derechos fundamentales implicados en las nuevas técnicas de reproducción humana artificial constituyen el núcleo básico de lo que se podría denominar una ética civil mínima de obligado respeto, al menos desde una perspectiva occidental". Véase García, Yolanda, *Reproducción humana...*, cit., p. 244.

Los derechos reproductivos de los seres humanos están, de forma fehaciente y clara, protegidos por los derechos humanos, por ser inalienables, integrales e indivisibles y tratarse de libertades fundamentales individuales o colectivas que son reconocidas por la comunidad internacional, a través de diversos instrumentos legales que deben ser adecuados a las legislaciones domésticas de cada Estado.²⁷ En este sentido, los derechos reproductivos son parte inalienable del ser humano y de sus derechos humanos fundamentales. Es algo que le pertenece a cada ser humano, no es un derecho que se pueda ejercer de forma mancomunada, aunque necesariamente se requieren dos personas para lograr la fecundación de un nuevo ser humano. Cada persona de manera individual decide si quiere o desea reproducirse.

En relación con la reproducción asistida, Robertson opina que el deseo de tener hijos se explica por la necesidad de la mayoría de experimentar la felicidad de ser padre, es decir, de crear una familia que suponga una conexión con el pasado y con el futuro de uno mismo. Por esta razón, las parejas infériles tienen el mismo interés y la misma capacidad que las parejas fértiles para formar una familia y criar a los hijos. “La libertad reproductiva, en general, debe entenderse como un importante elemento integrador de la libertad personal de cada individuo”.²⁸ El querer y tratar de tener un hijo es un ejercicio de la libertad reproductiva que tanto han aclamado los movimientos feministas, ya que la decisión de tener un hijo es un auténtico deseo y no es menos importante debido a las críticas sociales que el uso de las técnicas de reproducción asistida tiene.

Por lo que podemos afirmar que existe, dentro de los derechos fundamentales de los seres humanos, uno abocado a la reproducción, el cual emana directamente de la libertad de cada persona, es decir, cada individuo decide el cómo y el cuándo utilizarlo, pero lo más importante: no es un derecho absoluto, como ya lo hemos señalado, ya que no se puede obligar al Estado a que lo satisfaga. En este sentido, podemos decir que el derecho a la reproducción tiene límites, como cualquier derecho.

Una nueva visión sobre el derecho a la reproducción se va visto vulnerada en los tribunales de los Estados Unidos con un término nuevo, “el derecho a no ser padre”, una situación que quizás en otros tiempos no se hubiera podido plantear, ya que la mujer, al quedar embarazada de forma

²⁷ El reconocimiento de los derechos reproductivos dentro de los derechos humanos se encuentra regulado desde los años sesenta; sin embargo, es hasta las conferencias de las Naciones Unidas de Viena (1993), del Cairo (1994) y la de Beijing (1995) que de manera expresa se protege y regula los derechos reproductivos como derechos humanos.

²⁸ Véase Alkorta, Itziar, *Regulación jurídica..., cit.*, pp. 70 y 71.

natural, el padre debía asumir las obligaciones parentales que esta gestación ocasionaba.

Sin embargo, esto ha cambiado, diversas Cortes a lo largo de ese país han negado a las mujeres el derecho a ser madres, favoreciendo a los varones en su derecho a no ser padres.²⁹ Situación que se da con la existencia de embriones criopreservados a través de una fecundación *in vitro*. La pareja que aportó su material genético para crear un nuevo ser decide separarse por cualquier causa y, posteriormente, estas mismas personas comienzan una disputa legal sobre quién tiene el derecho a decidir sobre el destino final de estos embriones.

El primer caso en que se planteó esta situación es el de *Davis vs. Davis*,³⁰ en el cual la Corte consideró que el derecho del padre a rehusarse a la paternidad estaba por encima del derecho de la madre a conseguir un embarazo por este medio y que, por tanto, se debía respetar el derecho del hombre a evitar la paternidad, por sobre el derecho de la mujer a convertirse en madre.

Por igual, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se presenta el caso de, *Evans vs. Reino Unido*, el cual se presentó en contra de una resolución emitida por el Reino Unido de la Gran Bretaña. El caso trataba de una mujer, Natallie Evans, la cual, en octubre de 2000, fue informada de que se le había detectado tumores precancerígenos en ambos ovarios. Al ver que los tumores crecían despacio, la clínica le sugirió que, antes de proceder a la extirpación, había tiempo para extraer los óvulos y criopreservarlos. La señora Evans mantenía una relación estable, por lo que su pareja aceptó proporcionar su esperma para fecundar los óvulos y así proceder a su criopreservación y utilizarlos una vez que ella se hubiera recuperado de la cirugía. En mayo de 2002, la pareja se separó y el señor Johnson escribió a la clínica, notificando la separación y solicitando que los embriones fueran destruidos.

La señora Evans inició una batalla legal para utilizar los embriones criopreservados, tanto el juez de primera instancia como el de apelación desestimaron la demanda. Habiendo agotado las instancias nacionales, la se-

²⁹ Véase Pachman, Tracey S., “Disputes over Frozen Preembryos & the Right not to be a Parent”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Nueva York, Columbia University, vol. 12, núm. 1, 2003.

³⁰ *Davis vs. Davis*, Tennessee Supreme Court, 842 S.W. 2d 588 (Tenn. 1992); *Kass vs. Kass*, Nueva York Supreme Court, 673 N.Y.S.2d 350 (N. Y. 1988), *A. Z. vs. B. Z.* Massachusetts Supreme Court, 725 N.E.2d 1052 (Mass. 2000); *Litowitz vs. Litowitz*, Washington Supreme Court 48 P.3d 261 (Wash. 2002), *J. B. vs. B. Z.* New Jersey Supreme Court, 783 A.2d 707 (N. J. 2001).

ñora Evans recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual, señaló que era correcto que, si una de las partes revocaba su consentimiento, el procedimiento se interrumpiera, ya que la autorización es un elemento indispensable, y que, si no se tomara en cuenta, se violaría el respeto a la vida privada, reconocido en el artículo 8o. del Convenio, que comprende el respeto de las personas a tomar la decisión de tener o no hijos.

El TEDH decide respetar el derecho a no ser padre, sobre el derecho de la mujer a reproducirse. Alkorta considera que

tanto el derecho a no procrear como el derecho a tener hijos biológicos poseen en principio igual estatus jurídico en los ordenamientos internacionales, ambos derechos, a procrear y a no procrear, tienen en principio el mismo rango, por este motivo, parece que, en lugar de adoptar una regla tajante al respecto (tal como hace la ley británica, favoreciendo siempre el derecho a no ser forzado a procrear), los tribunales deberían contar con un margen de apreciación de las circunstancias particulares del caso, llegando a una solución a través de la ponderación de los intereses en conflicto. Entendemos que una de estas circunstancias relevantes en las que la facultad de revocar el consentimiento podría ceder, es aquella en la cual la creación de embriones responda a la necesidad de crioconservar los óvulos de la paciente ante el riesgo cierto de que sea imposible obtener más gametos en el futuro, a consecuencia, por ejemplo, de un tratamiento oncológico.

A primera vista, la afirmación de que un individuo tiene derecho a no ser padre parece lógica, sin embargo, los tribunales han interpretado el derecho a no ser padre como un derecho constitucional que se deriva del derecho a la intimidad y el derecho a procrear. Las diversas resoluciones han sostenido que existe un derecho constitucional a la privacidad e intimidad; se concluye que el derecho a la procreación se compone de dos derechos de igual importancia, el derecho a procrear y el derecho a evitar la procreación. Sin embargo, el varón saldría más lesionado por la carga financiera y sicológica de la paternidad no deseada, que la mujer aun ante sus derechos y deseos de ser madre.³¹

II. MATERNIDAD SUBROGADA

El derecho a la reproducción, como ya lo hemos comentado, forma parte de la libertad personal. Sin embargo, ningún derecho tiene carácter absoluto y

³¹ Esto en los argumentos que dio el Tribunal ante el caso *Davis vs. Davis*.

el derecho a la reproducción, como la misma libertad, tiene límites. La pregunta es, ahora, si el derecho a la reproducción legitima las prácticas de la maternidad subrogada o si, por el contrario, encontraríamos en su rechazo uno de los límites de aquel derecho. Por esta razón muchas legislaciones, entre ellas la española, ha prohibido este tipo de contratos, considerándolos nulos.

Puigpelat³² opina que

la prohibición de la maternidad por sustitución se ha justificado con diferentes argumentos. Los más frecuentes en su contra son: que es contraria a la dignidad de la madre y del hijo, que altera el orden natural, que entroniza la compraventa de los hijos, que puede dar lugar a la explotación de las mujeres pobres y que favorece sólo a las mujeres y parejas de las clases altas.

Jurídicamente, podríamos decir que la madre legal sería la subrogada, ya que es la que da a luz y, si ésta fuera casada, su marido es al que le correspondería la paternidad legal, esto con base en la máxima del derecho romano *mater smp̄ certa est*, en la que se establece que la madre es siempre cierta.

Esta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio *mater smp̄ certa est* hace crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto.³³

Por lo tanto, para que se pueda tener certeza jurídica sobre la maternidad, es imprescindible que se regulen este tipo de acuerdos, más aún cuando es una realidad que se lleva a cabo cada vez con más frecuencia.

Sin embargo, varios autores consideran que un contrato de esta naturaleza no tendría validez, ya que el niño no es una cosa que pueda ser objeto de comercio. El embrión no puede ser susceptible de apropiación ni de libre circulación. El recién nacido no puede ser objeto válido de un contrato que implique su entrega ni su generación.

Para estos autores, la gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas

³² Puigpelat Martí, Francesca, “Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada”, en Cruz Parcerio, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo, *Debates constitucionales...*, cit., p. 173.

³³ Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución, realidad y derecho”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2012, p. 14.

o, como consecuencia del turismo reproductivo, a la utilización de las mujeres de los países del Tercer Mundo o periféricos, por las mujeres de países del Primer Mundo. Sin perjuicio de que también pueden conllevar a situaciones de abuso respecto de el o los comitentes, generalmente desesperados por tener un hijo.³⁴

Por esta razón, para muchos autores, la única forma admisible de la maternidad subrogada es aquella que se lleva a cabo de forma gratuita. Y en este sentido, podemos afirmar que lo que está en discusión no es si la mujer tiene derecho a disponer de su cuerpo y engendrar un hijo ajeno, sino si se le puede obligar a renunciar a este niño que tuvo en su vientre por nueve meses, aun cuando no tenga un parentesco biológico con él.

La cuestión por determinar es si se violenta la autonomía de la mujer que se somete a un contrato de sustitución, ya que en opinión de Puigpelat el respeto de la autonomía y la responsabilidad personal no se garantiza sólo mediante el contrato, ni excluye que puedan establecerse restricciones a la libertad de disposición de las partes, en una relación contractual. Estas limitaciones se fundamentarían en el hecho de que parece dudoso que un mercado reproductivo, basado en la ley de la oferta y la demanda y la libertad de contratación, sea la forma más apropiada para conciliar los derechos de los progenitores y de los descendientes, así como para crear un marco propicio a las relaciones de vinculación e interdependencia afectiva.³⁵

La realidad es que, antes de que existiera una legislación apropiada, en países como los Estados Unidos de América, las controversias por temas de maternidad subrogada comenzaron a surgir. Así se dio el famoso caso *Baby M*,³⁶ el de *Buzzanca vs. Buzzanca*,³⁷ asimismo, *Johnson vs. Calvert*.³⁸

Sin embargo, con todos los problemas que se presentan desde el punto de vista jurídico, la maternidad subrogada es, para muchos, la única solución en el caso de aquellas mujeres que por algún problema no tienen útero o, después de varios embarazos fallidos, el médico considera que dichas mujeres son incapaces de gestar. También puede darse el caso de que el embarazo pueda ser peligroso para la salud de la mujer. En palabras de

³⁴ *Idem*.

³⁵ Puigpelat Martí, Francesca, “Los derechos...”, *cit.*, p. 175.

³⁶ *In Re Baby M*, New Jersey, Supreme Court, 537 A.2d 1227, 109 N. J. 396 (N. J. 02/03/1988).

³⁷ *Buzzanca vs. Buzzanca*, California Court of Appeal, 1998, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280.

³⁸ *Johnson vs. Calvert*, Supreme Court of California, 1993, 5 Cal.4th 84, Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776.

Puigpelat,³⁹ la maternidad por sustitución puede ser la única forma por medio de la cual una mujer puede satisfacer su proyecto de maternidad biológica, esto es así cuando por razones de salud no puede llevar a cabo por sí misma la gestación, pero tiene óvulos fecundables. El deseo de ser madre no puede minusvalorarse, y despreciarlo supone no sólo una falta de respeto a la autonomía personal, sino también desconocer el alcance que la reproducción tiene para el mantenimiento de cualquier sociedad. Las TRHA son el mecanismo más adecuado, pues refuerzan el deseo de maternidad biológica, al generar la expectativa de que gracias a ellas se podrán resolver todos los problemas de infertilidad.

Otra situación es el caso de las parejas de varones que desean tener un hijo; en esos casos, la única alternativa posible es, si uno de ellos quiere ser el padre biológico, una donación de óvulo y una mujer que geste ese bebé, es la respuesta para conseguir un hijo biológico de uno de ellos. Esta situación es más problemática en palabras de Puigpelat,⁴⁰ por lo que considera que la maternidad por sustitución debería admitirse cuando quien recurre a ella es una mujer que tiene óvulos fecundables, pero problemas médicos le impiden llevar a cabo la gestación.

En opinión contraria, Lamm⁴¹ argumenta que debe recurrirse al principio de igualdad y no discriminación, para argumentar a favor de la regulación y admisión de la maternidad subrogada, ya que es la única opción que tiene una pareja formada por dos varones de tener un hijo genéticamente propio.

Por lo que nuestro primer cuestionamiento sería si estos contratos deben estar regulados; en segundo lugar, si debe existir una compensación por ellos.

Para dar respuesta a lo anterior, en primer lugar, expondríamos la opinión de Lamm,⁴² la cual señala que

la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. No se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas

³⁹ Puigpelat Martí, Francesca, “Los derechos...”, *cit.*, pp. 175 y 176.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 175.

⁴¹ Lamm, Eleonora, “Gestación por...”, *cit.*, p. 8.

⁴² *Ibidem*, p. 10.

que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente.

Consideramos que esta opinión es acertada, ya que la única forma de garantizar la filiación del niño es a través de un contrato, por lo que estaríamos a favor, en primer lugar, de su regulación y aceptación.

Sobre el segundo punto, podemos señalar que, en países como Estados Unidos, donde en varios de sus estados (entre ellos, California) se permite la maternidad subrogada mediante pago,

parece ser que al aceptar el hecho de que existe un mercado para algo como la sustitución demuestra que eso es lo que la gente desea y que, por lo tanto, es perfectamente razonable satisfacer esa demanda. Ese es un modo de ganar dinero tan bueno como cualquier otro “hueco del mercado”. El que a un determinado número de personas no les gusten las madres sustitutas es completamente irrelevante.⁴³

En este sentido, coincidimos con esa opinión, ya que creemos que el pago a la madre gestante es algo que permite que ambas partes reciban una retribución, asimismo creemos que esto no debe convertirse en un modo de vida, sino que debe hacerse de forma ordenada y regulada.

En este punto, quisiéramos externar nuestra experiencia⁴⁴ en la Ciudad de México, ya que hemos tenido la oportunidad de presenciar, por lo menos en los dos últimos años, un incremento en los acuerdos de subrogación en México. En estos acuerdos hemos visto que el nivel socioeconómico de las parejas solicitantes determina el monto por pagar a las madres subrogadas, quienes son, en su mayoría, madres solteras que tienen trabajos de medio tiempo debido a sus hijos, y esto contribuye a su manutención. En algunos casos, las sumas ascienden a quizás \$20,000 dólares americanos y, en otros casos, pueden ser de \$5,000 dólares americanos. Es, desde nuestra perspectiva, incoherente e injusto para estas mujeres no recibir una compensación adecuada. En este momento, al menos, lo que hemos tenido oportunidad de observar es que no se ha generado un tráfico de mujeres, ni de empresas que se dediquen a comercializar con estos acuerdos, en gran medida porque el reconocimiento de la filiación de estos hijos y, por consiguiente, el levantamiento del acta de nacimiento no es una tarea fácil, lo que ha propiciado que los acuerdos se realicen entre particulares y, generalmente, a través de

⁴³ Warnock, Mary, *Fabricando bebés...*, cit., p. 108.

⁴⁴ Trabajamos como abogada externa de la Clínica de Fertilización Asistida en el Hospital ABC, Santa Fe, de la Ciudad de México.

personas con lazos de parentesco, laborales o sociales. Por esta razón, uno de nuestros planteamientos principales es que deben establecerse las pautas para permitir la maternidad subrogada, a través de una compensación adecuada, previamente establecida, y que, además, en estas pautas se limite el número de embarazos que las mujeres puedan llevar a cabo, precisamente para proteger su salud, y que no puedan ser objeto de abusos por estos acuerdos.

La compensación, para muchos, es contraria a la dignidad de la mujer. En nuestra opinión, es un apoyo y un respaldo dentro de una práctica común, como lo es la maternidad subrogada, es darle apoyo y protección a la madre gestante. En los países donde se autorizan estos acuerdos de forma gratuita, han modificado sus normas para regular de forma más abierta las compensaciones que la mujer puede recibir (como es el caso del Reino Unido), por lo que la tendencia es aceptar este tipo de acuerdos entre particulares, pero regulándolos de forma adecuada.

Como conclusión, podemos decir que la maternidad subrogada es una realidad, aunque existan países donde no hay legislación al respecto o, lo que es peor, se prohíba, objetivamente existen parejas buscando una mujer que geste a su hijo, el deseo de ser padres va por encima de cualquier limitación que la ley les imponga. Esto se demuestra con los casos que han llegado a los tribunales y, por supuesto, éstos son una mínima parte de la realidad. Lo adecuado, en nuestra opinión, es regular algo que verdaderamente se practica aunque la ley lo prohíba; es por esa razón que es indispensable regular y legislar este tema, buscando en todo momento la protección de ambas partes, es decir, la protección de la mujer gestante y, a su vez, la persona o pareja que contrata sus servicios. Un punto muy controversial, consideramos es que estos acuerdos únicamente pueden ser viables, si hay una compensación de por medio, ya que es la única forma equitativa en la que se puede manejar un contrato de esta índole; de otra forma, una parte estaría abusando de la otra y no se le estaría retribuyendo a la madre subrogada el tiempo invertido en lograr alcanzar el sueño de otra(s) persona(s). Por supuesto que esto debe estar regulado, tratando de prever situaciones complejas, evitando cualquier acontecimiento que pueda llegar a los tribunales, pues, como ya lo hemos analizado, es difícil tener en mente todas las posibilidades y puede suceder algo no previsto.

Siguiendo esta línea, Puigpelat⁴⁵ opina que la maternidad subrogada debería visualizarse como una forma de colaboración entre dos mujeres que se relacionan entre sí como personas concretas, para llevar a cabo un

⁴⁵ Puigpelat Martí, Francesca, “Los derechos...”, *cit.*, pp. 177.

proyecto parental. El procedimiento adecuado para encauzar esta ayuda podría ser mediante un organismo público de sustitución, cuyo concurso no sería necesario, cuando la ayuda para la sustitución la presentase un familiar de la mujer que no puede gestar. La gestante podría estar remunerada, pero sólo podría llevar a cabo un número muy limitado de sustituciones y debería establecerse mecanismos que facilitasen la existencia de lazos afectivos entre la gestante y la criatura. Sobre este último punto, no consideramos sano para la salud síquica de la subrogada, ni para el saludable desarrollo del niño, la convivencia con la madre gestante. El vínculo afectivo y la relación madre e hijo se deben crear únicamente con la madre legal.

Con lo hasta aquí señalado, podemos afirmar que es necesaria la regulación de la maternidad subrogada, sin embargo, el problema de la utilización de estos procedimientos ha cruzado fronteras, debido a que, a nivel internacional, nos encontramos con una problemática importante, debido al crecimiento del turismo reproductivo en cuestiones de subrogación, esto se ha evidenciado a través de diversos documentos y acuerdos, entre ellos, el *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, emitido por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya.⁴⁶

Dentro de los cuestionamientos que se realizan en este documento, nos encontramos con la preocupación del incremento de acuerdos de maternidad subrogada que se llevan a cabo en diferentes partes del mundo. Esto ha traído, como consecuencia, la presentación de las siguientes problemáticas:

- Hay una preocupación sobre la falta de protección que los acuerdos acarrean a los niños nacidos a través de estos procedimientos, debido a que el padre o los padres solicitantes, pueden tener la intención de traficar, abusar u ocasionar daños irreparables a los menores, sobre todo en países donde no existe una regulación apropiada a la nación donde se realiza el acuerdo de subrogación.⁴⁷

⁴⁶ *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues from International Surrogacy Arrangements, Document Draft up by the Permanent Bureau, Preliminary Document no. 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and policy of the Conference, Hague Conference on private International Law.*

⁴⁷ Un ejemplo de esto se presentó cuando un hombre de 26 años realizó un acuerdo de subrogación en el estado de Pennsylvania, a través del cual la mujer gestante fue inseminada artificialmente con el esperma del padre solicitante. El bebé fue entregado al padre un día después de su nacimiento y el niño falleció aproximadamente seis semanas después como resultado de repetidos abusos físicos. Véase *Huddleston vs. Infertility Clinic of America Inc., Superior Court of Pennsylvania, Atl Report*, 700, 20 de agosto de 1997, pp. 453-462. Otro ejemplo es el caso *Stiver vs. Parker*: Judy Stiver realizó un contrato de subrogación, aceptando ser insemina-

- Hay una problemática real, que durante la gestación o al momento del nacimiento los padres solicitantes no deseen al hijo, ya sea porque la relación entre la pareja haya terminado o porque el niño traiga alguna enfermedad o incapacidad física o síquica. También está el problema de que la madre subrogada quiera quedarse con el niño, al momento del nacimiento.
- En cuanto a las madres subrogadas, hay una preocupación sobre su condición, debido a que muchas de estas mujeres son de baja condición socioeconómica, lo que involucra un nivel cultural bajo y esto se puede prestar a que las mujeres sean forzadas a realizar estas prácticas.⁴⁸ Además, tanto el pago como los cuidados médicos que se les brindan dependen de la pareja contratante y, en muchos casos, pueden ser arbitrarios.
- En cuanto a la pareja solicitante, sigue existiendo una mala información y un desconocimiento real sobre estas prácticas.⁴⁹ Además, las subrogaciones internacionales, que cada vez son más frecuentes, requieren un asesoramiento legal especial que, en muchos casos, es difícil de obtener. Asimismo, en ocasiones, los padres se han visto envueltos en problemas legales a causa de este tipo de negociaciones.⁵⁰
- Las adopciones internacionales han traído innumerables problemas, entre ellos, que los niños nacen sin una filiación certa y sin una nacionalidad, por lo que no pueden ser llevados, en la mayoría de los casos, al país de residencia de los padres solicitantes.⁵¹

da con el esperma de Alexander Malahoff; el 10 de enero de 1983 nació el niño Christopher, el cual padecía de citomegalovirus, enfermedad transmitida a la madre a través del esperma no analizado del padre. Christopher nació con problemas de audición, retraso mental y un severo desorden neuromuscular. Véase *Stiver vs. Parker, United States, Court of Appeals for the Sixth Circuit, 975 F.2d 261*.

⁴⁸ Smerdon, Usha R., “Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy between the United States and India”, *Cumberland Law Review, Samford University*, vol. 39, núm. 1, 2008, pp. 15-86.

⁴⁹ En el caso del Reino Unido, *Re L [2010] EWHC 3146 (Fam)*, el juez comienza diciendo: “Es importante observar que hasta los más dedicados y conscientes padres reciben una mala información...”.

⁵⁰ En agosto de 2008, una pareja de la India fue detenida en el aeropuerto de Mumbai por intentar viajar con una menor de 16 meses a Canadá, para ser entregada a la pareja solicitante, asunto derivado de un contrato de subrogación. Esto se debió a que la niña viajaba con un pasaporte aparentemente falso, disponible en: http://canadaimmigration.typepad.com/canada_immigration/2008/08/baby-girls-fake.html (consultada el 10. de junio 2016).

⁵¹ Asimismo, se dio el caso de la pareja de varones españoles que se quedaron varados en Cancún varios meses a principios de 2015 cuando nacieron sus mellizos a través de la

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya considera que un posible contenido para un instrumento regulador del derecho internacional privado debería contener los siguientes aspectos:

- Reglas uniformes relativas a la jurisdicción de los tribunales u otras autoridades, para tomar decisiones sobre la paternidad.
- Normas uniformes sobre la ley aplicable.
- Normas correspondientes que establezcan el reconocimiento y la ejecución de dichas decisiones.
- Las normas uniformes sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación legal por ministerio de ley o por convenio.
- La ley aplicable o principios de reconocimiento sobre la determinación de la filiación por el reconocimiento voluntario.

Podemos concluir que, en la actualidad, el turismo reproductivo en relación con la maternidad subrogada es una realidad que debe encaminarse a solucionar problemas, como los que han venido suscitándose. Tales son: que los niños nazcan sin el reconocimiento legal de quienes asumirán la filiación, sin un país que les reconozca nacionalidad alguna y con la inseguridad de que estos niños fueron concebidos a través de personas que realmente los desearon o los ven únicamente como un comercio o un negocio.

Creemos que es necesario y urgente que a nivel internacional se den pautas claras sobre cómo proceder ante estos aspectos. Es claro que cada país deberá hacer lo suyo de forma interna, pero debe existir una decisión a nivel internacional que proteja no sólo a los niños, sino también a las personas que recurren a estos acuerdos, en la mayoría de los casos porque en su país de origen no hay regulación (o la que existe les prohíbe realizarlos). Es claro que existe una mala información jurídica del cómo y en dónde se deben realizar estos acuerdos. Esta ignorancia trae como consecuencia un abuso excesivo: es tarea de los Estados realizar un frente común sobre este asunto.

III. REGULACIÓN MEXICANA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

En este apartado, haremos un breve análisis de las legislaciones locales que regulan de alguna manera la maternidad subrogada.

maternidad subrogada en Tabasco y la Secretaría de Relaciones Exteriores, les negó sus pasaportes, disponible en: <http://www.sinembargo.mx/19-02-2015/1256763> (consultada el 1o. de junio de 2016).

La Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza que fue publicada el 15 de diciembre de 2015, acepta el uso de la maternidad subrogada.⁵²

Autorizando el uso de este procedimiento a parejas unidas en matrimonio, concubinato o pacto civil de solidaridad y cuando exista una imposibilidad médica para gestar.

Divide a la maternidad subrogada en: *a)* parcial, cuando el embrión proviene de la pareja solicitante y una tercera mujer presta su vientre para el embarazo; *b)* maternidad onerosa, cuando existe un pago o retribución económica por el procedimiento y, *c)* maternidad altruista cuando la mujer gestante acepta el procedimiento de forma gratuita.

La mujer gestante debe tener entre 25 y 35 años de edad, contar con buena salud y el procedimiento se debe realizar ante notario público para verificar el consentimiento otorgado.

El Código Civil de Colima no regula el uso de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, en la sección tercera, referente a la adopción plena, se contempla que en los casos en que haya participado una madre subrogada, a través de una inseminación artificial o fecundación *in vitro*, y ella haya acordado la entrega del bebé a los padres solicitantes, éstos deberán recurrir a una adopción para asumir la filiación del hijo producto de este acuerdo.⁵³

El Código Civil de Querétaro permite el uso las TRHA de forma individual, es decir, que no lo limita a las parejas unidas en matrimonio o concubinato, como lo hacen otros estados de la República mexicana. Igualmente señala que es indispensable el consentimiento del uso de las técnicas para poder asumir la filiación, establece que no se permite la maternidad subrogada,⁵⁴ ni la selección del sexo.⁵⁵

El Código Familiar de San Luis Potosí hace una lista de las TRHA⁵⁶ aceptadas, que son IA, GIFT, FIV y el ICSI.

Asimismo se establece que el consentimiento en las TRHA será el vínculo de filiación con el hijo, independientemente de que sea un hijo biológico o haya existido donación de gametos.⁵⁷ El contrato de maternidad subrogada será considerado como inexistente y la filiación materna se establece por el parto.⁵⁸

⁵² Artículos 381 a 405 de la Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza.

⁵³ Artículo 410-B.

⁵⁴ Artículo 400.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Artículo 236.

⁵⁷ Artículo 244.

⁵⁸ Artículo 243.

El Código Familiar del Estado de Sinaloa incluye un capítulo sobre “Reproducción Humana Asistida y Gestación Subrogada”.⁵⁹

Permite el uso de las TRHA únicamente en parejas unidas en matrimonio o concubinato.

Regula la maternidad subrogada, en primer lugar, definiéndola como

la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Sobre la mujer gestante, el Código señala que debe ser una mujer entre 25 y 35 años, madre de, al menos, un hijo consanguíneo sano, con una buena salud física y síquica, y que esta mujer haya otorgado su consentimiento. Además, no puede padecer de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.

El Código hace una relación de modalidades en los acuerdos de subrogación, y señala en primer lugar una subrogación total, que sería cuando la mujer, además de gestar, es madre biológica porque aporta sus óvulos. Subrogación parcial, cuando el embrión proviene de la pareja solicitante y la mujer gestante sólo presta su útero. Subrogación onerosa que sería cuando “una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de gestación” y, por último, habla de subrogación altruista, que es la que se da cuando la mujer gesta de manera gratuita.

El Código Civil del Estado de Tabasco fue el primero en regular el tema de la maternidad subrogada, por lo que su práctica ha sido bastante frecuente, de hecho ha sido denominado como un lugar de turismo reproductivo, ya que muchas parejas del extranjero han visitado ese estado para realizar un procedimiento de maternidad subrogada, lo que ocasionó que los medios de comunicación pusieran sus ojos en los problemas que se estaban suscitando, sobre todo en el reconocimiento de hijos nacidos de parejas del mismo sexo extranjeras.

Esta problemática trajo como consecuencia que el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México del 8 de junio de 2015 señaló:

⁵⁹ Del artículo 282 al 297.

El Comité celebra la aprobación de la Ley General para Prevenir, Sancionar y erradicar los delitos en materia de Trata de Personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos en 2012 y el establecimiento de una Comisión Intersecretarial en 2013. Sin embargo, le preocupa:

b) La regulación de la subrogación en el estado de Tabasco ya que no proporciona suficientes garantías para evitar su uso como medio para vender a las niñas y niños.

El Comité recomendó a México que Tabasco revisara su legislación sobre la subrogación e introdujera las medidas necesarias para evitar su uso como un medio para la venta de niñas y niños.

Debido a esto, el 14 de diciembre de 2015 fue reformado el Código Civil de Tabasco, siendo publicado en el *Periódico Oficial* del 13 de enero de 2016, incluyendo las siguientes reformas:

Adiciona el capítulo VI bis de la gestación asistida y subrogada, en la que define que la gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

La gestación por contratos aceptará dos modalidades:

- Subrogada, que implica que la gestante sea inseminada con el material genético del varón que contrata y por consiguiente ella aporta sus óvulos.
- Sustituta, donde la gestante le son transferidos embriones obtenidos de la persona o pareja contratante.

Establece que la mujer gestante deberá tener entre 25 y 35 años de edad y podrá realizar un máximo de dos procesos de gestación por contrato.

Este tipo de contratos estará limitado únicamente para ciudadanos mexicanos que posean plena capacidad de goce y de ejercicio.

La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para gestar en su útero y tener una edad entre los 25 y 40 años.

Se prohíbe que intervengan agencias, despachos o terceras personas, lo que ocasionaría la nulidad del contrato.

Por lo que a las reformas importantes se refiere, éstas se limitan únicamente para ciudadanos mexicanos y que la mujer contratante debe de tener una incapacidad física para gestar, por lo que limita que éstos contratos únicamente sean realizados por parejas heterosexuales o mujeres solas. Sin

embargo, sigue sin establecer se si estos acuerdos deberán ser gratuitos u onerosos.

1. Reforma del Senado de la República

A principios de 2016, la LXIII Legislatura de la Cámara de Senadores presenta el Proyecto de Decreto por el que se adiciona el artículo 61 ter y 462 ter, de la Ley General de Salud, en el que se presentarían las siguientes modificaciones:⁶⁰

Se define a la gestación subrogada por la práctica médica consistente en la transferencia de óvulos humanos fecundados en una mujer, producto de un espermatozoide y un óvulo de terceras personas. La gestación subrogada se realizará sin fines de lucro, habiendo un acuerdo entre las personas solicitantes y la mujer gestante, permitiendo la compensación de gastos médicos y otros derivados del embarazo, parto, posparto y puerperio.

La gestación subrogada estará permitida:

- Si existe una estricta indicación médica.
- Sin fines de lucro.

Habrá una sanción de seis a 16 años de prisión y multa en los siguientes supuestos:

- Al que obtenga el consentimiento de una mujer mediante pago de una contraprestación o aprovechándose de su situación de pobreza o ignorancia.
- Al que transfiera embriones a una mujer que ya haya sido sometida a dos embarazos previos por este tipo de acuerdos.
- El que realice este procedimiento para entregar el o los hijos resultantes de este procedimiento a parejas de nacionalidad distinta a la mexicana.
- Al que contrate una gestación subrogada y abandone a los menores resultantes de este procedimiento.

⁶⁰ Al momento de realizar esta investigación, el proyecto seguía pendiente; el dictamen quedó en comisiones de la Cámara de Diputados y sería en septiembre de 2016 que se discutiría nuevamente.

IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA A NIVEL INTERNACIONAL

A nivel internacional, hay países que permiten el uso de la maternidad subrogada y otros la prohíben. En Europa, podemos decir que Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suecia, entre otros prohíben el uso de la maternidad subrogada; sin embargo, debido al turismo reproductivo, han tenido que tomar las medidas necesarias para regular este hecho, lo que ha complicado las cosas. A continuación se hará un breve análisis de algunos países que cuentan con regulación así como de resoluciones judiciales sobre el tema.

Brasil no cuenta con legislación específica sobre la materia. Al igual que en muchos países latinoamericanos, han existido muchas propuestas, pero no hay nada autorizado aún. Sin embargo, se acepta la maternidad subrogada, sólo si un pariente está dispuesto a someterse a dicho procedimiento. No se admite, en principio, la comercialización de este procedimiento.⁶¹

La resolución 1.358/92, después de 18 años de funcionamiento, recibió modificaciones en materia de reproducción asistida, maternidad subrogada y reproducción *post mortem*, las cuales dieron lugar a la presente resolución 1.957/2010, publicada en el *Boletín Oficial* del 6 de enero de 2011, del Consejo Federal de Medicina. Esta resolución contiene cambios en la reproducción asistida y las normas éticas aplicables a los distintos casos.

Está permitido utilizar el “reemplazo del embarazo”, es decir la maternidad subrogada, siempre y cuando haya un problema médico que no permita el embarazo. Para esto, es necesario que la mujer gestante pertenezca a la familia de la donante de óvulo en una relación genética de hasta el segundo grado. En caso de excepción a esta regla, se necesitará la autorización del Consejo Regional de Medicina respectivo.

La sentencia M.A.A. e W.A.A.,⁶² del 29 de enero de 2012, da fe del nacimiento en Brasil de la primera niña inscrita como hija de dos padres varones. La gestante fue prima de uno de ellos, utilizaron un óvulo donado y el semen de uno de los dos padres. El juez Clicério Bezerr de la Primera Sala de Familia, en Recife, autorizó la inscripción. Brasil pertenece a un grupo de países que reconoce la paternidad legal de dos hombres, surgida sobre la base de un acuerdo de gestación por sustitución, siempre y cuando el semen provenga de uno de los comitentes. Sin embargo, existen muchas lagunas jurídicas en estos ámbitos del derecho.

⁶¹ Luna, Florencia, *Reproducción asistida...*, cit., p. 49.

⁶² Caso por Processo de indicação de paternidade. Requerentes “M.A.A. e W.A.A.” del 28 de febrero de 2012. Juízo de Direito da 1a. vara de família e Registro Civil da comarca do Recife.

Los padres comitentes solicitaron el reconocimiento simultáneo de la paternidad, la cual les fue, en un principio, negada, ya que se argumentaba que la paternidad solamente podía verificarse entre el donador de semen y la niña. Tomando en cuenta el vínculo afectivo entre los dos padres y reconociendo que llevan 15 años en unión y que anteriormente se les otorgó reconocimiento del matrimonio civil, se tendría que reconocer la paternidad simultánea de los dos, con base en la aplicación moderna de la hermenéutica jurídica.

Por otro lado, es importante mencionar que el 5 de mayo de 2011, los ministros del Supremo Tribunal Federal reconocieron la unión de personas del mismo sexo, y en consecuencia se reconocieron también los derechos que derivan de dicha unión. El problema yace en las lagunas jurídicas que existen en torno a las reglas aplicables a la maternidad subrogada y en la existencia de la discriminación hacia la paternidad homosexual. Este caso resaltó el hecho de que, efectivamente, aún existe una restricción hacia los derechos conferidos en las relaciones puramente homosexuales.

En la sentencia dictaminada por el juez Bezerr, se cita al constitucionalista alemán Peter Häberle, para enfatizar la necesidad de interpretar las normas y aplicar el derecho tomando en cuenta el tiempo y la realidad social del momento. El hecho de que se haya aprobado recientemente la unión de personas del mismo sexo en Brasil es un avance y un ejemplo de la aplicación de la hermenéutica jurídica.

La intención de negar la paternidad simultánea hacia los dos significaría una discriminación total hacia los derechos de las minorías. Al reconocerse la unión de dos personas del mismo sexo, se está reconociendo implícitamente, también, todos los derechos que derivan de esa misma unión. Los argumentos que intentan entorpecer la paternidad ejercida por una pareja homosexual están de más mencionarlos, ya que, como se exemplifica en la misma sentencia, existen infinitas pruebas realizadas por diferentes investigadores que aprueban y dan el visto bueno a la paternidad homosexual.

El juez Bezerr en la sentencia menciona que negar la paternidad simultánea hacia los comitentes, existiendo válidamente una unión otorgada por el Estado entre ellos, sería una afectación directa hacia la dignidad humana y hacia los derechos derivados de la ciudadanía que se encuentran en la el artículo 1o. de la Constitución Federal Brasileira (CFB). Al establecerse una diferencia de derechos otorgados entre parejas heterosexuales y homosexuales, también se estaría violando el derecho de igualdad y el derecho hacia la intimidad consagrados en el artículo 5o. CFB. Por otro lado, existe una prohibición hacia la discriminación en el artículo 3o. CFB, la cual se traduce en la imposibilidad de marcar una diferencia hacia las minorías.

Por último, el derecho a tener hijos consagrados en el artículo 5o. CFB es el sustento y argumento de mayor peso a favor de los comitentes, independientemente de su orientación sexual.

Además, sería incongruente por parte del Estado brasileño legitimar la uniones homosexuales y al mismo tiempo negar el reconocimiento de la paternidad compartida. Si ese fuera el caso, se estaría frente a una discriminación explícita y sin lugar a dudas hacia la paternidad homosexual. Más allá, el Estado brasileiro acepta los mecanismos modernos de subrogación de vientre, estando consciente de todas las posibles reglas que tendrán que adecuarse y elaborarse para que se acoplen a nuestra realidad social.

El ejercicio de la paternidad es inherente al propio ser humano y, en este caso, el procedimiento se llevó a cabo conforme todas las reglas necesarias. La doble maternidad o paternidad no puede ser razón suficiente para negar el otorgamiento de éstas. Sería ilógico pensar que a una pareja heterosexual que se sometió a la maternidad subrogada con el material genético de uno solo de ellos le fuera negada la filiación. De la misma manera y con el mismo raciocinio, se tiene que analizar la petición por parte de los comitentes en recibir la paternidad simultánea.

El juez Bezerr, tomando en cuenta todos los documentos válidos y entregados por parte de los comitentes, a sabiendas de que el proceso de alquiler de vientre se llevó a cabo siguiendo los lineamientos legales y sin existir razones para negar la paternidad simultánea, la otorgó a los comitentes el 28 de febrero del 2012.

Por su parte, España cuenta con legislación en la materia desde 1988; es la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida;⁶³ en ella considera nulo el contrato de maternidad subrogada y la filiación materna se dará en todo momento a través del parto. Sin embargo, los ciudadanos españoles —como otros europeos que no encuentran respaldo en su legislación— han realizado turismo reproductivo para conseguir un hijo a través de la maternidad subrogada y es interesante la forma como han resuelto el tema del registro de los niños producto de maternidades subrogadas realizadas en otros países.⁶⁴ Así, se presentó la Sentencia 668/2012, del

⁶³ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, del 27 de mayo de 2006.

⁶⁴ El periódico *El País*, el 31 de marzo de 2013, relata la inscripción de unos gemelos nacidos a través de maternidad subrogada en California, Estados Unidos, en el Registro Civil español, esto se ha logrado debido a que el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozuelo, Madrid, ha homologado una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de California del condado de San Diego, en la que se declaraba la maternidad de la mujer con los gemelos, disponible en: http://www.sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/31/actualidad/1364732233_808362.html (consultada el 1o. de abril de 2013).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid,⁶⁵ la cual es la culminación de todo un proceso judicial enfrentado por una pareja de varones que contrataron una madre subrogada en California, Estados Unidos, dando como resultado el nacimiento de una niña de nombre Manuela.

Esta sentencia es la respuesta a un Recurso de Suplicación⁶⁶ a través del cual el padre, en calidad de recurrente, solicita a la Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, el abono directo de la prestación por maternidad, durante el periodo de 112 días, en que permaneció inactivo debido al cuidado de la niña Manuela.

A lo cual el Tribunal estimó el recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4, de Madrid, del 4 de noviembre de 2011, en la que se reclamaba la incapacidad por maternidad, y en consecuencia, revocó la citada sentencia, declarando el derecho del actor a la prestación solicitada.

Todo este proceso inició porque el Registro Civil consular de Los Ángeles se negó inicialmente a la inscripción de nacimiento de la menor. El actor y su marido recurrieron a dicha resolución y, por el Ministerio de Justicia,⁶⁷ se les requirió la presentación de una resolución judicial dictada por el tribunal competente en la que se determinara la filiación del nacido, que fue remitida a la Dirección General de Registros y del Notariado, el 13 de enero de 2011. La Dirección General de los Registros y del Notariado dictó resolución el 3 de mayo de 2011, a través de la cual se concedió el registro de nacimiento de los padres. El 13 de julio de 2011, el Registro Civil consular de Los Ángeles, California, procedió a la inscripción del nacimiento de la

⁶⁵ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social-Sección 4a., Juzgado de Origen, Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de Demanda núm. 1251/2010.

⁶⁶ Sentencia 1875/2012.

⁶⁷ Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre Régimen Registral de la Filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, del 7 de octubre de 2010. En éste se anota que el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha dictado una instrucción donde se establecen los criterios y fijan las bases para la inscripción en el Registro Civil de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación por sustitución, han renunciado a su filiación materna. Su exigencia permitirá controlar el cumplimiento de los requisitos del contrato respecto al marco legal del país donde dicho contrato se formalizó, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Con esta instrucción, se arbitran los instrumentos necesarios para que el menor tenga acceso al Registro Civil español, cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar, se impide que la inscripción registral dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y, en tercer lugar, debe evitarse la vulneración del derecho del menor a conocer su origen biológico.

menor, Manuela, en la que se indicaba que, donde dice “padre” debía decir “progenitor “A”, y donde dice “madre” debía decir “progenitor B”.

Este es uno de los muchos casos que se han presentado como consecuencia del turismo reproductivo en temas de maternidad subrogada, por lo que es favorable que la menor haya podido tener acceso a su derecho a ser reconocida y, por otra parte, abre una puerta al tema de la prestación por maternidad.

Los Estados Unidos de América es uno de los países donde la maternidad subrogada se realiza de forma frecuente, no en todos sus estados, pero sí en algunos donde la legislación favorece este tipo de contratos, con y sin pago de por medio.

A nivel constitucional, esa forma de maternidad se encuentra protegida de conformidad con la quinta enmienda, que protege el derecho a la privacidad, así como el derecho a que la pareja decida la forma en la que procrearán, el derecho a criar y educar a un hijo. Asimismo, la decimocuarta enmienda, la cual establece la igualdad de protección, protege a las mujeres que sufren alguna discapacidad para gestar, en el sentido que la ley estatal no prohíbe las técnicas de reproducción asistida cuando el varón es infértil o estéril. En el caso de las mujeres que sufren infertilidad y/o esterilidad, ellas deben tener el mismo acceso a estas técnicas a través de la maternidad subrogada.⁶⁸

En años recientes, en los Estados Unidos de América,⁶⁹ 23 estados han adoptado leyes referentes a la maternidad subrogada.⁷⁰ Cabe señalar que la mayoría de estas leyes rechaza el pago por una maternidad sustituta a la mujer que presta su vientre para gestar el bebé de una pareja. El primer estado que aceptó estas medidas fue Michigan, en 1988,⁷¹ sin embargo, estas leyes difieren en cómo se inclina la balanza en el caso de una disputa de custodia entre las partes involucradas en este proceso de maternidad subrogada, como son los donadores biológicos, y la mujer que presta su vientre para que se lleve a cabo el embarazo.

⁶⁸ Véase Spivack, Carla, “The Law of Surrogate Motherhood in the United States”, *Oklahoma The American Journal of Comparative Law*, Oklahoma City University School of Law, vol. 58, 2010, pp. 97-114, disponible en: http://works.bepress.com/carla_spivack/15/ (consultada el 21 de junio de 2016).

⁶⁹ Véase Blair, Marianne *et al.*, *Family Law in the World Community. Cases, Materials, and Problems in Comparative and International Family Law*, Estados Unidos de América, Carolina Academic Press, 2003, pp. 1042 y 1043.

⁷⁰ Spivack, Carla, “The Law...”, *cit.*, pp. 97-114.

⁷¹ Arras, John D. y Steinbock, Bonnie, “Ethical Issues in Modern Medicine”, *cit.*, pp. 455 y 456.

Algunos estados han prohibido los contratos de subrogación, exista o no compensación económica, y han impuesto sanciones civiles y penales a quien realice un acuerdo de esta naturaleza.⁷² Otros estados han decidido no prohibir a través de la ley los contratos de subrogación, pero han permitido que los tribunales los consideren nulos y, por consiguiente, ineficaces.

Por otra parte, seis estados⁷³ han rechazado la subrogación cuando existe un pago a la subrogada. Y cinco estados⁷⁴ han declarado que sólo serán válidos los contratos que sean gratuitos. Otros estados han regulado parcialmente la subrogación, pero no han estipulado si ésta debe ser a través de pago o no.⁷⁵ Muchos estados no tienen legislación en cuanto a la legalidad de los contratos y éstos se realizan con el riesgo de que, en caso de controversia, será un tribunal quien decida sobre la legalidad de los mismos.⁷⁶ Además, seis estados⁷⁷ han prohibido el pago a las agencias intermediarias que ponen en contacto a mujeres que desean ser gestantes y a los padres solicitantes.

Cabe mencionar que las leyes sobre la maternidad subrogada, en estados como Washington y Michigan, se incorporan al derecho de familia clásico, haciendo la determinación en cada caso y de forma individual, basándose en el bienestar del niño y sus intereses.

En los casos de New Hampshire y Virginia, se presupone que los donadores del material biológico para la procreación del bebé son los padres legales de éste; mientras que en Dakota y Utah, es al contrario: la madre subrogada y su esposo son los padres legales del bebé resultante de dicho embarazo y tiene que darse una adopción posterior al parto.

Finalmente, cabe señalar que Virginia y New Hampshire cuentan con una amplia regulación para la maternidad subrogada, que se realiza sin pago alguno, la cual incluye una evaluación médica y sicológica de la posible madre, para que estos datos se agreguen al contrato de maternidad subrogada, y éste pueda ser presentado frente a un juez para su autorización, antes de que se lleve a cabo el procedimiento. Aunado a esto, debe hacerse

⁷² Los estados son: Arizona, Distrito de Columbia, Indiana, Michigan y Dakota del Norte.

⁷³ Kentucky, Louisiana, Nebraska, Nueva York, Carolina del Norte y Washington.

⁷⁴ Florida, Nevada, New Hampshire, Nuevo México y Virginia.

⁷⁵ Texas y Arkansas.

⁷⁶ Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Georgia, Hawaii, Idaho, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nueva Jersey, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Dakota, Vermont, Wisconsin y Wyoming.

⁷⁷ Arizona, Distrito de Columbia, Kentucky, New Hampshire, Nueva York y Virginia.

un estudio socioeconómico de ambas partes, tanto de los donadores biológicos como de la pareja y de la madre sustituta para determinar que, en caso de cualquier problema, ambas partes puedan afrontar la paternidad del bebé.

Por otra parte, el artículo 8o. del Uniform Status of Children of Assisted Conception Act⁷⁸ cambia el término de madre subrogada por el de madre gestante, considerando que el término es más adecuado. Asimismo, la madre gestante, su esposo (si estuviera casada), el donador o los donadores y los que desean ser padres legales, deberán realizar un acuerdo por escrito en el que estipulen lo siguiente:

- La madre gestante acepta el tratamiento y la gestación a través de una técnica de reproducción humana asistida.
- La madre gestante, su esposo (si estuviera casada) y los donadores, renuncian a cualquier derecho sobre el futuro niño a favor de la pareja que desea la filiación.
- La aceptación de la filiación de los padres legales con el hijo, a través de una técnica de reproducción humana asistida, en la cual ambos deben de ser parte del acuerdo de gestación, porque será el medio de aceptar la filiación.
- Un acuerdo de gestación no será válido si la concepción fue realizada a través de una relación sexual.
- El acuerdo puede contener una contraprestación económica para la madre gestante.
- Un acuerdo no puede limitar los derechos a la salud de la madre gestante, ni servir para tomar las decisiones necesarias para salvaguardar su salud o la del embrión o feto.

Una vez nacido el bebé, a través de un acuerdo de gestación, los padres que asumieron la filiación deberán dar aviso al tribunal correspondiente, de que el niño nació a través de una madre gestante.

⁷⁸ El caso *Baby M*, en el que se disputó la maternidad entre la madre subrogada que, además, era la madre biológica, y la madre contratante, trajo como consecuencia que la Conferencia Nacional de Leyes Uniformes (NCCSL), diera como resultado la publicación de la Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USCACA), que privaba de todo valor legal a los contratos de maternidad subrogada. La propuesta recibió una sola adhesión y cayó en el olvido. Ante el fracaso de la propuesta, la NCCSL retomó la cuestión proponiendo una nueva norma, más permisiva, sobre la subrogación. Véase Alkorta, Itziar, “Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el salvaje oeste de la medicina (parte II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 19, 2003, pp. 58 y 59.

*Johnson vs. Calvert*⁷⁹ fue el primero que se presentó en la Corte de California, donde se disputaba un contrato de maternidad subrogada, en que la subrogada no era la madre biológica. Ya antes se había analizado algunos otros casos en que la subrogada era, además de la madre gestante, la madre biológica, al haber proporcionado el óvulo de la fecundación. El primer caso que se presentó, como ya lo hemos señalado, fue el de *Baby M.*⁸⁰ Al final, la Corte reconoció que, de conformidad con la ley, sólo puede ser reconocida a una persona como madre legal, y que Anna Johnson no tenía ningún vínculo legal ni biológico con el bebé que dio a luz en julio de 1993. Ella apeló la resolución de la Suprema Corte de California ante la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América, sin embargo, la apelación fue rechazada. Al término de las disputas legales, Christopher Michael tenía tres años y nueve meses de edad.

Asimismo, el caso *Buzzanca vs. Buzzanca*,⁸¹ se presenta el caso de una pareja que contrata una madre subrogada y acepta la donación de gametos femenino y masculino, durante el embarazo la pareja se divorcia y el esposo en la demanda de divorcio marca que no hay hijos, y la mujer declara que está por nacer un hijo de la madre subrogada, sin embargo, el varón argumenta que no tiene relación biológica con la menor y que además su cónyuge no gestó. Después de una disputa legal, la Corte resolvió que el consentimiento al uso de la técnica de fecundación asistida, así como a la maternidad subrogada, es el vínculo de filiación que se crea; ese acto de voluntad es el lazo de paternidad, aunque no exista ese vínculo biológico. Es un precedente importantísimo para el uso de la maternidad subrogada y la donación de gametos.

El Reino Unido es el país pionero en los temas de reproducción asistida, naciendo en 1978 Louise Brown, la primera niña concebida a través de una fecundación *in vitro*. La legislación vigente es la Human Fertilisation Act de 2008, aunque hay legislación desde 1990; igualmente cuentan con la Surrogacy Arrangements Act, la cual regula la maternidad subrogada, aceptando su uso, pero prohibiendo el pago por el procedimiento, considera que estos acuerdos no pueden conformar un acto comercial, sin embargo, la mujer gestante puede recibir una compensación razonada. La publicidad, así como las agencias que comercialicen estos procedimientos, se encuentran prohibidos.

⁷⁹ *Johnson vs. Calvert*, Supreme Court of California, 1993, 5 Cal.4th 84, Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776.

⁸⁰ Véase *supra* nota 2.

⁸¹ *Buzzanca vs. Buzzanca*, California Court of Appeal, 1998, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280.

Es una de las legislaciones más sólidas, ya que ya han pasado las épocas tormentosas de discusiones en los tribunales por estos temas, la maternidad subrogada está consolidada en aquel país como una práctica cotidiana, siempre y cuando no se constituya un acto comercial.

Suecia es pionera en la legislación sobre la reproducción asistida, emitiendo su primera legislación en 1981, tres años después del nacimiento de Louise Brown, la legislación vigente es de 2006 a través de la Ley 2006/351, a través de la cual la maternidad subrogada no es permitida, ya que la Ley habla de que la reproducción humana asistida sólo puede ser realizada en una pareja unida en matrimonio o concubinato.

Debido a esta prohibición se presenta el caso resuelto por la Suprema Corte de Suecia (caso NJA 2006 E 5151-04 del 7 de julio de 2006),⁸² donde se discute la maternidad de un hijo gestado por maternidad subrogada.

Los hechos se refieren a una pareja casada que no podía tener hijos de forma natural, por lo que la hermana del cónyuge varón aceptó someterse a un procedimiento de fecundación *in vitro*, en Finlandia, para gestar un embrión proveniente del óvulo y del esperma de la pareja solicitante. El niño nació en mayo de 2002. Después del nacimiento confirmaron la paternidad genética del hombre y fue registrado como el padre legal y le fue entregado el menor para su custodia.

En 2004, la madre biológica y la que deseaba asumir la filiación solicitó la adopción del menor y su cónyuge dio su consentimiento para tal acto.

En el momento en el que se dio este procedimiento, la Ley vigente en Suecia era la Ley 1988/711 sobre fertilización *in vitro*, derogada por la Ley 2006/351 sobre integridad genética, que entró en vigor el 10. de julio de 2006, ambas legislaciones prohíben la maternidad subrogada, sin embargo, el legislador no consideró necesario tipificarlo como delito.

El Tribunal de Distrito autorizó la solicitud de la mujer biológica, pero en ese momento la pareja ya había solicitado el divorcio, y el varón presentó una apelación a dicha sentencia ante el Tribunal de Apelaciones revocando su consentimiento para la adopción.⁸³ El consentimiento del varón era necesario de conformidad con el artículo 4.3 y 5 bis del Código Parental.

La mujer solicitante apeló la decisión del Tribunal de Apelación ante la Suprema Corte. Dentro de esta revisión, se analizó que la subrogación no

⁸² Högsta Domstolens Beslut, meddelat i Stockholm den 7 juli 2006, Mål nr Ö 5151-04, disponible en: http://www.hogstadomstolen.se/Domstolar/hogstadomstolen/Avgoranden/2006/2006-07-07_O_5151-04_beslut.pdf (consultada el 18 de junio de 2016).

⁸³ Sentencia dictada el 25 de noviembre de 2004, OA 7600-04 por el Tribunal de Distrito.

se permite en la legislación sueca y que la mujer que da a luz al niño es la madre legal.

Asimismo se estudió que el varón no había otorgado su consentimiento para la adopción, requisito indispensable que no se podía ignorar.

La decisión de la Suprema Corte no fue unánime. La mayoría de los jueces resolvió que debía negársele la adopción a la mujer que aportó el óvulo, sin embargo, dos de los jueces consideraban que la adopción de esta mujer debía ser aprobada, ya que ella era la madre biológica y, de esta forma, ella podría tener acceso a través de visitas al menor, esto con la intención de buscar el mayor interés del niño.⁸⁴

Este caso demuestra, nuevamente, que llevar a cabo un procedimiento de subrogación con el apoyo de una legislación pone en riesgo la filiación del menor, ya que, aunque la mujer era la madre biológica, y había otorgado su consentimiento para la utilización de la técnica de reproducción asistida y el uso de la maternidad subrogada, no pudo acceder a la maternidad legal, por ser estos acuerdos prohibidos en Suecia y debido a que el varón no autorizó su adopción.

Para realizar estos acuerdos de subrogación, la ley debe establecer las bases necesarias que protejan la filiación de los padres, ya que es la única forma que se puede garantizar los derechos del menor, que son, entre otros, a nacer en una familia que asumirá hacia él los derechos y obligaciones internacionalmente reconocidos.

V. TURISMO MÉDICO REPRODUCTIVO

La negativa por parte de diversos estados de aceptar el uso de la maternidad subrogada, no ha frenado el deseo de las personas de convertirse en padres de forma biológica, por lo que muchas parejas viajan a lo largo del planeta a países, donde la legislación es más permisiva, además se ha visto que el costo económico también ha orillado a las parejas a recurrir a lugares donde es menor.

⁸⁴ María Emilson considera que el hecho de que parejas sin hijos decidan tenerlos con ayuda de una madre de alquiler puede tener, como lo relata el caso *NJA 2006 s. 505*, problemas legales y personales para todos los involucrados, ya que hay una discrepancia entre la legislación y el comportamiento real de las personas, desafortunadamente esta decisión repercute en el niño en cuestión. Véase Emilson, María, *Surrogatmoderskap: en Analys av den Förbjudna Formen av Assisterad Befruktning*, tesis presentada en Juridiska Fakulteten vid Lunds Universitet, 2010.

En las reproducciones transnacionales se confrontan múltiples problemas sociales, ya que normalmente son países más pobres los que ofrecen estos procedimientos, donde mujeres de un medio socioeconómico menor y con un nivel profesional inferior se prestan a ser madres gestantes, en la mayoría de los casos, porque la gratificación económica les ayudará a mejorar su calidad de vida.⁸⁵

Sociólogas como Amrita Pande⁸⁶ han manifestado la forma en la que las mujeres son reclutadas o convencidas en India para ser madres gestantes, recibiendo por un embarazo, lo que su cónyuge percibe en un periodo de trabajo equivalente a cinco años, estas mujeres tienen por un lado la revalorización en el núcleo familiar por el aporte económico, pero deben de ceder el tiempo del embarazo para renunciar a su familia y a su vida, viviendo en albergues especiales, donde cuidan de su salud y la del bebe que viene en camino, es una contradicción como de alguna manera estas mujeres renuncian a su libertad, por tener una mejor calidad de vida después; un punto importante de señalar es que no son obligadas, sino que lo hacen con plena convicción de que es algo que será benéfico para su familia.

Países como la India, Nepal, Tailandia⁸⁷ y recientemente México se han convertido en lugares donde las parejas viajan a conseguir ese deseo, ya sea porque en sus países no es permitida la maternidad subrogada o está prohibida para parejas del mismo sexo.

A su vez, la India, en un inicio incentivó el turismo reproductivo, realizando actos como bajas tasas de interés tanto para establecer hospitales como para adquirir medicamentos; facilitó la importación de equipos, en fin, apoyó a la industria a establecerse de una manera fácil y económica

⁸⁵ Véase Whittaker, Andrea, “Merit and Money: The Situated Ethics of Transnational Commercial Surrogacy in Thailand”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, vol. 7, núm. 2, otoño de 2014, pp. 100-120.

⁸⁶ Véase Pande, Amrita, *Wombs in Labor. Transnational Commercial Surrogacy in India*, Columbia University Press, 2014.

⁸⁷ Una investigación realizada en Tailandia sobre la maternidad subrogada pudo dar a conocer datos sobre las causas por las cuales las mujeres responden a los anuncios que buscan mujeres gestantes, las cuales, en algunos casos, lo hacen por razones económicas. Ellas reconocen que la subrogación les dará altas sumas de dinero que no las podrían obtener de otra forma. En muchos casos, ese dinero lo aplicarán en adquirir una preparación que les ayude en el futuro conseguir un mejor trabajo. Asimismo, aceptan la subrogación guiadas por motivaciones sociales y culturales y no sólo económicas. Tailandia es conocido por ser un país pobre donde hay una gran explotación sexual, y es interesante que, aunque algunas de las mujeres en realidad eran pobres, la mitad de las participantes eran mujeres de clase media, con estudios, lo que hace suponer que no se guían únicamente por el factor económico. Véase Hibino, Yuri y Shimazono, Yosuke, “Becoming a Surrogate Online: Message Board, Surrogacy in Thailand”, *Asian Bioethics Review*, vol. 5, Issue 1, marzo de 2013, pp. 57-72.

y con esto atrajeron a muchas parejas a lo largo del planeta que deseaban buscar un hijo a través de la subrogación, sin embargo, la falta de una verdadera asesoría jurídica provocó que las parejas se arriesgaran a viajar a ese país, para después tener una problema jurídico real al querer que sus países de origen reconocieran la filiación y la nacionalidad de esos hijos nacidos en el extranjero.⁸⁸

Un ejemplo claro es la reciente resolución del caso ante el TEDH de *Mennesson vs. Francia*,⁸⁹ una pareja de franceses que realizaron una maternidad subrogada en California, Estados Unidos de América y después su país de origen les negó el reconocimiento de filiación y de nacionalidad a las dos menores resultado de dicho procedimiento.

Esta problemática de reconocimiento de la nacionalidad ha traído como consecuencia que países como la India hayan limitado recientemente el uso de la maternidad subrogada para ciudadanos de aquel país, ocurriendo lo mismo en el estado de Tabasco, ya que así evitan este tipo de problemáticas.

La Conferencia de la Haya emitió un reporte de expertos sobre filiación y subrogación en febrero de 2016,⁹⁰ en el cual se establece la preocupación de la discrepancia de las legislaciones a lo largo del planeta, lo que favorece el turismo reproductivo, lo que ocasiona que se vean vulnerados los derechos de los hijos nacidos en el extranjero.

Esos datos nos hacen concluir que sí es complicada la legislación internacional por su disparidad, lo es más aún en países como México donde no tenemos una legislación federal que respalde los actos que se realicen aquí, por lo que si no queremos que los problemas continúen debemos de impulsar una legislación seria al respecto.

VI. PROPUESTA DE LEGISLACIÓN

A continuación, dedicaremos estas líneas para señalar algunos de los puntos más importantes que consideramos deben ser regulados en un nuevo intento legislativo.

⁸⁸ Véase Nadimpally, Sarojini, “Globalisation of Birth Markets: a Case of Assisted Reproductive Technologies in India”, *Globalization and Health*, 2011, núm. 7, p. 27.

⁸⁹ Caso de *Mennesson vs. France*, Application 65192/11, 26 de junio de 2014.

⁹⁰ Report of the February 2016 meeting of the experts ‘group on parentage/ surrogacy. Hague Conference on Private International Law, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf> (consultada el 21 de junio de 2016).

En primer lugar, consideramos que es importante definir de forma correcta a los sujetos que actuarán en la maternidad subrogada, llamándoles “padres solicitantes o legales” a la pareja que asumirá la filiación y “madre gestante subrogada” a la mujer que gestará.

En este mismo sentido, la legislación británica Surrogacy Arrangements Act de 1985 define a la madre subrogada como aquella mujer que, a través de un acuerdo previo, gestará un bebé ajeno.⁹¹ La doctrina normalmente ha definido a la madre subrogada como a la mujer que presta su cuerpo para gestar un bebé, por lo que es un error de las diversas propuestas legislativas manifestar lo contrario.⁹²

Los contratos de maternidad subrogada tienen en sí una problemática intrínseca, a nivel nacional e internacional; hemos hecho una crítica sobre su aplicación, pero hay una realidad innegable y ésta es que las personas recurren a ella.

Consideramos que es necesario en primer lugar su regulación para que con esto se puedan dar las pautas que los acuerdos de subrogación deben de contener.

Para determinar la legalidad de estos acuerdos, primero hay que establecer quién puede ser esa mujer que gestará, ya que hay casos en los que una hermana⁹³ o una amiga, de forma desinteresada, desee gestar un hijo ajeno, pero esto sería la excepción, la mayoría son mujeres que quieren, a través de este tipo de contratos, obtener un beneficio, aunque las razones por las cuales las mujeres aceptan someterse a este tipo de contratos es muy variado.

En repetidas ocasiones, se establece que la maternidad subrogada se deberá realizar sin fines de lucro, tanto para los padres legales como para la mujer gestante. La legislación británica⁹⁴ señala la misma limitación, sin

⁹¹ Surrogate Arreggement Act, 1.

⁹² Javier Gafo señala que “la maternidad/madre subrogada es la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará al recién nacido como a madre propia”, Gafo, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1986, p. 91.

⁹³ Contraria a esta disposición de la Ley, en Israel, a través de la Ley 5756-1996, se autorizan los acuerdos de maternidad subrogada, sin embargo, quedan estrictamente prohibidos que se realicen dentro de los miembros de la familia, en esto incluye a la madre, hija, nieta, hermana, sobrina o tía, es decir, la madre que gestará al bebé no puede tener ningún lazo de parentesco con la mujer que aceptará la filiación. *Cfr.* Blair, Marianne *et al.*, *Family Law in the World Community, Cases, Materials, and Problems in Comparative and International Family Law*, cit. pp. 1052-1053.

⁹⁴ La Surrogacy Arrangements Act de 1985 artículo 1(4).

embargo, debido a que tres estados de México⁹⁵ han abierto sus legislaciones autorizando la maternidad subrogada (Coahuila, Sinaloa y Tabasco), esta prohibición se contradice con éstas.

En nuestra opinión el pago es una forma de salvaguardar los derechos de la mujer gestante. En México se han presentado situaciones reales quizás documentadas únicamente con base en la experiencia, en donde la compensación sin una regulación adecuada ha llegado a convertirse en un medio de coerción o de violación de derechos humanos, al obligar a mujeres que quizás tengan una relación laboral con alguna de las personas que desea contratar una madre subrogada, y aquéllas, con poca información y educación, aceptan un acuerdo a cambio de una cantidad económica, la cual no podrán exigirla al momento del nacimiento, debido a una prohibición por parte de la legislación.

Por nuestra parte, hemos podido constatar que la compensación que se les brinda es muy variada y esto va de la mano con la situación socioeconómica, tanto de la pareja que solicita el servicio como de la mujer que se presta a la gestación, lo que nos parece arbitrario.

En nuestra opinión, una regulación adecuada brinda una protección para ambas partes, ya que, como hemos señalado, la mujer gestante puede de ser víctima de arbitrariedades, pero también lo puede ser la persona (o pareja) que solicita la gestación. Si estos contratos son regulados, las reglas son claras para ambas partes, ninguna de las personas involucradas podría exigir más de lo que la ley les brinda.

Sobre este asunto muchos opinan que, si se permite una compensación a la mujer gestante,⁹⁶ esto provocará que las mujeres pobres sean explotadas por las personas con dinero, pero en nuestra opinión, la única forma de evi-

⁹⁵ De acuerdo con Ingrid Brena, “Actualmente en México se están llevando a cabo procedimientos de maternidad y gestación subrogada. Esta situación y la insuficiencia legal convierten en urgente la necesidad de reflexionar sobre el impacto que tales procedimientos generan en las personas involucradas y también en la sociedad”, Véase Brena, Ingrid, “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, en Brena, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 141.

⁹⁶ En un programa norteamericano, en el cual se entrevistaron a 28 mujeres que se convertirían en madres subrogadas, de seis diferentes programas, revelaron que no participan en este tipo de acuerdos por el dinero, la ayuda altruista era su principal motivación, que la remuneración era una simple compensación por el trabajo familiar realizado, el pago sería utilizado no sólo en su persona, sino sobre todo en su familia; lo consideraban un trabajo de medio tiempo. Asimismo consideraban que el pago recibido era insuficiente en compensación con los nueve meses de gestación. Adicionalmente, el poder cumplir el deseo de otra persona de ser madre, era algo que no se podía compensar de una forma económica. Véase Williams-Jones, Bryn, “Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood”, *The Journal of Philosophy, Science & Law*, vol. 2, febrero de 2002.

tar esta explotación no es prohibiendo su uso, sino implementando una ley apropiada la cual regule la maternidad subrogada, que proteja los intereses de ambas partes.⁹⁷

Como hemos podido observar en el tema de la maternidad subrogada, no hay un acuerdo internacional, algunos países han optado por que estos acuerdos deben ser nulos y que la maternidad se debe establecer por el parto (por ejemplo, España y Suecia), por otra parte, hay naciones, como el Reino Unido, que aceptan los acuerdos de subrogación siempre que no haya pago a la mujer gestante. En México no hay uniformidad; es más, ni siquiera todos los estados cuentan con regulación sobre el tema.⁹⁸

Para poder establecer una regulación, es necesario, primero, reconocer el problema y los efectos jurídicos que el uso de estas prácticas produce en las personas involucradas y en la sociedad. “La laguna ha permitido que estas prácticas se realicen con graves riesgos para los participantes. ¿Cómo reglamentar los acuerdos de gestación subrogada y fijar sus efectos?”.⁹⁹

En los estados donde estas prácticas son usuales, se realizan a través de contratos privados entre particulares, de conformidad con la regulación vigente en México. Esto no sería tan sencillo de implementar, porque, primero, debemos preguntarnos, cuál es el objeto del contrato, ¿se trata de un contrato de hacer o de dar? La validez del contrato es también cuestionable, si el cuerpo no puede ser objeto de contrato, de conformidad con el artículo 327 de la Ley General de Salud que prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células.

En ese mismo sentido, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, en su artículo 21, establece que los Estados deben luchar contra el tráfico ilícito de órganos, tejidos, muestras, recursos

⁹⁷ Para los autores Ramskold y Posner, una verdadera regulación internacional sobre la materia es la única forma de resolver los problemas legales y éticos que enfrentan los contratos de maternidad subrogada. Véase Ramskold, Louise A. H. y Posner, Marcus P., “Commercial Surrogacy: How Provisions of Monetary Remuneration and Powers of International Law can Prevent Exploitation of Gestational Surrogates”, *J. Med Ethics Published Online First*, 26 de febrero de 2013. www.jme.bmjjournals.com (último acceso 22 de junio de 2016).

⁹⁸ Lo más indicado sería una regulación federal que pueda dar los lineamientos del cómo aplicar y resolver los acuerdos de subrogación. Esta legislación evitaría que llegaran a los tribunales disputas legales, la compraventa de menores, así como el comercio de agencias dedicadas a reclutar mujeres, explotándolas y violentando sus derechos humanos, se evitaría las discrepancias en el momento del pago por la gestación. Véase Drabiak, Katherine, Wegner *et al.*, “Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 35, Issue 2, verano de 2007, pp. 300-309.

⁹⁹ Brena, Ingrid, “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, *cit.*, p. 145.

genéticos y materiales relacionados con la genética. Asimismo, los artículos 20 y 21 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina señalan que el cuerpo humano y sus partes no deberán ser objeto de lucro.

En nuestra opinión, la diferencia es que no se está vendiendo el cuerpo humano, ni el producto de la gestación; lo que se estaría haciendo con la maternidad subrogada es que la madre gestante reciba una remuneración por el tiempo en el que colaboró con la gestación de un hijo ajeno. Estaríamos hablando de una obligación de hacer y no de dar, y aquí cabría la autonomía de la persona. El artículo 5o. de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO señala que se deberá respetar la autonomía del ser humano, en lo referente a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás.

Esta autonomía de que se habla no incluye que el ser humano pueda disponer libremente de su persona y de su cuerpo, ya que no podría uno convertirse por decisión propia en esclavo, pues esto violaría el derecho humano a la libertad y a la dignidad. Al igual que no puede vender uno partes de su cuerpo, por esa misma violación.

Lo anterior nos ayuda a entender que las partes de nuestro cuerpo jamás pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo patrimonial, ni dicho acuerdo puede ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, en virtud de que un elemento que nos distingue y nos da la categoría de persona es un cuerpo físico, y, por tanto, como elemento de la personalidad, el cuerpo humano o cualquiera de sus componentes en ningún momento puede ser objeto de contrato, sólo puede ser sujeto de derecho.¹⁰⁰

En la maternidad subrogada, no se mutila ni se vende el cuerpo, sino que hay una retribución por el tiempo invertido en cumplir el deseo de otra persona, es por esto que consideramos que se puede equiparar a un contrato en el cual se asume la obligación de hacer algo.

Además debemos establecer que el embrión (y posteriormente el feto) no forma parte del cuerpo de la mujer. En este sentido, si el feto no forma parte de la mujer y ésta puede decidir sobre la vida del mismo, consideramos que el realizar un contrato con la finalidad de gestarlo, no debe estar

¹⁰⁰ Rodríguez López, Dina, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato”, *Revista de Derecho Privado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005, pp. 97-127.

prohibido. El objeto del contrato es precisamente prestar un servicio por medio del cual, una de las partes se compromete a gestar un embrión, y la otra, a dar una contraprestación económica.

Ahora bien, un segundo problema que encontramos sobre el objeto del contrato es la ilicitud que se puede presentar, ya que la madre gestante, al momento del nacimiento, deberá renunciar a sus derechos filiales o los cederá en favor del padre o la madre biológico (persona solicitante).

En opinión de Dina Rodríguez,

el objeto de estos contratos presenta otra imposibilidad e ilicitud, pues también se contempla que la madre sustituta, una vez que haya nacido el menor, renunciará a todos sus derechos filiales y los cederá a favor del padre biológico y consentirá en la adopción del menor por la mujer comitente; esto, simple y sencillamente no puede darse en nuestro sistema jurídico, porque todos los derechos y obligaciones de familia son irrenunciables, intransferibles y no están sujetos a negociación, pues, para el legislador mexicano, las cuestiones de familia tienen un tratamiento especial y prioritario, pues se les considera de orden público e interés social, como lo dispone el artículo 138 ter del Código Civil para el Distrito Federal.¹⁰¹

Lo anterior es una realidad, el derecho de familia es un asunto de orden público e interés social, por esta razón aquí tendríamos que establecer un asunto que ya hemos señalado con anterioridad, en los temas relacionados con las TRHA: la filiación se establece a través del consentimiento y no por el vínculo biológico, por lo que el legislador debe tomar esto en cuenta a la hora de regular estos aspectos, porque, en este caso, la persona que solicita el acuerdo de subrogación asume, en el momento en el que se transfieren los embriones al útero de la mujer gestante, la filiación legal con ese hijo ya es, a partir de ese momento, su padre o su madre legal.

En nuestra opinión, los contratos de subrogación podrían tomar de los acuerdos de servicios profesionales algunos elementos; son bilaterales, pues existe una mujer que gestará y otra que solicita el servicio; pueden ser onerosos o gratuitos (como ya lo ha establecido el estado de Sinaloa); pueden ser comutativos, ya que las partes pueden establecer la compensación que se recibirá, pero creemos que la ley debe marcar los parámetros que se deberán respetar. Para que pueda surtir efectos necesariamente es un acuerdo consensual, donde ambas partes deben recibir previamente toda la información necesaria para dar un consentimiento de forma autónoma.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 111.

Adicional a todo lo mencionado, un punto importante que el legislador no debe olvidar sobre estos acuerdos, son las agencias que se hicieron tan famosas en el Reino Unido en la década de los ochenta que promovían la maternidad subrogada y que cobraban una comisión por hacer el acuerdo entre las partes. La decisión del Reino Unido, a través de la Surrogacy Arrangements Act de 1985, fue de sancionar a las empresas que pretendían dar publicidad o que buscaran mujeres que desearan asumir este tipo de obligaciones. Por lo que apoyaríamos esta resolución. Creemos que este tipo de negocios puede abusar de los derechos de las mujeres y es mejor que exista una regulación sobre este tema.

En conclusión, consideramos que los acuerdos deben ser regulados como acuerdos entre particulares, con los lineamientos pertinentes que la ley les debe establecer para garantizar los derechos y las obligaciones de ambas partes

Ahora bien, otro punto importante es hablar sobre los varones que intervienen en la subrogación; en primer lugar, es importante aclarar que, de conformidad con el Código Civil del Distrito Federal, existe una presunción de paternidad para los hijos nacidos por cualquier TRHA, como hijos consanguíneos que adquieren todos los derechos y obligaciones que surgen a través de la paternidad, igual que si fueran hijos biológicos. Éstos asumirán la filiación con sus padres, siempre y cuando estos últimos hubieran consentido el uso de la tecnología. En este sentido el hombre solicitante, es el que debe asumir la filiación con ese hijo aun cuando no exista un lazo biológico con él, por ejemplo en el caso de donación de esperma. Lo que hay que señalar y regular con claridad es la forma como el varón que asumirá la filiación emitirá su consentimiento.

Además, es importante establecer el vínculo que pudiera llegar a tener el esposo o la pareja de la madre gestante; ésta es una laguna importante, ya que su opinión debe de estar plasmada. Entendemos que la reproducción, como ya lo hemos comentado, es un derecho individual que emana de la libertad, sin embargo, normalmente, cuando uno está unido en matrimonio o concubinato es algo que se hace de común acuerdo, y más tomando en cuenta que, en la legislación mexicana, ningún otro hombre que no sea el de la mujer casada puede reconocer a un hijo como propio, salvo que éste lo haya desconocido, por lo que sería absurdo tener que desconocer a un hijo que de antemano se sabe que no es suyo y que fue concebido a través de un contrato, por lo que debería de plasmarse que el cónyuge de la mujer gestante no asumirá la filiación del hijo producto de un acuerdo de maternidad subrogada. En resumen, el cónyuge o concubino de la mujer gestante

deberá también aceptar de antemano que no lo une ningún lazo biológico ni legal con ese bebé.

Dentro de los derechos que deben de quedar plasmados en los acuerdos de subrogación son los referentes a los derechos de maternidad, de conformidad con la Ley Federal del Trabajo, las mujeres que trabajen y que se encuentren embarazadas deberán gozar de ciertos derechos que emanan de la misma Ley.

Esto, consideramos, es bastante coherente y la mujer gestante debe gozar de estos derechos, sin embargo, creemos que la mujer contratante deberá también gozar, de conformidad con la fracción II del artículo 170, de gozar de seis semanas posteriores al parto, para poder atender y cuidar a un bebé recién nacido, alimentarlo y vigilarlo de forma adecuada. Asimismo, creemos que, aunque quizás no sea ella quien le proporcione directamente la lactancia, deberá tener derecho al plazo que marca la Ley para poder alimentarlo y cuidarlo, ya que, aunque no sea la mujer que dio a la luz, de conformidad con la Ley, está asumiendo la filiación con ese hijo y, por consiguiente, las obligaciones que emanan de ésta.

En este sentido, la Ley Federal del Trabajo deberá contemplar este tipo de situaciones en caso de que estos contratos sean aprobados en nuestro país; ambas mujeres deben de gozar del periodo de posparto, la mujer gestante para recuperarse del embarazo y la persona que asumirá la filiación, con el fin de tener un tiempo especial durante el cuidado del recién nacido, por lo que consideramos importante que sea regulado e incluido en la legislación.

Otra situación que es importante establecer es el derecho de la mujer gestante a decidir libremente respecto a la interrupción del embarazo hasta la décima segunda semana en los términos que establece el artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal, sin que sea causa de responsabilidad civil.

En este sentido, estaríamos de acuerdo con el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, sin embargo, en este caso, el bebé que está dentro de ella, en primer lugar, no le pertenece, por no tener un lazo biológico con él y, en segundo lugar, ella firmó un contrato para gestar un hijo ajeno. Son situaciones de mucho compromiso que la mujer debe asumir antes de decidir realizar este tipo de negociación. Desde nuestra perspectiva, la redacción del artículo deberá estar encaminada a que, si la salud de la mujer gestante corre peligro o su vida, o existe una indicación médica para ello, el aborto será el camino por seguir sin ningún requisito adicional, tal cual lo estipula el Código Penal. Pero si la mujer desea abortar sin existir una causa médica, deberá notificarlo a la pareja solicitante, y será responsable de los gastos que la pareja solicitante hubiera realizado en ella, inclu-

yendo los tratamientos de fecundación *in vitro* para lograr su embarazo y, por supuesto, de la intervención quirúrgica si quiere realizar el legrado. No se le puede obligar a continuar con un embarazo no deseado, debe tener el mismo derecho que cualquier mujer, pero esta acción debe tener como consecuencia la responsabilidad de subsanar los gastos que la pareja hubiera realizado sobre la gestante, y esto debe estar regulado y contemplado dentro del acuerdo y la normativa que la regula.

En cuanto a la filiación, es importante salvaguardar la integridad del menor, por lo que es necesario que no quede asentado la forma de la concepción del menor, salvo que la mujer gestante fuera también la madre biológica (que no es lo recomendable) consideramos que cuando la mujer gestante diera a luz se presentará con el instrumento debidamente firmado y registrado ante notario público para asentar dentro de la partida de nacimiento el nombre de los padres contratantes y ya con esto se pudiera llevar a cabo el levantamiento del acta de nacimiento, sin hacer ninguna mención de la subrogación.

Desde nuestra perspectiva, dichos datos deben ser confidenciales y por ningún motivo pueden ser revelados, ya que no tienen ningún interés para nadie. Deben ser utilizados como datos estadísticos, y evitar con ello que mujeres tengan como oficio dedicarse a gestar hijos ajenos; es importante que se asiente el número de gestaciones para limitarlas máximo a dos.

Dentro de las obligaciones que se asumen en el acuerdo, es necesario contemplar los hechos no deseables que a veces ocurren en la vida diaria, hay situaciones adversas se presentan y consideramos que la ley debe de dar una respuesta a éstas. Es preferible regularlas a dejarlas en manos del juez que pudiera llegar a conocer el caso. Por sólo mencionar algunas consideramos las siguientes:

Qué sucedería si llegara a ocurrir la muerte de la pareja solicitante, en este caso, sería importante hacer conscientes a las personas de la tutela (legítima y testamentaria), ya que en ella pueden elegir a la persona idónea para que pueda hacerse cargo del menor, pero esto debe de estar claro y establecerse en el instrumento de subrogación, para que la mujer gestante no sea la responsable de esta labor, en caso de faltar la pareja solicitante. La ley debe establecer en caso de que no hubiera quién asumiera la patria potestad, de forma obligatoria, una tutela testamentaria, si llegaran a faltar ambos padres, es decir, al igual que con un hijo propio, la pareja debe establecer quién asumirá la tutela de ese hijo; esto debe estar establecido en el mismo contrato o instrumento de maternidad subrogada, junto con el consentimiento de ambos padres.

Una segunda problemática sería que la madre gestante muera; por eso es de suma importancia que se establezca la obligación de que la pareja solicitante le pague un seguro de vida, para que con esto pueda cubrirse, si es que ella llegara a tener hijos o dependientes económicos, una pensión para ellos. Por lo que, dentro del acuerdo de subrogación, la pareja solicitante deberá comprometerse a pagar la prima correspondiente del seguro de vida por el tiempo que dure la gestación de la mujer y, al menos, 60 días posteriores al parto si llegara a ocurrir alguna complicación derivada del embarazo.

Asimismo, se debe prever que la salud de la madre gestante pudiera verse afectada debido al embarazo y, por esta razón, la pareja solicitante deberá cubrir un seguro de gastos médicos, que incluya no sólo el embarazo, el parto y el posparto, sino incluso cualquier complicación derivada de éstos, es decir, los gastos médicos que la mujer gestante llegare a necesitar para restablecer su salud. Por lo que, además del seguro de vida, se debe contemplar, dentro del acuerdo, un seguro de gastos médicos mayores que cubran cualquier eventualidad y no se deje a la mujer desprotegida.

Ahora bien, aunque un embarazo es algo natural y normal en el desarrollo de cualquier mujer, se debe contemplar casos extremos, como lo serían, en primer lugar, que la mujer gestante quedara estéril después del parto, debido a la extirpación de útero por cualquier complicación médica. Este caso debe ser contemplado en el acuerdo, si la mujer gestante será compensada económica por esta eventualidad. En el contrato también se debe contemplar otro tipo de consecuencias que la mujer deba superar una vez llegado el parto, como podría ser una diabetes gestacional, en que la mujer deberá tener un seguimiento médico adecuado, posterior al parto, el cual debe ser cubierto por la pareja contratante.

A continuación, haremos mención de algunos requisitos adicionales que no se han mencionado aún y que deben ser indispensables para las personas involucradas en la maternidad subrogada, los cuales son los siguientes:

Es necesario que la mujer gestante cuente con certificado expedido por un médico siquiatra o sicólogo especializado en temas de reproducción, que determine que la mujer está en condiciones sicológicas y/o siquiatrásicas adecuadas para llevar a término un embarazo ajeno. Además, deberá ser necesario un certificado médico que acredite que la mujer no ha estado embarazada durante el año previo a esta nueva transferencia. Un certificado emitido por el organismo o la comisión revisora que acredite que la mujer no ha participado en ningún otro contrato de maternidad subrogada o lo ha hecho una sola vez anterior.

Por su parte, la pareja solicitante, a través del acuerdo que se realice, deberá establecer que asumirán la filiación del hijo que nazca producto

del contrato de gestación. Independientemente que tenga(n) o no un lazo biológico con ese niño. Asimismo, deberán garantizar las siguientes obligaciones con la mujer gestante: el pago de los honorarios acordados; el pago del procedimiento *in vitro*, incluyendo los gastos médicos, los medicamentos y análisis; así como los cuidados médicos durante la gestación, el parto y el puerperio; la ayuda sicológica y/o siquiátrica que requiera la mujer durante todo el proceso; los gastos generados por el embarazo, como pueden ser la ropa necesaria para el uso diario, el transporte para las visitas médicas, etcétera; los gastos legales generados por el contrato; el pago de un seguro de gastos médicos y un seguro de vida.

El instrumento de maternidad subrogada, a su vez, debe ser un documento elaborado por un abogado, el cual debe ser certificado por un notario público, quien deberá dar fe de que el consentimiento otorgado por la mujer gestante y por la pareja contratante es otorgado de forma libre, consciente e informada. Asimismo, deberá ser llenado y firmado antes de que el procedimiento *in vitro* comience, al tiempo que sea registrado ante el organismo o comisión verificadora para dar cumplimiento a la formalidad del procedimiento.

Éstos creemos que son, a grandes rasgos, los lineamientos generales que deben tomarse en cuenta por el legislador a la hora de regular la maternidad subrogada, una práctica que apoyamos, ya que consideramos que es una realidad innegable, pero que, para que tenga un buen funcionamiento, debe estar basada en una normativa apropiada.

LA GESTACIÓN POR ENCARGO: DILEMAS DERIVADOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS

Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto*. III. *Motivaciones*. IV. *Los primeros antecedentes sobre la gestación por encargo*. V. *Breve panorama de la gestación por encargo en el mundo*. VI. *La situación en México: propuestas legislativas*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el avance biotecnológico ha hecho posible nuevas y variadas formas de reproducción humana, en este caso abordaremos el tema de la gestación por encargo, también conocida como maternidad subrogada, vientres de alquiler o gestación por sustitución.

El análisis tendrá como eje central los aspectos jurídicos de este fenómeno, sin embargo, cabe señalar que el mismo podría ser analizado desde diferentes perspectivas, como la médica, la ética o la sicológica. En la actualidad éstas —y quizás otras más— son disciplinas que cada vez y con mayor fuerza, se ven compelidas a involucrarse en el tratamiento de este tipo de temas.

La gestación por encargo suscita en la mayoría de las personas una serie de sentimientos eventualmente contradictorios; derivado de lo anterior se generan polémicas de diversa índole que van desde la negación total de dicha posibilidad hasta la aceptación irrestricta de la misma. Adicionalmente, no hay que olvidar que en un tema tan controversial como el que ahora se aborda, intervienen también convicciones de tipo religioso, ideológico e inclusivo político, por lo que la mezcla de todos estos factores hace muy difícil alcanzar un consenso en términos jurídicos.

La gestación por encargo es —en principio— el resultado de un avance científico acelerado que ha venido a trastocar conceptos tradicionales muy arraigados. Así, por ejemplo, la supuesta objetividad de la maternidad hoy

queda en entredicho, ya que en la actualidad mediante la utilización de dicha técnica, es posible encontrarnos frente a una desvinculación entre la mujer que gesta un ser humano y su correspondiente relación biológica con el mismo.

II. CONCEPTO

La gestación por encargo implica que una mujer preste o facilite su vientre para concebir a un ser humano que a la postre será entregado a un tercero,¹ en este caso es posible recurrir a dos técnicas reproductivas, cada una con implicaciones particulares, la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial.

En este orden de ideas, en una primera clasificación en cuanto a la gestación por sustitución, podemos distinguir las siguientes dos hipótesis: la primera es cuando la mujer gestante aporta su propio óvulo y conviene en entregar el producto de la gestación a un tercero, y la segunda es cuando aquella mujer que habrá de gestar, no aporta material genético alguno. En el primer caso, generalmente hablaremos de inseminación artificial, en tanto que en el segundo por regla general estaremos frente a la técnica de fecundación *in vitro*.²

La experiencia indica, al menos en los Estados Unidos, que existen más probabilidades de conflicto cuando la mujer gestante aporta su óvulo, que cuando ésta solamente facilita su vientre, así se estima que en este país la gestación sin aportación de material genético es la que predomina, alcanzando hasta 95% de casos.³

Podemos decir que la gestación por encargo encuentra orígenes bíblicos; así, en el Génesis 16 y 30, se hace alusión a esta forma de maternidad. Efectivamente, en el Génesis 16 podemos leer el pasaje en el que Sara, que no podía darle hijos a su esposo Abraham, dice a éste; “He aquí que Jehová me ha impedido concebir. Únete, por favor, a mi sierva; quizás yo tenga hijos por medio de ella”. Otra alusión bíblica en este sentido la encontramos en el Génesis 30 que dice:

¹ Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. *et al.*, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Madrid, Dykinson, 1994.

² Alarcón Rojas, Fernando, “El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación”, en González de Cancino, Emilssen (coord.), *Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética*, Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2003.

³ Hinson, Diane S. y McBrien, Maureen, “Surrogacy Across America”, *Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012.

Viendo Raquel que ella no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana y decía a Jacob: ¡Dame hijos; o si no, me muero! Entonces se encendió la ira de Jacob contra Raquel, y le dijo: ¿Estoy yo en lugar de Dios, que te privó del fruto de tu vientre? Ella le contestó: He aquí mi sierva Bilha. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas, para que así yo también tenga hijos por medio de ella.

Sin embargo en su concepción contemporánea, podemos decir que ésta se remonta a la década de los ochenta y la encontramos en Estados Unidos,⁴ que fue donde se presentaron los primeros casos controversiales relacionados con este tema.⁵

De hecho, en los últimos años el fenómeno de la gestación por sustitución o por encargo, se ha ido repitiendo en diferentes países,⁶ de ello ha dado cuenta tanto la prensa nacional como la internacional.⁷

III. MOTIVACIONES

La aplicación de dicho procedimiento puede tener diferentes motivaciones, por un lado lo más común es que suceda cuando una mujer tiene una inca-

⁴ Vidal Martínez, Jaime *et al.*, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares, 1998.

⁵ Algunos de los cuales serán analizados más adelante.

⁶ Acuerdos de subrogación de matriz han sucedido en diferentes momentos y países; en Inglaterra el primer caso conocido fue el de Mary Stewart, quien a los 25 años dio a luz a su bebé, mismo que sería, según lo acordado, entregado a su padre biológico para que éste y su esposa lo criaran. En Francia, el fenómeno de madres portadoras inicia en 1982 con la creación, por parte del doctor Geller, de una fundación cuyo objetivo era contactar parejas estériles con posibles madres portadoras. En Sudáfrica, en octubre de 1987, la señora Pat Anthony, se convirtió en la primera mujer en dar a luz no a sus hijos, sino a sus nietos. En Italia, una joven mujer dio a luz a su propio hermano, ya que la madre de ésta no podía tener más hijos. Véase Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. *et al.*, *La maternidad...*, cit.

⁷ *The Washington Post* anunciaba el 28 de diciembre de 2004 que Tina Cade, una mujer de 55 años, daba a luz a trillizos que no eran sus hijos sino sus nietos, disponible en: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A32411-2004Dec28.html> (consultada el 8 de septiembre de 2016). Por su parte, en la edición del 2 de enero de 2004, el periódico *Times* anunciaba que en la India una mujer había alumbrado un par de gemelos, quienes en realidad eran sus nietos y no sus hijos, ya que la mujer había prestado su útero a su hija, en virtud de que esta última estaba imposibilitada de gestar un hijo, disponible en: <http://www.times.com/main.asp?FromHome=1&TypeID=1&ArticleID=19978&SectionID=1&SubSectionID=1> (consultada el 8 de septiembre de 2014). Igualmente, el 29 de mayo de 2005, el periódico *Minas* anunciaba que Elizabeth das Dores Sales, una mujer de 53 años, en una provincia de Brasil, alumbró a su nieto; disponible en: <http://www.pro-criar.com.br/news/n0002.html> (consultada el 8 de septiembre de 2013).

pacidad total para gestar, sin embargo, puede haber otro tipo de motivaciones que van desde factores económicos hasta cuestiones relacionadas con la estética de la mujer contratante. Pasemos revista a algunas de las alternativas.

- a) Cuestiones fisiológicas relacionadas con la imposibilidad de una mujer para la gestación. Fisiológicamente, existen diversas hipótesis por las que una mujer puede verse imposibilitada para llevar a término una gestación exitosa. En este caso la gestación por sustitución es una alternativa viable para lograr una descendencia propia. Cabe señalar que cuando decimos “lograr una descendencia propia”, estamos pensando que bajo este esquema la mujer con alguna imposibilidad para procrear puede, no obstante, aportar su material genético, es decir tiene una imposibilidad para la gestación pero es capaz de generar óvulos.
- b) Cuestiones relacionadas con la convicción de auxiliar en el proceso de gestación a otra mujer. En este caso, nos estamos refiriendo a la mujer que facilita su vientre para gestar el hijo de otro, pero que lo hace bajo criterios altruistas.

Efectivamente, podemos pensar por ejemplo en el auxilio que puede prestar una hermana que tiene la capacidad de gestar, a otra que no la tiene, igualmente se puede pensar en una madre que auxilie a su hija facilitándole su vientre o inclusive a la inversa, en todos estos casos estamos hablando de una gestación por sustitución de carácter altruista.

- c) Una tercera alternativa sería cuando una mujer por razones estéticas, desea no sufrir las consecuencias inherentes de un embarazo, y para tales efectos, recurre a la gestación por encargo.
- d) Una cuarta alternativa relacionada con la anterior, es cuando una mujer está dispuesta a facilitar su vientre para gestar el hijo de otra, a cambio de una remuneración económica.

IV. LOS PRIMEROS ANTECEDENTES SOBRE LA GESTACIÓN POR ENCARGO

Los antecedentes primarios de la gestación por encargo denominada originalmente como maternidad subrogada, inician en 1975 en California, Estados Unidos, cuando mediante un anuncio publicitario en un periódico de la localidad, se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente a petición de una pareja con problemas de esterilidad, que ofrecía por dichos servicios

una remuneración económica. Fue así que se creó la Surrogate Family Service Inc, cuya finalidad principal era auxiliar a parejas con dificultades para concebir, la intención era contactar a personas con problemas y mujeres dispuestas a facilitar su vientre.⁸

A partir de este antecedente, se constituyeron en Estados Unidos múltiples organizaciones cuya finalidad era contactar a mujeres gestantes sustitutas con parejas interesadas, lo cual generó diversas controversias jurídicas que han tenido que ser resueltas en los tribunales de dicho país.

Conocido en Estados Unidos como el caso *Baby M.*,⁹ fue la primera controversia judicial en la que se ponía en entredicho una gestación por encargo, denominada en aquella época como subrogación de matriz. El 2 de febrero de 1985, Mary Beth Whitehead y su esposo suscribieron un acuerdo por el cual aceptaban que la señora Whitehead fuera inseminada artificialmente con el esperma del señor Bill Stern, acordando además que el producto de dicha inseminación sería destinado al matrimonio del señor Stern y su esposa Elizabeth, quien no podía procrear. Así pues, aunque el hijo llevaría el 50% de la carga genética de Mary Beth, ésta aceptaba renunciar a sus derechos de maternidad en favor de la pareja que le contrató, a cambio de un pago por 10,000 dólares.

El 27 de marzo de 1986 Mary dio a luz a una niña, sin embargo, decidió contrariar el acuerdo firmado y en consecuencia registró a la recién nacida como hija suya y de su marido, asignándole por nombre Sara Elizabeth Whitehead, negándose a recibir el monto económico acordado y también a entregar a la bebé.

Como consecuencia de lo anterior, la pareja que le había contratado, el señor Stern y su esposa, promovieron una demanda argumentando el incumplimiento del contrato y en mayo de 1986, Bill y Elizabeth Stern obtuvieron un fallo judicial que les concedía la razón y ordenaba a Mary Beth Whitehead entregar al bebé al señor y la señora Stern.

Como era de esperarse, Mary Beth apeló la decisión del Tribunal que le quitaba la guarda y custodia de Sara (para ese momento ya renombrada como Melisa por los Stern), finalmente, la Suprema Corte de Nueva Jersey revocó el fallo original, dando sin embargo, una salida inesperada.

⁸ Arteta Acosta, Cindy, “Maternidad subrogada”, *Revista de Ciencias Biomédicas*, disponible en: http://www.revista.spotmedia.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf (consultada el 8 de septiembre de 2016).

⁹ Véase Michel Ferriña, Juan Jorge y Gutiérrez, Carlos (comps.), *La encrucijada de la filiación: tecnologías reproductivas y restitución de niños*, Buenos Aires-México, Lumen-Humanitas, 2000.

Por un lado, declaró sin validez cualquier forma de contrato de maternidad restituyendo los derechos de Mary Beth, sin embargo, tomando en cuenta el interés superior de los niños, la Suprema Corte decidió que los Stern continuarían con la custodia de la niña, estableciendo un régimen de visitas para Mary Beth, similar a los que se estilan en los casos de padres separados.¹⁰

En Francia en 1982, el doctor Sacha Reller fundó la asociación “Mères D'accueil” —Madres de Acogimiento— que era una organización cuya finalidad era contactar a parejas con problemas de esterilidad y madres dispuestas a alquilar su vientre. A partir de los trabajos de esta organización, en 1983 en Montpellier se sucede el primer caso de maternidad subrogada, en este caso se trató de un par de hermanas gemelas en las que una de ellas padecía de esterilidad y la otra prestó su vientre para que su hermana pudiera concebir.¹¹

V. BREVE PANORAMA DE LA GESTACIÓN POR ENCARGO EN EL MUNDO

Existen cuando menos dos escenarios en relación con el tema que nos ocupa. Por un lado, están las corrientes doctrinarias y legislativas que se decantan por la prohibición absoluta; por otro, sin embargo hay quienes proponen que la gestación por encargo sea admitida pero condicionan a ciertos elementos como el altruismo, ya que se parte del supuesto que en estos casos, hay que proteger a la mujer gestante, evitando que exista una retribución económica por concepto de pago por los servicios, pues se cree que ello únicamente nos conduce a la cosificación del cuerpo de las mujeres. Pasemos revista a cada caso.

Entre los países de corte prohibicionista destacan Alemania, Austria, Dinamarca, España, Francia, Italia, Suecia y Suiza.

Alemania por la vía civil y predominantemente por la vía penal, ha establecido una serie de restricciones y sanciones encaminadas a la protección del embrión.

¹⁰ *Idem*. Véase sinopsis de ese caso en el sitio de la Suprema Corte de Justicia de Nueva Jersey, disponible en: <http://www.lfip.org/laws822/docs/1.htm> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

¹¹ Anson, Francisco, *Se fabrican hombres. Informe sobre la genética humana*, Madrid, Rialp, 1998.

Efectivamente, en diciembre de 1990 se promulgó la Ley sobre Protección de Embriones,¹² en la que se abordan diversos temas relativos a los fenómenos que nos ocupan. Así, esta Ley prevé delitos especiales con diferentes sanciones corporales, por ejemplo, a quien transfiera a una mujer un óvulo fecundado ajeno; o bien, a quien haga fecundar un óvulo sin el propósito directo e inmediato de ser transferido, con la finalidad de producir un embarazo, en la mujer de quien proviene.

Aunque la Ley no lo denomina así, la gestación por encargo se encuentra prohibida, ya que se sanciona la fecundación artificial o la transferencia de embriones a una mujer, cuando ésta pretenda darlo a un tercero una vez alumbrado el hijo. En el caso alemán, la Ley contiene un apartado denominado “utilización abusiva de embriones humanos” en el que está expresamente prohibida la enajenación de un embrión, sancionando en general la creación de embriones con cualquier fin distinto a la procreación o embarazo de una mujer.

Por otra parte, en 1997 Alemania modificó diversas disposiciones de su Código Civil, entre las más relevantes se establece que la maternidad se regirá por el alumbramiento, es decir, se reputa madre a aquella mujer que da a luz a un hijo, lo que se encuentra en concordancia con la prohibición penal de la gestación por sustitución antes señalada.¹³

En el caso de Austria, la Ley Federal Sobre Reproducción Asistida emitida en 1992 establece que tanto ovocitos como embriones, sólo podrán ser utilizados en la paciente de la que procedan, lo que sin decirlo expresamente termina por ser una prohibición a la gestación por encargo, esto en la medida en que no pueden ser transferidos a otra mujer.¹⁴

En Dinamarca son tres leyes las que expresamente prohíben la gestación por sustitución. La primera de ellas es la Ley de Adopciones, en la que se prohíbe cualquier forma de acuerdo entre una mujer y cualquier otra persona, por virtud del cual ese tercero se convierta en padre de un hijo tenido por la primera. Se prohíbe, además, cualquier forma de publicidad que tenga por objeto promover la gestación por otro.

Adicionalmente la Ley Sobre Asistencia Médica para la Procreación prohíbe expresamente cualquier forma de acuerdo, comercial o altruista, para gestar por o para otro y, por último, la Ley sobre los Derechos del Niño

¹² Legislación en vigor desde el 10. de enero de 1991.

¹³ Véase la legislación alemana en Brena Sesma, Ingrid *et al.*, *Código de leyes genéticas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I.

¹⁴ *Idem.*

prohíbe cualquier acuerdo de gestación por sustitución, ordenando que en caso de existir, dicho acuerdo es considerado nulo.¹⁵

España es, sin duda, un pionero en la materia y quizás el país con la legislación más pormenorizada respecto del tema que nos ocupa. La historia legislativa en España data de finales de la década de los ochenta pues fue en 1988 cuando se emitió por primera vez la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, una Ley que en su momento fue precursora, pionera y liberal en cuanto al análisis del fenómeno de la procreación humana asistida. No obstante, ya en esta primera legislación se establecía una prohibición expresa a la gestación por sustitución.

Quince años después, en 2003, se emite la Ley número 45 por medio de la cual se modificaba la anterior legislación, y tres años más tarde, se emitió una nueva legislación, la Ley 14/2006 del 26 de mayo. Esta legislación deroga las anteriores y establece las nuevas reglas para los procedimientos de Reproducción Asistida. Ahora bien, en esta última Ley se estableció (al igual que en la de 1988) que todo contrato en el que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna en favor de un tercero será nulo. Expresamente enuncia que es el parto el que determinará la filiación de los hijos, incluso en aquellos casos en que éstos se deriven de una gestación por sustitución.

En el caso de Francia, es en 2004 cuando se legisla definitivamente sobre la materia.¹⁶ La legislación francesa define la asistencia médica en materia de procreación como toda práctica que permita la procreación humana fuera del proceso natural. Reconoce la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial y deja abierta la puerta a cualquier técnica equivalente que permita los mismos resultados.

En cuanto a la gestación por sustitución, ésta se encuentra prohibida, en este sentido, la filiación de un hijo respecto de la madre, siempre se establecerá a partir del alumbramiento.

Un dato particular de la legislación francesa establece que solamente los embriones concebidos en los que se incluya el material genético de al menos uno de los miembros de la pareja, podrán entrar o salir del territorio nacional. También prescribe que ningún embrión humano puede ser concebido ni utilizado con fines comerciales o industriales. Lo que, al menos en

¹⁵ Véase al respecto diversos estudios de derecho comparado, efectuados por el senado francés, disponible en: https://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc23 (consultada el 8 de septiembre de 2016).

¹⁶ Véase la Ley número 2004-800, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441469> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

la parte comercial, cierra de nueva cuenta la posibilidad de la gestación por sustitución mediando un pago.

En lo concerniente a Italia, el artículo 4.3 de la Ley 40/2004,¹⁷ prohíbe el uso de la procreación médica asistida de carácter heterólogo, lo que imposibilita de hecho la gestación por encargo. Adicionalmente, el artículo 90, sección 2a., señala que la madre del nacido a través de la aplicación de técnicas de procreación con asistencia médica no puede negar la procreación así lograda, es decir, en este artículo se limita a la gestante la posibilidad de no reconocer al hijo en el acta de nacimiento.¹⁸

En el caso de Suecia, la Ley 711/1984 del 14 de junio sobre fertilización *in vitro*, permite la introducción en el cuerpo de la mujer de un óvulo fecundado externamente sólo si: *a)* la mujer es casada y lo consiente, *b)* si lo consiente el cónyuge o conviviente dando su consentimiento por escrito, y *c)* si el óvulo es de la mujer y ha sido fecundado con esperma del marido o conviviente. Así pues, de acuerdo con la tercera alternativa es de concluirse que la gestación por encargo, se encuentra prohibida en este país.

En relación con Suiza, la primera característica que hay que hacer notar es que, en materia de medicina reproductiva, cuenta con una regulación a nivel constitucional.¹⁹ Efectivamente, la Constitución suiza dedica un apartado a la Seguridad Social y la Salud, y en su artículo 119 se establecen diferentes normas relativas a la medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano. En lo que hace a la gestación por sustitución, ésta se encuentra prohibida por el artículo 119 c) de la misma Constitución.

Adicionalmente, la Ley Federal sobre Procreación Médicamente Asistida de 2006,²⁰ ratifica lo antes señalado ya que prohíbe la gestación por sustitución, con independencia de si ésta es altruista u onerosa.

Entre los países de corte permisivo condicionado, encontramos a Brasil, Canadá, Estados Unidos, Israel, los Países Bajos, Reino Unido, e inclusive México.²¹

¹⁷ Disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

¹⁸ Véase Baffone, Cristiana, “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 46, núm. 137, UNAM, mayo-agosto de 2013.

¹⁹ Véase la Constitución Federal de la Confederación Suiza de abril de 1999, disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁰ Disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fi/classified-compilation/20001938/index.html> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²¹ En el caso de México, sólo tres estados de la república permiten expresamente la gestación por sustitución.

En el caso de Brasil la autorización deriva de una resolución emitida por el Consejo Federal de Medicina del 15 de diciembre de 2010. Mediante esta resolución se autorizó a la gestación por sustitución pero se condiciona a que quien facilite el vientre guarde relación de parentesco con la solicitante en segundo grado consanguíneo, otra condición expresamente impuesta es que no puede hacerse a título oneroso o comercial.²²

Canadá, después de años de debate y a partir de un proyecto de ley surgido en 2002 denominado Assisted Human Reproductive Act, logró, en marzo del 2004, emitir una ley relativa a la reproducción asistida,²³ que por disposición expresa regirá en todo Canadá.²⁴ Bajo el auspicio de esta Ley se crea la agencia canadiense de control de la procreación asistida y se prohíbe expresamente la maternidad subrogada con fines comerciales, dejando abierta la posibilidad de que este tipo de procedimiento se efectúe con fines altruistas, lo que cabe decir, contraviene lo dispuesto por el Código Civil de Quebec, en el que está prohibida toda forma de subrogación de matriz.²⁵

En los Estados Unidos de América existen posiciones divergentes respecto del tema,²⁶ sin embargo, el estado más emblemático es California y esto es así, dado que es la entidad con más agencias que actúan como intermediarias entre quienes solicitan y quienes ofrecen el servicio.²⁷

En California se permite la gestación por sustitución y si bien no se acepta un pago por tales servicios, sí se autoriza una compensación económica para la gestante, compensación que en los hechos representa un pago. Las principales condiciones son las siguientes:

²² Véase Lam, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Revista para el Análisis del Derecho*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²³ Véase la Respecting Assisted Human Reproduction and Related Research Act, disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/fulltext.html> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁴ Véase Roberts, Lance W., *Recent Social Trends in Canada*, Canadá, McGill-Queen’s Press, 2005.

²⁵ Véase al respecto el artículo 541 del Código Civil para la provincia de Quebec, Canadá, disponible en: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/jri/showdoc/cs/CCQ-199> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁶ Columbia y Arizona son por ejemplo dos estados en donde la gestación por sustitución se encuentra prohibida. En tanto, Texas y Utah son estados permisivos. Véase “Surrogacy”, *Law and Human rights Edited by Paula Gerber*, Australia, Monash University-Katie O’Byrne Doughty Street Chambers, U. K., 2015, disponible en: <https://books.google.com/books?isbn=1317048210> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁷ Véase *World Collaborative Report on Assisted Reproductive Technology*, 2002, vol. 24, núm. 9, 2009, disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/24/9/2310.full.pdf+html> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

- a) La existencia de un acuerdo previo entre los involucrados.
- b) A partir de dicho acuerdo, es necesario iniciar un procedimiento judicial en el que se determinará, de manera previa, la filiación del menor.²⁸
- c) El procedimiento antes aludido tiene por objeto extinguir la posible filiación de la madre gestante y de su marido,²⁹ en caso de estar casada.
- d) Este procedimiento tiene por objeto evitar un juicio por adopción, ya que una vez agotado, se ordena al hospital correspondiente que una vez nacido el bebé se incluya como progenitores a la pareja o persona contratante.

Israel es otro de los países que desde 1996 permiten, bajo ciertas condiciones, la gestación por sustitución, la legislación israelí surgió a partir de un caso particular, *Nahmani c. Nahmani*.³⁰ No obstante, este país es uno de los que mayores requisitos impone ya que en principio exige que los solicitantes sean una pareja de hombre y mujer que se encuentren casados y quienes deberán acreditar que la mujer padece de infertilidad, o bien de algún tipo de incapacidad para el embarazo.

Dado que, como se adelantó, los solicitantes deben ser una pareja casada se exige además que: a) los embriones a implantarse en la mujer gestante, deben contener al menos, la carga genética del varón de dicha pareja, b) no debe existir relación de parentesco entre gestante y solicitantes, c) la gestante en principio, debe ser una mujer soltera, no obstante y por la intermediación de un comité, este requisito puede ser dispensado, d) la gestante debe profesar la religión judía, a menos que la solicitante no la profese, en cuyo caso queda dispensado este requisito.

En cuanto a las cuestiones de filiación, la ley establece que en principio la paternidad en estos casos es en favor de los solicitantes, no obstante, ello debe ser ratificado mediante pronunciamiento judicial. En este mismo orden de ideas, la legislación israelí dispone que la gestante está imposibilita-

²⁸ Véase la sección 7630 (f) del Código Familiar del Estado de California, disponible en: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7630-7644> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁹ Esto se hace para evitar la regla general de presunción paterna de las parejas unidas en matrimonio establecida en el mismo Código Familiar. Véase la sección 7611 del código aludido en la que se establece que: "A man is presumed to be the natural father of a child", disponible en: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7610-7614> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³⁰ Sentencia del caso disponible en: <http://www3.lawschool.cornell.edu/AvonResources/Ruth-Nahmani.v.DanielNahmani.pdf> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

da para rescindir el contrato salvo que un tribunal, y siempre basados en el mejor interés del menor, considere que esto deba ser así.

En los Países Bajos la gestación por encargo es permitida siempre y cuando no exista de por medio una contraprestación económica. Dos son los textos que aluden al tema que nos ocupa; por un lado, el Código Penal y, por el otro, el Reglamento para los establecimientos que practican la fecundación *in vitro*.

El Código Penal de los Países Bajos sanciona a cualquiera que promueva o favorezca la gestación por sustitución como una actividad profesional. En cuanto al Reglamento aludido, éste precisa que se permite la gestación por encargo por medio de la técnica de fecundación *in vitro*, siempre que el médico responsable certifique que la gestación por sustitución es el único medio posible para que una mujer [la solicitante] pueda convertirse en madre, por ejemplo, cuando ésta carezca de útero, o bien, cuando se haya recurrido a todos los medios disponibles para que pueda embarazarse y, sin embargo, esto haya sido imposible. Otra condición que impone el Reglamento es que la mujer que facilita su vientre haya tenido al menos un hijo.

Adicionalmente, el Reglamento remite a las directivas de la Asociación Obstétrica y Ginecológica de los Países Bajos, la que dispone que: *a)* la gestante deberá ser una mujer menor de 44 años, *b)* la madre genética [solicitante] no debe tener más de 40 años, *c)* no pueden ser transferidos más de dos embriones a la gestante, *d)* todos los interesados deberán ser informados de manera verbal y escrita de las consecuencias médicas, sicológicas y jurídicas implicadas en una gestación por sustitución, *e)* tanto durante como después del procedimiento, los involucrados deben recibir un acompañamiento sicológico y, *f)* los solicitantes deben ser informados que la madre gestante es, jurídicamente, la madre del bebé así nacido y ésta puede, si así lo desea, no entregar al mismo.

Si bien se permite la gestación por encargo en los términos antes descritos, el hecho es que la legislación civil no prevé cómo solucionar las cuestiones de parentalidad, por lo que en todo caso, en términos civiles, el niño nacido de una gestación por encargo deberá en todo caso ser adoptado.³¹

El país más emblemático del sistema *common law* lo es sin duda el Reino Unido; en este país, la investigación biotecnológica en materia de procreación humana asistida inició hace mucho y ha sido un pionero en el área. Baste recordar al respecto, que fue precisamente en Inglaterra donde se

³¹ Véase al respecto diversos estudios de derecho comparado, efectuados por el Senado francés, disponible en: https://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc23 (consultada el 8 de septiembre de 2016).

concibió la llamada primer bebé probeta del mundo, la ya legendaria Louise Brown.³²

En el tema que nos ocupa, la legislación establece que, en principio, se considerará madre a aquella mujer que resulte embarazada como consecuencia de la implantación de un embrión, aun cuando éste sea ajeno a ella, siempre y cuando no exista un acuerdo previo de subrogación de matriz.

Cabe decir que, además de la necesidad de un acuerdo previo al respecto, es necesario que los padres que reciban al hijo soliciten a los tribunales el reconocimiento como padres, exhibiendo el acuerdo de referencia dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo; en esta hipótesis, el tribunal podrá decidir favorablemente, siempre y cuando el o los padres biológicos, acepten incondicionalmente la decisión judicial.

Para que el tribunal pueda aprobar un acuerdo de subrogación, es necesario que el mismo tribunal constate que dicho acuerdo no fue a título oneroso, entendiendo por ello que no hubo un acuerdo económico, lo que no impide, sin embargo, que a la mujer gestante se le retribuyan aquellos gastos razonables, derivados del propio proceso de gestación .

No obstante lo anterior, la ley establece que ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente en contra de ninguna de las partes, de ahí la exigencia antes señalada de que el tribunal deberá constatar que los padres acepten incondicionalmente la decisión del tribunal.

Por último, es de señalarse que Inglaterra desde 1985 ya contaba con una regulación relativa a la gestación por encargo; en dicha regulación se prohíbe por ejemplo la intervención de terceros en la negociación de acuerdos de subrogación con fines comerciales, prohibiendo igualmente toda forma de publicidad o propaganda en relación con dicha actividad.³³

Como hemos visto, Inglaterra cuenta con una legislación de corte liberal en donde la utilización de las técnicas de procreación humana asistida queda condicionada a la obtención de licencias o permisos, por lo cual podemos afirmar que la ley sólo representa un andamiaje jurídico que toma vida realmente a partir de las autorizaciones que, vía administrativa, expida la Human Fertilisation and Embriology Authority, quien es formalmente

³² Cabe hacer notar que Louise Brown, según lo reseñan los periódicos londinenses, en 2006 se encontraba embarazada, y que dicho embarazo fue logrado por medios naturales. Véase la página del periódico *Daily Mail*, disponible en: http://www.dailymail.co.uk/pages/live/articles/news/news.html?in_article_id=394894&in_page_id=1770 (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³³ Véase la Surrogacy Arrangements Act., disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf (consultada el 8 de septiembre de 2016).

la autoridad encargada de reglamentar a detalle la aplicación práctica de dichas técnicas.

México es otro de los países en los que en ciertos estados de la república está permitida la gestación por sustitución de manera condicionada, aunque otros más expresamente prohíben la práctica, de ello daremos cuenta en el apartado siguiente.

VI. LA SITUACIÓN EN MÉXICO: PROPUESTAS LEGISLATIVAS

1. *Propuesta de 2015*

El 13 de octubre de 2015, varios senadores de la República presentaron una iniciativa de ley que pretendía reformar diversos artículos de la Ley General de Salud, de acuerdo con la exposición de motivos, la idea era prohibir la gestación por sustitución, lo interesante de esta propuesta es analizar la argumentación que se dio como sustento para la misma, argumentación que es posible analizar a partir de la exposición de motivos.

Empezaremos señalando que en dicha propuesta legislativa se equipara como iguales lo que podríamos llamar “*gestación por imposición*” con la maternidad subrogada o gestación sustituta. Así, se puede leer en el segundo párrafo de la exposición de motivos lo siguiente:

La explotación de mujeres con fines reproductivos (EMFR), supone un severo retroceso en materia de derechos humanos y equidad de género pues, *tal como señala un informe presentado ante el Parlamento Europeo, la maternidad subrogada constituye una objetivación tanto de los cuerpos de las mujeres como de los niños y representa una amenaza a la integridad corporal y a los derechos humanos de las mujeres.*

Esta afirmación dice estar basada en un informe presentado ante el Parlamento Europeo, informe que sin embargo no existe. El supuesto informe al que se alude en la iniciativa, es en realidad un documento derivado de un debate hacia el interior del propio Parlamento Europeo sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.³⁴ Adicionalmente, dicho documento (que no informe) ni siquiera es un documento aceptado, toda vez que en el debate correspondiente no se logró la mayoría necesaria para tales

³⁴ Véase en el sitio oficial del Parlamento Europeo, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2013/2040\(INI\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2013/2040(INI))

efectos,³⁵ existiendo además una propuesta de resolución alternativa, en la que por cierto nada se dice respecto de la maternidad subrogada.³⁶

En esta iniciativa se equipara, sin sustento alguno, a la maternidad subrogada con la trata de personas, para lo cual se apoyan en un estudio de la Organización Internacional para las Migraciones, Misión México, denominado “La trata de personas en México”. Cabe señalar que este documento alude a su vez al Protocolo de Palermo, en el que en una de las modalidades de la trata de personas se menciona el alquiler de vientres,³⁷ que no así a la gestación por sustitución. La distinción no es baladí ya que la condena en todo caso en dicho texto va encaminada al alquiler de vientres, particularmente cuando se efectúa en contra de la voluntad de las mujeres.

En el mismo material de “La trata de personas en México”, se cita a la Guía de Intervención Psicosocial para la asistencia directa con Personas Víctimas de Trata de 2007, en donde se alude también a los vientres de alquiler como una forma de explotación, pero de nueva cuenta nada se dice sobre la maternidad subrogada o gestación por sustitución. Es decir, el énfasis en ambos documentos radica en el “alquiler” de vientres y muy particularmente en el *alquiler forzado* o en contra de la voluntad verdadera y expresa de las mujeres.

En este orden de ideas, la principal deficiencia de esta iniciativa es que equipara a la gestación por sustitución como trata de personas, cuando es a la inversa. Efectivamente, la gestación por encargo no implica en sí misma la trata de personas, sino que la trata de personas puede implicar, en alguna de sus modalidades, una gestación por sustitución forzada, que sería en todo caso lo sancionable.

En la iniciativa también se afirma que: “Esta situación se presenta sobre todo en países en los que existe una gran brecha de desigualdad y pobreza que facilita los contratos entre mujeres dispuestas a rentar su cuerpo y personas dispuestas a utilizarlo, ocurre en la India o Ucrania”; para apoyar tal afirmación se basan en una nota periodística de la BBC,³⁸ sin embargo, en dicha nota periodística, contrario a lo que se pretende justificar en la iniciativa,

³⁵ Véase <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0306+0+DOC+XML+V0//ES> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³⁶ Véase <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2013-0306+001-001+DOC+PDF+V0//ES> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³⁷ Véase la página 26 del documento denominado “La trata de personas en México”, 2011, disponible en: http://publications.iom.int/bookstore/free/La_Trata_de_personas.pdf (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³⁸ Véase http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/01/110125_maternidad_subrogada_men (consultada el 8 de septiembre de 2016).

tiva, si bien se habla de la desigualdad y la pobreza también se menciona que:

De manera que ¿se debe negar o complicar aún más este proceso? ¿O se debe permitir pagar por ésta, que para muchas mujeres es la única opción de tener un hijo?

Según Louisa Ghevaert “el altruismo y la comercialización pueden coexistir. Hemos visto casos exitosos en India, Ucrania y Estados Unidos en los cuales las madres gestantes participan en el proceso con un alto nivel de altruismo y muy conscientes de lo que están haciendo”.

Es decir, están conscientes del increíble “regalo de vida” que están haciendo a una pareja cuyas vidas se ven arruinadas por su incapacidad de tener un hijo.

Así pues, los redactores de la iniciativa se contradicen, pues queriendo justificar una argumentación contraria a la gestación por encargo, utilizan una fuente que exalta precisamente, este tipo de procedimientos.

Por otro lado, la iniciativa alude a “aquellos países en los que el crimen organizado venía operando con amplios márgenes de impunidad, como los terribles casos registrados en Tailandia y Nigeria”.

Al respecto cabe señalar que en el caso de Tailandia la prohibición de la gestación por encargo, no se debió ni al tráfico de personas ni al crimen organizado. El elemento detonante para dicha prohibición, fue que una pareja australiana que recurrió a la subrogación de vientre y contrató a una mujer tailandesa (quién gestó gemelos), se negó a recibir a uno de los gemelos así concebidos por presentar síndrome Down.³⁹

En el caso de Nigeria⁴⁰ es cierto que se han desmantelado bandas que tenían secuestradas a mujeres embarazadas para traficar con esos niños al nacer, lo que efectivamente es un grave delito que en cualquier parte del mundo debe estar prohibido, pero que nada tiene que ver con la gestación por encargo.

Otra de las afirmaciones carentes de sustento, pero contundentes, que podemos leer en la iniciativa que se comenta, es que de acuerdo a sus redactores: “La explotación de mujeres con fines reproductivos, es también llamada gestación subrogada”, afirmación que no se justifica en ningún momento, ya que en los documentos citados en dicha iniciativa nunca se equi-

³⁹ Véase <http://colegiodebioetica.org.mx/wp/2014/09/08/una-pareja-australiana-abandona-beb-con-sndrome-de-down-de-madre-subrogada/> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

⁴⁰ Véase <http://www.abc.es/sociedad/20150527/abci-vientres-alquiler-maternidad-subrogada-201505261037.html> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

para a la explotación de mujeres con fines reproductivos con la maternidad subrogada. Lo que sí dicen esos documentos es que, el alquiler de vientre (que es la expresión utilizada en los mismos) forzado o en contra de la voluntad de la mujer, se puede equiparar a la trata de personas, pero no a la inversa.

Llama la atención también que en dicha iniciativa se confunden conceptos como donación de órganos con gestación por encargo, pues se puede leer en la misma que: “Así pues, por mayoría de razón podemos afirmar que, si las partes del cuerpo humano no pueden ser comerciadas lícitamente dentro del territorio nacional, mucho menos podrán serlo seres humanos completos”.

Desde nuestro punto de vista, en el caso de la gestación por encargo (maternidad subrogada) no se comercia con una parte del cuerpo, ya que en todo caso esto implicaría, en los términos de la Ley General de Salud, el hecho de vender el útero. Lo que está en juego en la gestación por sustitución, es la posibilidad de utilizar un órgano (el vientre) de otra persona, lo que en nuestra opinión no tiene nada de ilegal. Al respecto, baste señalar que en cualquier contrato de prestación de servicios profesionales, lo que se “alquila”, por regla general, es precisamente la función de un órgano, por ejemplo el cerebro.

En el párrafo catorce de la iniciativa se puede leer: “no puede afirmarse de ninguna manera que dicho precepto constitucional [refiriéndose al artículo 4o.] confiere un derecho irrestricto a tener hijos ni, mucho menos, lo hace exigible al Estado”. Al respecto cabe señalar que la realidad es contraria a lo que dice la iniciativa, ya que la Constitución sí concede a los mexicanos un derecho irrestricto a tener hijos, estableciéndose como única limitante que se haga de manera libre e informada.

Adicionalmente, se afirma que la maternidad subrogada implica un “comercio de seres humanos”, lo que es falso, ya que al facilitar el vientre una mujer, no se comercia con seres humanos, particularmente si la mujer que lo hace, concibe a un hijo con el que no tiene vinculación genética.

Insistimos que, en todo caso, el comercio se limita y restringe al uso de un órgano (el vientre), lo que en ninguna parte de nuestro sistema jurídico se encuentra expresamente prohibido.

2. *Propuesta de 2016*

Ahora bien, para los efectos del Apartado “A” del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la iniciativa de 2015 fue

turnada a la Cámara de Diputados, sin embargo, en el documento final (iniciativa de 2016) ya no se prohíbe la “*gestación subrogada*” y por el contrario el dictamen que llegó a la Cámara de Diputados pretende regularla. La propuesta en concreto establece que:

Artículo 462 ter. La gestación subrogada estará permitida únicamente bajo estricta indicación médica, entre nacionales y sin fines de lucro, en los términos de esta Ley. Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil veces la unidad de medida y actualización, en los siguientes supuestos:

I.- Al que obtenga el consentimiento de una mujer mediante el pago de una contraprestación, el uso de cualquier tipo de violencia, o aprovechándose de una situación de pobreza o ignorancia, para que se transfieran uno o más embriones a su útero y después del nacimiento renuncie a los derechos y deberes que derivan de su maternidad, para entregar al o los menores a los contratantes o terceras personas;

En principio, la fracción primera del artículo 462 ter se compone de dos supuestos, el primero alude a que se obtenga el consentimiento de una mujer a través del pago, el uso de la violencia o el aprovecharse de la pobreza o ignorancia de la misma, para ser transferidos en su útero uno o más embriones.

El segundo supuesto sanciona a aquella mujer que después del nacimiento del producto del embarazo, renuncie a los derechos y deberes derivados de su maternidad, para entregar al o los menores a los contratantes o terceras personas

Cada uno de estos dos supuestos, analizados por separado, guardan una cierta coherencia lógica, sin embargo, al sumar ambos supuestos, como está redactada la fracción primera del artículo 462 ter, el resultado deviene contradictorio. Para comprobar lo antes dicho recurriremos a las siguientes hipótesis:

Primera hipótesis, referida a la primera parte de la fracción I:

El señor “H” obtiene el consentimiento de la señora “X” para que le sean transferidos a ésta uno o más embriones, pero lo hace mediante el pago de una contraprestación, ejerciendo cualquier tipo de violencia o aprovechándose de la pobreza o ignorancia de la señora “X”.

Bajo esta primera hipótesis, la lógica nos dice que la víctima es la señora “X”, ya que es ella quien es objeto de violencia y el delincuente es el señor “H”, ya que es este último quien ejerce la violencia

Segunda hipótesis, referida a la segunda parte de la fracción I:

Si la señora X, que es sobre quien originalmente se ejerció violencia, renuncia después del nacimiento a los derechos y deberes que derivan de su maternidad, terminará siendo sancionada. Visto así y derivado de una mala redacción, la señora “X” ya no es la víctima sino que se convierte en la delincuente. La pregunta es entonces, quién es la víctima y quién el victimario.

Otra interpretación posible es que se pretenda sancionar a los dos, a quien ejerce violencia y a la mujer que renuncie a los derechos y deberes que derivan de su maternidad. Lo que también nos lleva a incoherencias, pues no hay que olvidar que sobre esa mujer se ejerció violencia, a fin de que recibiera el embrión y continuara con la gestación.

En cuanto a la fracción II, resulta igualmente contradictoria toda vez que ordena: “II. A quien mediante gestación subrogada transfiera uno o más embriones al útero de una mujer que se haya sometido a dos embarazos previos por la misma técnica”.

En este supuesto es evidente que la sanción va dirigida al facultativo de la salud que es, en todo caso, quien domina la técnica de la transferencia de embriones. Siendo así tendríamos que preguntarnos, cómo harán los médicos para saber si una mujer “X” ha recurrido en dos o más ocasiones a la transferencia embrionaria y ha quedado embarazada.

Es decir, en el caso que nos ocupa convertimos al médico, por medio de una disposición normativa en una especie de investigador. Diferente sería si se estableciera que será sancionada aquella mujer que se someta a más de dos procedimientos de maternidad subrogada, ya que es esa hipotética mujer, la única que podría saber, a ciencia cierta, el número de procedimientos a que se ha sometido.

La fracción III también resulta paradójica, pues establece que: “III. Al que realice un procedimiento de gestación subrogada para entregar al o los hijos resultantes a una persona de nacionalidad distinta de la mexicana”. Esta prohibición resulta incomprensible, pues si bien pareciera que se pretende evitar el turismo médico, se ignora el hecho de que nuestra legislación civil permite la adopción internacional por extranjeros.

A su vez, la fracción IV del mismo artículo establece: “A quien promueva, favorezca, facilite, publicite o realice procedimientos de gestación subrogada con fines de lucro”. La parte alarmante de esta fracción es precisamente donde dice “...o realice procedimientos de gestación subrogada con fines de lucro”, ya que bajo esta hipótesis supondríamos que ningún profesional que intervenga en un procedimiento de gestación por sustitución podría cobrar honorarios, lo que toca de manera particular a los médicos, quienes en caso de realizar un procedimiento de “gestación subrogada” tendrían que hacerlo de manera altruista.

Para poner en contexto todo lo anterior, no hay que olvidar que las sanciones van de seis a diecisiete años de prisión, multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil veces la unidad de medida y actualización. A las anteriores sanciones, hay que agregar que si interviniieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia.

De todo lo anterior y, particularmente viendo la gravedad de las sanciones, tendríamos que preguntarnos cuál es el bien jurídicamente protegido mediante este tipo de disposiciones, pues no hay que olvidar que las sanciones de tipo penal obedecen precisamente a la protección de ese bien jurídico.

Tampoco olvidemos que en materia penal la idea del bien jurídico según Ferrajoli,⁴¹ alude al grado de ofensividad de los posibles hechos que afecten a una sociedad y es precisamente ese grado de ofensividad el que, en todo caso, justifica una medida sancionadora de carácter penal.

3. *Legislación nacional*

A. *Tabasco*

Si bien en Tabasco desde 1997 se reconocía la posibilidad de recurrir a la gestación por encargo, es a principios de 2016 cuando, mediante una modificación a la legislación civil se regula (o se intenta regular) el tema que nos ocupa. Así, a partir de 2016 el Código Civil de Tabasco cuenta con un apartado denominado “De la gestación asistida y subrogada”.

Ahora bien, es evidente que quienes elaboraron esta reforma del Código Civil desconocen profundamente el tema, ya que a lo largo del capítulo correspondiente, podemos encontrar un amplio repertorio de contradicciones o absurdos, mismos que en muchos de los casos resultan violatorios de los más elementales derechos fundamentales. Veamos a qué nos referimos.

- a) En principio se establece que estos procedimientos sólo son permitidos para cónyuges o concubinos, dejando de lado por ejemplo a hombres

⁴¹ Véase el excelente artículo “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, de Luigui Ferrajoli, disponible en la base de datos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16993.pdf> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

o mujeres solteros, lo que representa una franca violación de los derechos humanos, particularmente en lo referente a la no discriminación. En el mismo apartado se establece, además, que es válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación. Hasta aquí parecería que el único problema es la reiteración (discriminatoria) de que estos procedimientos están reservados para cónyuges o concubinos. Sin embargo, va más allá, pues no parece haber razones para permitir la inseminación posmortem y excluir la posibilidad de la implantación de un óvulo fecundado también posmortem, alternativa que por omisión legislativa, no fue ni siquiera considerada. En consecuencia, hay criopreservación de gametos para ser utilizados *posmortem*, pero no criopreservación de embriones.

- b) La legislación define la gestación por contrato como aquella práctica médica mediante la cual una mujer, “gesta el producto fecundado por los padres contratantes”, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

El problema es que en el siguiente artículo se establece que existen dos modalidades para la gestación por contrato, una mediante una figura denominada subrogada y otra denominada sustituta.

Así, se entiende por gestante subrogada a aquella mujer que es inseminada⁴² pero que además aporta sus óvulos, la que después del parto deberá entregar al recién nacido a la madre contratante, esto median- do una adopción plena.

Un primer cuestionamiento a este apartado es que, de la redacción del mismo podemos suponer que para efectos legales, el recién nacido es considerado hijo de la gestante, y sólo podrá ser entregado a la contratante si después del parto la gestante decide (podría no hacerlo) darlo en adopción. Siendo así, para qué reconocer la existencia de un acuerdo previo al respecto.

Por otra parte, se define a la gestante sustituta como aquella mujer que es contratada, exclusivamente, para portar en su vientre un embrión obtenido mediante fecundación *in vitro* con el material genético de la pareja o persona contratante.

⁴² Aunque no se dice en la redacción de todo el apartado, es de concluirse que es inseminada con material genético del varón, de la pareja o incluso de terceros, pues la Ley reconoce la inseminación heteróloga.

Lo primero que hay que destacar como contradicción es que, según se adelantó, la Ley define la gestación por contrato como aquella práctica médica mediante la cual una mujer “gesta el producto fecundado por los padres contratantes” y, no obstante, luego cambia las reglas del juego, pues la gestación por contrato implica una gestación en la que siempre el material genético debería derivar de los contratantes, pero al definir a la gestante subrogada, abre la puerta para que la mujer gestante aporte su material genético.

Por otro lado, la Ley es enfática al ordenar que estos procedimientos sólo podrían solicitarlos parejas casadas o en concubinato, sin embargo, cuando se define a la gestante subrogada, dice que ésta entregará al recién nacido a “la madre contratante”, lo que parecería que abre la puerta a que mujeres solas recurran a estos procedimientos.

De igual manera, al definir quién es considerada la gestante sustituta, establece que ésta recibirá en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de la pareja, pero agrega: “o de la persona contratante”. Como podemos ver, la redacción de estos apartados es confusa y entrelazando las diversas ideas que contienen los mismos, resulta imposible llegar a soluciones lógicas.

- c) Por otra parte, y sin razón aparente alguna, se imponen ciertos criterios de edad tanto para la mujer contratante como para la gestante. En el caso de la gestante, la Ley ordena que deberá encontrarse en un rango de edad de entre 25 y 35 años, en tanto que la contratante deberá tener entre 25 y 40 años. No obstante, en ninguna parte de la Ley se establece cuáles fueron los criterios para imponer dichas limitantes de edad. Adicionalmente, cabe señalar que en cuanto a los varones, la Ley es omisa, pues nada dice al respecto, por lo que nuevamente nos encontramos frente a elementos discriminatorios avalados por dicha legislación.
- d) Un apartado francamente inquietante es el contenido en el último párrafo del artículo 380 bis 3 del Código Civil tabasqueño, en el que se establece que,

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

Decimos que resulta inquietante pues el mismo contiene un sinfín de contradicciones que analizaremos, en seguida:

1. La mujer gestante sustituta, de acuerdo a la misma Ley, es aquella que no aportó material genético y que recibió en su vientre un embrión producto del material genético de la pareja contratante. Siendo así, resulta absurdo que esta mujer pudiera demandar la maternidad, ya que el recién nacido posterior al parto no cuenta con ningún elemento biológico-genético que lo vincule con dicha mujer.
 2. Resulta absurdo que una mujer que gesta un ser humano, 100% ajeno a ella biológicamente, pero más absurdo es que su cónyuge pudiera reclamar paternidad alguna.
 3. Es evidente que el legislador tabasqueño no domina o no entiende el tema implicado en la reproducción humana asistida y en la gestación por sustitución, pues como habíamos dicho, de acuerdo con esta legislación, la mujer gestante sustituta es aquella que recibe en su vientre un óvulo previamente fecundado (necesariamente mediante el procedimiento de fecundación *in vitro*), sin embargo, en el párrafo que se comenta no se habla de fecundación *in vitro*, sino de inseminación. Así, se establece, erróneamente, que la gestante sustituta o su cónyuge podrán demandar la paternidad “del producto de la inseminación”, lo que es absurdo con base en las definiciones dadas por la misma legislación.
 4. Adicionalmente, amén de que nos parece absurdo que la gestante sustituta (que no aporta su material genético) y peor aún su cónyuge, pudieran demandar la paternidad del recién nacido, la Ley dice que en todo caso recibirían la custodia. Esto demuestra que el legislador tampoco conoce de los derechos filiatorios, pues al demandar la paternidad o la maternidad, lo que está en juego es la patria potestad y no la custodia.
 5. Por último, en cuanto a la custodia antes aludida, podría entregarse a la gestante sustituta o a su cónyuge, sólo si existiera incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes. Nótese en este caso la utilización de la letra “o”, de las últimas cuatro palabras de la oración. Así, bajo esta redacción, bastaría la incapacidad o bien la muerte de uno de los dos contratantes para que la custodia le pudiera ser retirada al otro u otra, lo cual es también francamente absurdo.
- e) En el apartado bis 5 del mismo artículo, podemos apreciar otro sinsentido al establecerse que: “Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondien-

tes...”. La fracción III mencionada alude a la imposibilidad o contraindicación médica de la contratante para gestar. Pues bien, como se puede apreciar de la sola lectura, el médico tratante es quien deberá, por un lado, expedir los certificados que acrediten tal circunstancia y, por el otro, solicitar dichos certificados.

f) Por último, en la parte final del mismo apartado bis 5 se establece que:

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante notario público, deberá ser aprobado por el juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante, y en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido.

Si esto es así y debe suceder de manera previa, cómo es entonces que la propia Ley reconoce la posibilidad de que la gestante sustituta o inclusive su cónyuge puedan demandar la paternidad o maternidad. De igual manera, si se obliga a una renuncia de la gestante y su cónyuge (que además debe ser dada ante notario y pasada por un juez) resulta absurdo que la misma legislación exija que el hijo así nacido deba ser adoptado mediante un procedimiento de adopción plena.

B. Sinaloa

En Sinaloa también se encuentra regulada la gestación por encargo. Al igual que en Tabasco, dicha regulación es violatoria de diferentes derechos humanos; por ejemplo, restringe esta práctica a ciudadanos mexicanos y a parejas casadas o en concubinato, además, está condicionada a que la mujer solicitante padezca imposibilidad física o contraindicación médica. Igual que en Tabasco, se restringe la edad de la mujer gestante a un rango de entre 25 y 35 años, no obstante, no limita en términos de edad a los solicitantes.

En esta entidad se permite que en la gestación por sustitución, la mujer que facilita su vientre también aporte su material genético, a este tipo de gestación se le denomina subrogación total. De modo adicional, define la subrogación parcial “cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido transplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante”.

A diferencia de Tabasco, en Sinaloa se reconoce la posibilidad de que la mujer gestante facilite su vientre de manera altruista, o bien a cambio de un

pago, estableciendo que la gestación subrogada onerosa será considerada “un servicio” por el cual debe pagarse una cantidad cierta y determinada, independientemente de los gastos derivados de la gestación. De igual manera se ordena que la gestante no debe haber estado embarazada en el último año anterior, y deberá acreditar que no ha participado en más de dos ocasiones en un proceso similar.

Por último, y a diferencia de Tabasco, en donde al final es necesario iniciar un proceso de adopción, en el caso de Sinaloa el acuerdo deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al oficial del Registro Civil, “para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo, desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados”.⁴³

C. Colima

Otra de las legislaciones que permiten la gestación por sustitución es la del estado de Colima. Cabe decir que en este estado hay una permisión expresa pero no una regulación del tema, pues solamente en el apartado de la adopción se menciona que podrá ser adoptados de forma plena, el producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una madre sustituta, a condición de que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.⁴⁴

2. San Luis Potosí y Querétaro

Otras legislaciones civiles que contemplan (aunque en sentido prohibitivo) la gestación por sustitución son los estados de San Luis Potosí y Querétaro. En la primera de las entidades mencionadas, la legislación civil prohíbe la maternidad subrogada,⁴⁵ prescribiendo que todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación, realizado en nombre de otra persona, es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Por su parte, en el estado de Querétaro, de manera indirecta se encuentra prohibida esta práctica. Efectivamente, Querétaro modificó su Código Civil creando un apartado denominado “adopción de embriones”, y en di-

⁴³ Véase el capítulo V del Código Civil de Sinaloa, denominado “De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada”.

⁴⁴ Véase el artículo 410 B del Código Civil de Colima.

⁴⁵ Véase el artículo 241 del Código Familiar del Estado de San Luis Potosí.

cho apartado se establece que las parejas adoptantes de embriones, no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.⁴⁶

VII. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución es el resultado del advenimiento de nuevas y variadas tecnologías reproductivas, lo que genera necesariamente, múltiples y variadas implicaciones tanto jurídicas como sociales.

Las diferentes regulaciones relacionadas con la gestación por encargo, como se puede apreciar, son variadas y dispares en diferentes partes del mundo. Lo preocupante, en el caso particular, es que en nuestro país, dado el pacto federal y la distribución de atribuciones legislativas, empezamos a ver legislaciones dispares e incluso contradictorias, lo que invariablemente genera inseguridad jurídica.

Si bien México es un gran receptor de tecnología, el avance tecnológico no siempre viene acompañado de la reflexión ética, bioética y biojurídica, lo que es inaceptable para una sociedad como la nuestra. Es evidente de los casos aquí planteados, que muchas de estas regulaciones están ignorando derechos fundamentales de los individuos, lo que también resulta alarmante.

Otro aspecto que parece no entenderse en términos de gestación por sustitución es que ésta es una derivación de la utilización de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida. Es decir, el problema de fondo tiene que ver con otros aspectos derivados de la reproducción asistida, por ejemplo el estatuto jurídico que habremos de asignarle al embrión pre-implantatorio, la posibilidad o no de criopreservar embriones y gametos, las cuestiones relacionadas con la posibilidad de investigar y/o experimentar con los mismos, así como las cuestiones derivadas de la utilización de células madre embrionarias.

Tales son los temas de fondo, y mientras no sean debidamente solucionados, cualquier regulación en términos de la gestación por encargo será parcial y, como lo hemos demostrado, contradictoria.

⁴⁶ Véase el artículo 400 del Código Civil de Querétaro.

DE LOS INTERSEXUALES Y EL DERECHO A LOS DERECHOS DE LOS INTERSEXUALES

María del Pilar HERNÁNDEZ

La idea que una persona sólo puede tener un único sexo/género que es estable para toda la vida –“dimorfismo sexual”– la creencia o convicción dominante en occidente de la existencia de tan sólo dos sexos posibles, mujer y varón, obliga a confeccionar cuerpos ficticios que eliminan la verdadera variabilidad sexual humana.¹

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. II. Estado de la cuestión. III. La perspectiva médico-genética. IV. Clasificación de los trastornos de la diferenciación sexual. V. El iter decisorio en la asignación de sexo en TDS. VI. La perspectiva jurídica y las soluciones. VII. El necesario cambio de mirada hacia los derechos de las personas en condición de intersexualidad. VIII. Los dilemas. IX. Corolario.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Abordar la tutela jurídica de las personas intersexuales afectadas por un trastorno del desarrollo y de la diferenciación sexual (TDS/DDS)² admite un

¹ Gregori, N., “Los cuerpos ficticios de la biomedicina. El proceso de construcción del género en los protocolos médicos de asignación de sexo en bebés intersexuales”, *Revista de Antropología Iberoamericana*, núm. 1, enero-abril de 2006, p. 103.

² También denominados estados intersexuales, se clasifican en: a) “hermafroditas verdaderos”, que son casos poco frecuentes y se caracterizan porque son personas que en general, aunque no obligatoriamente, tienen un cariotipo XX y presentan los dos tipos de tejido gonadal, ya sea porque tienen testículo y ovario en forma simultánea, o porque poseen lo que se denomina un “ovotestes” (mitad testículo y mitad ovario); b) “seudohermafroditas masculinos”, que son individuos con sexo genético XY y testículos, pero que presentan genitales ambiguos, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado. Estas personas pueden

primer posicionamiento en relación con el deficiente conocimiento que los juristas tenemos de disciplinas que son totalmente ajenas a nosotros, a saber: la medicina, la biología, la bioética, la sicología, *inter alia*.

Más aun, exige la redimensión pertinente del cúmulo de derechos y su consecuente tutela diversificada por todos aquellos que están llamados al conocimiento de la condición biológica y su diagnóstico, de quienes habrán de concretar el acompañamiento de los padres y, desde luego, de la niña, niño o adolescente, así como de quienes en caso de controversia han de dar la mejor solución jurídica en protección de la persona y los derechos de que es titular.

No son ajenos a nosotros los prejuicios e incomprensiones que hay sobre el tema, la patologización que, incluso, médica mente se ha realizado de los estados intersexuales denominándoles trastornos o desórdenes de la diferenciación/desarrollo sexual.

La literatura especializada en el ámbito jurídico trata los estados intersexuales como un tema nuevo que exige un tratamiento del mismo carácter inédito, sin embargo, el hermafroditismo verdadero, el seudohermafroditismo y ambigüedad genital son de vieja data, ya Ovidio los documentaba en *Las metamorfosis*, libro IV, párrafos 285 a 388.

Ha menester cambiar la mirada de los viejos problemas, realizar un recuento de cómo a partir de situaciones perfectamente diferenciadas se ha traspulado el esquema tuitivo de los derechos de las personas intersexuales.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Resulta inopinado que son dos los eventos que marcan los nuevos derroteros de los estudios jurídicos, a saber:

presentar, en algunos casos, genitales externos que son muy femeninos, y pueden poseer entonces un introito vaginal, un clítoris normal o ligeramente aumentado de tamaño, o un pene muy pequeño; y, c) “seudohermafroditismo femenino”, que son individuos con sexo genético XX, con ovarios, pero con genitales ambiguos, o bastante masculinos, por lo cual se habla a veces, de mujeres virilizadas. “Intersex Society of North America”, disponible en: <http://www.isna.org/node/34>. El término TDS surgió de una conferencia patrocinada por la Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society y la European Society for Pediatric Endocrinology, y sustituye a terminologías previas como trastornos intersexuales o hermafroditismo, términos que en el pasado fueron parte de sistemas de clasificación farragosos y/o confusos y a menudo no eran bien aceptados por los pacientes y sus familias, incorpora diagnósticos médicos que tradicionalmente no habrían sido incluidos en los trastornos intersexuales, como las hopspadias o la agenesia mülleriana, que desarrollaremos más adelante.

Primero, el advenimiento de la era de los derechos humanos y su progresivo e incremental reto para los tribunales que ha puesto sobre la mesa de discusión, la obsolescencia de los límites estancos del derecho, así como clarificado la profunda interdependencia del conocimiento mismo.

Segundo, la toma de conciencia en torno a la multidimensionalidad de la esencia humana de cara a los avances científicos —*rectius*: biológicos, médicos, sicológicos, socioantropológicos, *inter alia*— determinan para los juristas constitucionalistas una asignatura insoslayable de cara a la plena tutelabilidad y justiciabilidad de los derechos humanos: la transdisciplinariedad.³

El tema que aquí se aborda en forma alguna es de nueva data, los estudios en torno al trastorno de diferenciación sexual (TDS⁴ por sus siglas y conocido bajos las denominaciones de trastorno del desarrollo o de la diferenciación sexual o estados intersexuales),⁵ ha recibido meritoria atención en el ámbito médico y sus diversas disciplinas.

Por lo que hace al ámbito jurídico, si bien la mayor parte de la literatura aparece en publicaciones periódicas de relevancia y en los últimos años han aparecido libros que tratan el tema, con una verdadera trascendencia en el ámbito jurídico,⁶ la bibliohemerografía se encuentra enderezada al estudio del trastorno en adultos, esencialmente por lo que hace, en sede jurisdiccional, a una diversidad de estados intersexuales —transexualismo, hermafroditismo seudo y verdadero— eventualmente en lo que se refiere a la procedencia de la reasignación sexo-genérica y, en consecuencia, a los derechos de las personas situadas en el supuesto a la tutela de un cúmulo de situaciones sustantivas, cuyo presupuesto indiscutible es la dignidad de la persona humana, y que se han focalizado de modo absurdo sólo en el de-

³ Para Basarab Nicolescu implica la dinámica engendrada por la acción de varios niveles de la realidad a un mismo tiempo: “El descubrimiento de esta dinámica pasa necesariamente por el conocimiento disciplinario. La transdisciplinariedad, no siendo nada más una nueva disciplina o una nueva hiperdisciplina, se nutre de la investigación disciplinaria, la cual, a su vez, se esclarece de una manera nueva y fecunda por el conocimiento transdisciplinario. En este sentido, las investigaciones disciplinarias y transdisciplinarias no son antagónicas sino complementarias”. Véase *La transdisciplinariedad. Manifiesto*, México, Multidiversidad Edgar Morín, s. f., p. 38.

⁴ Cfr. Allen, Lisa, “Trastornos del desarrollo sexual”, *Obstet Gynecol Clin North Am*, núm. 36, 2009, p. 25.

⁵ La expresión intersexualidad es usada por primera vez por Richard Goldschmidt en 1901. Goldschmit utiliza este término para describir las diferencias hermafroditas en la anatomía sexual o variaciones anatómicas diversas.

⁶ Un libro por demás completo en la literatura jurídica especializada es Camps Merlo, Marina, *Identidad sexual y derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2007.

recho a la identidad consagrada jurídico-formalmente en el acta o partida de nacimiento.

El enfoque del presente documento se ciñe al periodo de la infancia, entendiendo por tal el lapso de vida de los seres humanos que media entre el nacimiento y la pubertad, sin dejar de considerar, en tanto implicativo, el concepto de niñez que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁷ se entiende por niño, a aquella persona que aún no haya cumplido 18 años, excepto que ya haya alcanzado la mayoría de edad, de acuerdo con lo estipulado por la ley (artículo 1o.).

El tema asume una trascendencia real de cara a los derechos humanos que, eventualmente, pueden producir afectados, así: el derecho a la identidad, al sexo y al nombre del menor, el derecho a la expresión de la autonomía de la voluntad trátese del menor mismo —dependiendo de la edad— como de los progenitores; el derecho al consentimiento informado, *inter alia*, que en su integralidad redundan en el derecho a la salud del niño, una salud integral física, sicológica y emocional y que ha de ser tutelada bajo el principio del interés superior del menor (artículo 3.1 CDN), todos ellos reconducibles, indefectiblemente, al derecho de libertad entendido en su sentido más amplio y prístino.

No omitimos referir que en la Ciudad de México a partir de 2008,⁸ y en virtud de la reforma a los códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se reconocen en plenitud, con una visión vanguardista, derechos esenciales de las personas transexuales en lo que hace a los actos del estado civil y levantamiento de una nueva acta por la reasignación para la concordancia sexo-genérica, que posibilitaría inopinadamente, el tratamiento, por extensión del derecho a la identidad de los menores con trastornos de la diferenciación legal, sin dejar de obviar el reconocimiento expreso y la clara obligación de los médicos de respetar el derecho al consentimiento informado de los progenitores del menor como, en su caso, del menor mismo. Un problema que existe ya pero que aún no se visibiliza.

⁷ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

⁸ Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal, se adiciona el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y se adiciona el Código Financiero del Distrito Federal, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 10 de octubre de 2008. Por lo que hace al Código Civil los preceptos de mérito son 2o., 35, 98, 135 bis; del de Procedimientos Civiles se adiciona el capítulo IV bis al título séptimo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nominado “Juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica”.

Es de referir, también, el Amparo Directo Civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS,⁹ mediante el cual la Suprema Corte de Justicia mexicana en ejercicio de su facultad de *certiorari* entró al estudio de cambio de nombre y de género y su debida asignación en el acta de nacimiento de una persona con seudohermafroditismo femenino, sentencia que se nuclea, esencialmente, en el derecho a la privacidad. Sin lugar a duda, un precedente que marca el ingreso de nuestro máximo tribunal a la transdisciplinariedad.

III. LA PERSPECTIVA MÉDICO-GENÉTICA

En materia de salud resulta indudable que sólo hasta años recientes los avances científicos han permitido a la medicina nominar una serie de padecimientos que, desde siempre, han existido y, otros, que son propios de la modernidad.

El desarrollo del embrión humano en varón o mujer es un proceso complejo, dinámico y secuencial, de increíbles cambios continuos y etapas perfectamente disociadas, la interferencia en cualquier paso de ese desarrollo puede resultar en una diferenciación sexual anormal.

Para nadie resulta desconocida la pregunta que se hace ante el nacimiento de un nuevo ser humano: “¿qué es, niño o niña?” La respuesta del médico en ocasiones no es fácil debido al hecho de que el recién nacido presenta genitales ambiguos, sin lugar a duda una noticia de tal entidad representa para los padres una experiencia traumática.

De manera generalizada, ante la ambigüedad genital de los infantes los médicos calificaban la afección de hermafroditismo, seudohermafroditismo, estado intersexual; tales categorías han sido remplazadas por el concepto de trastornos del desarrollo o de la diferenciación sexual.

Los trastornos del desarrollo sexual (TDS) son patologías médicas en las que el desarrollo del sexo cromosómico, gonadal o anatómico (éste propiamente genital) varían del normal y pueden ser incongruentes unos con otros, la importancia de su estudio radica en su indisociable relación con el género y el derecho a la identidad desde el momento en que queda asentado en las actas o partidas de nacimiento, atendiendo a la conformación biológica genital del menor, la identidad jurídica o legal que se habrá de asignar.

⁹ Sentencia del 6 de enero de 2009.

La diferenciación sexual

La diferenciación sexual requiere durante la vida fetal el encadenamiento de una serie de procesos en cuya determinación y regulación interviene gran número de genes que codifican la síntesis de factores de transcripción y de crecimiento, así como enzimas y hormonas. Clásicamente se han distinguido tres etapas o niveles de diferenciación sexual: el sexo genético, el sexo gonadal y el sexo genital, procesos que se determinan en el periodo fetal.

Durante la infancia, pero sobre todo durante la pubertad y en el adulto, se consideran, además, el sexo fenotípico (caracteres sexuales secundarios), el sexo sicosexual y el sexo social.

A. Los componentes del sexo¹⁰

Para definir y comprender los estados intersexuales debe tenerse en cuenta que existen cuatro componentes principales que definen el sexo.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, estudio elaborado por la CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012, específicamente: pp. 1 y 2. “...5. En el ámbito jurídico y en particular en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) estas discusiones sociales se han subsumido comúnmente en la expresión «minorías sexuales», para englobar las cuestiones relacionadas con los derechos de las personas gays, lesbianas, transgénero, bisexuales e intersex. 6. Con mayor precisión teórica desde la sociología-jurídica, las acepciones orientación sexual, identidad de género y expresión de género han sido utilizadas como referentes para el reconocimiento y la exigibilidad de derechos, entre otros, por la legislatura y la judicatura. La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad —los cuales han estado tradicionalmente invisibilizados— reconoce la discriminación histórica a que han estado sometidas las personas que se identifican de esta manera; y las dota de protección. 7. En los ámbitos sociológico y sicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez que existe en la construcción de la identidad propia y la autodefinición: desde esta perspectiva se ha señalado que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas. Al mismo tiempo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la orientación sexual —interpretación que puede extenderse a la identidad de género y expresión de género— dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, «entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad»”.

a) Sexo genético o cromosómico. Se establece en la fecundación, todos los individuos contamos con 23 pares de cromosomas, uno de esos 23 pares corresponde a los llamados gonosomas o cromosomas sexuales.

- En las mujeres el par sexual está compuesto por 2 cromosomas X; por lo tanto su constitución cromosómica es 46XX.
- En los varones el par sexual está compuesto por un cromosoma X y un cromosoma Y; por lo tanto, su constitución cromosómica es 46XY.

Se incluye en el sexo genético el sexo cromatínico o nuclear, que se determina por la presencia o, en su caso, ausencia, en el *núcleo de la célula del corpúsculo de Barr*.

La existencia de este corpúsculo caracteriza el *sexo* nuclear femenino; su *ausencia*, el *sexo* nuclear masculino.

Corresponde generalmente, pero no siempre, a una dotación cromosómica del sexo correspondiente y, por consiguiente, al sexo genético.

En ciertos casos patológicos, en efecto, durante la *meiosis* los dos *cromosomas* sexuales de la célula germinal pasan a una sola de las dos células sexuales, mientras que la otra no los contiene. La unión de una de estas células sexuales anormales (células aneuploides) con una célula normal dará origen a células anormales por el número de sus cromosomas (45 a 47, en lugar de 46) y por la proporción de cromosomas de los dos sexos: poseerán un sólo cromosoma sexual, o bien tres, de los cuales dos o tres serán cromosomas X. Así, ciertos individuos tendrán un aspecto masculino con un sexo nuclear femenino (*síndrome de Klinefelter*) y otros un aspecto femenino con un sexo nuclear masculino (*síndrome de Turner*).¹¹

b) Sexo gonadal. Se establece cuando la gónada se diferencia hacia testículo en los varones y hacia ovario en la mujer, esto es, la fase de la evolución de la sexualidad que aparece hacia el día 45 de la vida embrionaria, en el momento de la diferenciación de la gónada primitiva en testículo o en ovario. Normalmente, esta transformación se realiza conforme al sexo genético.

c) Sexo genital. Es la forma de los genitales externos e internos. Se entiende por sexo genital externo el sexo urogenital, se diferencian hacia el día 60 y el quinto mes de la vida intrauterina; así, el surco urogenital indiferenciado se transforma en órganos genitales externos masculinos o femeninos

¹¹ Véase enfermedad por aberración cromosómica, monosomía, trisomía, haplo X, diplo X, triplo X, mosaico.

que, ha menester indicar, serán los considerados para la asignación del sexo o identidad jurídica oficial civil en el acta de nacimiento.

El sexo genital interno o sexo gonadofórico aparece entre los días 50 y 60 de la vida intrauterina y en su diferenciación darán forma, en su caso, a los conductos deferentes y vesículas seminales o al útero y parte superior de la vagina.

En clave de la diferenciación sexual, adquiere en las etapas de la infancia, pubertad y edad adulta las siguientes categorizaciones que tienen su respetiva expresión:

d) Sexo fenotípico. Son las características aparentes que se dan a nivel de los genitales externos. Es en este nivel que se hace la atribución social del sexo de una persona: según las características que muestre al nacer.

e) Sexo sicosocial. La diferenciación sicossexual dimórfica en los humanos comporta varios tipos de identidad: 1) la de género que significa el género masculino o femenino en el cual cada individuo se identifica; 2) los papeles de género que indican los distintos tipos de comportamiento según el sexo y de acuerdo con cada cultura; 3) la orientación de género que indica el tipo de relación sexual escogida (heterosexual, homosexual o bisexual), y 4) las diferencias cognitivas entre los sexos masculino y femenino.

La identidad de género sexual es exclusiva del género humano y no parece estar condicionada por los cromosomas sexuales ni por los esteroides sexuales. La identidad de género se diferencia durante los primeros años posnatales en función del aprendizaje y de la educación que se recibe. Para él se establece un primer periodo crítico entre los 18 y los 30 meses de vida. La identidad queda casi irreversiblemente establecida, siempre y cuando la educación recibida no sea ambigua al respecto. Esta identidad puede cuestionarse y cambiar durante la pubertad si hay discordancias entre el género y el tipo de pubertad que se desarrolla.

El papel correspondiente al género y la orientación sexual puede ser modificado probablemente por los andrógenos fetales y posnatales. Así se describen diferencias de comportamiento (preferencia por juegos masculinos, menor interés por los juegos con muñecas y menor instinto maternal) y mayor incidencia de preferencias homosexuales o bisexuales en las niñas con hiperplasia suprarrenal congénita.

A pesar de que parece que los andrógenos tienen un papel sobre la diferenciación de ciertas actitudes y comportamientos y de que existen diferencias anatómicas y funcionales en el SNC de los dos sexos, la mayor parte de la identidad sexual se adquiere mediante la educación (sexo de educación) y queda reforzado por el correcto desarrollo puberal. Sin embargo, diversos trabajos parecen haber demostrado que existirían diferencias anatómicas en

el SNC entre los hombres con orientación heterosexual y homosexual, así como en transexuales. Existe actualmente un amplio debate sobre la relevancia que puedan tener diferencias anatómicas y funcionales reguladas por hormonas fetales y posnatales sobre la orientación de género sexual.

f) Sexo social. Que responde a los patrones socioculturales y coincide con el género.

Vale indicar para los efectos de la protección de derechos de los menores con trastorno de diferenciación sexual lo que se considera el sexo legal,¹² que es asignado al recién nacido, de acuerdo con la apariencia de genitales externos que, conforme a las líneas antes escritas, depende del sexo genital.

B. Manifestaciones clínicas generales de la ambigüedad genital al momento del nacimiento

Los genitales ambiguos ocurren cuando hay insuficiente masculinización de un hombre o por virilización de una mujer.

Entre los rasgos característicos de los genitales ambiguos que se observan en niñas genéticamente femenino (2 cromosomas X) están:

- Clítoris agrandado con apariencia de un pene pequeño.
- La abertura uretral (por donde sale la orina) puede estar localizada a lo largo, por encima o por debajo de la superficie del clítoris.
- Los labios pueden encontrarse fusionados a manera de escroto
- Se puede pensar que la niña es del sexo masculino con testículos no descendidos.

En un niño genéticamente masculino (un cromosoma X y uno Y) con genitales ambiguos se pueden observar los siguientes rasgos:

- Pene pequeño que mide menos de dos a tres centímetros que se asemeja al clítoris agrandado (es normal que el clítoris de una niña recién nacida sea un tanto agrandado al momento del nacimiento).
- La abertura uretral se puede encontrar localizada a lo largo, por encima o por debajo del pene o incluso por debajo del peritoneo, razón por la cual el recién nacido parece del sexo femenino.

¹² Lozano Villegas, Germán, “Libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: transexualismo”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/24.pdf>.

- Es posible que se presente un pequeño escroto con algún grado de separación, semejando a los labios.
- Los genitales ambiguos están comúnmente acompañados de testículos no descendidos.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS TRASTORNOS DE LA DIFERENCIACIÓN SEXUAL

Cuatro grandes categorías de desórdenes de diferenciación sexual son responsables del desarrollo de genitales ambiguos.

1. *Intersexualidad 46, XX (seudohermafroditismo femenino): virilización de una mujer genética (46XX) con determinación y desarrollo normal ovárico*

El niño tiene los cromosomas de una mujer, ovarios, pero los genitales externos son de apariencia masculina. Esto generalmente es el resultado de un feto femenino que ha estado expuesto a hormonas masculinas en exceso antes del nacimiento. Los labios mayores (labios o pliegues de la piel de los genitales externos femeninos) se fusionan y el clítoris se agranda para quedar con apariencia de pene. Generalmente tienen útero y trompas de falopio normales. Existen algunas causas posibles:

- Hiperplasia suprarrenal congénita (la causa más común). Es un trastorno genético que se caracteriza por una deficiencia de las hormonas cortisol y aldosterona y una producción excesiva de hormonas llamadas andrógenos. Este trastorno se presenta en uno de cada 15,000 recién nacidos.
- Este mismo tipo de hormonas llamadas andrógenos fueron consumidas por la madre durante el embarazo.
- Tumores productores de andrógenos (hormonas masculinas) en la madre, entre los cuales los más comunes son los tumores ováricos. A las madres que tengan hijos con intersexualidad 46, XX, se les debe hacer un chequeo, a menos que haya otra causa clara
- Deficiencia de aromatasa, que puede no notarse hasta la pubertad. La aromatasa es una enzima que normalmente convierte las hormonas masculinas en hormonas femeninas.

A. Intersexualidad 46 XY

Un niño con cromosomas XY, puede nacer con genitales ambiguos o claramente femeninos, internamente los testículos pueden ser normales, estar pequeños o ausentes. Esta afección también se denomina 46 XY con subvirilización. Conocida como seudohermafroditismo masculino.

La formación de los genitales masculinos, externos y normales depende del equilibrio apropiado entre las hormonas masculinas y las femeninas; por lo tanto, se requiere de una producción y funcionamiento adecuado de las hormonas masculinas. La intersexualidad 46 XY, tiene muchas causas posibles:

- Problemas con los testículos. Los testículos normalmente producen hormonas masculinas, pero si no se forman apropiadamente, esto llevar a subvirilización.
- Problemas con la formación de testosterona. Ésta se forma a través de una serie de pasos; cada uno requiere una enzima diferente. Las deficiencias en cualquiera de estas enzimas pueden provocar testosterona inadecuada y producir un síndrome de intersexualidad 46 XY diferente. Tipos diversos de hiperplasia suprarrenal congénita pueden encajar en esta categoría.
- Problemas con el metabolismo de la testosterona. Algunas personas tienen testículos anormales, producen cantidades adecuadas de testosterona, pero todavía tienen intersexualidad 46 XY.
- Deficiencia de 5-alfa-reductasa. Las personas con esta deficiencia carecen de la enzima necesaria para convertir la testosterona a deshidrotestosterona (DHT). Existen al menos cinco tipos de deficiencia de 5-alfa-reductasa. Algunos de los bebés tienen genitales masculinos normales, en tanto que otros poseen genitales femeninos normales y muchos tienen algo de los dos. La mayoría cambia a genitales masculinos externos alrededor del tiempo de la pubertad.
- Síndrome de insensibilidad a los andrógenos. Es la causa más común de intersexualidad 46 XY. Aquí las hormonas son todas normales, pero los receptores para las hormonas masculinas no funcionan apropiadamente. También ha sido denominado feminización testicular. Este es un síndrome que se hereda por un defecto del gen receptor del andrógeno en el cromosoma X. La herencia se describe como recesiva ligada al cromosoma X. Las madres portadoras

del gen tienen 50% de posibilidades de tener hijos con éste síndrome, o hijas con 50% de ser portadoras de este gen

- Existen más de 150 defectos diferentes identificados hasta ahora. A este síndrome se le ha denominado como síndrome de feminización testicular.

B. Intersexualidad gonadal verdadera (hermafroditismo verdadero)

El hermafroditismo es una causa rara de intersexualidad y está caracterizada por la presencia de tejido ovárico y testicular en la misma persona. A este fenómeno se le llama ovotestes, el 90% de los casos presenta genitales ambiguos. Puede tener cromosomas XX, cromosomas XY o ambos. Los genitales externos pueden ser ambiguos o pueden tener apariencia masculina o femenina. Esta afección suele llamarse hermafroditismo verdadero. En la mayoría de las personas con intersexualidad gonadal verdadera, la causa subyacente se desconoce.

El cariotipo puede ser:

- 60% es del tipo 46XX. Algunos de estos casos se explican por presencia del gen SRY.
- 20% son quimeras: 46XY/46XX.
- 20% son 46XY con anormalidades en los genes que determinan la diferenciación del testículo.

Los genitales externos. Pueden ser femeninos, masculinos o ambiguos. Pueden presentar criptorquidia (los testículos no han descendido a la bolsa escrotal) e hipospadias.

Las gónadas. El ovotestes es la gónada que se encuentra con más frecuencia. La combinación más habitual es ovotestes de un lado y ovario del otro. Se puede encontrar ovotestes en labio escrotal, en el canal inguinal y en el abdomen.

Los genitales internos. Constan de derivados müllerianos (trompa de Falopio a uno o en ambos lados, dependiendo de las gónadas presentes, útero y vagina) así como de epidídimos y conducto deferente en el lado de la gónada masculina.

El útero suele ser hipoplásico (de tamaño más pequeño de lo normal). El 50% de las pacientes presentan menstruación y desarrollo mamario.

El diagnóstico. Sólo se confirma por el estudio de las células que conforman el tejido del ovotestes por medio del microscopio y demostrar la

funcionalidad del mismo mediante pruebas hormonales. La asignación del sexo debe basarse cuidadosamente en el grado de virilización, respuesta hormonal, contexto familiar y cultural.

2. *Intersexualidad compleja o indeterminada*

Muchas configuraciones de cromosomas distintos a las combinaciones simples 46 XX o 46 XY pueden ocasionar trastornos del desarrollo sexual y abarcan, entre otros, 45 XO (solamente un cromosoma X) y 47 XXY, 47 XXX : ambos casos tienen un cromosoma sexual adicional, sea un X o un Y.

El diagnóstico. En el caso de los genitales ambiguos, es crítica la realización de un examen físico minucioso del niño/niña. Cuando existe ambigüedad genital en el momento del nacimiento, el médico realizará una historia médica y un examen físico de los genitales externos del niño. La historia médica abarcar la salud de la madre durante el embarazo y los antecedentes familiares de muertes neonatales o anómalas genitales. Primero, el médico realiza un diagnóstico de la causa subyacente del trastorno.

Para limitar el diagnóstico se ayuda con los siguientes estudios y pruebas de laboratorio:

- Análisis de cromosomas: Es una prueba que se realiza para identificar anomalías cromosómicas como causa de malformaciones o de enfermedad. Por medio de esta prueba se puede contar la cantidad de cromosomas y detectar cambios cromosómicos estructurales. Los resultados pueden indicar cambios genéticos asociados con una enfermedad.
- Pruebas de electrolitos. Es una “batería” de exámenes químicos realizados en el suero (la porción de sangre sin células). Los electrolitos en el cuerpo incluyen sodio, potasio, cloro, entre otros.
- Pruebas moleculares específicas. Ofrecen la posibilidad de obtener un diagnóstico preciso de las alteraciones, lo que redunda positivamente en la aplicación de tratamientos más selectivos y con mejor rendimiento. Igualmente, si estas personas conocieran el diagnóstico y el carácter hereditario del padecimiento, el asesoramiento genético adecuado y oportuno podrá contribuir a reducir la ocurrencia o la recurrencia de esta patología en las familias.
- Examen endoscópico (para verificar el estado de los genitales internos y el aspecto de las gónadas). El bebé está bajo anestesia general y se le introduce en el abdomen un instrumento, largo y fino que le

permite ver al médico a través de una lente especial, las características de los órganos internos y además tomar una muestra de tejido de los mismos para ser estudiada.

- Ultrasonido o IRM para evaluar si los órganos sexuales internos están presentes (por ejemplo, el útero).

Para determinar el sexo, los médicos analizarán lo siguiente:

- Un genitouretrograma para observar la uretra y la vagina, si estuvieran presentes.¹³
- Análisis en sangre para identificar si existe hiperplasia adrenal congénita.
- El potencial de fertilidad (la capacidad de la persona para ser fértil) de una seudohermafrodita femenina.
- El tamaño y el potencial de crecimiento del pene, presente en el seudohermafrodita masculino.
- Producción de hormonas. La capacidad de un órgano reproductor interno para producir las hormonas sexuales apropiadas según el sexo “asignado” al niño.
- El riesgo de futuras enfermedades. Por ejemplo de cáncer, que en el futuro pueda desarrollarse en los órganos reproductores originales.
- Los efectos de las hormonas femeninas y masculinas en el cerebro del feto.
- Su opinión o preferencia.

Deseamos concluir este apartado, indicando que en cualesquiera de los casos de trastorno de la diferenciación sexual en niño/a, deber ser estudiado y analizado por un grupo interdisciplinario que conste de: médico pediatra, urólogo, ginecólogo, genetista, cirujano plástico y sicólogo.

Cada uno de ellos tendrá la responsabilidad y el compromiso de informar a los padres sobre el futuro sexual del niño/a afectado, a saber:

- a) los riesgos quirúrgicos y los emocionales;
- b) los hormonales;
- c) el consentimiento informado sustituto;
- d) el consentimiento informado, libre y autónomo, del menor de edad, en caso que desee expresar su voluntad, dependiendo de la edad, tanto en el sentido de la realización de la cirugía de reasignación sexo genérica, como en el sentido de permanecer con la afectación.

¹³ Es un estudio radiológico del sistema de conductos genitales internos.

V. EL *ITER DECISORIO* EN LA ASIGNACIÓN DE SEXO EN TDS

Los trastornos de la diferenciación sexual siempre han existido, con el advenimiento de la ciencias médico-genéticas se comprenden cada vez con mayor claridad, echando por tierra muchos mitos en torno a la sexualidad y los estereotipos dimórficos hombre/mujer, posibilitando la exigencia humana y jurídica de protección de los niños/as que se encuentran afectados por un erróneo diagnóstico y, en consecuencia, de asignación de sexo legal.

¿Qué ha sucedido de cara a las prácticas bien médicas, ya jurídicas?

En tiempos no remotos, la opinión que prevalecía era que generalmente era mejor asignar un sexo lo más rápido posible, a menudo sobre la base de los genitales externos, en vez del sexo de los cromosomas, e instruir, erróneamente, a los padres para no pensar en la ambigüedad genital de sus hijos y, consecuentemente, en cuanto al sexo del niño/a.

La práctica médica se ceñía la más de las veces a la práctica de una cirugía rápida en la cual se extirpaba el tejido testicular u ovárico del otro sexo. En general, se consideraba más fácil reconstruir los genitales femeninos que los genitales masculinos funcionales, de tal manera que si la elección correcta no era clara, al niño a menudo se le asignaba el sexo femenino. Todo ello con eventual conocimiento y autorización de los progenitores, la más de las veces en ausencia total de conocimiento y autorización.

En los últimos tiempos, la opinión de muchos expertos ha cambiado. Un mayor respeto por las complejidades del funcionamiento sexual femenino los ha llevado a concluir que los genitales femeninos insuficientes pueden no ser intrínsecamente mejores que los genitales masculinos insuficientes, incluso si la reconstrucción es más fácil. Además, otros factores pueden tener mayor importancia en la satisfacción del sexo que los genitales externos funcionales.

Los factores cromosómicos, neurales, hormonales, sicológicos y conductuales pueden todos influir en la identidad sexual.

Ahora muchos expertos instan a demorar la cirugía definitiva por el mayor tiempo que sea sano hacerlo, y lo ideal es que se involucre al niño en la decisión sobre su sexo.

Claramente, la intersexualidad es un asunto complejo y su tratamiento tiene consecuencias a corto y a largo plazo. La mejor respuesta depende de muchos factores, incluyendo la causa específica de dicha afección.

VI. LA PERSPECTIVA JURÍDICA Y LAS SOLUCIONES

Desde el ámbito jurídico, el TDS en niños, niñas y adolescentes, recientemente han obtenido una sana respuesta en sede jurisdiccional.

La Corte Constitucional Colombiana¹⁴ en un cúmulo de asuntos que ha conocido, ha generado un corpus jurisprudencial digno de atender y que han rendido de manera eficiente la tutela de los niños/as con TDS.

Los derechos que sucesivamente se han reconocido parten del incuestionable reconocimiento de los derechos de los niños/as conforme a los propios derechos nacionales (al caso Colombia) y la extensividad vía los derechos reconocidos en diversos instrumentos internacionales, específicamente en las Declaración¹⁵ y Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶, Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12).

Derechos todos ellos que se nuclean en torno a la dignidad de la persona humana y el interés superior del menor a la salud, la igualdad y no discriminación; a la identidad, la libertad en su manifestación de autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, el conocimiento y consentimiento informados, a la privacidad y, por mejor decir, a la intimidad.¹⁷

¹⁴ Velásquez Acevedo, Catalina *et al.*, “Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia”, Proyecto de investigación inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia, 2007.

¹⁵ El párrafo tercero de preámbulo expresa: “Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

¹⁶ Artículo 12. 1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, 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, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13. 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

¹⁷ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

Por parte de los padres operan los derechos de patria potestad o, en su caso, la tutela de quienes la ejerzan, el consentimiento informado sustituto.

Los criterios jurisprudenciales se habrán de ver complementados con otro tipo de soluciones jurídicas que pueden resultar polémicas, como sucede con las recientes medidas tomadas por Australia que desde 2011 permitía ser el primer país en aprobar una legislación sobre el tercer género, si bien ya desde 2011 las leyes australianas permitían a sus ciudadanos marcar con una “X” la casilla de género en el pasaporte, algo que también puede hacerse en Nueva Zelanda desde 2012, o el recientísimo caso del Estado alemán, que a partir del 10. de noviembre ofrecerá a los padres tres opciones para llenar el certificado de nacimiento de sus neonatos: “masculino”, “femenino” y “en blanco”, convirtiéndose en el primer Estado con una legislación que reconoce la tercera opción de género, solución que incuestionablemente protege a los niños/as con TDS.

La nueva legislación brinda la posibilidad de que más adelante, en edad adulta, esas personas con sexo indeterminado puedan escoger si quieren estar bajo la categoría masculina o femenina.

Pero también se ofrece la opción de quedarse bajo la categoría del tercer género o indeterminado y no tener que escoger en ningún momento de su vida entre ninguna de las dos opciones.¹⁸

VII. EL NECESARIO CAMBIO DE MIRADA HACIA LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE INTERSEXUALIDAD

Amén de lo asentado líneas arriba, expresamos nuestra posición.

PRIMERO. En principio ha menester de una respuesta en términos de derechos humanos por parte del personal de la salud que atiende casos de niños, niñas con trastornos de la diferenciación sexual, particularmente por lo que hace al leguaje claro, adecuado e inteligible con el que es necesario explicar a los progenitores la condición biológica de su hijo/a si se trata de diagnóstico temprano o, en su caso, de si se trata de un adolescente, en igual sentido la participación de sicólogos, trabajadores, abogados, jueces (*lato sensu*) que habrán de realizar el acompañamiento.

Es necesario que los profesionales que intervienen cuenten con conocimientos suficientes y asuman a cabalidad los principios de la bioética,¹⁹ a

¹⁸ Consulta electrónica: <http://noticias.prodigy.msn.com/internacional/alemania-introduce-un-tercer-g%oc3%adnero-para-reci%oc3%aa9n-nacidos>.

¹⁹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson, 1999 (que traduce la cuarta edición estadounidense de 1994).

saber: autonomía, beneficencia, no maleficencia (*primum non nocere*) y justicia, que nos permitimos explicar a continuación.

Principio de autonomía o de respeto a las personas: que inopinadamente se contrapone al paternalismo médico.

Se traduce en la capacidad de autodeterminación y autorregulación, ausente de influencias o presiones externas o internas, excepto cuando las personas puedan no ser autónomas o presenten una autonomía disminuida (personas en estado vegetativo o con daño cerebral, *inter alia*), en cuyo caso será necesario justificar por qué no existe autonomía o por qué ésta se encuentra disminuida. En el ámbito médico, el *consentimiento informado* es la máxima expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, pues las preferencias y los valores del enfermo son primordiales desde el punto de vista ético y suponen que el objetivo del médico es respetar esta autonomía porque se trata de la salud del paciente. La autonomía presenta tres características: intencionalidad, conocimiento y ausencia de restricción.

Por lo que hace al consentimiento informado es señalar que se configura con los siguientes elementos:

1. Condiciones previas
 - Competencia (*competence*)
 - Voluntad (*voluntariness*)
2. Elementos informativos
 - Revelación (*disclosure*)
 - Recomendación (*recommendation*)
 - Comprensión (*understanding*)
3. Elementos de consentimiento
 - Decisión (*decision*)
 - Autorización (*authorization*)

Principio de beneficencia. Consiste en la obligación de 1) no causar ningún daño y, 2) maximizar los beneficios posibles y disminuir los posibles daños. A este principio corresponde el requerimiento de valorar los riesgos y beneficios que, en tratándose de trastornos de la diferenciación sexual, se traduce en la pertinencia de la reasignación quirúrgica sexo genérica.

Se entiende en la persona de los profesionales de la medicina, la obligación de actuar en beneficio de otros, promoviendo sus legítimos intereses y suprimiendo prejuicios. En medicina, promueve el mejor interés del paciente pero sin tener en cuenta la opinión de éste. Supone que el médico posee una formación y conocimientos de los que el paciente carece, por lo que

aquel sabe (y por tanto, decide) lo más conveniente para éste. Es decir “todo para el paciente pero sin contar con él”.

Un primer obstáculo al analizar este principio es que desestima la opinión del paciente, primer involucrado y afectado por la situación, prescindiendo de su opinión debido a su falta de conocimientos médicos. Sin embargo, las preferencias individuales de médicos y de pacientes pueden discrepar respecto a qué es perjuicio y qué es beneficio. Por ello, es difícil defender la primacía de este principio, pues si se toman decisiones médicas desde éste, se dejan de lado otros principios válidos como la autonomía o la justicia.

Principio de no maleficencia (primum non nocere, sobre todo, o antes de nada, no hacer daño). Principio correlativo al de beneficencia se traduce en el imperativo ético válido para todos, no sólo en el ámbito biomédico sino además en todos los sectores de la vida humana, por primera vez se menciona en 1978 en el Informe Belmont.

En el ámbito médico el principio debe encontrar una interpretación adecuada, pues a veces las actuaciones médicas dañan para obtener un bien. El análisis de este principio va de la mano con el de beneficencia, para que prevalezca el beneficio sobre el perjuicio.

La incidencia en la actuación médica ha de entenderse, entre otras: el tener una formación teórica y práctica rigurosa y actualizada permanentemente para dedicarse al ejercicio profesional, investigar sobre tratamientos, procedimientos o terapias nuevas, para mejorar los ya existentes con objeto de que sean menos dolorosos y lesivos para los pacientes; avanzar en el tratamiento del dolor; evitar la medicina defensiva y, con ello, la multiplicación de procedimientos y/o tratamientos innecesarios.

Principio de justicia. Tratar a cada uno como corresponda, con la finalidad de disminuir las situaciones de desigualdad; este principio tiene una doble dimensión, a saber: formal (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y material (determinar las características relevantes para la distribución de los recursos sanitarios: necesidades personales, mérito, capacidad económica, esfuerzo personal, etcétera).

SEGUNDO. En el ámbito registral, en aras de respetar el derecho a la identidad y a la diversidad, sugiero se elimine de las actas de nacimiento la expresión “sexo”, con lo cual se evita la estigmatización de las personas en condición de intersexualidad o, en su caso, de las personas trans; y,

TERCERO. La procedencia de la reasignación social, entendiéndose por ésta la presentación del menor atendiendo a su identidad de género con independencia de su sexo. En los estados intersexuales es básico para evitar

eventuales conflictos jurídicos y, sobre todo, el daño irreversible de quienes se encuentran en tal condición.

VIII. LOS DILEMAS

La obligatoriedad de la cirugía de reasignación quirúrgica, así como la de registrar en las actas de nacimiento el sexo del bebé —lo cual no es forzoso en Australia y en Alemania— son actos que plantean serios dilemas bioéticos.

El diagnóstico preciso y el tratamiento de la intersexualidad deben ser interdisciplinarios y transdisciplinarios,²⁰ la participación de aquellos que no formamos parte del área médica como somos los profesionales del derecho es más que imperativa y, a la inversa, para los profesionales de la salud.

¿Debe posponerse la cirugía hasta que el paciente sea mayor de edad? ¿Cómo evitar actitudes discriminatorias? Desde mi posición ética, la edad más encomiable es la de la pubertad, que se respete la autonomía progresiva de la voluntad del niño o niña que llega a la adolescencia.

La integración de comités inter y transdisciplinarios en los hospitales evitaría el autoritarismo médico o de los progenitores de signar el destino del desarrollo integral del sujeto en particular, aquéllos estarían previstos en Ley General de Salud en sus artículos 98 y 41 bis. Sin embargo, esto no se ha cumplido, pues según un estudio publicado en la *Revista Panamericana de Salud Pública*, de 616 hospitales encuestados en México, sólo 119 tenían dichos comités.

Sumados a la existencia de los comités, es necesario que surtan el conocimiento y el consentimiento informados en los padres, para que estén en condiciones de actuar racional y consecuentemente con el estado biológico de su menor hijo en lo que hace a la cirugía de reasignación sexo-genérica y la provisión de hormonas de remplazo, decisión que no compartimos.

Ante la eventual satanización de permitir que los niños y niñas mantengan su condición intersexual, debe permear el acompañamiento de un grupo de profesionales (sicólogo, trabajador social) que permitan una reasignación social, no legal ni quirúrgica.

Hoy en día, el esquema de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes ha de ser respetado hasta sus últimas consecuencias, grandes sentencias de tribunales extranjeros son por demás aleccionadoras de solu-

²⁰ Hernández, María del Pilar, “Un estudio de transdisciplinariedad: los trastornos de la diferenciación sexual”, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. v, vol. 2, pp. 1-18.

ciones más integrales y mejor informadas que abren camino a la estigmatización de los infantes.

IX. COROLARIO

El avance de la ciencia exige, cada vez más, un puntual conocimiento por parte de los juristas sobre situaciones sustantivas que han quedado ayunas de tutela y que involucran, de no ser reconocidas, afectaciones trascendentales a la dignidad de la persona humana que se encuentra en el supuesto, al caso los niños/as con trastorno de diferenciación sexual.

Si bien los casos se cuentan en 1/2000, es una cifra que evidencia la incomprensión de los casos que han sido estigmatizados y han quedado en el ámbito de la intimidad.

Tales eventos han arrojado a considerable número de personas a la disforia de género que, indefectiblemente, ha devenido en transexualidad, rinriendo en ineficiente una adecuada y oportuna tutela de los derechos de los menores.

BIOÉTICA, BIODERECHO Y REASIGNACIÓN DE SEXO

Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ

SUMARIO: I. *La bioética y sus temas.* II. *Bioderecho y téleos iatros: medicina y ser humano.* III. *Consentimiento informado y transgénero: la reasignación de sexo.* IV. *A manera de conclusión.*

I. LA BIOÉTICA Y SUS TEMAS

El propósito de este trabajo es destacar el problema que surge al aplicar normas bioéticas a temas médicos, como la reasignación de sexo, y cómo estos problemas podrían resolverse con la aplicación de normas del denominado “bioderecho”.

Para orientar la argumentación debemos mencionar que las relaciones entre ética y medicina son antiguas, el juramento hipocrático y los desarrollos de Aristóteles en la *Ética nicomaquea* muestran esos puntos de contacto.¹

No obstante, quien inicia la tradición de estudios sobre los problemas relacionados con la vida, la salud y la ética humana, es el sacerdote Giuseppe Antonelli; en 1891 escribió *Medicina pastoralis in usum confessariorum et curiarum ecclesiasticarum*. Además, en 1896 aparece la *Medicina pastoralis*, de C. Capellmann, quien en la introducción de su obra sostiene:

En mi opinión, la medicina pastoral es la suma de aquellas investigaciones anatómico-fisiológico y patológico-terapéuticas, de las cuales el conocimiento es necesario en el desempeño de los párrocos y los penitenciarios.

¹ En el juramento hipocrático ya se destaca los principios de beneficencia y no maleficencia, en los términos siguientes: “usaré las reglas dietéticas en provecho de los enfermos y apartaré de ellos todo daño e injusticia. Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo; tampoco administraré abortivo a mujer alguna. Por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura”. En la *Ética nicomaquea* se destaca que el fin de la medicina es la salud, y que la medicina considera cómo se alcanzará la salud. Así, “la medicina da preceptos por amor a la salud”.

Creo que la idea del manual de medicina pastoral también se puede hacer extensiva a los médicos, de tal manera que puedan relacionarse con el conocimiento que necesita el médico de los principios de la teología moral y dogmática, con el fin de que su forma de actuar en todas partes sea la de un hombre seguro y honorable.²

A pesar de estos desarrollos, el primero en usar la palabra bioética fue Fritz Jahr, en 1926 en su obra *Wissenschaft vom Leben und Sittellehre*, quien afirmaba que la moderna ciencia de la vida, que es la biología, está en relación no sólo con la botánica y la zoología, sino también lo está con la antropología y esa relación encuentra su aplicación práctica en la medicina. Los experimentos con animales, análisis de sangre, la investigación con suero y muchas otras cosas deben ser mencionados; actualmente, el trasplante de gónadas de los monos a los seres humanos por Eugen Steinach³ podría excitar nuestro principal interés. Alude a los experimentos de la sicología moderna para destacar la existencia de una “bio-síquica”, de la cual sólo hay un paso a la bioética, es decir, a la adopción de las obligaciones éticas no sólo con los seres humanos, sino con todos los seres vivos. Así, diseña lo que denomina el imperativo “bioético”: “respeta por principio a todo ser vivo como un fin en sí mismo y, de ser posible, trátalo como tal”.⁴ Como se

² Véase Capellmann, C., *Medicina pastoralis*, 11a. ed., Latinarum Quarta, Aquisgrani, Sumptibus Rudolph Barth, 1896, p. 1. En donde se lee: “Mea quidem sententia medicina pastoralis est summa illarum inquisitionum anatomico-physiologicarum et pathologico-therapeuticarum, quarum cognitio et parochis et confessariis in munere necesaria est.

Quam huius disciplinae notionem ita tamen amplificandam esse puto, ut manuale medicinae pastoralis etiam eas cognitiones respiciat, quibus medicus indiget, ut medico ea theologiae dogmaticae et moralis principia tradat, quae cognoscat oportet, ut eius modus agendi ubique sit tutus atque honestus” (la traducción es nuestra).

³ Nació el 28 de enero de 1861 y falleció el 14 de mayo de 1944. Fue un naturalista alemán, pionero en el campo de la endocrinología.

⁴ Véase Jahr, Fritz, *Wissenschaft vom Leben und Sittellehre, Alte Erkenntnisse in neuem Gewande*, 1926, disponible en <http://www.fritz-jahr.de/downloads/fj-wissenschaft.pdf> (consultada el 21 de junio de 2016). En el texto se destaca “Die moderne Wissenschaft vom Leben, das ist die Biologie, beschäftigt sich nicht ausschließlich mit Botanik und Zoologie. Sie steht auch im Zusammenhang mit der Anthropologie. Dieser Zusammenhang findet seine praktische Verwertung in der Medizin. Tierexperimente, Blutversuche, Serumforschung sind hier zu nennen und noch manches andere, wovon vielleicht die Überpflanzung der Keimdrüsen von Affen auf den Menschen nach Steinach als ganz besonders aktuell unser Hauptinteresse erregt... Von der Biopsychik ist nur ein Schritt bis zur BioEthik, d.h. zur Annahme ethischer Verpflichtungen nicht nur gegen den Menschen, sondern gegen alle Lebewesen”. En cuanto al imperativo bioético, en el texto se plasma “der bio-ethische Imperativ: Achte jedes Lebewesen grundsätzlich als einen Selbstzweck und behandle es nach Möglichkeit als solchen!” (la traducción es nuestra).

advierte, desde la segunda década del siglo XX ya existía una preocupación por las relaciones posibles entre las ciencias de la vida y la ética.

Otras referencias a la deontología médica y a la medicina legal las encontramos en la teología moral, o la ética médica; así, se menciona que en 1967 surge en Nueva York, el Hastings Center o Institute of Society, Ethics and the Life Sciences, para estudiar los problemas éticos de las biotecnologías con enfoque interdisciplinario; también se menciona el Juicio de Núremberg de 1947, donde se condena al nacionalsocialismo por sus experimentos en seres humanos; el libro *Moral and Medicine* de J. Fletcher, de 1954, los discursos de Pío XII a los médicos,⁵ o los trabajos de Claudio Barnard que en 1967 culminaron con un trasplante de corazón.

Sin embargo, la bioética —con el enfoque actual— nace en la década de los setenta del siglo XX a partir de los estudios de van Rensselaer Potter y André Hellers, el primero oncólogo y el segundo fisiólogo de la embriología, Rensselaer forjó el concepto bioética y Hellers lo introdujo en el campo académico.⁶

Al disertar cómo se construyó la palabra bioética van Rensselaer Potter afirma:

He considerado a la bioética como el nombre de una nueva disciplina en la que se combinan la ciencia y la filosofía. Para ser más específicos, que constituiría un enfoque cibernetico a la búsqueda permanente de sabiduría por la humanidad; la cual he definido como el conocimiento de cómo utilizar el conocimiento para la supervivencia humana y para mejorar la condición humana... He escogido *bio* para indicar el conocimiento biológico, la ciencia

⁵ En el Discurso al Collegium Neuro – Psycho – pharmacologicum, del 9 de septiembre de 1958, destaca: “El médico consciente experimenta, instintivamente, la necesidad de apoyarse en una deontología médica y de no contentarse con reglas empíricas”. En el Radiomensaje al VII Congreso Internacional de Médicos Católicos, del 11 de septiembre de 1956, afirmó: “el derecho médico está subordinado a la moral médica, expresión del orden moral querido por Dios”. En el Discurso a la Asociación Médica Mundial del 30 de septiembre de 1954, se alude a la necesidad de elaborar un Código Internacional de Ética Médica, admitido ya por 42 naciones; la aceptación de una nueva redacción del Juramento de Hipócrates (juramento de Ginebra), y afirma “La moral médica debe ser conforme a la razón, a la finalidad, y orientarse según los valores. La moral médica no vive en las cosas, sino en los hombres, en las personas, entre los médicos, en su juicio, su personalidad, su concepción y su realización de los valores”.

⁶ Cfr. Ciccone, Lino, “Bioética: historia, principios”, *Cuestiones*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Palabra, 2006, pp. 12 y 13.

sobre los sistemas vivos, y he elegido ética para indicar el conocimiento sobre los sistemas de valores humanos.⁷

En las definiciones de su discurso, van Rensselaer Potter sostiene que la cibernetica es la ciencia de la información, comunicación y control de retroalimentación en los sistemas organizados orientados al logro de metas o fines, así, la bioética es el enfoque cibernetico en la búsqueda de la sabiduría.⁸ En este contexto, van Rensselaer Potter publica en 1971 su libro: *Bioethics. Bridge to the Future*.

Parece absurdo que, si el giro ético en filosofía se gestó en el siglo IV antes de Cristo, la ciencia no se haya preocupado por una actuación relacionada con ciertas normas éticas. Héctor Gross Espiell nos recuerda que es hasta 1992 cuando la palabra bioética ingresa al *Diccionario de la Real Academia Española*, definida como: “disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como las relaciones del hombre con los restantes seres vivos”. Además, sostiene que hoy sería un gran error situar a la bioética en un concepto científico limitado, olvidando los aspectos filosóficos, políticos y sociales en ella.⁹

Juan Carlos Tealdi, en un apretado recuento, sostiene que la concepción de la bioética caracterizada por la justificación moral por los principios éticos, difundida internacionalmente desde el Kennedy Institute de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos, la enunciaron en 1979 Tom Beauchamp y James Childress en su libro *Principios de ética biomédica*. Su antecedente es el Informe Belmont del año anterior producido por la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica y de la Conducta, creada por el Congreso de los Estados Unidos

⁷ Potter, V. R., “Humility with Responsibility-A Bioethics for Oncologist: President Address”, *Cancer Research*, 35, 1975, pp. 2297-2299, versión electrónica en: <http://cancerres.acrjournals.org/content/35/9/2297.full.pdf>. En el discurso se destaca: “I have regarded bioethics as the name of a new discipline that would combine science and philosophy. To be more specific, it would constitute a cybernetic approach to humankind’s ongoing search for wisdom, which I defined as the knowledge of how to use knowledge for human survival and for improvement of the human condition... I chose bio- to represent biological knowledge, the science of living systems; and I chose -ethics to represent knowledge of human value systems”. Cursivas originales

⁸ *Ibidem*, p. 2297. En “Definitions”, se anota: “1. CYBERNETICS is the science of information, communication, and feedback control in goal-oriented organized systems. 4. ETHICS is a cybernetic approach to the search for wisdom”. No debemos olvidar que la “cibernetica” se ocupa del estudio de los sistemas reguladores con visión inter y multidisciplinaria.

⁹ Gross Espiell, Héctor, “Derecho internacional, bioética, genética y bioderecho”, en Bernales Alvarado, Manuel *et al.*, *Bioética. Compromiso de todos*, Uruguay, DIRAC Facultad de Ciencias-Ediciones Trilce, 2003, p. 19.

en 1974, para identificar los principios éticos básicos que podrían subyacer en la conducta de las investigaciones y servir para desarrollar pautas y regulaciones administrativas. Además, sostiene que el Informe Belmont postulaba tres principios éticos: respeto por las personas, beneficencia y justicia. Los dos primeros propuestos por Tristram Engelhardt y el último por Tom Beauchamp, responsable de la redacción del informe final.¹⁰

Así, la bioética es la parte de la ética que se dedica a estudiar las acciones técnicas del hombre en el contexto de la biomedicina, o sea, en el ejercicio de las profesiones sanitarias y de la biología. Es la ética aplicada a los problemas biomédicos; se dedica a estudiar cierto tipo de acciones únicamente, éstas son las que realiza el profesional sanitario cuando actúa como profesional sanitario.¹¹ Por lo anterior, la bioética se considera un capítulo de la ética aplicada a los dilemas morales derivados de las nuevas técnicas médicas, que dan al hombre un poder mayor sobre la vida.¹²

Por lo anterior, la bioética impacta en ámbitos sensibles para la vida de los seres humanos, entre éstos: i) la reproducción, ii) el genético; iii) la declinación de la vida, dolor y muerte (eutanasia, encarnizamiento terapéutico, vida vegetativa persistente), iv) invasiones terapéuticas en el cuerpo humano, como trasplantes; v) invasión del ámbito sicosomático, como la neurocirugía o el control de la conducta; vi) manipulación genética de seres vivos no humanos; vii) pruebas o experimentos con seres humanos; y viii) transferencia de genes entre especies o hibridaciones.

Según Víctor Méndez Baiges, quien sigue a Gilbert Hottois, los sistemas de biomedicina que implican una necesidad de repensar el sistema de valores de nuestra sociedad, son:

¹⁰ Véase Tealdi Juan, Carlos “Los principios de Georgetown. Análisis crítico”, en Garrera, V. et al. (coords.), *Estatuto epistemológico de la bioética*, México, UNESCO-UNAM, 2005, pp. 35-54, versión electrónica en: <http://www.bioeticas.org/bio.php?articulo376>. El autor destaca cómo esa primera comisión nacional de bioética fue propuesta en 1973 ante la fuerte tensión política de los defensores de los derechos civiles que protestaban por el conocimiento público en 1972 del estudio de sífilis no tratada en población negra de Tuskegee, por un lado, y los grupos conservadores que se oponían a la investigación con células embrionarias procedentes de abortos, por otro.

¹¹ Pardo, Antonio, *Cuestiones básicas de bioética*, Navarra, Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de Navarra-Ediciones RIALP, 2010, pp. 19 y 20.

¹² Cfr. Aramini, Michel, *Introducción a la bioética*, trad. de Marco Tulio Mejía, Bogotá, San Pablo, 2007, p. 8; Méndez Baiges, Víctor, “Bioética y derecho: nociones básicas”, en Méndez Baiges, Víctor y Silveira Gorski, Héctor Claudio, *Bioética y derecho*, Barcelona, UOC, 2007, pp. 18-20, donde destaca “...la bioética, y con carácter muy general, puede ser definida como *el estudio de las cuestiones éticas que surgen de la práctica de las ciencias biomédicas*” (cursivas nuestras).

- *La salud de la sociedad y la relación entre el médico y el paciente*: el consentimiento informado y los derechos de los pacientes, el derecho a la salud, el rechazo al tratamiento, el secreto médico y el deber de veracidad del personal sanitario, entre otros.
- *La experimentación con humanos*: ensayos clínicos, autoexperimentación, experimentación con enfermos y con sanos, con niños y con incapaces.
- *Las intervenciones sobre la reproducción humana*: anticoncepción, aborto, reproducción asistida, inseminación artificial, fecundación *in vitro*, donación y congelación de gametos y embriones, gestación de embriones humanos por especies no humanas, clonación, selección de sexo, terapia génica de embriones, decisiones eugenésicas.
- *Las intervenciones sobre el patrimonio genético*: manipulación genética de organismos humanos y no humanos, secuenciación de genoma humano, identificación genética, terapia génica.
- *La cuestión del envejecimiento y la muerte*: encarnizamiento terapéutico, eutanasia, cuidados paliativos, testamentos vitales, ayuda al suicidio.
- *Las intervenciones sobre el cuerpo humano*: donación y banco de órganos y tejidos, comercialización del cuerpo y de sus productos, trasplante de órganos.
- *La manipulación de la personalidad e intervenciones sobre el cerebro humanos*: neurocirugía, sicótropos, drogas, neuroquímica.
- *La intervención en los seres y en el medio no humano*: experimentación con animales, conservación de las especies, incidencias en la técnica sobre la biosfera, armas biológicas.¹³

En este contexto, los temas bioéticos se asocian: 1) a la actividad médica y sus relaciones con las nuevas tecnologías; 2) a la aplicación adecuada en los procesos médicos en seres humanos a través de la herramienta del consentimiento informado u otras similares; y, 3) la cuestión genética y sus problemas.

Además, podemos identificar tres corrientes bioéticas en la actualidad: a) bioética principalista o principalista, que predomina en el mundo anglosajón. Se funda especialmente en la obra de la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research de Estados Unidos, que elaboró el *Belmont Report*, subtitulado *Ethical Principles and Guidelines for Research Involving Human Subjects* (Principios éticos y guías

¹³ Méndez Baiges, Víctor, “Bioética y derecho...”, *cit.*, pp. 41 y 42.

para la investigación vinculada con sujetos humanos); b) bioética crítica o neomarxista, que integra postulados inspirados en la obra de Carlos Marx y Federico Nietzsche. Por ello, asumen tesis dialécticas y clasistas, planteando la bioética como un terreno en el que debe alejarse la rebelión de los sectores oprimidos contra sus opresores; y, c) bioética personalista, inspirada en las enseñanzas de Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás de Aquino. Se reconoce aquí la existencia de una “ley” moral natural que el hombre descubre en la realidad y que lo inclina a buscar los bienes humanos de manera razonable, conforme a principios que puede conocer y que le exigen conseguirlos de manera integral, equilibrada y sin atentar directamente contra ninguno de ellos.¹⁴

En este contexto, debemos alertar sobre un problema que impacta en la filosofía pero se traslada también a la bioética: el “bioético” pertenece a una tradición, una familia, un estilo de pensamiento, cuyos presupuestos debe tomar en consideración.¹⁵ Lo que implica que la bioética tiene una fuerte dimensión subjetiva.

Además, como ya destacamos, se construyen unas reglas para un ejercicio ético de la medicina, que se expresan en los siguientes principios: *principio de beneficencia*, o sea, que cualquiera de las acciones que rodean un acto médico deben tener como único fin el beneficio del enfermo; *principio de no maleficencia*, lo que implica que en toda acción médica debe cuidarse de no dañar al enfermo en ningún aspecto; *principio de equidad*, destaca que la medicina y la calidad de ésta deben estar por igual al servicio de todos sin distinción de raza, género, condición social o económica; y *principio de justicia y autonomía*, que significa evitar cualquier situación injusta para el paciente y efectuar las decisiones en cada caso de acuerdo con el paciente.¹⁶ Sin embargo, es fácil advertir que estas normas éticas corresponden a una corriente: la principalista, lo que pone en evidencia sus límites.

Los “principios” que se pueden considerar del código deontológico de la bioética, son las normas básicas de la ética médica, sobre las cuales existe un cierto consenso entre los profesionales de las Ciencias de la Salud, y

¹⁴ Morelli, Mariano, “El concepto del bioderecho y los derechos humanos”, *Vida y Ética*, año 11, núm. 1, junio de 2010, pp. 199-201.

¹⁵ Cf. Hottois, Gilbert, “¿Qué papel deben desempeñar los filósofos en los debates bioéticos? Presentación y discusión de *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*”, de Jürgen Habermas”, en González V., Juliana (coord.), *Filosofía y ciencias de la vida*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 2009, p. 175.

¹⁶ Rivero Serrano, Octavio, “La medicina actual intervenida”, disponible en: http://www.facmed.unam.mx/sms/seam2k1/2008/oct_02_ponencia.html (consultada el 30 de junio de 2016).

que constituyen un marco ético de su actuación, no obstante, resalta inmediatamente su excesiva generalidad y subjetividad, al quedar al arbitrio del profesional de la salud.

Lo anterior nos lleva a un tema interesante, ya mencionado líneas arriba, donde se puede considerar a la bioética como ética aplicada,¹⁷ considerando que la ética aplicada no busca ni cuestiona fundamentos, porque necesariamente los presupone. Es una especie de ratificación de la práctica de determinados fundamentos, una ejecución de su sentido.¹⁸ Además, toda ética aplicada lleva en sí el mandato de enfrentar situaciones reales y ayudar a dirimir los valores implícitos en ellas, desarrollando una labor de esclarecimiento y apoyo en la búsqueda de resolución de conflictos axiológicos.¹⁹ Como se advierte, el código bioético o sus principios devienen en esos “fundamentos” o “presupuestos” que los profesionales de las ciencias de la salud deben aplicar en su práctica, sin embargo, no se les permite cuestionarlos, sólo aplicarlos.

¿Existe una dimensión “jurídica” de la bioética? ¿Es factible establecer un punto de contacto entre el derecho y la bioética? La respuesta es afirmativa, Pío XII (Eugenio María Giuseppe Giovanni Pacelli), en una serie de mensajes a los médicos, en la década de los cincuenta, afirmó:

El derecho médico comprende el conjunto de normas que, en una comunidad política, conciernen a la persona y a la actividad del médico y cuya observancia puede ser impuesta por los medios coercitivos del derecho público. Estas normas pueden ser formuladas o promulgadas inmediatamente por la autoridad política o bien estar solamente autorizadas o sancionadas por ella.²⁰

También, el mismo Pío XII sostenía la necesidad de que las normas fundamentales y la significación profunda de la profesión del médico, los principios directivos de toda ética médica, la necesidad de un derecho mé-

¹⁷ Véase Pardo, Antonio, *Cuestiones básicas...*, p. 20. Donde argumenta que la bioética es más una ética aplicada que una ética teórica. Porque: “La ética aplicada se dedica más bien a estudiar las acciones humanas desde el punto de vista ético, pero de modo limitado a un tipo de acciones únicamente”.

¹⁸ Maliandi, Ricardo, *Ética: dilemas y convergencias. Cuestiones de la identidad, la globalización y la tecnología*, Buenos Aires, Biblos-Universidad Nacional de Lanús, 2006, p. 202.

¹⁹ Kottow, Miguel, “Bioética, una disciplina en riesgo”, disponible en: http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Kottow.pdf (consultada el 30 de junio de 2016).

²⁰ Pío XII, Radiomensaje al VII Congreso Internacional de Médicos Católicos, punto II “Posición del médico, el derecho y la moral”, numeral 6, 11 de septiembre de 1956, disponible en: <http://www.mercaba.org/PIO%20XII/MEDICOS/medico04.htm> (consultada el 29 de junio de 2016).

dico nacional e internacional, su constitución y su vigilancia, fueran obligatorios mediante acuerdos internacionales entre Estados soberanos.²¹

Lo anterior nos lleva al tema de los puntos de contacto entre ética, bioética y derecho.

II. BIODERECHO Y *TÉLEIOS LATROS*: MEDICINA Y SER HUMANO

El bioderecho, o *biolaw*, tiene dos posturas; la primera, con gran afinidad con la bioética, se ocupa del estudio de los aspectos jurídicos de las mismas temáticas abordadas por aquélla; la segunda, remite a veces más bien a cuestiones relacionadas con la legislación referente a cuestiones biológicas vegetales, animales o humanas y tiene en muchos casos una perspectiva más comercial, relacionada con la biotecnología y las patentes. Estas temáticas se abordan en el mundo anglosajón en lo que se denomina *health law* o *medical law*.²²

Así, se inaugura una nueva área del conocimiento jurídico denominada “bioderecho”, que considera a la bioética como un enfoque ético de todo lo relativo a la vida y el impacto de ésta en el derecho, destacando que como este último (el derecho) tutela bienes sociales valiosos, como la vida, entonces el “bioderecho” puede definirse como un conjunto de normas jurídicas, internas e internacionales, que toma los grandes temas bioéticos y los regula normativamente.²³

En este sentido, los juristas contamos con una herramienta que nos permite analizar los problemas de la aplicación de normas a la actividad de los profesionales de la salud, desde la dimensión coactiva.

Uno de los desarrollos jurídicos modernos máspreciados, que se puede entender como la vigencia del “bioderecho” en las sociedades actuales, son los derechos humanos. Esos derechos públicos subjetivos juegan un papel similar al que tenían en el iusnaturalismo antiguo las normas divinas, porque permiten evaluar una norma general o un acto particular en la medida que tiende a la realización de fines ético-sociales, o la justicia.

Lo anterior debe ser susceptible de conciliarse con una de las herramientas más valiosas de la ciencia: la predicción. Así, se afirma que el conocimiento científico es predictivo, porque trasciende la masa de los hechos de

²¹ Pío XII, Discurso a la Unión Médica Latinoamericana, 7 de abril de 1955, disponible en: <http://www.mercaba.org/PIO%20XII/MEDICOS/medico-02.htm> (consultada el 29 de junio de 2016).

²² Morelli, Mariano, “El concepto...”, *cit.*, p. 201.

²³ Cfr. Gross Espiell, Héctor, “Derecho internacional...”, *cit.*, p. 18.

experiencia, imaginando cómo puede haber sido el pasado y cómo podrá ser el futuro. Se afirma que la predicción es, en primer lugar, una manera eficaz de poner a prueba las hipótesis; pero también es la clave del control y aun de la modificación del curso de los acontecimientos, porque se funda sobre leyes.²⁴

A la pretensión de predictibilidad de la ciencia no es ajena la medicina, porque, como lo destaca Carlos Viesca, a lo largo de su historia, la medicina ha mantenido siempre entre sus metas más preciadas la posibilidad de discernir el futuro de los pacientes.²⁵ Lo anterior puede explicarse porque, según Octavio Rivero Serrano, durante siglos el acto médico se efectuó con la participación de dos sujetos: el enfermo que buscaba alivio a su padecimiento y el médico, preparado para atender al paciente de acuerdo con los conocimientos en que se basó la medicina de la época en que le tocó ejercer. Esta relación bipolar: enfermo y médico, es la constante en el análisis del acto médico a través de siglos y es la esencia misma del acto médico. Uno y otro dedicados a un único fin: la curación o el alivio del enfermo.²⁶

En este contexto, el ejercicio de la medicina parte de un supuesto: el profesional de la salud que consultamos para resolver algún problema médico es el mejor. Lo anterior se expresaba en la antigüedad con la palabra: *téleios iatros*, integrada por las voces griegas: *téleios* [τέλειος (completo, perfecto)], e *iatros* [ἰατρός (médico)], o sea el “médico perfecto”, en latín *optimus medicus*, palabra que, para Aristóteles, llevaba a hablar de un médico perfecto cuando nada le falta respecto de la especie de la habilidad que le es propia.²⁷ De ahí deriva la palabra: *Aristós iatros*, o sea, “médico mejor”, que era el profesional más competente que se podía encontrar.

Así, el paradigma de la medicina, y con él sus metas, se está volviendo a modificar: tiende a pasar de un modelo que lleva del diagnóstico al tratamiento, hacia otro que se orienta en términos de predicción-previsión. Por el momento, todo indica que el término previsión se mantiene en el nivel de prever, de ver anticipadamente, sin llegar aún al de prevención, que sería

²⁴ Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, p. 20, disponible en http://users.dcc.uchile.cl/~cgutierrez/cursos/INV/bunge_ciencia.pdf (consultada el 12 de junio de 2016); véase Cegarra Sánchez, José, *Metodología de la investigación científica y tecnología*, Madrid, Díaz de Santos, 2011, p. 12 (versión electrónica).

²⁵ Viesca, Carlos T., *La medicina predictiva y sus problemas éticos*, disponible en: http://www.sacmed.unam.mx/eventos/seam2k1/ultimos/04_ponencia.htm (consultada el 30 de junio de 2016).

²⁶ Rivero Serrano, Octavio, *La medicina actual intervenida*, disponible en: http://www.sacmed.unam.mx/sms/seam2k1/2008/oct_02_ponencia.html (consultada el 30 de junio de 2016).

²⁷ Aristóteles, *Metafísica*, libro V, cap. 16, int., tr. y nt., Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1994, p. 244.

el único en conferirle una dimensión verdaderamente médica. Un hecho importante, consecutivo a este viraje hacia el nuevo paradigma, en la transformación del médico tradicional por un “médico ingeniero”, que opera manipulando células a fin de modificar genes o proveyendo al organismo de las sustancias no sintetizadas por ellos.²⁸

Este enfoque de la práctica médica antigua, cede su espacio a la llamada *managed care* o “medicina administrada” o “atención gerenciada”, que es un sistema prepagado de seguro de salud, en el cual el costo del riesgo es transferido del ente que tradicionalmente lo ha asumido, el asegurador, al ente que provee el servicio. Incluye una gama de modelos de financiación y administración del aseguramiento. Aunque se podría considerar como de propósito socialista en su origen, es un engendro netamente capitalista, nacido en 1971 en el gobierno republicano ultraconservador de Richard Nixon, y contiene contradicciones en cuanto a los papeles que juegan el proveedor, el paciente y el pagador. Su problema principal reside en que tiene que manejar costo en vez de atención.²⁹

Este enfoque se impone desde la década de los noventa en América Latina, y se afirma que implica mayor conciencia económica y mejor coordinación entre el financiamiento y la prestación de los servicios de salud. El pago de una tarifa periódica fija le da al paciente/consumidor acceso a una gama definida de servicios de atención a la salud. Los ingresos fijos de las organizaciones administradoras de la atención médica son un incentivo para reducir los costos, sea mediante mayor eficiencia o por el mejoramiento del estado de salud de sus clientes.³⁰ Así, se destaca que Chile fue el primer país en tomar la ruta de la medicina gerenciada y que México y Argentina lo seguirían para el 5 y 40% de su población en los próximos cinco años.³¹

En opinión de Octavio Rivero Serano, la organización de una medicina concebida como una industria es un cambio que no es positivo. Los cambios en los sistemas de atención a la salud, en la estructura de la medicina en instituciones o en la llamada medicina privada, no sólo han encarecido a

²⁸ Viesca, Carlos T, *La medicina..., cit.*

²⁹ Patiño Restrepo, José Félix, *Paradigmas y dilemas de la medicina moderna en el contexto de la atención gerenciada de la salud. Un dilema ético y un imperativo social*, disponible en: http://www.sfacmed.unam.mx/sms/seam2k1/2002/ponencia_abr_2k2.html (consultada el 30 de junio de 2016).

³⁰ Whitaker, Daniel, “El futuro de la atención gerenciada en América Latina”, en Bezold, Clemente *et al.* (eds.), *Atención a la salud en América Latina y el Caribe en el siglo XXI. Perspectivas para lograr la salud para todos*, México, Institute for Alternative Futures-Fundación Mexicana para la Salud-SmithKline Pharmaceuticals, 1998, p. 157, disponible en: <http://bvs.insp.mx/articulos/2/10/05112000.pdf>

³¹ *Ibidem*, p. 158.

la misma, sino que han intervenido la esencia del acto médico y han ocasionado además una medicina intervenida, vulnerando los principios de una medicina ética.³²

Lo anterior se explica porque en la medicina actual, tanto en la pública como en la privada, interfieren entre el médico y el paciente empleados administrativos, ajustadores de seguros, trabajadoras sociales, y no obstante los grandes avances de la medicina actual, si el médico no puede conservar esa esencia del acto médico, que se basa en esa relación personal y con un único fin: el beneficio del paciente, la esencia del acto médico no es la misma de su concepción original.³³

La idea del “médico ingeniero” nos lleva al nivel de la política científica, definida como el conjunto de medidas tomadas por el gobierno a fin de fomentar el desarrollo de la investigación científica y técnica y de explotar sus resultados para objetivos políticos generales.³⁴ Así, como lo menciona Octavio Rivero Serrano, en la actualidad el ejercicio de la medicina se encuentra intervenido por fuerzas e intereses ajenos a la misma.³⁵

Como se advierte, en este juego de intereses que confluyen en la “medicina gerenciada”, se rompe no sólo con el principio *téleios iatros*, sino que también se violentan los principios éticos asociados a la bioética y se impacta en el contexto de diagnóstico de la medicina, lo que transforma al acto médico. La especialización actual obliga a que cada profesional de la salud genere su propia “predicción”, lo que no necesariamente es benéfico para la vida y salud del paciente.

III. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y TRANSGÉNERO: LA REASIGNACIÓN DE SEXO

Para entender lo que implica el consentimiento informado, primero debemos considerar qué es una decisión médica. José Luis Pinto Prades, José María Abellán Perpiñán y Fernando Ignacio Sánchez Martínez, citan a Angell para destacar que cualquier decisión médica tiene dos componentes. Uno se basa en una serie de juicios técnicos, principalmente sobre los posibles efectos de los tratamientos médicos: ¿cuál es el diagnóstico?, ¿cuáles son las posibles consecuencias de los tratamientos? El otro componente se basa en una serie

³² Rivero Serrano, Octavio, *La medicina..., cit.*

³³ *Idem.*

³⁴ Méndez Baiges, Víctor, “Bioética y derecho...”, *cit.*, p. 26.

³⁵ Rivero Serrano, Octavio, *La medicina actual intervenida, cit.*

de juicios de valor: ¿cómo aceptaré el diagnóstico?, ¿cómo me puede afectar un falso positivo?, ¿cómo me adaptaré a un posible efecto secundario? En su opinión, los juicios técnicos los tienen que realizar los médicos, no los pacientes, mientras que los juicios de valor únicamente pueden realizarlos estos últimos. Así, una buena decisión médica es aquella que consigue una mejora óptima en la salud y la paz mental del paciente.³⁶

En este sentido, para emitir los juicios de valor que un buen acto médico demanda, se requiere que el paciente cuente con información que le permita orientar su decisión. El consentimiento informado, entonces, se define como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.³⁷

Según Víctor Méndez Baiges y Héctor Claudio Silveira Gorski, el derecho a otorgar el consentimiento informado es el que más ha hecho por “horizontalizar” la relación entre el médico y el enfermo, y el que de forma más clara ha contribuido a poner fin al largo imperio del modelo paternalista, y es que el derecho al consentimiento informado, en tanto mecanismo crucial para que sea posible la autodeterminación del paciente, domina y precede en cierto sentido todos los derechos de éste.³⁸

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 28 de septiembre de 2000, en sus artículos 3.1 y 3.2, se regula el derecho a la integridad física y la obligación de que en el marco de la medicina y la biología se respete el “consentimiento libre e informado”.

Para Gustavo Figueroa, la ética médica tiene una orientación tanto a la práctica como a la investigación, pero la meta exclusiva del *Sanatorium Berg-hof* es el cuidado y la curación, aunque proclama con insistencia sustentarse y aplicar la ciencia médica más estricta. Su dimensión ética es práctica, puesto que actúa, modifica e intenta transformar activamente la vida de sus enfermos. Su base radica en un pacto de cuidados basado en la confianza. Esta confianza no busca promoverse activamente en las primeras entrevisitas, sino que descansa en el prestigio social de la medicina y del establecimiento; está más allá de toda duda porque su fundamento es cultural e

³⁶ Pinto Prades, José Luis *et al.*, *Incorporación de las preferencias de los pacientes en la toma de decisiones clínicas*, cap. 2, p. 9.

³⁷ Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2a. ed., España, Lex Nova, 2007, p. 178.

³⁸ Méndez Baiges, Víctor y Silveira Gorski, Héctor Claudio, *Bioética y derecho*, *cit.*, p. 76.

histórico. Ahora bien, hay una disimetría inicial profunda que crea una distancia debido a que es el médico el único que sabe, sabe hacer y prescribe.³⁹

Lo anterior muestra los límites del consentimiento informado en el ámbito de la bioética médica, el médico es el que tiene el saber, el paciente debe confiar en la fidelidad y veracidad del profesional de la salud. Así, la relación médico-paciente es una relación de confianza en sentido estricto.

En México, en diversos actos médicos está presente la “confianza”, como ejemplo podemos citar los usuarios del “Sistema de Protección Social en Salud”, en “investigación en seres humanos”, “nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico”, “donación”, “donación de órganos y tejidos en vida”, “donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas”, “trasplantes entre vivos”, “necropsias en cadáveres”, “inseminación artificial”, que como lo destacan los artículos 77 bis, 37, fracción IX, 100, fracción IV, 103, 321 al 326, 329, 332-334, 350 bis 2, 350 bis 3, y 466, de la Ley General de Salud vigente, requieren que se otorgue o no el “consentimiento válidamente informado”, además, se permite “rechazar tratamientos o procedimientos” en términos de la autonomía de la voluntad de los pacientes.

Como se advierte, estas normas, aunadas a otras que protegen los derechos del paciente, integrarían un “bioderecho”, esto es, un conjunto de normas jurídicas mínimas que tutelan el derecho humano a la salud en la dimensión del paciente, y constituyen el referente ético de la acción de los profesionales de la salud; así, de estas normas se desprende un derecho público subjetivo, aplicable a todos los individuos que interactúen con profesionales de la salud y unas obligaciones a cargo de éstos de “dar elementos” a sus pacientes para que pueden emitir un “consentimiento válidamente informado”.

En este sentido, en la tesis: 1a. CXCIX/2016 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se destaca que:

El consentimiento informado es un requisito que se desprende legalmente del “Capítulo IV. Usuarios de Salud y Participación de la Comunidad” de la Ley General de Salud y consiste en el derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos como consecuencia necesaria o explicitación de los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia.

Sin embargo, en la misma tesis se destaca que: cuando concurra un caso de urgencia o el paciente se encuentre en un estado de incapacidad transi-

³⁹ Figueroa, Gustavo, “La ética médica a comienzos del siglo XX: *La montaña mágica de Thomas Mann*”, *Acta Bioética. Temas Actuales de Bioética*, año XVII, núm. 2, 2011, p. 207.

toria o permanente y no sea posible obtener la autorización de su familiar más cercano, tutor o representante para los tratamientos o procedimientos médico-quirúrgicos necesarios, los médicos de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de dos de ellos, realizarán el tratamiento o procedimiento que se requiera, dejando constancia por escrito en el expediente clínico de dicho actuar. Por lo anterior se menciona que: el acto médico que involucre un alto riesgo al paciente que fue realizado sin acreditarse un caso de urgencia o sin recabarse el debido consentimiento informado, se reputará como una negligencia médica por transgresión a la *lex artis ad hoc*, si se tiene por satisfecho el resto de los elementos de la acción: la existencia de un daño y que tal acto negligente originó o fue un factor determinante en su producción.⁴⁰

Lo cual significa que el consentimiento informado no es absoluto, porque llegan a existir situaciones de urgencia en donde se pueda realizar una intervención médica sin obtenerlo.

En todos los demás casos, las normas que regulan la intervención médica constituyen el “mínimo de confianza” en la relación entre el paciente y el profesional de la salud. ¿Cuál es el valor de esas normas cuando lo que se pretende enfrentar no es un problema de salud o una emergencia, sino una cuestión relacionada con el cambio de identidad sexual?

1. El consentimiento informado y transgénero

El consentimiento informado, en los términos destacados arriba, constituye uno de los derechos mínimos del paciente y una de las obligaciones primarias del profesional de la salud.

En este sentido, para destacar los puntos de contacto entre consentimiento informado y transgénero, primero debemos mencionar que la sexualidad se refiere a la conducta sexual, el sexo biológico, a los cromosomas, genes, genitales, hormonas y otras características físicas. El término género significa masculino o femenino, o una combinación de ambos; la orientación sexual se refiere al hecho de que una persona desee una pareja

⁴⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, registro 2012106, Primera Sala, 15 de julio de 2016, tesis aislada, constitucional, tesis 1a. CXCIX/2016 (10a.), rubro “CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. JUSTIFICACIÓN DE SU SUPUESTO DE EXCEPCIÓN”.

del mismo sexo o del sexo opuesto. La identidad sexual se refiere al sentimiento del individuo de ser hombre o mujer.⁴¹

La identidad de género hace referencia a la experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene una persona; la expresión de género se refiere al modo en que una persona comunica su identidad de género a otras a través de conductas, su manera de vestir, peinados, voz o características corporales.⁴² En este contexto, transgénero es un término global que define a personas cuya identidad de género, expresión de género o conducta, no se ajusta a aquella generalmente asociada con el sexo que se les asignó al nacer.⁴³

No obstante, no es posible hablar de una identidad transgénero, porque incluye diversas identidades: *a)* transexual que hace referencia a las personas cuya identidad de género es diferente de su sexo asignado, son las que en ocasiones alteran o desean alterar sus cuerpos a través de hormonas, cirugías y otros medios para que éstos coincidan en el mayor grado posible con sus identidades de género. El proceso de transición se realiza a través de intervenciones médicas, conocidas como reasignación de sexo o género, o afirmación de género;⁴⁴ *b)* los y las travestis que usan maneras de vestir que tradicionalmente, y como parte de un estereotipo, usa otro género en sus culturas, varían en el grado en el cual se visten del otro sexo, desde el uso de una prenda de vestir hasta al travestismo total; generalmente se sienten cómodos con su sexo asignado y no desean cambiarlo. Es una forma de expresión de género y no necesariamente está ligado a prácticas eróticas, tampoco indica la orientación sexual; *c)* *drag queens*, que generalmente hace

⁴¹ Cfr. Sarason, Irving G. y Sarason, Barbara R., *Psicopatología. Psicología anormal: el problema de la conducta inadaptada*, 11a. ed., trads. Birget C. Nuding Fleischmann y Mónica Gabriela Martínez Gay, México, Pearson Educación, 2006, p. 285.

⁴² American Psychological Association, “Respuestas a sus preguntas sobre las personas trans, la identidad de género y la expresión de género, ¿qué significa transgénero?”, disponible en: <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgenero.aspx> (consultada el 12 de junio de 2016).

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Las personas cuyo sexo asignado es femenino, pero que se identifican y viven como hombres, y alteran o desean alterar sus cuerpos mediante intervenciones médicas para asemejarse más fielmente a su identidad de género se conocen como hombres transexuales o transexuales masculinos (también conocido como personas trans femenino a masculino [*female-to-male*], FTM). Por el contrario, las personas cuyo sexo asignado es masculino, pero que se identifican y viven como mujeres, y alteran o desean alterar sus cuerpos mediante intervenciones médicas para asemejarse más fielmente a su identidad de género, se conocen como mujeres transexuales o transexuales femeninos (también conocido como personas trans masculino a femenino [*male-to-female*], MTF). Algunas personas que realizan una transición de un género a otro prefieren ser denominadas como hombres o mujeres, y no como personas trans.

referencia a hombres que se visten como mujeres con el fin de entretenar a otras personas en bares, clubes u otros eventos. El término *drag kings* hace referencia a mujeres que se visten como hombres con el fin de entretenar a otras personas en bares, clubes u otros eventos; *d)* género-*queer* es un término que usan algunas personas que identifican su género fuera del constructo binario “hombre” y “mujer”, definen su género dentro de una escala entre hombre y mujer, o como algo completamente diferente de estos términos; pueden usar pronombres que no sean ni masculinos ni femeninos, como “ellos”, además, algunas personas género-*queer* no se identifican como transgénero; *e)* otras categorías de personas “trans”, son: andróginas, multigénero, desconformes con el género, de tercer género y personas de dos espíritus.⁴⁵

Así, se puede estimar que una persona transgénero es simplemente un ser humano en búsqueda de una identidad que satisfaga sus exigencias personales y sociales. Lo anterior nos lleva a la persona “transexual”, que es aquella en donde se presenta una identidad sexual en conflicto con su sexo biológico y/o genético.

2. Reasignación de sexo

Para resolver ese conflicto entre identidad y sexo biológico se acude a la reasignación de sexo o género. La reasignación de sexo se utiliza en personas que tienen una discordancia entre la identidad sexo-genérica y su sexo. Se debe hacer una valoración cuidadosa —sobre todo en los estratos de baja economía y educación— para ver si a esas personas les es más fácil presentarse como hombres que quieren ser mujeres o como mujeres que quieren ser hombres.⁴⁶

Esta intervención médica es el proceso a través del cual las personas transexuales alteran sus cuerpos mediante el uso de hormonas, cirugías y otros medios para que éstos coincidan en el mayor grado posible con sus identidades de género. Para transformar a un hombre transexual en mujer se le deben administrar hormonas femeninas, estimular el desarrollo de los

⁴⁵ American Psychological Association, *Respuestas a..., cit.*

⁴⁶ Álvarez-Gayou, Juan Luis, “Sexualidad y cultura”, en Ortega Canto, Judith (ed.), *Seminarios sobre salud reproductiva y participación social, género, sexualidad y derechos sexuales y reproductivos. Libro de memorias 2*, México, Universidad Autónoma de Yucatán-Fundación Ford, 2001, p. 129.

senos, extirparle los genitales y crear una vagina artificial. Para transformar a una mujer en un hombre se debe construir un pene artificial.⁴⁷

Michael S. Baggish destaca, en el caso de esta cirugía, que ningún procedimiento quirúrgico debe realizarse sin una evaluación adecuada, que incluye estudios sicológicos, siquiátricos y sociológicos, además de examen clínico y hormonal. Sostiene que el candidato a cirugía debe completar con éxito al menos una prueba de un año de vivir y vestirse como el sexo elegido. Al final, los evalúa de nuevo el equipo multidisciplinario para acordar de manera unánime que la operación es la terapia adecuada. Por último, el paciente debe recibir un extenso y detallado consentimiento informado que explique que la cirugía, una vez realizada, es irreversible. Los pacientes deben ser feminizados con tratamiento de más de 12 meses de inyecciones de estradiol, además, que deben tener el intestino preparado.⁴⁸ Como se advierte, en el caso de la reasignación de sexo adquiere importancia superlativa el consentimiento informado.

Así, la cirugía genital de reasignación de sexo sólo puede realizarse una vez que los profesionales de salud mental y endocrinología testifiquen mediante un informe que el paciente cumple con los requerimientos mínimos de elegibilidad y disposición como establece la Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association (HBIGDA); la cirugía puede ser de hombre-a-mujer HaM o de mujer-a-hombre MaH.⁴⁹

El consentimiento informado y la aplicación de estándares bioéticos en la cirugía de reasignación sexual, son importantes porque la cirugía es irreversible, por lo que se evalúa cuidadosamente a los candidatos, se selecciona a personas emocionalmente estables y con posibilidades de ajustarse a la cirugía, deben pasar uno o dos años viviendo en la comunidad como miembros del sexo opuesto antes de la cirugía. Durante ese periodo se les administran hormonas para alterar las características sexuales secundarias, como el tamaño de los senos y la definición muscular, el periodo sirve como preparación sicológica y les proporciona a los candidatos una experiencia real de cómo puede ser la vida, además, se les proporciona sicoterapia.⁵⁰

⁴⁷ Sarason, Irwing G. y Sarason, Barbara R., *Psicopatología. Psicología...*, cit.

⁴⁸ Baggish, Michale S., “Cirugía de reasignación de sexo (cirugía transexual)”, en Baggish, Michale S. y Karram, Mickey M., *Atlas de anatomía de la pelvis y cirugía ginecológica*, trad. de Alexandra Mandry y Gustavo Mezzano, 2a. ed., Buenos Aires, Panamericana, 2009, p. 819.

⁴⁹ T. Bergero, Miguel *et al.*, “El paciente transexual (trastornos de identidad de género)”, en Salazar Vallejo, M. *et al.*, *Tratado de psicofarmacología. Bases y aplicación clínica*, 2a. ed., Buenos Aires-Madrid, Médica Panamericana, 2009, p. 217.

⁵⁰ Sarason, Irwing G. y Sarason, Barbara R., *Psicopatología. Psicología...*, cit., p. 287.

La World Professional Association for Transgender Health, recomienda los siguientes criterios para la metoidioplastía o la faloplastía en usuarios de servicios MaH y la vaginoplastía en usuarias de servicios HaM:

1. Disforia de género persistente y bien documentada.
2. Capacidad de tomar una decisión con pleno conocimiento de causa y de consentir para el tratamiento.
3. Mayoría de edad en un país determinado.
4. Si hay importantes problemas de salud física o mental, deben estar bien controlados.
5. Doce meses continuos de terapia hormonal adecuada a los objetivos de género de la persona usuaria de servicios (a menos que la misma tenga una contraindicación médica o no pueda o no quiera tomar hormonas).
6. Doce meses continuos viviendo en un rol de género congruente con la identidad de género de la persona.

Aunque no es un criterio explícito, se recomienda que estas personas usuarias de servicios también hagan visitas regulares a un/a profesional de salud mental u otro/a médico/a.⁵¹ Como se advierte, en el numeral 2 de estos criterios se encuentra el “consentimiento válidamente informado”, además, se alerta sobre la posibilidad de problemas de salud física o mental.

Michael S. Baggish destaca que la transexualidad es un trastorno sico-sexual *bona fide* en el que existe una disociación entre el sexo morfológico de un individuo y la percepción cerebral innata de dicha persona sobre su identidad sexual. Afirma que en los últimos 50 años los intentos por corregir las anormalidades del sistema nervioso central han sido completamente inútiles, por lo que se ha diseñado la cirugía de cambio morfológico de sexo para corregir esta paradoja.⁵²

Lo anterior es de importancia porque las personas que se someten a cirugía de reasignación de sexo sufren efectos contradictorios. Irving G. Sarason y Barbara R. Sarason citan un estudio de seguimiento durante cinco años de los suecos Bodlund y Kullgren de 1996, donde se destaca que 40% de las personas que se realizaron la cirugía no mostraron ningún efecto be-

⁵¹ World Professional Association for Transgender Health, *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*, Asociación Mundial para la Salud Transgénero, 2012, p. 69, disponible en: http://www.wPATH.org/uploaded_files/140/files/SOC%20-%20Spanish%20v2.pdf (consultada el 28 de junio de 2016).

⁵² Baggish, Michale S., “Cirugía de reasignación...”, cit., p. 819.

neficioso significativo.⁵³ También, siguiendo a Haertsch y Heal, mencionan que es probable que exista un pequeño grupo de transexuales para quienes la terapia de reasignación de sexual sea un tratamiento eficaz. Para muchos más, que tal vez tengan problemas de personalidad significativos y otras si-copatologías, la cirugía no les proporciona una respuesta a sus problemas de salud mental, en su lugar los problemas empeoran. Algunos individuos se deprimen profundamente después de la cirugía, mientras que otros tienen episodios sicológicos transitorios.⁵⁴

Como podemos advertir, en el fondo de la reasignación de sexo subyace la predicción médica, no el diagnóstico médico. Creemos que la persona que presenta el conflicto entre su sexo biológico-genético y su identidad, mejorará si le realizamos la operación de reasignación de sexo, sin embargo, no cuidamos las consecuencias a largo plazo.

Como lo destaca Carlos Viesca, la predicción médica no siempre es determinación, sino juego de probabilidades y, más aún, de azar,⁵⁵ por lo anterior recomienda —para el caso de la investigación en genética— pero que se puede trasladar a cualquier ámbito de la medicina, no perder de vista los límites razonables de la vida humana, la salud, la calidad de vida, los riesgos a correr; promover una ética de responsabilidad por parte de quienes hacen investigación médica y cubren los diversos aspectos de atención y promoción de la salud; promover la responsabilidad ética de los pacientes o sus representantes morales en su papel de personas humanas libres y autónomas; y exigir el cumplimiento de la responsabilidad ética de los Estados en cuanto a la implementación de los mecanismos que permitan que la atención médica se dé en las mejores condiciones posibles de equidad y justicia social, haciendo accesibles a todos el máximo de procedimientos útiles.⁵⁶

Recomendación válida también para procedimientos de intervención médica, como la reasignación de sexo.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Quizá las reflexiones anteriores nos dejen una fuerte insatisfacción sobre las posibilidades de la bioética. A su marcado subjetivismo, debemos agregar, como lo destaca Miguel Kottow, que sus debilidades yacen, más que en cues-

⁵³ Sarason, Irwing G. y Sarason, Barbara R., *Psicopatología. Psicología...*, cit., p. 287.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Viesca, Carlos T., *La medicina...*, cit.

⁵⁶ *Ibidem*, puntos 4, 5, 6, y 7 de sus conclusiones.

tiones de forma, en su falta de orientación temática y en su extrema veleidad frente a influencias académicas, a los embates de la *Realpolitik* y sus poderes fácticos, a las tentaciones de defender doctrinas e intereses y de permitir el predominio de hegemonías culturales que pretenden tener validez horizontal a través de una gama muy dispersa de realidades sociales.⁵⁷

Por su parte, Gustavo Figueroa, en cuatro puntos nos muestra lo que en su opinión son los problemas de la bioética:

1) La ética médica ejercida en *La montaña mágica* muestra los conflictos, incertidumbres y paradojas que la acosan en la práctica clínica e impiden dar normas estandarizadas, prescripciones unívocas y principios universales de comportamiento, y así la hace particularmente frágil: a) el enfermo no es una cosa y, sin embargo, su cuerpo es parte de la naturaleza física; b) el paciente no es una mercancía ni la medicina un comercio, pero la medicina tiene un precio y es costosa; c) el sufrimiento es privado, pero la salud es pública; d) la enfermedad es una desestructuración, pero el enfermo es un proyecto de vida de autorrealización.

2) La moral médica es supuesta, admitida y acatada por todos los participantes del acto terapéutico: enfermo, médico, familia, sociedad en su conjunto. Antes que cuestionarla o polemizar sobre ella, se la práctica de forma silenciosa. Parafraseando lo que Aristóteles dijo de la justicia: no importa tanto saber lo que es la ética médica sino actuar éticamente. La tradición médica occidental y el prestigio cultural de la profesión son determinantes para esta postura. Que en ocasiones se la ironice, descalifique o desacredite de manera pasajera o ácida, y respecto de puntos particulares, significa que posee fuerza, presencia y vigencia.

3) La ética de la virtud y de la virtuosidad unida al juicio prudente predominan sobre las normas y máximas de acción, sean el secreto médico, la verdad compartida entre médico y paciente, y el asentimiento a los procedimientos terapéuticos. Por así decirlo, el “médico perfecto” es más valorado que el acatamiento por parte del equipo médico a las reglas establecidas de manera obligatoria, aunque el *téleos iatrós* no constituye una ideología que se proclama apasionadamente, sino sólo un ideal al que se aspira juiciosamente.

4) La ética médica se ocupa esencialmente de los planos biológico y social, y, por ello, le importa la estima de sí y el respeto de sí del paciente, aunque con matices. Porque finalmente es el organismo la meta de su accionar, el sufrimiento físico antes que el sufrimiento espiritual, la desorganización somática antes que el desequilibrio emocional.

⁵⁷ Kottow, Miguel, “Bioética, una...”, *cit.*

Quizás ese sea el motivo por el que se valore más a la ética del no abandono que a la ética del acompañamiento o cuidado, porque le importe especialmente que el paciente sienta que siempre y en toda ocasión se estará con él antes que detenerse a consolarlo en los instantes de desamparo sicológico, esto es, la confianza antes que la solicitud, procura o cuidado-del-otro (variedad específica de *Fürsorge*, en terminología de Heidegger).⁵⁸

Como se advierte, el médico perfecto y la confianza son determinantes en el acto médico, sin embargo, el consentimiento informado y la justicia como principios “bioéticos”, son insuficientes —por su subjetividad— para generar esa relación médico-paciente capaz de construir la confianza en sus conocimientos y la confianza en el resultado, además, en la “medicina gerenciada” simplemente se les ignora, porque importa más la ganancia o lucro que la salud del paciente.

Así, Miguel Kottow sugiere que la bioética fortifique su reflexión y reformule sus preocupaciones en al menos cinco áreas: reconocerse como una disciplina académica requerida de proyección hacia la sociedad, confirmar que su ámbito de acción es local o regional mas no global, entender que su enfoque individual ha de complementarse con reconocimiento de la humanidad como especie biológica que necesita adaptarse a su entorno natural y social, admitir que su tarea va más allá del personalismo, y ampliar su disposición de reconocimiento de marginados, desposeídos y desempoderados, de este modo enfrentando los embates biopolíticos que practican la exclusión.⁵⁹

Más allá de sus límites y problemas, si somos capaces de transformar la “bioética” en “bioderecho”, entonces podremos contar con una poderosa herramienta coactiva para hacer efectivos los derechos de los pacientes e imponer obligaciones éticas mínimas a los profesionales de la salud, en particular en casos límite como lo es la reasignación de sexo, que requieren de una dosis superlativa de información para tomar una decisión que, en el momento actual de los avances de la medicina, tiene efectos permanentes. Lo anterior permitirá superar la subjetividad y los enfoques normativos variados asociados a la bioética.

⁵⁸ Figueroa, Gustavo, “La ética médica...”, *cit.*

⁵⁹ Kottow, Miguel, “Bioética, una...”, *cit.*

QUINTA PARTE

ECOÉTICA Y ESPECIES NO HUMANAS

MEDIO AMBIENTE Y ECOÉTICA ANTE LA CRISIS ECOLÓGICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Lizbeth SAGOLS SALES

SUMARIO: I. *Las regulaciones acerca de la crisis ecológica.* II. *Un panorama general de la crisis ecológica.* III. *El derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salud.* IV. *¿Cómo enfrentar la crisis ecológica y hacer válidos nuestros derechos? El desarrollo sustentable y la ecoética.* V. *La perspectiva de la ecoética.* VI. *La perspectiva de la ecoética moderada de Aldo Leopold.* VII. *La propuesta de gestión de Elinor Ostrom.*

I. LAS REGULACIONES ACERCA DE LA CRISIS ECOLÓGICA

La crisis ecológica y del medio ambiente natural es quizá —junto con la pobreza mundial— el problema más acuciante que enfrenta la humanidad actual. Prueba de su gravedad es que las organizaciones internacionales más importantes, conscientes del deterioro global del planeta, han propuesto una serie de tratados, protocolos y convenios regulatorios internacionales, así como documentos orientadores que comprometen y/o invitan a las diversas naciones a regular sus acciones conforme a la conservación del resto de los seres vivos, de los ecosistemas y el medio ambiente en general.

Entre los tratados, protocolos y convenios regulatorios destacan los relativos a:

1. La disminución del llamado “efecto invernadero”, Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC), firmado en 1992; el Protocolo de Kioto, 1997, en el que se propuso la disminución del 5% de emisiones de CO₂ al 2012, para no rebasar los dos grados de aumento de la temperatura global (ni China ni los Estados Unidos de América lo firmaron); el Protocolo de París de 2015, que propone disminuir aún más las emisiones de CO₂ a fin de no llegar, una vez que

se han visto los graves efectos del cambio climático, a los 2°, sino a 1.5 (lo firmaron 179 países, incluidos Estados Unidos y China).

2. El tratado relativo a la protección de la capa de ozono: Protocolo de Montreal (1989), que propone eliminar la producción e importación de 100 sustancias destructoras de la capa de ozono (fue firmado por 191 países).
3. El tratado relativo a los residuos peligrosos: Tratado de Estocolmo (2001) (lo firmaron 172 países).
4. La Organización de las Naciones Unidas celebró el Convenio contra la Desertificación (1996) (lo firmaron 194 países) y su función es conseguir patrocinadores que provean sustancias y fuerza de trabajo para renovar la tierra cultivable.
5. El Tratado sobre la Conservación de la Biodiversidad, de Nueva York (1992) (lo firmaron 192 países) y propone mantener los ecosistemas y vigilar la extinción de las especies.

Entre los documentos internacionales orientadores más importantes destacan: el primero y segundo Informe Meadows, 1971 y 2000 —respectivamente— que reportan el estado del planeta en cuanto a recursos básicos, economía y política, en estos años, y su proyección para el futuro; el Informe Brundtland. Nuestro Futuro Común, de 1987, que propuso por primera vez el Plan del Desarrollo Sostenible: seguir creciendo económicamente para que no queden relegados los pobres, pero conservando el ambiente mediante la reducción del consumo de los países ricos; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente (1992), que es una confirmación de la necesidad del desarrollo sostenible; la Agenda o Programa 21 de la ONU (1992), es un plan detallado para el desarrollo sostenible que pretende acelerarlo, y la Carta de la Tierra, de 2000, que propone los valores que hemos de sostener ante la crisis ecológica.

Todos estos tratados y documentos intentan mejorar las condiciones del mundo actual, no sólo por razones económicas; por ejemplo, evitar el agotamiento de los recursos, sino también por razones de salud de la población mundial, pues es un hecho que en la pobreza, en la contaminación del ambiente, la desertificación, la extinción actual de especies y la escasez de recursos naturales es difícil contar con condiciones para una vida sana. No se puede defender el derecho a la atención y protección de la salud de los individuos, sin atender a la salud del ambiente natural en el que viven.

II. UN PANORAMA GENERAL DE LA CRISIS ECOLÓGICA

La manifestación más evidente de la crisis ecológica es el cambio climático o calentamiento global que consiste en el aumento de calor en la atmósfera: aumento de 1.37% desde el inicio de la revolución industrial a nuestros días —según los estudios de la NASA¹ y la NOAA (Administración Nacional Oceánica y Atmosférica, de Estados Unidos) es efecto de la acumulación atmosférica de CO₂ y otros gases que producen el llamado “efecto invernadero”—. El calentamiento global ha traído consigo numerosas consecuencias que están desgastando el planeta como el deshielo de los glaciares marinos y terrestres, la acidificación de los océanos, la cual mata a las especies marinas, y el aumento del nivel del mar que amenaza con hacer desaparecer las islas y ciudades costeras como Nueva York, Nuevo Orleáns, Amsterdam, París, Acapulco —entre muchas otras—.

Además, el cambio climático ha provocado gran cantidad de fuertes inundaciones, severas sequías, intensas olas de calor, fuertes huracanes, un aumento brutal de incendios forestales, una evidente alteración de numerosos ecosistemas y por ende de hábitats, así como una acelerada extinción de especies animales y vegetales: terrestres, marinas y aéreas, cuya consecuencia más grave ha sido el agotamiento o escasez de los recursos no renovables (petróleo, minerales subterráneos, carbón) e incluso de los recursos supuestamente renovables: el agua dulce y salina, tierra fértil, el clima, los bosques, el aire limpio y el propio paisaje natural de las distintas regiones.²

Todo esto muestra nuestra capacidad de destrucción como humanidad en conjunto y nos coloca ante la evidencia de que hemos enfermado al planeta, a las otras especies y a nosotros mismos. Las muertes de animales marinos por contaminación de los mares se está convirtiendo en un problema cada vez más grave de salud y el equilibrio de los océanos.³ En cuanto al mundo humano, según informa la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha habido una intensificación de enfermedades relacionadas con el calor: cólera, diarreas, alergias. Han aumentado las enfermedades cardiorrespiratorias (por la concentración de ozono), se han expandido a

¹ Disponible en: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-01-19/el-video-de-la-nasa-que-muestra-como-ha-aumentado-la-temperatura-en-la-tierra-durante-los-ultimos-135-anos_623966/ (consultada 23 de septiembre de 2016).

² Véase Sagols, L., *La ética ante la crisis ecológica*, México, Fontamara-UNAM, 2014, pp. 15-18.

³ Disponible en: <http://www.cms.int/es/news/la-contaminaci%C3%B3n-en-los-oc%C3%A9anos-del-mundo-amenaza-la-vida-de-millones-de-animales-marinos> (consultada el 23 de septiembre de 2016).

otras regiones las enfermedades transmitidas por vectores: mosquitos y patógenos que viven en el agua: malaria, dengue, fiebre amarilla, paludismo, chicunguña y zika.⁴ También han aparecido nuevos virus (como el ébola) y han aumentado las enfermedades relacionadas con la malnutrición, a causa de escasez de alimento.⁵ Las muertes humanas por contaminación del aire (debido a los gases de efecto invernadero) fue —según la OMS— de siete millones en 2014 y 2015.⁶ Esta situación global contradice por completo los derechos humanos básicos a un medio ambiente sano y a la salud de los ciudadanos. Por lo cual, las distintas organizaciones internacionales han formulado los distintos tratados internacionales en la materia y han emitido los diversos documentos legales con vistas a disminuir esta grave situación.

III. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EL DERECHO A LA SALUD

El derecho a un medio ambiente sano es condición previa para el ejercicio de otros derechos básicos, como el derecho a la vida (la contaminación por gases de efecto invernadero y la liberación de desechos tóxicos, así como el aumento incontrolado del calor del planeta pueden matar la vida humana y no humana); el derecho a la dignidad (no hay posibilidades de desarrollar un proyecto propio de vida y respetar las propias decisiones en un ambiente enfermo y deteriorado); el derecho a la atención y protección de la salud (las condiciones anteriores unidas al desequilibrio de los ecosistemas, nos enferman de forma inevitable —como hemos visto—; y el derecho a un nivel de vida adecuado ya que no puede haber prosperidad donde la pobreza está unida a malas condiciones ambientales.

Cabe resaltar, en especial, la liga con el derecho a la salud, pues es imposible desvincular la salud del medio ambiente que debe ser sano y equilibrado. La salud se ve seriamente vulnerada y afectada cada vez que contaminamos el aire, el suelo, el agua, la flora, etcétera, todo ello no sólo daña el ambiente sino que incide nocivamente en la salud y en la vida de las personas. Según el Primer Atlas sobre la Salud Infantil y Medioambiente de

⁴ Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs387/es/> (consultada el 23 de septiembre de 2016).

⁵ Disponible en: <http://www.who.int/globalchange/publications/en/Spainishsummary.pdf> (consultada el 23 de septiembre de 2016).

⁶ Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2014/air-pollution/es/> (consultada el 23 de septiembre de 2016).

la OMS,⁷ millones de niños mueren anualmente por falta de agua potable y en América Latina miles de personas fallecen por causas vinculadas a la contaminación. En este sentido, existen varios estudios que indican catástrofes que sufre la población mundial, especialmente en los países en vías de desarrollo por causas vinculadas con la depredación del ambiente, en manos del hombre.

El origen reciente del derecho a un medio ambiente sano⁸ se remonta a la Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente, celebrada en 1972 y en la que se argumentó que todas las personas tienen derecho a la libertad y a la igualdad, a disfrutar de satisfactorias condiciones de vida, en un ambiente cuya calidad les permita vivir en bienestar, y dignamente. Esta conferencia celebrada en Estocolmo, impulsó la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) destinado a implementar y vigilar el Programa de Desarrollo Sustentable: PDS (que veremos en el apartado siguiente). Ahí se planteó que los Estados deben tomar medidas concretas y progresivas, individualmente y en cooperación con otros, para desarrollar, implementar y mantener marcos adecuados para habilitar todos los componentes necesarios para un ambiente saludable y sostenible, que abarque todas las partes del mundo natural. Esto debe incluir la regulación de las empresas y otros actores públicos y privados nacionales e internacionales. De tal suerte que los Estados y la cooperación internacional tienen la obligación de implementar la realización de los derechos humanos en general y por ende el derecho a un medio ambiente sano. Esto es particularmente importante para evaluar y gestionar los impactos transnacionales sobre las condiciones ambientales como el cambio climático.

Así, debemos asumir que la convivencia de la población mundial entera en este único planeta, supone que la integridad física y la salud se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar del ser humano. Tan es así que en virtud de la íntima conexión con la supervivencia y el bienestar humano, el ambiente constituye jurídicamente una condición indispensable para el desarrollo de la persona y la mayoría de las Constituciones nacionales así lo estipula. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo reconoce en su artículo 4o., cuando señala: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo

⁷ Disponible en: <http://www.sanidadambiental.com/2008/07/08/la-organizacion-mundial-de-la-salud-publica-el-primer-atlas-sobre-salud-infantil-y-medio-ambiente/> (consultada el 23 de septiembre de 2016).

⁸ Una exposición amplia del origen remoto (en Francisco de Vitoria) y del reciente de este derecho, se encuentra en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art9.htm> (consultada el 23 de septiembre de 2016).

y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y el deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de los dispuesto por la ley".⁹

La obligación básica de los Estados implica adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública que incluyan las preocupaciones en materia de salud y medio ambiente respecto de toda la población. Estas tareas deberán examinarse periódicamente a través de un proceso participativo y transparente, con indicadores y bases de referencia que sirvan para controlar efectivamente los progresos realizados, enfocando especial atención a los grupos más vulnerables o marginados. Al menos esto es lo que se propone en un plano ideal para hacer efectivos los derechos humanos básicos.

Desde luego, para que la defensa del medio ambiente funcione debemos reconocer en primer lugar la gravedad del problema que afronta el planeta, el único que poseemos y el que le dejaremos a las generaciones futuras; considerar la relevancia de las acciones institucionales e internacionales, así como reconocer la exigencia innegable de cambiar nuestro estilo de vida con menos consumismo, con cuidado de las tecnologías que utilizamos y con la cantidad de pobladores que traemos al mundo (aunque de esto último casi no se hable).

IV. ¿CÓMO ENFRENTAR LA CRISIS ECOLÓGICA Y HACER VÁLIDOS NUESTROS DERECHOS? EL DESARROLLO SUSTENTABLE Y LA ECOÉTICA

Se han propuesto dos grandes perspectivas, la más conocida debido a que se ha implementado a nivel mundial es el desarrollo sustentable (DS) pero también está la perspectiva de la ecoética, que difiere de la anterior por centrarse en la ética y buscar un modelo económico distinto al mercado para el manejo de los bienes comunes naturales.

El DS pretende continuar con la prosperidad económica a fin de disminuir las diferencias entre países ricos y pobres, Norte-Sur, y busca contar con tecnologías y una economía amigables con el medio ambiente. Su objetivo expreso es "asegurar la satisfacción de necesidades de la generación presente y garantizar los recursos para que las nuevas generaciones puedan satisfacer las suyas" —según se estableció en el Informe Brundtland—. Se

⁹ Esta última frase no es una cita textual de la Constitución sino una glosa, lo más fiel posible, de la misma.

propone también que los distintos países vivan en democracia, con igualdad de derecho al bienestar para todos sus miembros y regidos bajo la regulación de instituciones internacionales como la ONU.

El DS entiende por desarrollo social la mejoría en siete aspectos centrales de la vida contemporánea y futura: la disminución de las causas del aumento del clima, la efectividad del transporte, la relación entre producción y consumo, la conservación y gestión de los recursos naturales, propiciar un estilo de vida saludable y acceso a servicios de salud de calidad, la inclusión de diversos sectores de la sociedad, además de que se disminuya la pobreza. De suerte que se trata de una visión rica y compleja de lo que es el desarrollo, que —entre sus diversos objetivos— busca hacer valer el derecho a la salud y el derecho a un medio ambiente sano. Para lograrlo, atiende tres ejes fundamentales: la economía, la política y la sociedad. Pretende apoyarse en una “economía social de mercado” que se plantea como una tercera vía, un intermedio entre la economía comunista que centraliza el mercado, y el liberalismo que da libertad absoluta al libre comercio, a todos los inversionistas y comerciantes. En dicha economía intermedia se supone que el mercado sería regulado por la satisfacción de las necesidades de la sociedad y estaría al servicio del hombre y su bienestar.¹⁰ Se propone pues, que haya movimiento comercial, pero sin que se den ganancias excesivas de ciertos grupos, dado que esto iría contra la igualdad democrática. La idea política del DS consiste en regular las acciones de los países por instituciones y tratados internacionales que se supervisen y apoyen económicamente entre sí. En cuanto a la sociedad, ésta es vista desde la organización de la democracia participativa en la que todos sean escuchados y, a la vez, todos estén dispuestos a disminuir el consumo de energía y materias primas (sobre todo en los países ricos).

En teoría, el DS permite crecer a todos los países y satisfacer las necesidades actuales y las de las generaciones futuras; no obstante, esta perspectiva presenta serios problemas que han sido puestos de manifiesto por diversos críticos. En primer lugar, se ha advertido que la economía que rige tal desarrollo no es en verdad la economía social, sino más bien la del libre comercio o mercado, pues ésta regula a las grandes potencias. Muchos países, en especial europeos, han pretendido garantizar lo mínimo para los desprotegidos (seguridad social, educación, vivienda) pero al basar su economía en una búsqueda de prosperidad han dado curso a la competencia

¹⁰ Vizcaíno Fernández-Villamil, P., “¿Es posible un desarrollo sostenible?”, disponible en: <http://biblioteca.ucm.es/revkul/e-learning-innova/17/art957.pdf> (consultada el 16 de septiembre de 2016).

incontrolable del mercado y la acumulación de las ganancias. En segundo lugar, los críticos advierten que el DS entiende el crecimiento como cuantitativo y como un mayor uso de energía y de materiales, con lo cual ha dado lugar a un crecimiento material a ultranza de las potencias.

La verdad es que estamos tan sólo frente a la postura oficial de los Estados,¹¹ pero de hecho, las diferentes realidades sociales no han impuesto límites a la economía, ésta ha seguido creciendo por sí misma generando una sobreproducción, pues los países ricos no han estado dispuestos a cambiar su modelo de crecimiento basado en el consumismo, en la explotación de otros países y de los recursos naturales. Además, hay una ausencia total de instituciones fuertes que regulen el mercado internacional. Y por si lo anterior fuera poco, el triunfo del libre mercado sobre la “economía social” ha hecho crecer un sistema financiero de especulación que ha creado por sí mismo crisis financieras para ricos y pobres¹² y, a la vez, ha hecho aumentar los empobrecimientos que explotan la naturaleza.

De tal suerte que se trata de un desarrollo que no da prioridad a la naturaleza ni a la sociedad —aunque lo pretenda—. Hay de hecho una gran contradicción en él: el crecimiento a ultranza y la sostenibilidad no son compatibles. Por esto, muchos de sus críticos como el filósofo español Luciano Espinoza Rubio afirman que el DS “es la gran mentira que nos han contado”.¹³ Aunque quizá ésta sea una afirmación demasiado radical, nos invita a revisar el objetivo de esta perspectiva y preguntar si en verdad se está garantizando la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras con el crecimiento actual. Si tomamos en cuenta que —como hemos dicho— la consecuencia más grave del cambio climático es el agotamiento de los recursos no renovables y de los renovables, caemos en la cuenta de la devastación que hemos hecho del planeta, del grave estado de escasez en que lo hemos dejado. Es evidente que no estamos actuando con vistas a satisfacer las necesidades de las generaciones futuras. Y sobre todo, como lo muestran los datos sobre el calentamiento global y los que hemos citado de la OMS sobre la salud, tenemos que reconocer que no están siendo garantizados los derechos básicos a un medio ambiente sano y a la salud.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ Disponible en: <https://prezi.com/mpbarjrswei5s/educacion-para-la-ciudadania-mundial-y-objetivos-de-desarrollo-sostenible-un-abordaje-transdisciplinario-y-biomimético/> (consultada el 16 de septiembre de 2016).

V. LA PERSPECTIVA DE LA ECOÉTICA

La ecoética —como su nombre lo indica— no sólo enfrenta la crisis desde la economía, la política y la sociedad (según lo hace la perspectiva del DS) sino ante todo la enfrenta desde la ética, es decir, desde el autoexamen crítico por parte de los individuos, la sociedad y la humanidad en su conjunto, para analizar qué tanto nos acercamos o alejamos de lo que concebimos como valor y finalmente como “bien”. Para la ecoética es bueno mantener la integridad del planeta y sus ecosistemas, pues ello permite crecer a todos los seres vivos, a la gran comunidad biótica —de la que los humanos formamos parte y tenemos la responsabilidad de cuidarla—.

La crítica central que esta postura hace a la humanidad es que, como lo demuestra el historiador Lynn White en su célebre artículo de 1967, “Las raíces culturales de nuestra crisis ecológica”, publicado en la revista *Science*: hemos sido antropocéntrico-abusivos: nos hemos considerado el centro de la Tierra y sus propietarios, con derecho a dominarla, explotarla y sobreponerla. Nos han interesado nuestras necesidades y hemos pasado por encima de las necesidades de otros seres vivos. Según White, el abuso humano del planeta comenzó con la tradición judeo-cristiana cuando establece en El Génesis:

Dios creó al ser humano a su imagen;
...Hombre y mujer los creó
y los bendijo con estas palabras:
Sean fructíferos y multiplíquense;
llenen la tierra y sométanla,
dominen a los peces del mar y a las aves del cielo,
y a todos los reptiles que se arrastran por el suelo.¹⁴

Esto no significa que podemos atribuirle a la religión judeo-cristiana la destrucción del planeta. White no pensaba precisamente en la fe de la religión y sus prácticas, sino en los parámetros culturales que se establecieron con el citado pasaje: la centralidad humana y el derecho a poner a nuestro servicio a los otros seres vivos. Esto es lo que parece decisivo. Y más allá de White, el primer planteamiento de la ecoética lo hizo, desde 1949, Aldo Leopold, quien no era filósofo profesional sino ecólogo y silvicultor, pero con firmes convicciones éticas respecto al planeta y el conjunto de

¹⁴ Génesis 26-28. Véase White, L., “The Historical Roots of our Ecological Crisis”, *Science*, 155, 3767, marzo de 1967, pp. 82 y ss.

los seres vivos. Él también recae (aunque sin nombrar a la tradición cultural judeo-cristiana) en la centralidad que nos hemos concedido y cómo estamos ejerciendo una gran violencia sobre la Tierra, al punto de llegar a “enfermarla”.

Leopold inauguró una ecoética que podemos llamar moderada, en el sentido de que además de concederle suma importancia al planeta, destaca la importancia de que los hombres creen valores y leyes para respetarlo en tanto pueden servirse sin exceso de los productos terrestres, de modo que el iniciador de la ecoética le da importancia también al ser humano como ser responsable y creador de valores. Por tanto, el ser humano es un administrador o gestor del mundo natural.¹⁵ En cambio, hay otras ecoéticas llamadas radicales: la de Arne Naess (que publica por primera vez en 1971), la de Holmes Rolston III, y la de Bair Callicot. Son ecoéticas radicales porque para ellas el planeta vale mucho más que el ser humano y éste tiene que subordinar su comportamiento a la naturaleza, el valor de los seres vivos es intrínseco, *per se*, está dado por completo por el mundo natural, no tiene que ser elaborado por la responsabilidad humana. Incluso Rolston III propone que debemos olvidar la cultura que hemos creado y subordinarnos totalmente a la ley de la naturaleza.

La ética ambiental es la única ética que escapa a la cultura. Tiene que evaluar a la naturaleza (lo mismo la silvestre que a la que se mezcla con la cultura) y de este modo juzgar acerca del deber. Una vez que uno ha aceptado la ética ambiental, ya no es el humanista que fue en otro tiempo.¹⁶

Arne Naess, por su parte, nos propone fundirnos con el ecosistema para ser auténticamente éticos, es decir, la vida ética consiste en no pretender ya ser seres individuales con ideales propios, sino hacer de la naturaleza nuestro ideal y mimetizarnos con ella. No tenemos un valor independiente como seres individuales, valemos sólo en la medida en que estamos integrados a la “ecosfera”. El “yo” ya no sería propiamente autónomo, sino que estaría conformado como un “nudo de relaciones” de las distintas fuerzas naturales que nos atraviesan.¹⁷ Las ecoéticas radicales, a pesar de que tienen

¹⁵ Leopold, A., “Ética de la Tierra”, en Riechmann, Jorge (ed.), *Una ética de la Tierra*, Madrid, Catarata, 2000, p. 136.

¹⁶ Rolston, H., “Ética ambiental. Valores y deberes en el mundo natural”, en Kwiatkowska, Teresa e Issa, Jorge (coords.), *Los caminos de la ética ambiental*, México, UAM-Plaza y Valdés, 1998.

¹⁷ Naess, A., “La crisis del medio ambiente y el movimiento ecológico profundo”, en Valdés, Margarita (coord.), *Naturaleza y valor*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2005.

seguidores, son difíciles de llevar a la práctica, porque caen en un naturalismo alejado de la convicción moderna de que es el sujeto, y su organización social, el que regula el orden natural. A su vez y por lo general, estas ecoéticas pretenden reducir a un mínimo el consumo y vivir fuera de la ciudad, tomando lo que nos ofrece la naturaleza, lo que implica un cambio de estilo de vida sumamente difícil en la sociedad contemporánea. Por último, frente al dilema planetario que representa la satisfacción de necesidades de una sobre población humana excesiva, puesto que estamos agotando los recursos de las otras especies y causando la extensión de éstas, las ecoéticas radicales proponen en primer lugar, la sobrevivencia de las especies y en segundo, sin ninguna consideración de ética humanitaria, colocan la sobrevivencia de los individuos humanos. Cabe destacar la idea de Rolston frente al dilema de la explotación de los cuernos de rinocerontes en Zimbabue para dar de comer a los niños pero causando la inevitable extinción de los rinocerontes. Sin una mayor o menor consideración sobre la vida humana, él resuelve el dilema afirmando: “que mueran los niños y vivan los rinocerontes”.¹⁸ Es obvio que tenemos que proteger a los rinocerontes, pero hay múltiples acciones anteriores a dejar morir a los niños.¹⁹

VI. LA PERSPECTIVA DE LA ECOÉTICA MODERADA DE ALDO LEOPOLD

Leopold no es un naturalista, sino que está consciente de la relación cultura-naturaleza. Él parte de la convicción de que ha habido una evolución ética (conciencia de la igualdad y cooperación) de la humanidad. Tal evolución ha sido tanto biológica como social o cultural, y ha consistido en una ampliación progresiva de los círculos de inclusión de la “igualdad de derechos”. Según Leopold, en el inicio de la cultura griega sólo tenían derechos los varones, fue después que se extendió a las esposas en la misma Grecia, luego a los esclavos, y poco a poco a la sociedad en general. Ahora es el tiempo de extender la igualdad de derechos a la naturaleza entera, al gran círculo que está confor-

¹⁸ Rolston, H., “Feeding People *versus* Saving Nature?”, en Light, Andrew y Rolston, Holmes (coords.), *Environmental Ethics*, Reino Unido, Blackwell, 2002, pp. 452 y 453.

¹⁹ Además de las ecoéticas radicales están las éticas ambientales, que pueden ser —por ejemplo el caso de la postura de Paul Taylor— biocéntricas, es decir, que encuentran valor ético en lo vivo (humanos, plantas y animales) pero no en la materia que los rodea, o pueden ser zoocéntricas: se concentran en la defensa de la valía ética de los animales —como es el caso de Peter Singer y Tom Reagan—.

mado por la Tierra.²⁰ Pero no se refiere Leopold con esta idea a los derechos civiles, sino a la “igualdad del derecho básico a la sobrevivencia”, lo cual significa que, en principio, la existencia de todo ser vivo debe ser respetada, no podemos matar a ningún animal, ningún vegetal ni humano de manera inmediata y desconsiderada, porque todos los seres vivos formamos parte de la “comunidad biótica”²¹ y, por ende, “somos compañeros miembros” dependemos unos de otros y formamos simbiosis cooperativas para sobrevivir. Todo viviente tiene un valor propio (él no usa el concepto de valor intrínseco) porque cumple una función, presta un servicio a su ecosistema y al gran ecosistema planetario.

En consecuencia, para Leopold, los humanos no somos autosuficientes; somos seres relativos, insuficientes y necesitados, no sólo de otros humanos, sino incluso de todos los seres vivos en general. Y a causa de esta relatividad, no podemos seguir en la actitud soberbia de concebirnos como seres superiores por el hecho de que tenemos razón, ya que necesitamos de todos los otros para sobrevivir. Por el contrario, hemos de tener la humildad de reconocernos como seres sintientes, materiales, con las necesidades básicas de todo ser vivo. La naturaleza, pues, no nos es ajena, por el contrario nos es próxima, pero no idéntica, como quieren las ecoéticas radicales. Hay una diferencia humana, no porque el humano valga más, sino porque puede conocer los ecosistemas y elaborar valores de acuerdo al respeto hacia los seres vivos y hacia sí mismo. Esta diferencia nos impide caer en el antropocentrismo abusivo que denuncia White, no tenemos ningún derecho a exterminar los seres terrestres, simplemente somos diferentes porque podemos ser responsables del uso que podemos hacer de los recursos naturales. Pero si tenemos el derecho a procurar nuestra sobrevivencia y alimentarnos de otros seres vivos, siempre y cuando no los exterminemos —como está ocurriendo en la actualidad—. La idea de “bien ecológico” de Leopold no es dejar intacto el planeta, sino mantener su integridad de conjunto y su estabilidad, pero es obvio que podemos tomar recursos de él. La estabilidad no es estatismo y la integridad es funcional, es decir, que las pérdidas no afecten la continuidad de la funcionalidad de la Tierra: “Algo es correcto cuando tiende a preservar la integridad, estabilidad y belleza de la comunidad biótica. Es incorrecto cuando tiende a lo contrario”.²²

Leopold está consciente de que somos predadores, o sea que en tanto seres vivos necesitamos alimentarnos de otros, esto es inevitable, la cuestión

²⁰ Leopold, A., “Ética de...”, *cit.*, pp. 134 y 135.

²¹ *Ibidem*, p. 136.

²² *Ibidem*, p. 155.

ética está en no convertirnos en superpredadores, en no abusar y consumir en exceso, en negar el derecho a existir de las otras especies. Podemos vivir en la ciudad, siempre y cuando no exterminemos los ecosistemas urbanos y los circundantes, como tampoco hagamos crecer en exceso las ciudades. Para él, el problema del exceso está causado tanto por la ambición humana de conquistar y apropiarse los recursos de la Tierra y de la Tierra misma (lo que él llama la actitud del conquistador) y que sólo ha traído el agotamiento de los recursos no renovables y los supuestamente renovables, al grado —afirma Leopold— de que la energía de la Tierra ya se renueva, se ha enfermado.²³

Y en efecto, ¿cómo podremos reponer el hielo de los glaciares?, ¿cómo haremos para que vuelva a ser fértil la tierra?, ¿cómo restauraremos el clima? No hay renovación posible de todo esto. Hemos ejercido gran violencia sobre el planeta, y ello ha sido, en opinión de Leopold, no sólo por la economía egoísta y la tecnología, sino por el factor decisivo de la sobre población.²⁴ Ésta es para él, un factor decisivo con el que ejercemos violencia sobre la Tierra, pues aumentamos su capacidad de sustentabilidad,²⁵ la forzamos, mediante alteraciones tecnológicas, a dar más productos de los que ella puede dar. Por tanto, es necesario limitar el crecimiento actual de la sobre población, pero no por la fuerza (ni llegando al extremo de preferir a los rinocerontes frente a los niños) sino con una educación ecoética que nos haga conscientes de la hermandad de los seres vivos y de necesidad de preservar el planeta. La manera de hacer un buen uso de los recursos terrestres es no seguir en un crecimiento ilimitado (como ocurre al final con el DS) sino mantenernos en un crecimiento limitado, con ello podría recuperarse la salud del medio ambiente, y también la de los humanos y los otros seres vivos. Para ello se requiere una buena gestión, una buena administración. No obstante, Leopold no precisa en qué consistiría tal gestión.

VII. LA PROPUESTA DE GESTIÓN DE ELINOR OSTROM

Administrar los bienes terrestres implica graves problemas, pues ¿a quién hacer responsable cuando se trata de bienes comunes y no todos los involucrados están dispuestos a colaborar con vistas al bien de la comunidad y, por el

²³ *Ibidem*, p. 150.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Idem*.

contrario, tienden a apropiarse de ellos?, ¿corresponde entonces al Estado hacerse cargo?, ¿pero verá éste por el bien común?

El filósofo Harret Hardin precisa lo anterior con el nombre de “La tragedia de los comunes”,²⁶ la cual en síntesis consiste en que algunos grupos se apoderan de estos bienes y los sobreexplotan, o bien los compra un propietario. Y esto es así porque el ser humano es egoísta, explotador y tiende a apropiarse de los bienes comunes. La única manera de salvarlos es con la intervención estatal o venderlos a propietarios privados. Pero frente a esta propuesta está otra muy distinta que es la de la polítóloga Elinor Ostrom, quien tienen una visión distanciada de la economía clásica y también de la perspectiva del DS. Más bien se trata de una visión cercana a la ecoética moderada, que rechaza la intervención de los propietarios y logra precisar en qué consistiría una buena gestión.

Para Ostrom, hay que aprender de las comunidades que viven de los recursos naturales (bosques, agua, presas, pesca, sistemas de irrigación, pastizales). Es necesario aprender de su sabiduría y experiencia porque a tales comunidades les ha interesado su mantenimiento y preservación. Ella encuentra que la clave para no explotar los recursos naturales y hacerse propietario de ellos está en el tipo de interacción de los humanos, en las relaciones que establecen entre sí los miembros de un determinado grupo. Tal interacción ha de ser cooperativa y antiantagonista. Pero ésta es aprendida, no es innata y debemos esforzarnos por aprenderla para propiciar el cambio.

Ostrom investiga diversas comunidades de Suiza (Tobel), España (Valencia y Alicante), Filipinas (Las Zanjeras) la isla de Sri Lanka, Japón (Yamanoka) y muchos otros países; encuentra que las comunidades que utilizan los bienes comunes tienen una disposición a intensificar la comunicación, la información, el reparto de costes; desarrollan mecanismos de decisión y de formulación de reglas, buscan soluciones a largo plazo, monitorean sus acciones, establecen sanciones graduales y mecanismos de resolución de conflictos.²⁷ Con todo esto, articulan su propia institucionalidad. El eje de su funcionamiento está en la autorganización de las relaciones socioecológicas sustentables que excluye por completo la participación del Estado y de dueños privados. Se trata de un sistema de mutualismo, de cooperativas para

²⁶ Disponible en: https://www.euam.es/personal_pdi/ciencias/jonate/Eco_Rec/Intro/La_tragedia_de_los_comunes.pdf (consultada el 23 de septiembre de 2016).

²⁷ Véase Ostrom, Elinor, *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2012, pp. 118-185.

la producción y el consumo y que maneja su economía a partir de microcréditos y de comercio justo. Todo ello gestionado con vistas a largo plazo.

En este tipo de organización comunitaria, el desarrollo se entiende en tanto sustentabilidad del ecosistema y la no carencia en el nivel de vida, más no como crecimiento a ultranza, sino como crecimiento bajo y continuo. La economía se adjunta a las exigencias de la ecología y del bienestar social global. La comunidad vive mejor, desarrolla potencialidades de calidad del ecosistema y no requiere aumentar el uso de energía y materiales para “crecer”.

Como lo sugiere la ecologista Patricia Vizcaíno Fernández Villamil, con este modelo cooperativo no hubiera fracasado el Protocolo de Kioto,²⁸ no hubiéramos aumentado tanto la temperatura del planeta y no se seguiría buscando la explotación sin límite de la naturaleza como se hace patente en el proyecto de extracción de petróleo de Alaska. Lo que demuestra la propuesta de Elinor Ostrom es que tenemos que cambiar los presupuestos sobre el egoísmo humano que siempre buscará la propiedad privada. Los casos reales analizados por Ostrom demuestran que el ser humano también es capaz de cooperar.²⁹ También hay que revisar el presupuesto del crecimiento como meta de las organizaciones sociopolítico-económicas y del cual se hace eco el DS. El crecimiento tiene sus límites, pero para entenderlo de este modo se requiere una fuerte voluntad política que impida la explotación del planeta.

El ecosistema global ya no puede soportarlo todo. Falta conciencia de la crisis que vivimos. No hay renovación de la Tierra, por el contrario hay agotamiento y enfermedad de ésta, así como escasez de recursos y aumento de enfermedades. Desde el punto de vista ético, no podemos ni debemos seguir indiferentes ante el deterioro de la salud humana y del planeta en general. Hemos llegado al punto en que, por ignorar el ambiente natural, tenemos que luchar por el derecho a la salud no sólo exigiendo atención médica por parte de los gobiernos sino obligándonos a cuidar de los otros seres vivos, y exigir por tanto también nuestro derecho a un medio ambiente sano. ¿Podremos aproximarnos al modelo económico cooperativo de Elinor Ostrom? Éste parece que es el reto central.

²⁸ Vizcaíno Fernández-Villamil, P., “¿Es posible...?”, *cit.*

²⁹ Véase Aguilera Klink, F., “Elinor Ostrom, Las instituciones y los recursos naturales de propiedad común: pensando con claridad, más allá de las panaceas”, *Revista de Economía*, núm. 14, segundo semestre de 2012.

BIOÉTICA Y ASPECTOS JURÍDICOS EN LA RELACIÓN CON LOS ANIMALES NO HUMANOS

Beatriz VANDA CANTÓN

SUMARIO: I. *Situación de los animales en un mundo antropocéntrico.* II. *Los derechos humanos y los animales.* III. *Propuestas éticas para extender la consideración a los animales no humanos.* IV. *Situación legal de los animales.* V. *Ética y legislación en el uso de animales en investigación.* VI. *Reflexión final.*

I. SITUACIÓN DE LOS ANIMALES EN UN MUNDO ANTROPOCÉNTRICO

Los animales vertebrados comparten con nosotros el planeta y contribuyen en forma importante a nuestra supervivencia —muchas veces a costa de su propia vida— como sucede con aquellos destinados a la producción de alimentos, a la investigación y a la enseñanza. De otros animales se obtiene valiosa ayuda para el trabajo a través de los servicios que prestan a la sociedad (en la policía, búsqueda y rescate; asistencia, terapia a discapacitados y enfermos, guardia y protección); son fuente importante para el sustento económico de muchas familias, a las que acompañan y ayudan en sus labores de carga, tiro, transporte y arado. También hay animales que son utilizados en actividades deportivas, espectáculos y exhibición. Otros más comparten nuestra casa y la vida cotidiana, brindando afecto y compañía, al tiempo que contribuyen a desarrollar en los miembros de la comunidad, especialmente en los niños, sentimientos de responsabilidad, gratitud y cuidado por los demás. Pero al estar a nuestra merced, los animales suelen ser víctimas de abusos, explotación y malos tratos, por lo tanto, deberían ser objeto de tutela y protección por parte del Estado.

1. Los “otros” animales: un grupo sin voz

A pesar de las numerosas evidencias empíricas y científicas que demuestran que la mayoría de los animales vertebrados (quienes en este capítulo serán llamados animales no humanos, o simplemente animales) tienen un sistema nervioso central lo suficientemente desarrollado para sentir dolor físico, sufrimiento emocional, darse cuenta de lo que ocurre en su entorno, y reaccionar de forma aversiva ante situaciones que les provocan daño o temor;¹ todavía hay quienes se niegan a cambiar el equivocado paradigma cartesiano de que son máquinas irracionales, incapaces de sentir.²

Desde mediados del siglo pasado, los avances en neurofisiología, anatomía, genética y etología (que estudia el comportamiento de los animales), han aportado valiosa información acerca de los vertebrados no humanos y sus capacidades, demostrando que no se comportan de manera azarosa ni predeterminada —como se creyó durante siglos— sino que sus acciones tienen una lógica que responde a las diferentes situaciones que enfrentan; y al igual que ocurre en la especie humana, el comportamiento está motivado por sus estados internos (también conocidos como estados mentales).³ Dicho comportamiento puede ser observado, medido y cuantificado, por eso se considera como una expresión de sus motivaciones, sus miedos, preferencias y expectativas,⁴ aunque no puedan ser manifestados con palabras. Los animales prestan atención a su ambiente, y son capaces aprender observando a otros sujetos e imitándolos.⁵ Su memoria les permite aplicar la información adquirida para adaptarse a las diversas situaciones que se les presentan, lo que les permite innovar comportamientos, así como evaluar riesgos y beneficios.⁶ Llevan a cabo acciones voluntarias; reconocen rutas, lugares, objetos y a otros individuos, con quienes son capaces de comuni-

¹ Dawkins, Marian, “Animal Suffering”, *The Science of Animal Welfare*, Londres, Chapman and Hall, 1989.

² Descartes, René, *Discours de la méthode*, 1637, edición electrónica realizada con Microsoft Word 2001 para Macintosh, Chicoutimi, febrero de 2002, disponible en: http://classiques.uqac.ca/classiques/Descartes/discours_methode/Discours_methode.pdf.

³ Gallup, Gordon G. Jr., “Do Minds Exist in Species other than our Own?”, *Neuroscience and Biobehavioral Reviews*, núm. 9, 1985, pp. 631-641; Vauclair, Jacques, “Mental States in Animals: Cognitive Ethology”, *Trends in Cognitive Sciences*, núm. 1, 1997, pp. 35-39.

⁴ Galindo, Francisco A., “Introducción a la etología aplicada”, en Galindo, F. A. y Orihuela, A. (eds.), *Etología aplicada*, México, UNAM, 2004, pp. 17-28.

⁵ Heyes, Cecilia M., “Imitation, Culture and Cognition”, *Animal Behaviour*, 1993, pp. 999-1010.

⁶ Griffin, Donald R. y Speck, G. B., “New Evidence of Animal Consciousness”, *Animal Cognition*, 2004, pp. 5, 7 y 18.

carse. La mayoría de las especies viven en grupo, y generalmente tienen una estructura social compleja.⁷ Estas capacidades —entre otras muchas— rebasan la creencia de que son sólo cosas y fortalecen el hecho de que pueden ser considerados sujetos.

Por ello, cuando discriminamos a un animal, excluyéndolo de la consideración ética, por el sólo hecho de que no pertenece a nuestra especie, es decir, porque tiene un genoma diferente del nuestro, se incurre en especismo,⁸ que es una actitud tan inmoral como discriminar a alguien por su género (sexismo), su etnia (racismo) o su coeficiente intelectual.

2. *Vulnerabilidad, especismo y explotación*

La vulnerabilidad se entiende como el resultado de la acumulación de desventajas que conducen a una mayor posibilidad de ser dañado; es una condición en la que un sujeto carece de control sobre los sucesos o acciones externas que lo afectan negativamente. Ruth Macklin describe como sujetos vulnerables a aquellos que pueden ser explotados o sufrir un daño.⁹ La vulnerabilidad no es una condición exclusiva de los humanos, sino de cualquier individuo incapaz de proteger sus propios intereses, ya sea porque carece de los atributos necesarios para hacerlo, o porque su libertad para consentir o declinar participar en determinada actividad se encuentra limitada o restringida. Los animales no humanos, no sólo comparten con nosotros la complejidad y fragilidad de la vida, sino también el ser vulnerables.

Ver a los animales no humanos de una forma reduccionista y mecanista, ha favorecido y seguirá favoreciendo que sean tratados como objetos desechables, susceptibles de ser vendidos, encerrados, torturados o matados, sin ninguna consecuencia para quienes ejercen violencia contra ellos, y sin cuestionamientos jurídicos, éticos o religiosos, lo que aumenta su condición de vulnerabilidad.

Los animales dependen de nosotros, nunca se les pide su consentimiento para lo que les hacemos, no participan en las decisiones que otros toman sobre su vida y su salud, y casi siempre somos los humanos quienes decidimos cuándo y cómo morirán. Las decisiones humanas pocas veces toman

⁷ Waal, Frans de, *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and other Animals*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

⁸ Adaptación del neologismo inglés “*speciesism*”, acuñado en 1971 por Richard Ryder en su artículo “*Experiments on Animals*”. El *Diccionario de Oxford* lo define como “la asunción de la superioridad humana sobre otras criaturas, lo que lleva a la explotación animal”.

⁹ Macklin, Ruth, “*Bioethics, Vulnerability and Protection*”, *Bioethics*, 17, 2003, pp. 472-486.

en cuenta los intereses¹⁰ o necesidades que los animales pudieran tener, pre-
valeciendo siempre nuestros intereses —aunque sean superfluos—, por enci-
ma de los intereses vitales de los animales. Aunado a esto, ignoramos sus
quejas porque no hablan nuestro lenguaje, no pueden escapar de nuestro
dominio, y aunque intenten defenderse, tenemos ventaja sobre ellos. Tam-
poco pueden denunciarnos ante nadie, ni recurrir a ninguna instancia para
protestar o pedir ayuda.

Esta situación de indefensión no debe ser motivo para perpetuar nues-
tras prácticas de explotación desmedida, ni justifica lo que les hacemos,
aunque sea por buscar un bien para nuestra especie o para algunos miem-
bros de ella; pues los fines, por nobles que sean, no siempre justifican los
medios, al menos cuando estos últimos no son éticos y causan daños a terceros.

Actualmente en nuestro país, un gran número de animales carece de las
condiciones mínimas de bienestar, entendido éste como la manera en que
los animales enfrentan su ambiente, lo que incluye su salud, sus percepcio-
nes y sus estados mentales.¹¹ El bienestar animal es un concepto científico
que se puede evaluar de manera objetiva, y medirse con una escala que va
desde malo o bajo, hasta bueno, pasando por niveles intermedios. Cuan-
do las condiciones son hostiles para los animales y la adaptación resulta
imposible, pueden enfermar o morir. Si consiguen adaptarse, pero a costa
de mucho esfuerzo porque el ambiente es adverso, esto supondrá un costo
biológico que los afectará de manera negativa en su crecimiento, producti-
vidad y estado de salud, así como en la presentación de comportamientos
anormales, como depresión, pérdida de apetito o conductas agresivas hacia
sí mismos o los demás.

Hay que tener presente que aun cuando los animales tengan cubiertas
sus necesidades fisiológicas básicas, eso no significa necesariamente que su
nivel de bienestar sea bueno.¹²

¹⁰ El “interés” de un animal se refiere a todo aquello que lo hace sentir bien y que es
necesario para que conserve su vida y su integridad, por lo tanto, lo busca, y trata de evitar
lo que le cause daño. Peter Singer emplea repetidamente este concepto en su obra *Liberación
animal*.

¹¹ Duncan, I. J. H., “Animal Welfare Defined in Terms of Feelings”, *Acta Agriculturae
Scandinavica*, 1996, Sec A, Animal Science, Suppl. 27, pp. 29-35; Comisión Europea, “Global
Conference on Animal Welfare: an OIE Initiative”, *Proceedings*, París, Oficina de Publicacio-
nes Oficiales de las Comunidades Europeas, 23-25 de febrero de 2004, p. 333; Mellor, D. J.,
“Animal Emotions, Behaviour and the Promotion of Positive Welfare States”, *New Zealand
Veterinary Journal*, 60, 2012, pp. 1-8.

¹² Farm Animal Welfare Council (FAWC), *Second Report on Priorities for Research and Develop-
ment in Farm Animal Welfare*, Londres, Ministry of Agriculture, Food and Fisheries, 1993.

Algunos de los problemas de bienestar más comunes que padecen los animales tanto en México como en la mayoría de los países, son:

- Carecen de alimento y agua necesarios para el tipo de función que llevan a cabo.
- Carecen de alojamiento acorde a su especie, ya que están expuestos al sol o a la lluvia, sus jaulas o encierros son tan pequeños que no les permite cambiar de posición ni desplazarse. En ocasiones los pisos de sus albergues les producen incomodidad, lesiones, caídas y luxaciones. Todavía se siguen usando métodos de sujeción y ataduras que los hieren o estrangulan.
- Carecen de atención médica y cuidados cuando se lastiman, si están heridos o presentan enfermedades, y aún en esas condiciones son obligados a seguir trabajando. Inclusive son sometidos a mutilaciones innecesarias, muchas veces hechas sin anestesia.
- Son transportados inadecuadamente, ya que los vehículos en donde viajan no tienen rampas ni separaciones por lo que resbalan, caen y se aplastan. Viajan hacinados durante largos trayectos y muchos mueren sofocados.
- La matanza en la mayoría de los rastros se realiza sin previa pérdida de la conciencia, mediante desangrado o degüello, y los animales llegan a ser introducidos al agua hirviendo, o eviscerados estando vivos y conscientes. Y las condiciones sanitarias durante todas estas etapas hasta el faenado de los cadáveres, no siempre se llevan a cabo en condiciones idóneas. Paralelamente a esto, incrementar los productos de origen animal para consumo humano está dando lugar a una serie de cuestionamientos éticos y ecológicos, como son el deterioro ambiental, la contaminación y la sanidad, que deben ser tomados en cuenta junto con la preocupación por el bienestar animal.
- En investigación y enseñanza, se emplea un mayor número de animales de los necesarios en lugar de recurrir a los métodos alternativos y se suele hacer caso omiso de las recomendaciones de remplazar, reducir y refinar. Muchos de los experimentos son altamente invasivos y no siempre se procura el control del dolor mediante analgésicos o anestésicos. Cabe destacar que algunas técnicas empleadas no se justifican desde el punto de vista científico y tampoco se considera el momento en que se debe matar a los animales cuando las condiciones de dolor y sufrimiento a las que han sido sometidos van más allá de lo que pueden soportar.

- Los animales silvestres en cautiverio, ya sea con fines de exhibición o espectáculos, son víctimas de estrés como resultado del contacto con la gente y por enfrentarse continuamente a estímulos y situaciones que los atemorizan, lo que altera su estado emocional y sus hábitos reproductivos, dejando de cumplirse uno de los objetivos de su cautiverio, que es la conservación de las especies.
- Los animales de compañía son reproducidos y comercializados sin ninguna restricción sanitaria, legal ni ética. Muchos son víctimas de maltrato, tortura deliberada o terminan abandonados, y cuando se consideran una “molestia”, son matados en los centros de control mediante electrocución o con métodos que resultan muy dolorosos.
- El sufrimiento y muerte que experimentan en espectáculos crueles como peleas, corridas de toros, rejoneos y otros, en donde el objetivo es que pierdan la vida. Esto tampoco es bueno para la sociedad y la salud pública, ya que se ha demostrado que presenciar o participar directamente en estos espectáculos favorece actitudes de violencia en los observadores, así como indiferencia ante el sufrimiento ajeno.

3. Estatus jurídico de los animales no humanos en los Estados Unidos Mexicanos

El Código Civil Federal mexicano,¹³ así como los códigos de otros países, fue inspirado tanto en la configuración romana de la propiedad, como en una “pared legal” que separa a los seres humanos de la naturaleza, por lo que sólo considera dos principales tipos de estatus jurídico: el de personas y el de bienes (que incluye a todo y todos los demás). En nuestro Código Civil se les concede a los humanos —quienes no son susceptibles de apropiación— un estatus de personas físicas, mismo que adquieren al momento de nacer y conservan hasta que mueren (artículo 22). En el artículo 23 se señala que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; sin embargo, los incapaces pueden ejercitar sus derechos por medio de sus representantes. El Código no señala las características que alguien debe poseer para ser considerado como persona, salvo la de pertenecer a la especie humana (*homo sapiens*), lo cual no se menciona explícitamente.

¹³ Código Civil federal (texto vigente), nuevo Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes, 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Últimas reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 2013, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/2_241213.doc

Por otra parte, los bienes —en cuanto a que son susceptibles de apropiación— se subclasifican —de forma no muy lógica— en “bienes inmuebles” o “bienes muebles” (dependiendo de si están fijos en el suelo o de si se pueden mover), pero en ningún momento se hace una precisión acerca de la naturaleza de estos bienes o cosas; de modo que los animales, dependiendo del lugar donde vivan, pueden ser considerados bienes inmuebles o muebles. Por ejemplo, se consideran bienes inmuebles a los animales que están en palomares, estanques (artículo 750), así como aquellos que formen el pie de cría destinados a la ganadería y a las “bestias” de trabajo. Y se consideran bienes muebles o “semovientes”, aquellos cuerpos que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro (artículo 753), como los vehículos, los animales de compañía y los silvestres cuando son capturados o cazados. Pero se deja de lado el aspecto más importante: la naturaleza viviente y sintiente de algunos de estos “bienes”. Estos criterios no son tomados en cuenta como criterio de clasificación. De modo que en México los animales destinados a la producción, tienen el mismo estatus que el abono, los postes y las líneas telefónicas; en tanto que la mayoría de los animales de compañía y los caballos se consideran “bienes muebles” (semovientes) —lo mismo que un automóvil o una bicicleta—.

El hecho de que los animales sean contemplados sólo como bienes, los coloca en una situación de vulnerabilidad e indefensión, haciéndolos susceptibles de compraventa, arrendamiento, captura, caza, destrucción o abuso, por parte de cualquier persona. De esto se sigue que no existen restricciones legales para el trato que reciben, y si se les causa daño, tortura o muerte, dicha acción tendría prácticamente la misma categoría y penalización que la de cualquier otro delito por “daño a propiedad o a bienes ajenos”.

Dado que la estructura jurídica occidental tiene una base antropocéntrica, es decir que considera exclusivamente los intereses de los humanos, los otros animales quedaron fuera del ámbito jurídico como sujetos, porque no se considera que puedan ser propietarios de ningún bien, ni siquiera de su vida ni de su cuerpo, sino solamente pueden ser poseídos por un humano. Hoy en día, esta manera de clasificar a los animales resulta incorrecta y hasta injusta —dirían algunos—, por lo que habría que recategorizarlos dentro de un régimen jurídico aparte.

II. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ANIMALES

La manera en que vemos a los otros animales¹⁴ ha cambiado sustancialmente en los últimos 50 años, cuando gran parte de la población empezó a cuestionarse si efectivamente eran meros recursos naturales “renovables” a nuestra disposición; lo que en varios sectores también ocasionó un rechazo a la idea judeo-cristiana de que el ser humano es el “rey de la creación” y, en consecuencia, la naturaleza y todo lo que lo habita es susceptible de ser dominado por nuestra especie.

Pero sin duda, el más duro golpe contra el antropocentrismo¹⁵ fueron las aportaciones de Charles Darwin, cuando en 1859 publicó *El origen de las especies por medio de la selección natural*, en donde postulaba que todos los animales provenimos de un ancestro común y, por lo tanto, los humanos no estamos fuera del mundo natural sino que somos parte de él. Como si esto no fuera suficiente, en 1872 publicó *La expresión de las emociones en el hombre y en los animales*, concediendo que éstos no solamente estaban emparentados con nosotros, sino que también tenían vida mental. Gracias a su influencia y a la de otros destacados naturalistas, filósofos y estudiosos del derecho, el horizonte se abrió y el panorama no ha dejado de cambiar vertiginosamente, cayendo los antiguos paradigmas que sostenían que entre nuestra especie y los demás animales había un abismo infranqueable. Hoy, que se sabe que los otros vertebrados no son máquinas, sino que sienten y tienen capacidades cognitivas, se hacen esfuerzos para que también sean respetados y tomados en cuenta.¹⁶

Por siglos, muchos grupos humanos han tendido a rechazar a quienes les parecen diferentes (física o culturalmente), ya sea porque les parecen peligrosos o inferiores, o bien, susceptibles de ser dominados o esclavizados. De manera que el concepto de derechos humanos que tan lógico y familiar nos resulta hoy, es reciente, tiene poco más de 200 años. Afortunadamente, ahora casi todo el mundo lo acepta sin cuestionar si todos los humanos tenemos los mismos derechos y por qué.

¹⁴ En este texto, los “otros animales” se refiere a las demás especies de vertebrados; ya que los humanos (*homo sapiens sapiens*), también pertenecemos al *subphylum vertebrata* del reino animal.

¹⁵ Corriente de pensamiento que coloca al ser humano como centro del universo. El antropocentrismo ético consiste en otorgar consideración moral exclusivamente a la especie humana.

¹⁶ Tafalla, Marta, “La defensa de los animales. Razones para un movimiento moral”, *Revista Crítica*, monográfico sobre “Los movimientos sociales en el siglo XXI”, núm. 941, 2007, pp. 58-61.

Durante miles de años los derechos se otorgaron sólo a algunos, como si tratara de privilegios para algunos grupos. A lo largo de la historia muchos humanos fueron esclavos, siendo propiedad de otros, o fueron excluidos y discriminados negativamente por razones tan arbitrarias como la pertenencia o no a determinada etnia o clase social, por su creencia religiosa, género, edad, o por tener alguna discapacidad o diferencia física respecto al grupo dominante. Y aunque todavía no se han erradicado por completo actitudes inmorales y retrógradas como el racismo, el machismo o la homofobia, son reprobadas por gran parte de la humanidad, y se siguen haciendo esfuerzos por que cada vez seamos más incluyentes.

Prácticamente hoy nos parece incuestionable que todos los humanos tengamos derecho a ser libres, a conservar nuestra vida, a recibir atención para el cuidado de la salud, a tener acceso a la educación, a un salario justo por el trabajo realizado, a que no seamos despojados de nuestros bienes, a tener un proyecto de vida de acuerdo con nuestras preferencias, etcétera. Pero ¿qué relación tiene todo esto con la situación de los otros animales que no pertenecen a la especie humana? ¿Hasta dónde se deben o se pueden derrumbar las barreras de la exclusión y la explotación de otros seres, simplemente porque no son completamente iguales a nosotros y no hablan nuestro lenguaje?

1. La lucha por la consideración moral de los animales

Los movimientos socioculturales y políticos en favor de la justicia, la equidad y por la búsqueda de mejores condiciones de vida para los humanos, no han estado —ni pueden estar— separadas de la lucha en contra de la explotación y maltrato a los otros animales, ya que muchas de las tesis en las que ambas se apoyan, coinciden o son muy similares de ahí podemos entender por qué algunos de los notables precursores de la inclusión de los animales no humanos en la consideración ética, han sido también defensores de los derechos humanos.

Jeremy Bentham (1748-1832), filósofo del derecho y reformador social, que tuvo el coraje de criticar abierta y razonadamente cualquier tipo de crueldad hacia los animales, acuñó la célebre frase sobre los animales, que dice: “No debemos preguntarnos: ¿pueden razonar?, ni tampoco: ¿pueden hablar?, sino: ¿pueden sufrir?”

La Ilustración acabó con muchas de las atrocidades que se cometían en contra de los animales en la Inglaterra del siglo XVIII, al punto que, a comienzos del XIX, aparecieron las primeras normativas de protección

animal (1822), luego de que Richard Martin llevara un proyecto de ley al Parlamento británico con el fin de proteger de la crueldad a los vacunos, borregos y caballos. Como consecuencia se fundó la Society for the Prevention of Cruelty to Animals, primera organización de defensa animal creada en el mundo.

En Estados Unidos, el diplomático y activista Henry Bergh, decía que “los animales son obligados a servir a la humanidad, pero no reciben protección”, por lo que en 1866 funda la Sociedad Americana para Prevenir la Crueldad con los Animales, y al poco tiempo también fundó la Sociedad para la Prevención de la Crueldad hacia los Niños.

En 1872, en Barcelona se constituyó la Liga para la Protección de los Animales y las Plantas.

Para 1892, el escritor y activista británico Henry Salt publicó *Animals' Rights: Considered in Relation to Social Progress*, y fundó la Liga Humanitaria contra los Deportes Crueles, en donde propone la prohibición de la cacería. También luchó en favor de las reformas económicas y sociales, así como por mejorar las condiciones de vida en las prisiones. Su obra influyó en Mahatma Gandhi, quien decía que: “la grandeza de una nación y su progreso moral pueden ser juzgados por la forma en que trata a sus animales”.

Cuando en 1964, la inglesa Ruth Harrison describió en su libro *Animal Machines* las condiciones en las que vivían los animales en las granjas de la Gran Bretaña, la indignación social se hizo patente, dando lugar a que el ministro de Agricultura encargara una investigación sobre las condiciones en las que estaban dichos animales. Los resultados se publicaron en el Informe Brambell, a raíz del cual se fundó el Consejo para el Bienestar Animal en los Animales de Granja (FAWC), y se promulgaron las que se conocen como las Cinco Libertades, que consisten en los puntos que deben ser atendidos y respetados para que un animal tenga cubiertas sus necesidades fisiológicas y mentales, y con ello poder vivir con un nivel de bienestar aceptable. Estas consisten en que los animales estén:

- Libres de hambre y sed.
- Libres de frío, calor, incomodidad e inmovilidad.
- Libres de golpes, heridas, miedo y aislamiento.
- Libres de dolor y enfermedad.
- Libres para expresar comportamientos necesarios.

Durante los años setenta tomó fuerza un movimiento liderado por filósofos, el cual proporciona evidencias científicas y argumentos éticos con

los cuales contrarrestar el discurso antropocéntrico que había prevalecido hasta entonces.

En 1975 el filósofo Peter Singer publica su libro *Liberación animal*, una de las obras que más han influido en la ética práctica del siglo XX. Ahí propone de manera clara y contundente las razones para incluir a todos los seres capaces de sentir dentro de nuestra esfera de consideración moral. Tres años después de esta publicación, se redactó la Declaración Universal de los Derechos del Animal, que fue promulgada por la UNESCO en París (1978). Dicha Declaración fue elaborada por expertos en ciencias biológicas, etología y antropología, con base en una ética de la no violencia, y en el compromiso social y cultural contra todo tipo de discriminación y destrucción.

Como todos los movimientos liberacionistas y democratizadores, el movimiento por la consideración de los animales, fue y sigue siendo visto con desconfianza, o tildado de ridículo, pero dado que se sostiene en argumentos científicos, lógicos e inspirados en la justicia y la no exclusión —en los que también se inspiran la ética y los derechos humanos—, resulta difícil ignorarlo o descalificarlo.

III. PROPUESTAS ÉTICAS PARA EXTENDER LA CONSIDERACIÓN A LOS ANIMALES NO HUMANOS

1. *Argumentos para considerar a los animales*

Partiendo de que la bioética no es excluyente, sino que se ocupa de todo lo que afecta al *bios*, o sea, a los vivientes, y de una forma especial a aquellos que son más vulnerables, no puede dejar fuera a los otros animales. Darwin decía que mientras más evolucionada fuera una conciencia, tendería a ser más incluyente.

A continuación, se presentan dos de los principales argumentos para extender la consideración moral hacia los animales no humanos:

1. La capacidad de sentir. Según Jeremy Bentham, la capacidad de sentir dolor es la característica fundamental que le otorga a cualquier ser, el derecho a ser considerado desde el punto de vista moral, ya que se trata de algo básico, palpable y universal, es una característica menos arbitraria que el color de la piel, el género o la especie, y no depende

del coeficiente intelectual, ni de la posesión de un lenguaje verbal.¹⁷ Singer coincide con él cuando dice que poder experimentar dolor o sufrimiento así como placer o bienestar, es requisito para tener cualquier interés vital y, por lo tanto, condición suficiente para que sus intereses sean tomados en cuenta con la misma importancia.¹⁸ También afirma que es inmoral causarle dolor a cualquiera (no importa su especie) que sea capaz de sentirlo.

2. Poseer una vida mental. Para Tom Regan, filósofo de inspiración kantiana, los animales que tienen memoria, sentimientos, deseos, preferencias, capacidad de relacionarse con otros y desarrollar estrategias encaminadas a lograr el propio bienestar (propiedades presentes en todos los mamíferos, la mayoría de las aves, reptiles e incluso demostradas en muchas especies de peces), poseen un “valor inherente”, que no depende del valor instrumental que se les haya querido adjudicar, es decir, de lo útiles que nos parezcan con base en nuestros intereses humanos, ni del aprecio económico, estético, genético o afectivo que se les tenga. Este valor inherente del que son portadores, nos impediría tratarlos como simples medios para alcanzar nuestros fines.¹⁹

Por lo que una propuesta apoyada en la ciencia y en la filosofía puede sostener que:

todos los animales que tengan un sistema nervioso central que les permita sentir dolor físico o emocional y que sean susceptibles de ser dañados o beneficiados por la acción de un tercero, no deben ser considerados sólo como bienes u objetos, sino como pacientes morales, y entonces, tendríamos ciertos deberes hacia ellos, como el de tomar en cuenta sus intereses y necesidades vitales.

2. *Agentes morales y pacientes morales*

Algunos filósofos del derecho contemporáneos han propuesto dos tipos de estatus moral para los animales: agentes y pacientes morales.²⁰ Para Tom Regan los agentes morales tienen capacidad de hacer juicios acerca de sus

¹⁷ Bentham, Jeremy, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, cap. 17, p. 382.

¹⁸ Singer, Peter, *Liberación animal*, 2a. ed., Valladolid, Trotta, 1999, p. 44.

¹⁹ Regan, Tom, *The Case for Animal Rights*, Berkeley, University of California Press, 1983.

²⁰ Taylor, Paul W., *Respect for Nature. A Theory of Environmental Ethics*, 2a. ed., Princeton, Princeton University Press, 1989, p. 14.

acciones y de si las consecuencias son buenas o no, pudiendo responder por sus actos, por lo que además de ser poseedores de derechos jurídicos, también tienen deberes y obligaciones hacia los demás. Poseen este estatus todos los humanos conscientes y en pleno uso de sus facultades mentales.

En cambio, los pacientes²¹ morales son aquellos sujetos cuyas condiciones de vida pueden verse favorecidas o perjudicadas por la acción de un tercero y, por lo tanto, se les pueden adjudicar derechos. Sin embargo, como no pueden responder por sus actos, no tienen obligaciones con ningún agente moral, pero los agentes morales sí las tienen hacia ellos. Poseen este estatus los humanos incapaces de hacer juicios éticos, como los bebés, los niños muy pequeños, los humanos adultos con trastornos o discapacidad mental, los pacientes en coma o en estado vegetativo, y aquí también pueden incluirse a los animales no humanos.

Todos los agentes morales son a la vez pacientes morales, pero no a la inversa.

Los derechos no debieran otorgarse a unos sí y a otros no, y menos por motivos arbitrarios como la pertenencia a una especie, la forma de expresarse o por tener un modo distinto de estar en el mundo; porque entonces en vez de un reconocimiento del “otro”, pareciera que se trata de privilegios, no de derechos.

3. Propuesta para un nuevo estatus jurídico de los animales en México

Dado las que los animales son seres sintientes, que experimentan emociones y pueden establecer vínculos con otros, es necesario superar la concepción antropocéntrica y materialista que les adjudica a los animales sólo un valor instrumental o económico, y reconocer que su estatus debe ser diferente al que tiene una cosa o un “bien” inanimado. Debería reconocérseles un estatus moral y jurídico acorde con los avances de las ciencias, el derecho y la reflexión ética del siglo XXI.

Otorgar un estatus moral o legal en función de la especie a la que alguien pertenece, es un criterio arbitrario que privilegia a unos, al tiempo que excluye a muchos otros de toda consideración, ignorando sus necesidades o su sufrimiento, lo cual no resulta éticamente aceptable. Ya hemos visto que entre los humanos las diferencias raciales, de género, no constituyen un motivo para merecer distinto estatus moral o jurídico. Tampoco las diferen-

²¹ El término “paciente” en este sentido significa que es un “pasivo” moral; es decir, quien recibe la acción de los agentes morales.

cias en el desarrollo de capacidades intelectuales en los humanos hace que quienes las posean en grado superior sean personas de “primera clase” y por ello merezcan mayor consideración; incluso quienes carecen de méritos éticos (como los criminales), tienen y conservan el mismo estatus que los demás individuos de la especie. Dicho de otra forma, el valor de un humano no radica en sus méritos, en sus aptitudes, ni en su aspecto.

En México se podría proponer para los animales un estatus de “pacientes morales” o de seres sintientes, lo que no contraviene al Código Civil vigente e incluso es compatible con sus disposiciones, ya que en sus artículos 1922, 1929 y 1930, sitúa en el mismo nivel de responsabilidad a los humanos incapacitados y a los animales —ambos sujetos de cuidado y vigilancia—, ya que en caso de que causen daños y perjuicios, quienes tienen la obligación de responder por sus acciones son sus padres, tutores o los dueños del animal en su caso, lo que permite la posibilidad de que un vertebrado no humano pueda ser considerado no sólo un paciente moral, sino también susceptible de tutela, y no únicamente de posesión, y aunque podrían seguir siendo sujetos de apropiación, no lo serían de la misma forma que un bien inanimado, sino con las restricciones que su nuevo estatus les otorgara, para evitar que fueran víctimas de abuso y violencia.

Desde el punto de vista legal, la tutela es la autoridad para cuidar de aquel que por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil, y también se entiende como la relación de amparo o defensa de alguien respecto de otro, por ello no resulta contradictorio que los animales pudieran ser tutelados. Y el dueño o “humano responsable” de un animal podría ser llamado “tutor”,²² cuidador o guardián.²³

Otras propuestas para nombrar o referirse a los vertebrados no humanos pueden ser: sintientes no humanos, sujetos sensibles no lingüísticos o vertebrados no lingüísticos.

IV. SITUACIÓN LEGAL DE LOS ANIMALES

Cada vez hay más personas que a través de diferentes medios manifiestan su descontento por las imágenes de animales cazados o encerrados, los abrigos de pieles, los objetos de marfil, los cosméticos probados en animales. Se protesta no sólo por el maltrato y abandono de perros y gatos, sino por la

²² Aquel que representa o cuida de alguien que tiene incapacidad natural o civil.

²³ Seamer, J. H., “Human Stewardship and Animal Welfare”, *Applied Animal Behaviour Science*, núm. 59, 1998, pp. 201-205.

presencia de animales en circos, parques acuáticos y espectáculos en donde son sometidos a violencia, sufrimiento y muerte. Existe un debate en torno a las funciones que llevan a cabo los zoológicos y la forma en que cuidan de los individuos que albergan. También la crianza de animales en granjas industriales, así como la investigación biomédica y los métodos tradicionales de aprendizaje que usan animales vivos, son cuestionados y rechazados por un amplio sector de la sociedad.

En diversas partes del mundo han surgido y se han extendido grupos organizados como: Veterinarios por los Derechos de los Animales, el Fondo para la Defensa Legal de los Animales, Personas por un Trato Ético para los Animales (PETA), Humane Society International (HSI), World Wildlife Found (WWF) y otros.

A pesar de estas acciones, y como sucede con otros asuntos importantes, los poderes públicos y la legislación suelen ir por detrás de la reflexión bioética y académica, así como de la opinión de la sociedad, cuya sensibilidad en algunos temas es superior a la que tiene el Estado, por eso es que la conciencia colectiva ha llevado a los ciudadanos a ejercer presión a sus gobiernos para que mejoren las condiciones de vida y muerte de todos los animales.

1. *Situación en la Unión Europea*

Europa ha estado a la cabeza de estos movimientos, por lo que constituye un referente para todos en materia de bienestar animal. En 1991 entró en vigor en Italia la llamada Constitución de los Animales Domésticos, en donde se reconoce el derecho a la vida de los perros y gatos, prohibiendo que se les matara cuando fueran abandonados o en situación de calle, lo mismo ocurrió en Barcelona.

En Suiza, en el año 2000 se convocó a un referéndum para aprobar dos iniciativas legislativas tituladas: 1) “Por un mejor estatus jurídico para los animales”, y 2) “Los animales no son cosas”; en ellas se demandaba que su Constitución reconociera que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad y capaces de sufrir, por lo que se solicitó una reforma constitucional para darles un nuevo estatus jurídico.²⁴ En octubre de 2002, su Parlamento aprobó estas modificaciones a la ley, la cual entró en vigor en abril de 2003. Ahora ha quedado consagrado positivamente en el Código Civil Suizo que los animales no pueden ser tratados jurídicamente como cosas, y que sus

²⁴ Disponible en: http://www.bj.admin.ch/bj/fi/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte0/tiere.html (consultada el 28 de febrero de 2012).

intereses deberán ser tomados en cuenta en algunas de las decisiones que los involucren.²⁵ También se han establecido penas y sanciones para quienes los dañen o los hagan trabajar más allá de sus fuerzas, ya que esta nueva ley modificó también su Código Penal. Para 2004 incorporó en su Constitución una disposición en la que el Estado protege la vida y el bienestar de los animales porque “los seres humanos tienen una responsabilidad especial hacia ellos”. Estas modificaciones jurídicas tuvieron una inmediata repercusión en Alemania, mediante la Ley para la Mejora de la Situación Jurídica del Animal en el derecho civil.

En Austria, en 2005 entró en vigor la que parece que es la normativa más avanzada en este aspecto.

Como era de esperarse, estas mejoras para los animales en materia de derecho constitucional, civil, administrativo y penal, se extendieron por la Unión Europea, y para 2009 quedó plasmado en el Tratado de Lisboa que: los Estados miembros de la Unión tienen la obligación de tratar a los animales como “seres sintientes o sensibles” en sus legislaciones internas. Los primeros cambios se vieron en lo relativo al transporte de aquellos destinados a la alimentación, que hoy está regulado por estrictas normativas que velan por un mínimo bienestar para los animales.

2. *Situación en México y el resto de América*

En el continente americano, los animales no humanos siguen teniendo estatus de bienes, pero Argentina, Canadá, Chile, Costa Rica, Estados Unidos, Honduras, Paraguay y Perú, cuentan con leyes ya sea de protección o de bienestar para ellos. En Brasil, México y Uruguay existen iniciativas de ley en esta materia, pero se encuentran en discusión, en espera de ser aprobadas. El resto de los países de nuestro continente presenta un gran rezago, ya que sólo cuentan con normas o regulaciones locales, o que tocan solamente algunos aspectos de bienestar en ciertas especies de animales.²⁶

En la actualidad existe una fuerte tendencia para promulgar leyes de bienestar animal a nivel mundial. La Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) —autoridad internacional en salud animal y zoonosis—, ha considerado el tema del bienestar animal como una de sus prioridades, exhortando a sus países miembros, entre los que se encuentra México, a con-

²⁵ Code Civil Suisse, 10 de diciembre de 1907 (actualizado al 10. de febrero de 2010).

²⁶ Rojas, H. L. *et al.*, “Políticas y prácticas de bienestar animal en los países de América: estudio preliminar”, *Revue Scientifique et Technique (International Office of Epizootics)*, núm. 24, 2005, pp. 549-565.

tar con un marco jurídico al respecto, en el que puedan apoyarse para sus negociaciones internacionales. La Unión Europea apoyó esta propuesta y ha promovido al interior de la Organización Mundial de Comercio (OMC), que se considere el nivel de bienestar de los animales como una posible barrera sanitaria.²⁷ Algunos países importadores de productos de origen animal han incorporado explícitamente aspectos de bienestar en sus regulaciones oficiales. Por lo tanto, quienes exportan o desean exportar a esos países deben cumplir con dichas exigencias.

A lo anterior se añade la Declaración Universal sobre Bienestar Animal, de la que México es signatario, en la que se establece la importancia de un trato humanitario para los animales sensibles o sintientes,²⁸ a la vez que promueve estándares de bienestar a nivel mundial. Dicha declaración, aunque no sea vinculante, ha sido apoyada y adoptada por los gobiernos de varios países en los cinco continentes, así como por más de 300 organizaciones y agrupaciones internacionales.

El tema de la consideración moral y jurídica de los animales no humanos tiene una base de votantes que va en aumento en países de todo el mundo. Las leyes de bienestar animal son prueba de civilidad: entre más democrática es una sociedad, más protege a sus animales. El mejor ejemplo es la Unión Europea, la cual se mantiene a la vanguardia jurídica. Esperemos que nuestro país se sume a esta tendencia, para contribuir a restablecer el orden y el respeto entre todas las especies animales, de las cuales somos una entre muchas otras.

3. Los animales en la legislación mexicana

A pesar que desde 1980 se han estado haciendo esfuerzos para contar con una legislación que, a nivel federal, garantice las condiciones mínimas de bienestar de los animales que conviven con nosotros, todavía no existe una ley marco en bienestar animal, lo cual refleja un rezago moral y legal en nuestro país.

Reconocemos que hay quienes temen que se sobreregule la manera que tenemos de relacionarnos con los demás animales, y los argumentos que dan en contra de legislar son más que nada por desconocimiento de la realidad, o de índole económico, ya que temen que sus propios intereses se vean

²⁷ Comunicación de la Comisión de la OIE al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre legislación en materia de bienestar de los animales de explotación en países del tercer mundo y sus repercusiones en la UE. COM 2002. Bruselas 18 de noviembre de 2002.

²⁸ Que son capaces de sentir dolor.

afectados (como sucede en el caso de los espectáculos crueles, el comercio de fauna silvestre, los criaderos, los vendedores clandestinos de animales o sus partes, los cazadores y hasta las explotaciones avícolas o ganaderas).

Lo cierto es que México requiere urgentemente de una ley general y específica en esta materia, la cual pueda respaldar y dar fuerza a las escasas normas oficiales que tienen que ver con el bienestar animal y el trato ético a éstos; además de regular muchos otros aspectos en los que no hay nada escrito acerca de la responsabilidad que los ciudadanos tenemos hacia los animales.

4. Necesidad jurídica de una ley de bienestar animal en México

Se ha visto que el mundo existe una fuerte tendencia mundial a legislar sobre temas de bienestar animal, y como toda nación que se dice democrática, nuestro país no debe quedarse atrás, lo que además significaría quedar fuera de algunos tratados internacionales o incluso no poder comerciar ciertos productos de origen animal con países que sí cuentan con leyes en este aspecto.

Por otra parte, en el artículo 4o. de la Constitución Política mexicana se menciona que: “El Estado tiene la obligación de favorecer que gocemos de un medio ambiente en el que se garantice la salud y el bienestar general, procurando una convivencia armónica”, lo que también incluiría que, en las relaciones entre el ser humano y los animales, exista un marco de responsabilidad y respeto que coadyuven a nuestra existencia.

Desde hace más de una década un grupo multidisciplinario de académicos, abogados, científicos y bioeticistas, elaboró una propuesta para una Ley General de Bienestar Animal (LGBA), que pretende entre otras cosas llenar los vacíos jurídicos que hay en este tema.

A. Vacíos legales

En México hay sólo dos leyes que se refieren a los animales, la Ley General de Vida Silvestre y la Ley Federal de Sanidad Animal, pero ambas fueron elaboradas con base en los intereses humanos; además emplean términos ambiguos y a veces científicamente inadecuados. Por ejemplo, en la Ley General de Vida Silvestre no se incluye el concepto de bienestar animal, sino que sólo se menciona el “trato digno y respetuoso” para los animales silvestres;²⁹ sin

²⁹ Ley General de Vida Silvestre, título III, artículo 9o., pfo. XIX.

embargo, no se especifica a qué se refieren esos términos, ni cómo se aplican con los animales, quedando como un concepto vacío de contenido, que no dice nada en concreto, y por lo tanto no se puede acatar, ni traducir en un reglamento.

Respecto a la Ley Federal de Sanidad Animal, ésta regula principalmente aspectos higiénicos y sanitarios enfocados a especies animales de granja o destinados al consumo humano. No maneja el concepto de bienestar animal como se entiende entre los científicos de todo el mundo, ni corresponde a los mismos criterios, así que tiene imprecisiones desde las definiciones. Confunde el bienestar animal con la sanidad, como si se tratara de lo mismo, reduciendo el bienestar a estar libre de enfermedades. Un animal puede no estar enfermo ni golpeado y, sin embargo, experimentar estrés o sufrimiento emocional, por lo que eso no asegura que tenga un buen nivel de bienestar.

Esta Ley solamente contiene dos artículos (el 19 y 20) en donde someramente se menciona el bienestar, sin dejar claro en qué consiste.

En materia de protección a los animales, aunque en casi todas las entidades federativas cuentan con leyes locales que se dicen de protección, no existe homogeneidad entre ellas en cuanto a los aspectos que regulan y a los términos que manejan, y más bien están enfocadas a animales de compañía, dejando desprotegidas a las otras especies. Aunado a esto, lo que se entiende como maltrato animal tendría que estar tipificado en un código penal para ser considerado delito.

B. Debilidad de las normas

Las normas oficiales mexicanas y legislación reglamentaria en materia de trato ético a los animales tampoco son suficientes, pues no consideran a todas las especies, ni abordan todos los temas de bienestar animal, como tampoco tienen suficiente fuerza al no estar respaldadas por una legislación específica.

No es clara la forma en que se ha establecido qué instancia debe vigilar el cumplimiento de cada norma, unas dependen de la Secretaría de Agricultura, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), otras de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) y otras más están a cargo de la Secretaría de Salud. Por lo mismo, no tienen una estructura homogénea, hay normas que se contradicen entre sí, y cuando se realizan actualizaciones o modificaciones a la normatividad, carecen de un marco jurídico de referencia. Las principales normas que tocan algunos aspectos relacionados con el bienestar animal, son:

- NOM-008-ZOO-1994: especificaciones zoosanitarias para la construcción y equipamiento de establecimientos para el sacrificio de animales y los dedicados a la industrialización de productos cárnicos.
- NOM-033-SAG/ZOO-2014: métodos para dar muerte a los animales domésticos y silvestres.
- NOM-045-ZOO-1995: características zoosanitarias para la operación de establecimientos donde se concentren animales para ferias, exposiciones, subastas, tianguis y eventos similares.
- NOM-051-ZOO-1995: trato humanitario en la movilización de animales.
- NOM-062-ZOO-1999: especificaciones técnicas para la producción, cuidado y uso de los animales de laboratorio.
- NOM-059-SEMARNAT-2010: protección ambiental; especies nativas de México de flora y fauna silvestres; lista de especies en riesgo.
- NMX-AA-165-SCFI-2014: requisitos para la certificación con respecto al bienestar animal, conservación, investigación, educación y seguridad en los zoológicos.

V. ÉTICA Y LEGISLACIÓN EN EL USO DE ANIMALES EN INVESTIGACIÓN

El uso de animales en la alimentación humana, así como en la investigación y la enseñanza son, sin lugar a dudas, dos de los temas más dilemáticos en bioética y que más polémica y discusión generan.

Si bien la investigación biomédica en animales ha contribuido a mejorar las condiciones de vida y salud de los humanos y de los demás animales, el hecho irrefutable de que éstos puedan sentir dolor, experimentar emociones y tener capacidades cognitivas y un grado de conciencia bastante desarrollado,³⁰ aumenta nuestra responsabilidad hacia ellos, planteándonos varias interrogantes: ¿tenemos derecho de hacer con los otros animales cosas que no podemos hacer con los humanos? ¿Es posible aplicar la justicia retributiva con los animales experimentales? ¿Cómo?

³⁰ Díaz, José Luis (comp.), *La mente y el comportamiento animal: ensayos de etología cognitiva*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1994, p. 128; así como Dawkins, Marian R., *Through our Eyes Only? The Search for Animal Consciousness*, Nueva York, Freeman & Co., 1993, p. 169; y Morton, D. B., “Self-Consciousness and Animal Suffering”, *Biologist*, núm. 47, 2000, pp. 77-80.

No olvidemos que ellos no son sólo medios para satisfacer nuestros fines, sino que tienen intereses básicos que también deben ser tomados en cuenta, sobre todo cuando está en juego su bienestar y su vida.

1. *Tipos de investigaciones*

Cuando escuchamos la frase: “investigación con animales”, a algunos les horroriza por imaginarlos en laboratorios y sótanos clandestinos, y a otros les produce una sensación de esperanza creciente en el avance de la ciencia, que les ayudará a vivir más años y con menos padecimientos. Sin embargo, estas dos concepciones de la investigación biomédica, son extremas y están equivocadas, porque ni los investigadores son unos torturadores de animales, ni toda la experimentación que se realiza con ellos salvará vidas. De hecho, la mayoría de los experimentos realizados en animales no se publican, ya que no fueron concluyentes, fallaron, tuvieron errores metodológicos, deficiencias éticas o los resultados no pueden aplicarse en seres humanos. Y la falta de ética radica en eso precisamente, en desperdiciar las vidas de otros, así como recursos económicos y tiempo en experimentos que no conducirán a nada: no generarán conocimiento, ni cura o prevención para ninguna enfermedad.

Antes de seguir adelante, vale la pena hacer una clasificación de gran número de procedimientos que no son iguales —ni por los fines que persiguen, ni por las técnicas que emplean— pero a todos los etiquetamos como experimentos o investigaciones. Primero habría que distinguir la investigación biomédica y médica, de aquella que también usa animales, pero con fines bélicos, o para fabricar venenos y tóxicos, o con fines de exploración del espacio o lugares en condiciones extremas, que desde la ética podrían resultar inadmisibles. Hay otro tipo de estudios o experimentos como las pruebas de toxicidad o irritación por cosméticos y productos de limpieza (como detergentes y abrasivos), que también son éticamente reprobables, porque además de que no tienen que ver con intereses vitales humanos, causan dolor y daño extremo a criaturas sensibles que no recibirán ningún beneficio a cambio, ni ellos, ni su especie.

También hay otro importante uso que se les da a los animales en el ámbito sanitario: la fabricación y pruebas de inmunógenos, es decir, vacunas, toxoides, sueros hiperinmunes, entre otros.

Dentro de la investigación biomédica —encaminada a estudiar la causa, desarrollo, prevención y tratamiento de las enfermedades—, también existen diferentes tipos de experimentos, desde estudios observacionales poco lesivos, hasta procedimientos invasivos que pueden ser agudos o de

corta duración, o que pueden prolongarse durante meses, por lo que resulta imprudente e inadecuado hacer una valoración moral de todas las investigaciones sin hacer distinción.

2. Lineamientos y guías para la investigación que involucra sujetos animales

A pesar de que la comunidad científica ha mostrado rechazo a ser regulada y vigilada en sus investigaciones, hay muchos científicos responsables que han solicitado contar con una legislación que regule su diario quehacer y al mismo tiempo favorezca la buena calidad de las investigaciones, por lo que también han participado activamente en la elaboración de leyes, normas y reglamentos al respecto, así como en la búsqueda de alternativas que puedan aminorar el sufrimiento de los animales.

Así como hay leyes y códigos internacionales que protegen a los sujetos humanos que participan en investigaciones, cuyo objetivo es velar por su integridad y seguridad; en el caso de los animales no humanos también existen normas y reglamentos (algunos de cumplimiento obligatorio y otros no vinculantes), que establecen ciertos límites para garantizarles condiciones mínimas de bienestar y el menor sufrimiento posible.

En América del Norte, Oceanía y la mayor parte de los países de Europa, se cuenta con leyes estrictas y reglamentos específicos para la investigación en animales, de hecho, nuestra normatividad está en parte inspirada en ellas. Los principales documentos internacionales en esta materia son: *a)* las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, de la directiva del Consejo de los Estados Europeos; *b)* las normas internacionales para la investigación biomédica con animales, del Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas (CIOMS); *c)* la Resolución núm. XIV de la Declaración Universal de Bienestar Animal, avalada por el Comité Internacional de la OIE (2007); *d)* las guías para el cuidado y uso de los animales de laboratorio, de los institutos nacionales de Salud de los Estados Unidos de América, de Australia y de Nueva Zelanda, a las cuales la comunidad científica internacional debería adherirse para ejercer una investigación éticamente aceptable.

A. *Las tres erres*

Desde 1959, los biólogos Russell y Burch desarrollaron y publicaron el concepto de las llamadas “tres erres”,³¹ con el fin de llevar a cabo una investigación más ética, que causara menos daño a los animales a través de la modificación de las prácticas hasta entonces empleadas. Su propuesta ha quedado plasmada en la mayoría de los códigos, guías y normas que se han escrito al respecto en todo el mundo. Estas tres erres, son las iniciales de: remplazar, reducir y refinar. El remplazo o sustitución de animales es lo primero que debe buscarse, usando métodos alternativos como cultivos celulares (sobre todo en pruebas de toxicología, carcinogénesis y dosis letal⁵⁰), protozoarios, bacterias, cadáveres, maniquíes, modelos matemáticos computarizados, multimedia, simuladores, por mencionar algunos. Lo que puede evitar la muerte innecesaria de muchos animales, con el beneficio adicional de que, a mediano plazo, resultan menos costosos que trabajar con animales.

La segunda erre, se refiere a reducir el número de animales utilizados (al mínimo con el que se pueda obtener una significancia estadística en los resultados), así como reducir las situaciones que les causen estrés y dolor, antes, durante y después del procedimiento. Y la tercera, consiste en refinar los protocolos en todos los estudios que se realicen en animales, como el uso obligatorio de analgésicos y anestésicos aprobados, con el fin de evitar o mitigar dolor; el empleo de técnicas lo menos invasivas posibles tanto para inoculación, toma de muestras, como en procedimientos quirúrgicos, aparte de la implementación de métodos de muerte que sean verdaderamente eutanásicos.

B. *El costo-beneficio*

Otro aspecto importante a considerar para que una investigación se justifique desde el punto de vista ético, es ponderar el costo-beneficio de la misma, pero no en términos económicos, sino del bienestar animal, con base en el modelo conocido como “el cubo de decisión” propuesto por el doctor Bateson, profesor emérito de la Universidad de Cambridge, que consiste en comparar el beneficio real esperado junto con la calidad científica del experimento, con-

³¹ Russell, W. M. S. y Burch, R. L., *The Principles of Humane Experimental Technique*, Londres, Methuen, 1959.

tra el dolor y malestar que les causará a los animales.³² Esto se puede evaluar cuantitativamente, asignándole números a las variables en cuestión.

C. *El “punto final” humanitario*

Se refiere a los criterios para decidir cuándo se debe matar a un animal que participa en un experimento, aunque éste no haya concluido,³³ por alguna de las siguientes razones:

- a) Cuando el sufrimiento físico o mental que padece el animal sea intenso o incontrolable (independientemente del beneficio obtenido), y resulte inhumano permitir que continúe dentro del protocolo.
- b) Cuando el animal presente alguna complicación o efecto adverso, derivado de la investigación.
- c) Cuando se conozca que el experimento no esté resultando como se esperaba.
- d) Cuando el animal haya proporcionado la información necesaria o esperada y no tenga caso que siga viviendo, porque eso prolongaría su sufrimiento.

3. *Regulación para la experimentación y enseñanza con animales en México*

En nuestro país también hay un atraso o un desfase con la legislación internacional en este tema, pues sólo se cuenta con una breve mención al uso de animales en investigación en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud; en sus artículos del 121 al 126, sólo se recomienda no someterlos a sufrimiento innecesario, de darles una buena muerte y que estén alojados en condiciones adecuadas en los biorerios. Un documento más completo y que toma en cuenta el bienestar de los animales, lo constituye la Norma Oficial Mexicana NOM-062-ZOO-1999, que incorpora las tres erres, y describe puntos específicos en la adquisición, manejo, alojamiento, anestesia, toma de muestras y métodos de eutanasia en los animales que se crían y usan para investigación, enseñanza, pruebas de constatación y desarrollo tecnológico. Además de establecer la obligatoriedad de

³² Bateson, P. et al., *The Use of Non-Human Animals in Research: a Guide for Scientists*, Londres, The Royal Society, Policy Document 01/04, 2004.

³³ Morton, D. B., “Humane Endpoints in Animal Experimentation for Biomedical Research: Ethical, Legal and Practical Aspects”, *Laboratory Animals*, núm. 8, 2005, pp. 5-12.

instaurar comités *ad hoc* que evalúen los protocolos y vigilen las condiciones en que se encuentran los animales destinados a dichos fines.

Resumiendo lo que recomiendan y estipulan la normatividad mexicana e internacional respecto al uso de animales en investigación, están los siguientes puntos:

1. Los experimentos en animales únicamente deben llevarse a cabo cuando se haya justificado ampliamente que:
 - a) son imprescindibles para el tratamiento, prevención, diagnóstico o estudio de la etiología o la patogenia de enfermedades que afecten a humanos u otros animales;
 - b) los resultados buscados no puedan ser obtenidos por medio de alternativas como los modelos matemáticos, la simulación por computadoras, los modelos *in vitro* o cultivos celulares, que remplacen a los animales vivos; y
 - c) que no se conozcan ni puedan predecirse los resultados, y cuando se demuestre, después de una exhaustiva revisión bibliográfica, que se trata de un estudio necesario y novedoso, con el fin de no repetir lo que ya se sabe.
2. Los animales no deben ser incluidos en la descripción de “Material y método” en los protocolos o artículos, ya que se trata de seres vivientes y sintientes; deberán mencionarse en un apartado que diga “sujetos experimentales”.
3. Los animales seleccionados para una investigación deben ser de la especie, edad y características adecuadas para el tipo de estudio que exige el protocolo. Se debe usar sólo el número de animales necesarios para obtener resultados válidos y aplicables. Deberán ser adquiridos legalmente y provenir de criaderos o bioterios acreditados.
4. Los animales deberán ser alojados en instalaciones limpias y secas, diseñadas de acuerdo con las necesidades de espacio, fisiológicas, etológicas y posturales de cada especie. Deben tener acceso libre al agua y al alimento, excepto cuando las exigencias del protocolo de investigación justifiquen otras condiciones.
5. Deberán contar con atención médica veterinaria siempre disponible.
6. Los investigadores y quienes trabajen con animales deben tratarlos como seres que son capaces de sentir dolor y miedo. Partiendo del principio de que aquellas situaciones que producen dolor o incomodidad a los humanos, pueden también producirlas a otras especies de

vertebrados, se tiene la obligación ética de evitar o reducir al máximo tales situaciones.

7. Todo procedimiento que cause sufrimiento o dolor a un animal, deberá realizarse bajo anestesia, analgesia y/o sedación profunda. Los relajantes musculares o agentes paralizantes no deben administrarse, salvo cuando se empleen simultáneamente con un anestésico, ya que pueden enmascarar el dolor que el animal pueda sentir.
8. En estudios sobre dolor —en los que no se pueden usar analgésicos ni anestésicos— las decisiones al respecto no dependerán únicamente de los investigadores, sino también de los comités de bioética y/o de investigación, que son las instancias que deben o no aprobar el protocolo de investigación.
9. En experimentos que requieren que el animal sobreviva al procedimiento —si éste le provoca incapacidad física o dolor que no pueda ser controlado con analgésicos—, el investigador está obligado a aplicar el criterio del punto final humanitario, sometiendo a eutanasia a los animales experimentales afectados.
10. Los investigadores tienen la responsabilidad de asegurarles a sus animales una buena muerte, rápida, sin dolor ni ansiedad; por lo que siempre se procurará la eutanasia con sobredosis de anestésicos o bien, por inhalación de gases como el CO₂. Los métodos de eutanasia físicos (electrocución, desnucamiento, decapitación o punción cardiaca) están prohibidos, salvo cuando los animales estén previamente anestesiados o insensibilizados.
11. Los cadáveres de los animales jamás deberán depositarse en recipientes de basura ni ser enviados al incinerador, hasta que el médico o el responsable haya constatado su muerte mediante paro cardiaco y respiratorio es irreversible.

4. Los comités para el cuidado y uso de los animales

Así como existen comités de ética para investigación (CEI) en humanos, que velan por que los estudios en humanos se desarrollen de un marco de respeto y protección de los individuos, también existen comités para el uso de animales, que en México son de instauración obligatoria de acuerdo con lo estipulado en la NOM-062-ZOO-1999, que dice: cuando una institución realice investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación, pruebas de laboratorio y/o enseñanza con animales, debe conformar un Comité

para el Cuidado y Uso de los Animales de carácter institucional (numeral 4.2.2).

De acuerdo con su alcance, se les conoce con diversos nombres, ya sea como Comité Interno para el Cuidado y uso de Animales de Laboratorio (CICUAL), Comité Interno para Uso y Cuidado de los Animales para Experimentación (CICUAE), Comité de Investigación en Animales (CINVA) o Comité de Ética en Investigación, Docencia y Bienestar Animal (CEIDBA), entre otros.

Dichos comités están constituidos y funcionan de una manera muy similar a como lo hacen aquellos para investigación en humanos, y se encargan de garantizar el cuidado y el trato ético hacia los animales, asegurándoles condiciones mínimas de bienestar desde la forma en que son adquiridos hasta sus condiciones de muerte. Entre sus atribuciones están la de revisar los protocolos y proyectos de investigación y tesis, dictaminarlos, aprobarlos, rechazarlos y emitir las recomendaciones pertinentes, así como supervisar el desarrollo de los experimentos, revisar las prácticas de docencia (en licenciatura y posgrado) que involucren el uso de animales, y procurar que los biorerios, animalarios, perreras, jaulas o granjas donde se alojen y reproduzcan los animales, cumplan con el marco legal. Los comités también tienen la facultad de detener experimentos y tomar bajo su custodia a los animales participantes, cuando no se ciñan a los protocolos aprobados, así como someter a eutanasia a los animales en que el dolor o el sufrimiento no pueda ser aliviado.

Hay que recordar que los animales pertenecen a uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, ya que a diferencia de la investigación que se hace en seres humanos, a los otros animales no les pedimos su consentimiento, ignoran lo que les sucederá, no pueden abandonar el experimento si así lo desean (porque los tenemos “cautivos”), y aunque la investigación resulte exitosa y se obtenga de ella beneficios desde el punto de vista del conocimiento, publicaciones científicas, nuevos medicamentos, vacunas, mejores técnicas quirúrgicas, ellos serán sometidos a muerte cuando termine el estudio.

La bioética tiene todavía mucho que reflexionar para que podamos proponer y aplicar los principios de justicia retributiva y de mínimo daño a estos animales, cuyas vidas tomamos para mejorar las nuestras.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Desafortunadamente en nuestras sociedades las decisiones no siempre se toman de acuerdo a criterios bioéticos, sino que se busca obtener el poder y el mayor beneficio económico, tratando de estar sobre los demás, estableciendo relaciones de dominio. El afán de poseer lo otro y al otro, nos hace verlos como si fueran cosas o instrumentos; una actitud ética requiere renunciar a someter a los demás, respetándolos y abdicando a estar sobre ellos con el fin de ponernos junto a ellos.

DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA Y SU RELACIÓN CON LA GESTIÓN DEL VITAL LÍQUIDO Y EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Bernardo Anwar AZAR LÓPEZ

SUMARIO: I. *Derecho humano de acceso al agua.* II. *Algunas crisis universales anunciadas respecto a la provisión de agua.* III. *El Tribunal Latinoamericano del Agua. Desarrollo local en un contexto hídrico de constante crisis regional.* IV. *Derecho humano de acceso al agua en México.* V. *¿Una jurisdicción especializada en materia hídrica?* VI. *Una referencia al anteproyecto de Ley General de Aguas.* VII. *Conclusiones.*

I. DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA

1. *Qué es y su discusión como concepto a nivel multilateral*

El agua, en cuanto compuesto químico, influye en actividades básicas para el ser humano, como la agricultura, la salud y la vivienda.

Al conceptualizar los derechos humanos,¹ en muchas ocasiones se podría entrar a un debate de si le son o no inherentes al hombre, o podríamos hablar de derechos humanos hasta que fueran positivizados en ordenamientos legales.

Es oportuno para ubicar este tema en su justa dimensión, mencionar de manera somera dentro de la asignatura de teoría del derecho, su parte crítica, que algunos sectores de estudiosos la han asimilado como un rompimiento con la concepción sistemática y formal del positivismo jurídico, en el que todo el sistema normativo profesa una sistemática dentro del mundo de los ordenamientos legales sin excavar muchas de las razones de esas dis-

¹ Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, 2a. ed., Madrid, Eudeba-Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2009, pp. 19-38, 135-210 y 397-429.

posiciones legales (una cosa es orden y otra cosa es axioma), ni dejar de lado el estudio riguroso propio de la ciencia jurídica.

Más allá de un debate doctrinal a ese respecto,² sostenemos que esos derechos están a favor del hombre, y que los mismos son necesarios para que el ser humano tenga una vida digna tanto en sentido material como para el desarrollo de todas sus potencialidades.

Lo cual significa que será responsabilidad del Estado poner los medios y las condiciones para que los mismos se puedan ejercer. De lo contrario, únicamente se caerá en un ilusionismo constitucional y/o internacional. Tampoco hay que descartar el adecuado análisis jurídico del tema de los derechos humanos y sus garantías.³

Desde luego, sin olvidar la teoría crítica de los derechos humanos, que nos obliga a ver aspectos sociales, políticos y económicos para la observancia de los derechos humanos. Por lo que, en su aspecto etiológico, siempre salvaguardarán la dignidad humana.

Algunos autores entienden a los derechos humanos como la lucha social por encontrar los satisfactores humanos del tipo techo, comida, vestido, trabajo, salud y la realización de las potencialidades humanas en cuanto contrapeso a la globalización neoliberal (*un ser y no un deber ser*). Asimismo, el factor educativo es importante para el desarrollo de las potencialidades humanas.

Por otra parte, y al salir de un estudio estrictamente de derecho al desarrollo, es fundamental tener en cuenta en la formación jurídica de todo abogado la asignatura de derechos humanos, ya que nuestra máxima ley tuvo dos grandes reformas en este sentido —una de las consecuencias fue el génesis de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*— las modificaciones constitucionales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de junio de 2011 respecto al juicio de amparo, y la del 10 de junio de 2011, cambiando la denominación al título I de la Constitución de 1917 de las

² Véase el prólogo del libro de Vigo, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2013; Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2009, pp. 13-29, sin olvidar el prólogo intitulado “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, de Miguel Carbonell, pp. 9-12.

³ Asimismo, debe tomarse en cuenta una lectura exhaustiva de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010 (caso *Rosendo Radilla Pacheco*) del 14 de julio de 2011 (primera sesión el 4 de julio y duró cinco sesiones más); Rosario Rodríguez, Marcos del, *Universalidad y primacía de los derechos humanos. Ensayos en torno a la consideración de los derechos humanos como factores supremos en el sistema constitucional mexicano*, México, Ubijus, 2012; Herreras Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, Ubijus, 2011.

garantías individuales por el de derechos humanos y sus garantías, con las respectivas transformaciones que inciden en la forma de concebir, interpretar y aplicar tales derechos en México (nunca olvidar los principios de interpretación jurídica previstos en el artículo 1o. constitucional).

Como una aproximación del derecho humano al agua, podemos argüir que el mismo consiste en que todas las personas tengan acceso al vital líquido y puedan utilizarla en cantidades suficientes y en condiciones adecuadas para que sus necesidades de vida sean satisfechas de manera digna, es un derecho prestacional y, a la vez, de protección.⁴

En el caso del agua, no nada más se trata de un derecho del que dependan otros como el de la alimentación, los servicios sanitarios⁵ o el mantenimiento de ecosistemas completos;⁶ su *quid* es la vida.

Como elementos característicos del derecho humano en mención encontramos:

1. Se trata de un derecho básico, inherente a la persona humana.
2. Es una evolución del término solidaridad a actividades de carácter ético.
3. Es un actuar positivo de todos.
4. Es universal; es común y general a todos.⁷

⁴ Céspedes Hernández, Juan José, *Pobreza y escasez de agua en el México del siglo XXI*, México, Novum, 2011, p. 93; García, Aniza, “El reconocimiento del acceso al agua potable y al saneamiento básico como derechos humanos”, en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 329-338.

⁵ El derecho a la salud ampliamente reforzado por la IV Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud celebrada en Yakarta, Indonesia, en julio de 1997. La cuestión sanitaria es indispensable para el desarrollo y crecimiento económico de cualquier país, es una variable que debe atenderse profusamente y con cuidado. El derecho humano al agua potable, también, es una limitación a la propiedad privada, que es preciso fijar límites a la explotación individual frente a la utilidad pública, como fue el caso de la comunidad indígena Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó fallo en el que reconoció la propiedad de estos pueblos indígenas sobre las tierras en las que habitan, en contra de actos de una empresa para explotar recursos madereros y construir carreteras. García, Aniza, *El derecho humano al agua*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 37 y 38.

⁶ Hubo un asunto muy interesante en Kerala, India, en donde Coca-Cola asumió que sus derechos de propiedad incluían las aguas subterráneas y mantuvo una explotación excesiva de las mismas, hasta que la población que la padeció, consiguió que un juez ordenara el cese de dichas extracciones, en dicha sentencia se determinó que los recursos hídricos eran un don de la naturaleza y, por tanto, no se justificaba su privatización. García, Aniza, *El derecho..., cit.*, p. 39.

⁷ Aunque, si uno analiza las jurisprudencias y tesis aisladas emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde finales de la novena época y en la actual época del Se-

5. No es objeto de negociación.
6. Es inalienable.
7. Se deben observar las obligaciones generales positivas del Estado.
8. Es un derecho prestacional y de protección a la vez.⁸

A nivel de la Organización de las Naciones Unidas se ha discutido si se puede hablar de un derecho humano de acceso al agua.⁹

En realidad, a nivel multilateral, sucesivamente se le ha dado su lugar en una serie de resoluciones y declaraciones internacionales por parte de las Naciones Unidas, como la resolución de la Asamblea General de 2000 sobre el derecho al desarrollo; la Observación General núm. 15 de 2002, por la que se interpretó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para empezar a reconocer el derecho a los recursos hídricos; la resolución del Comité de Derechos Humanos de 2004 sobre residuos tóxicos; la Declaración de mayo de 2005 sobre el derecho al agua para todos, y en septiembre de 2010 se reconoció plenamente el derecho de acceso al agua por parte de todo ser humano.¹⁰

2. *Hitos del derecho humano al agua a nivel ONU*¹¹

A. Marzo 1977. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata. En esta Conferencia se determinó que todos los pueblos, cualquiera que fuera su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tenían

manario Judicial de la Federación, debemos irnos con cuidado, puesto que, no significa romper las reglas procesales de los diferentes procesos dentro del sistema jurídico mexicano.

⁸ Cfr. Céspedes Hernández, Juan José, *Pobreza y escasez...*, cit., pp. 92 y 93.

⁹ Estamos en un proceso de reconocimiento de un derecho humano, sin olvidar que varios pasan por la positivización, generalización, internacionalización o consolidación de supranacionalidad y especificación de los mismos. Todo eso se ha ido dando paulatinamente en los últimos años, desde luego que falta para que cada etapa madure.

¹⁰ Éstos pueden ser los primeros pasos para elaborar un convenio internacional vinculante para que a nivel universal reconozca el derecho de acceso al agua en cantidad y calidad adecuada para todo ser humano. Este tipo de menciones y reflexiones son necesarias para que este derecho se pueda exigir a nivel internacional. Aunque es difícil universalizar (homogeneizar) el derecho al agua ante contextos nacionales tan diferentes en desarrollo, por lo que, dentro de los diferentes desarrollos locales, se deben incorporar los medios para la observancia de ese derecho. Por consiguiente, se vuelve árido el debate sobre si el derecho humano al agua es un derecho humano autónomo o accesorio de otro derecho principal, ya que ambos serán objeto de protección.

¹¹ Puede verse el Programa ONU-Agua para la Promoción y la Comunicación en el marco del Decenio (UNW-DPAC), disponible en: <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/unwdpac.shtml>.

el derecho al acceso a agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas.

B. Diciembre 1979. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). La Convención estableció una agenda para terminar con la discriminación contra la mujer y hace explícitamente referencia en su contenido, tanto al agua como al saneamiento, según se prevé en el numeral 14 (2) (h).

C. Noviembre 1989. Convención sobre los Derechos del Niño. Dicha Convención menciona explícitamente el agua, el saneamiento ambiental y la higiene en su artículo 24 (2).

D. Enero 1992. Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible. Conferencia de Dublín. En el principio 4, establece que es un derecho fundamental para todo ser humano tener acceso a agua pura y al saneamiento por un precio asequible.

E. Junio 1992. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Cumbre de Río. En el capítulo 28 del Programa 21 refrendó la Resolución de la Conferencia de Mar del Plata sobre el Agua, por la que se reconocía que todas las personas tienen derecho al acceso a agua potable.

F. Septiembre 1994. Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo. Afirma que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluidos el agua y el saneamiento.

G. Diciembre 1999. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/54/175. El derecho al desarrollo. En su artículo 12 indica que para la total realización del derecho al desarrollo se incluye el derecho a la alimentación y al agua pura.

H. Septiembre 2002. Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. En su declaración política proclama el acceso a los servicios básicos como el suministro de agua potable.¹²

I. Noviembre 2002. Observación General Número 15. El derecho al agua. La Observación General 15 interpreta el Pacto sobre Derechos Eco-

¹² Sin dejar de relacionar estos datos con otros documentos internacionales, como el informe preliminar presentado por El Hadji Guissé sobre la relación entre el disfrute a los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento, rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 2002; el informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, realizado por la UNESCO y publicado en 2003. Estas aclaraciones son de la obra Céspedes Hernández, Juan José, *Pobreza y escasez...*, cit., p. 91.

nómicos, Sociales y Culturales de 1966 reafirmando el derecho al agua en la legislación internacional.

J. Julio 2005. Proyecto de directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento. E/CN.4/Sub.2/2005/25. Propone orientación para la ejecución del derecho al agua y al saneamiento.

K. Noviembre 2006. Consejo de Derechos Humanos, Decisión 2/104. Conclusiones y recomendaciones del derecho al agua para presentarse al Consejo antes de su sexto periodo de sesiones.

L. Diciembre 2006. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su propósito es asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable.

LL. Agosto 2007. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y los contenidos de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. El derecho al agua se cumple con un acceso equitativo y no discriminatorio a una cantidad suficiente de agua potable saludable para el uso personal y doméstico que garantice la conservación de la vida y la salud.

M. Marzo 2008. Consejo de Derechos Humanos, Resolución 7/22. Este Consejo decidió nombrar por un periodo de tres años a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento.

N. Octubre 2009. Consejo de Derechos Humanos, Resolución 12/8. Por primera vez se reconoció que los Estados tienen la obligación de abordar y eliminar la discriminación en materia de acceso al saneamiento, y que tratarán de forma efectiva las desigualdades a este respecto.

Ñ. Julio 2010. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/64/292. Esta resolución de las Naciones Unidas reconoció oficialmente el derecho humano al agua y al saneamiento, y asumió que el agua potable pura y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

O. Septiembre 2010. Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/RES/15/9. En dicha resolución se afirma que el derecho al agua y al saneamiento es parte de la actual ley internacional y confirma que este derecho es legalmente vinculante para los Estados.

P. Abril 2011. Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/RES/16/2. Promueve la plena realización del derecho humano al agua potable y el saneamiento en el contexto de las misiones a los países, siguiendo

los criterios de disponibilidad, calidad, accesibilidad física, asequibilidad y aceptabilidad.

Q. Junio 2012. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en Río de Janeiro. Compromiso con el Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida” 2005-2015.

R. Enero a diciembre de 2013. Año Internacional de la Cooperación en la Esfera del Agua.¹³

A. Obligaciones que se imponen a los Estados por el derecho humano de acceso al agua

- a) Obligaciones a respetar. No interferir de ningún modo con el goce del derecho al agua, como la conducta de negar o limitar el acceso equitativo al agua adecuada.
- b) Obligaciones a proteger. No permitir que terceros interfieran en el goce del derecho al agua, ya sean individuos, grupos, corporaciones u otras entidades. Con la inclusión respectiva de medidas políticas y legislativas para impedir que alguien niegue el acceso al agua o la contaminen.
- c) Obligaciones de cumplir. Con las medidas necesarias para la plena realización del derecho al agua, dotar de leyes, políticas públicas, infraestructura, establecer estrategias hídricas nacionales.¹⁴

¹³ <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/milestones.shtml>. Portal de la ONU que trae detalladamente los hitos del Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida” 2005-2015 —en lo referente a la primera década de este siglo— visto el 14 de noviembre de 2013.

¹⁴ Se puede observar que pueden ser dúctiles los parámetros económicos, políticos y culturales. Lo anterior como progresividad que debe caracterizar a los derechos humanos. Sin dejar como variable independiente a los aspectos nacionales y de cooperación internacional. Y se puede ver la variable dependiente de contar con los recursos económicos que se necesiten y las instituciones adecuadas que los administren adecuadamente (políticas de implementación). A nivel multilateral, se encuentran dos propuestas para el cumplimiento de derechos económicos y sociales, como la creación de un Parlamento Mundial y dentro de la Organización de las Naciones Unidas, de un Consejo de Seguridad Económica y Social que coordine las políticas internacionales sobre desarrollo. Es necesario y prudente distinguir los derechos de los ideales o metas en términos de obligatoriedad, aunque ambos temas estén estrechamente relacionados. Gilabert, Pablo, “Viabilidad de los derechos humanos socioeconómicos: una exploración conceptual”, trad. de Martha Lilia Uruchurtu Caccia, en Dieterlen, Paulette, *Los derechos económicos y sociales. Una mirada desde la filosofía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2010, pp. 175-210. Incluso, sostener a nivel nacional un nuevo “pacto social”, en el que conste que cualquier prestación, apoyo, derecho o ayuda que provenga del Estado o algún ente internacional, se le pida una contraprestación

B. *El Manifiesto del Agua para el Siglo XXI*¹⁵

1. El agua pertenece al ámbito de los derechos y, por tanto, al campo de los deberes humanos. Es un derecho humano individual y colectivo, por tanto, pertenece a los habitantes de la tierra y demás especies vivas (res pública) y no es mercancía.
2. El agua dulce se utiliza para dos funciones muy importantes: agua para la vida (agua potable, para la higiene, salud y otras funciones domésticas) y agua para asegurar la existencia colectiva (agua para producción agrícola, actividades industriales, producción de energía, actividades de turismo y ocio). Nunca se debe perder de vista que la administración del recurso hídrico debe pasar por la gestión de las comunidades y colectividades locales, y que todo asunto del agua debe tener una amplia participación ciudadana en el ámbito local, nacional y global; previendo siempre futuros conflictos bélicos por el *oro azul*.
3. Universalmente se acepta que 50 litros de agua dulce por día y habitante es lo recomendable para subsistir.

Aunque la ONU y demás organismos internacionales admiten que en las condiciones actuales del mundo, el acceso a 20 litros de agua dulce sana por día y habitante obtenida de una fuente hídrica situada a una distancia de un kilómetro del lugar de habitación, sería un hecho positivo para millones de personas en África, América Latina y Asia.

Varios factores a los que se debe enfrentar cualquier administración hídrica a nivel planetario son: planeación económica que tome en cuenta el cuidado del agua, la ausencia de desarrollo sustentable; vamos en contra de la escasez natural del vital líquido (imaginemos un garrafón con agua de 20 litros, sólo un gotero corresponde para el consumo humano); los más de 365 millones de kilómetros cuadrados de la Tierra cubiertos por mares y océanos representan una riqueza incalculable para nuestra supervivencia como especie humana, su estructura de explotación económica está representada

al ciudadano. Entendiendo que tampoco se trata de ver el aspecto económico como mero gasto corriente; véase Giddens, Anthony, *La tercera vía y sus críticos*, trad. de Pedro Cifuentes, Madrid, Taurus Pensamiento, 2001.

¹⁵ http://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/cajaAzul/palabras/Petrella_ES.pdf, misma que se vio el 12 de noviembre de 2013, y que trae un artículo muy interesante sobre el derecho universal de acceso al agua del autor Riccardo Petrella.

por el 70% de actividad pesquera, le sigue la extracción de gas y petróleo con más de 11% y finalmente la navegación comercial con 18%; los productos alimenticios extraídos del mar contribuyen con más de 12% de las proteínas de consumo humano; existen más de 1.3 billones de kilómetros cúbicos de agua en el planeta, pero sólo 2.5% es agua dulce, cerca de 78% de ésta (*fresh water*) está congelada y 97% de la misma, no congelada, se encuentra bajo tierra (*groundwater*).¹⁶

3. *Organizaciones mundiales del agua*¹⁷

Desde otra perspectiva multilateral, se deben mencionar:

Consejo Mundial del Agua. Creado por el Banco Mundial como una institución no lucrativa y no gubernamental, con el objetivo de formular y promover un nuevo programa de políticas hídricas, con un enfoque participativo, ambiental y financieramente posible.

Asociación Mundial del Agua (Global Water Partnership). Fue creada por el Banco Mundial en 1996, al pretender constituirse como una red internacional independiente de diversas instituciones hídricas como instituciones de gobierno, agencias de la ONU, bancos de desarrollo, asociaciones profesionales, instituciones de investigación, ONG's y representantes del sector privado. Es el órgano ejecutor del Consejo y funciona a través de un marco para la acción de programas regionales y nacionales, así como de un Grupo de Apoyo que promueve la movilización de los recursos externos.

Comisión Mundial del Agua para el siglo XXI. Agencia instituida por el Consejo Mundial del Agua en enero de 1999, recibe el apoyo oficial de los gobiernos de Canadá y Los Países Bajos, así como de diversas agencias de la ONU cuya actividad tiene relación con el agua, como el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Tiene la función de fomentar una gestión sostenible de los recursos hídricos para enfrentar eficazmente las futuras crisis del sector.

¹⁶ Saldívar V., Américo, *Las aguas de la ira: economía y cultura del agua en México ¿sustentabilidad o gratuidad?*, México, UNAM, Facultad de Economía, 2007, pp. 29-32.

¹⁷ Véase García, Aniza, *El derecho..., cit.*, pp. 82-89.

II. ALGUNAS CRISIS UNIVERSALES ANUNCIADAS RESPECTO A LA PROVISIÓN DE AGUA

Los factores que se deben tomar en cuenta para la correcta administración del vital líquido son la distribución del mismo, el despilfarro, la contaminación de los mantos acuíferos y el crecimiento de la población de los países subdesarrollados.

Lo más caótico es que la misma contaminación afecta al ciclo hidrológico; inclusive seca los ríos en su desembocadura como ha ocurrido con el Río Amarillo, en China, o bien, se alteran otras actividades humanas, por ejemplo el turismo o la pesca.

Es indispensable que las empresas transnacionales reconozcan que el agua es un elemento indisociable de la dignidad humana, tal como se ha hecho para el caso del Canal de Suez.

Por lo tanto, es importante tratar el agua desde el punto legal, ecosistémico y participativo para encontrar varias soluciones desde diferentes aristas.¹⁸

1. *Plan de acción mundial para resolver de fondo la crisis de recursos hídricos a nivel global*¹⁹

Con lo detallado en estos momentos, es necesario pensar en una reforma del sector del agua.

Lo cual significa que se estudia un problema de escasez y mala administración, por lo que se debe repensar sobre los mecanismos de control del agua en otros términos; en muchas administraciones públicas estatales no

¹⁸ Cf. Mancisidor, M., “Los paradigmas del agua”, en Uribe, N. (coord.), *El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro*, Barcelona, Icaria Editorial, 2008, pp. 101-110. Sin descartar el marco poblacional, una serie de datos demográficos que deben considerarse en toda política hídrica; véase Carrillo Suárez, Agustín Eduardo, “El agua: un bien público y esencial”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Régimen jurídico del agua. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 154-157.

¹⁹ Hemos hablado de la heterogeneidad de este problema; por ello, algo que se puede proponer es que más allá de un análisis y un examen exhaustivo de las entidades encargadas del suministro del agua, se deben elaborar “árboles de problemas” de cada región diferente de un país, para tener ubicados sus conflictos y a la vez conocer sus debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades para trabajar en las mismas. Si cada región lo hace y a la vez va superando sus deficiencias, será más fácil que en un determinado país la cuestión del agua se pueda resolver de manera satisfactoria.

se han revisado y actualizado las tarifas por el suministro del agua, se deben elaborar diferentes esquemas de abastecimiento, especialmente en el medio rural y periurbano.²⁰

A nivel internacional se ubica el texto de la Declaración de 1986, en el cual se proclamó que la persona humana es el sujeto central del desarrollo; por tanto, el mismo debe entenderse como parte del catálogo internacional de derechos humanos fundamentales; la falta de desarrollo no puede invocarse por los Estados para justificar la restricción de otros derechos. Además, de que conforme al numeral 1.1 el derecho al desarrollo no sólo afecta los aspectos económicos y sociales, sino que incluso limita para participar en una evolución económica, social, cultural y política para disfrutar de todos los derechos humanos (tanto en el plano individual como en el colectivo).²¹

Sin lugar a dudas, el derecho al desarrollo tiene como esencia la dignidad humana, que el ser humano pueda cubrir sus necesidades básicas tanto físicas como emocionales; por consiguiente, el acceso al vital líquido forma parte de este tópico tan extenso, y la variable ambiental siempre será básica en la evolución de cualquier comunidad. Luego entonces, no se debe soslayar que la ocupación de cualquier recurso natural como el agua, debe hacerse de manera compartida y sustentable para no comprometer el futuro de las siguientes generaciones.

Así que, si el acceso al agua es una combinación de factores naturales y humanos; eso justifica la intervención correctiva del derecho. No es excesivo sostener que un adecuado derecho humano de acceso al agua ayudaría y equilibraría esta gran disparidad de acceso al recurso natural en mención.

Si verificamos la situación global de los recursos hídricos, 60% de los insumos los concentran países como Brasil, Rusia, China, Canadá y Estados Unidos; frente a países del Norte de África y del Oriente Próximo caracterizados por vivir una tensión hídrica (hay regiones que están por debajo de ello).

A lo mencionado, se debe agregar que para 2025, dos tercios de la población mundial vivirán en condiciones de grave escasez de agua y un tercio carecerá de ella en lo absoluto. América Latina es un ejemplo de una paupérrima distribución e inadecuada administración del agua, ya que se

²⁰ Como una primicia del derecho de acceso al agua, vemos que no se trata de discutir quién maneje el agua (si un ente privado o uno público), sino que la responsabilidad del acceso al agua para todo ser humano es del Estado. También podemos citar ejemplos exitosos de gestiones del agua: entidades públicas con estándares de calidad óptimos del oro azul están en Singapur, Sri Lanka y Colombia. Entidades privadas que han destacado las encontramos en Chile.

²¹ García, Aniza, *El derecho..., cit.*, pp. 47 y 48.

calcula que 130 millones de personas carecen de suministro en sus hogares y que tan sólo una de cada seis cuenta con redes de saneamiento adecuadas (sin tomar en cuenta la contaminación de las fuentes hídricas por desechos industriales y agrícolas).

Otra situación que advierte los desproporcionados patrones de consumo, es que mientras en Estados Unidos el acceso promedio de agua es de 575 litros diarios por persona, y de entre 200 y 300 en la mayor parte de los países europeos, en algunos países africanos como Mozambique es de 10 litros por persona al día.

Del mismo modo, debe valorarse el costo de determinados intermedios para proveer de agua como las pipas, los vendedores y otros transportistas; algunos ejemplos los vemos en las viviendas más pobres de Argentina,²² El Salvador, Jamaica y Nicaragua, en donde las erogaciones derivadas del agua representan el 10%; mientras que en Manila o Nairobi, las familias de los barrios más pobres pagan por el agua entre 5 y 10 veces más que los residentes en lugares de renta alta.²³

III. EL TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA. DESARROLLO LOCAL EN UN CONTEXTO HÍDRICO DE CONSTANTE CRISIS REGIONAL²⁴

Todo país en el mundo debe hacer un esfuerzo ideológico por elaborar sus propios modelos políticos y jurídicos, sin dejar de adaptarse a la mundiali-

²² Según el Banco Interamericano de Desarrollo, en 2007, el principal prestador de servicios eran las empresas públicas, luego de litigios internacionales con ex operadores.

²³ García, Aniza, *El derecho..., cit.*, pp. 51-54.

²⁴ Véase Costa, Pietro, “Derechos sociales y democracia constitucional: un itinerario histórico”, en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, *cit.*, pp. 29-46; Ferrajoli, Luigi, “Derecho sociales y esfera pública mundial”, trad. de Javier Espinoza de los Monteros y Juan Carlos Barrios, en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, *cit.*, 2013, pp. 47-59. Para comprender el esquema de derechos humanos, su jurisdicción y las acciones colectivas dentro del entorno y camino constitucional mexicano, véase Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2013. Dos obras previas a las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos, y que son muy importantes para entender las *class actions* mexicanas, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos. Breviarios jurídicos*, México, Porrúa, 2003; Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004. Para despertar la inquietud de un litigante en materia ambiental y las formas de jurisdiccionar los aspectos ambientales, véase Leff, Enrique (coord.), *Justicia ambiental. Construcción y defensa de los nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos en América Latina*, México, Programa

zación en todos los aspectos; para un adecuado aprovechamiento y mejor distribución del vital líquido, cada Estado de la región latinoamericana debe elaborar su propio camino de cambios, que permitan en todo momento una descentralización de gestión del preciado líquido.

Sería sano tener como ejes en la región en mención, que cada Estado conozca sus deficiencias sociales, económicas y políticas para superar sus propias inequidades en infraestructura y adecuado cuidado del agua; por lo que cada gobierno local debe velar constantemente por una provisión de agua en cantidad y calidad adecuadas, que sea la suficiente dentro de los estándares de salud para aseo y actividades domésticas.

Si no se cubren esas necesidades, el acceso al agua será un mero *derecho de papel* previsto en diversos instrumentos internacionales signados por diferentes Estados en la comunidad latinoamericana.

Se debe tender a preservar ecosistemas, aspectos indígenas, de folclore y sin destruir culturas autóctonas, siempre desde un punto de vista local, que a la vez genere las condiciones económicas y sociales para el desarrollo de las potencialidades del ser humano como el cultivo de todos sus talentos y la satisfacción de necesidades como salud, techo, comida, vestido y trabajo (mejor calidad de vida).

Sin lugar a dudas, lo anterior será un reto permanente para cualquier gobierno y que jamás se debe desobligar. Por tanto, hay necesidad de cuidar y manejar adecuadamente el *oro azul*, como algunos le han llamado al agua; para que a nivel latinoamericano se realice una regionalización de políticas comunes que reparta el recurso natural en mención (superando asimetrías de desarrollos regionales paulatinamente).

Por consiguiente, se deben tomar las medidas locales correspondientes para superar el desigual acceso de diferentes zonas en América Latina al agua potable, teniendo en cuenta el aspecto de la globalización mundial (que cualquier apoyo tendente al agua no sea una *lacra* de cooperación); para no ser un mero tema economicista y se contemple en los rubros de acceso a la educación, los servicios de salud, acceso al trabajo, desarrollo sustentable y el propio desarrollo humano. Con ello, se procurará en cualquier política pública, ir dando las posibilidades para que millones de seres humanos que no tienen acceso al preciado líquido, lo posean en una región de este planeta que lo tiene en bastante cantidad, pero que desafortunadamente varios núcleos de población están al margen de su disfrute.

de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe-UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2001.

1. *Génesis de dicho ente*

Aquí también podemos acotar que el propio sistema europeo de derechos humanos ha sido un importante precedente en sus resoluciones concernientes al medio ambiente. Un claro ejemplo de lo anterior es el caso de *López Ostra vs. España* (sentencia del 9 de diciembre de 1994) el cual lo resolvió la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. En el mismo, a manera de bosquejo: la señora Gregoria López Ostra demandó de la empresa SACURSA por los daños que le ocasionaban a ella y a su familia las actividades que desempeñaba con desechos sólidos y líquidos en el entorno en el que vivían (contaminación de aguas). Los daños que demandó fueron los relativos a la integridad física y adecuado desarrollo sicológico. Finalmente, el Tribunal de Derechos Humanos condenó al Estado español a la indemnización económica lo alegado por la particular.²⁵

Se pueden encontrar antecedentes de este modelo de justicia alternativa en el Tribunal de Rotterdam (1983), donde se juzgaron casos de daños causados por la contaminación de la cuenca del Rhin; el Tribunal de Amsterdam (1992), que analizó casos de contaminación hídrica de Asia, África, América Latina y Oceanía; y en el Tribunal Nacional del Agua en Florianópolis, Brasil (1993), que abordó casos de contaminación en territorio brasileño.²⁶

²⁵ Véase González Martín, Nuria, *Una introducción a la Unión Europea*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 119-125; apuntes tomados por Bernardo Anwar Azar López en el Curso de Europa Política, Social y Económica, del 22 al 24 de julio de 2009, dirigido por Enrique Barón Crespo, organizado por la Universidad Complutense de Madrid en El Escorial y apoyado por el Banco Santander de España.

²⁶ Nos hemos visto en la necesidad intelectual de volver a reflexionar lo que ya expresamos en su momento, respecto de la base del concepto de derechos humanos y la teoría crítica en torno a ellos. En nuestra opinión, los derechos humanos se pueden conceptualizar desde el punto de vista meramente clásico y liberal: como los lineamientos legales establecidos en diversos tratados internacionales, constituciones estatales y otros instrumentos legales, en donde se regula la actuación de las autoridades ya sean estatales y/o internacionales, hacia cada una de las personas individuales sin importar su grupo humano, condición económica, credo, género o actividad. Toda vez que ya expusimos someramente la concepción de los derechos humanos, se debe adicionar que además de tocar el punto de dignidad humana, es también necesario mencionar tanto la riqueza moral como los medios materiales de subsistencia; por ello, si un Estado determinado únicamente redacta documentos legislativos, sin tener un programa nacional generador de riqueza, repartidor de la misma, con pesos y contrapesos efectivos de los poderes públicos y la educación de su pueblo, entonces cualquier derecho humano indicado en la ley será letra muerta. Algo que es indispensable comprender, es que el derecho al agua conlleva el desarrollo sustentable.

El Tribunal Latinoamericano del Agua es una instancia de justicia alternativa para el análisis y la búsqueda de solución a los crecientes conflictos hídricos.²⁷

Esto se puede vincular con asuntos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*; la comunidad indígena *Yákye Axa contra Paraguay*. Otro expediente contra el Estado paraguayo Xámok Kasek, en el que se condenó al Estado paraguayo a adoptar de manera inmediata, periódica y permanente medidas sobre el suministro de agua potable suficiente. Una sentencia que incluye aspectos hídricos es la de la *Comunidad Saramaka vs. el Estado de Surinam*. Pero hasta el día de hoy, la mayoría de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es en materia penal. Muchos tópicos de derechos humanos como los económicos, sociales y culturales, todavía no se ventilan —del todo— ante dicho tribunal internacional.

Dada su naturaleza ético-jurídica y científico-técnica, se reformula el sentido del derecho y actúa ante la crisis de legalidad imperante respecto a las problemáticas relacionadas con el agua en Latinoamérica. Convirtiéndose en una alternativa para la búsqueda de soluciones efectivas a los conflictos relacionados con la sustentabilidad hídrica y el acceso al agua.

La esencia de este tribunal comprende la aplicación de una ética sustancial implícita en las normas y principios internacionales para la sustentabilidad hídrica; por esta razón, la aplicación de normas, declaraciones y convenios internacionales es uno de los propósitos del Tribunal Latinoamericano del Agua.

²⁷ Diplomado en Derechos Humanos impartido por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de la Judicatura Federal, diciembre de 2012 a junio de 2013. Como abogado postulante, y a manera de llevar más argumentos jurídicos para litigar derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se pueden argüir: debido proceso legal (artículo 8o. Pacto de San José); tutela judicial efectiva (artículo 25); derecho de acceso a la información (13.1 y 13.2); igualdad ante la ley y prohibición de discriminación (1.1. y 24); derecho de la propiedad (21); derecho de circulación y residencia (22); derechos a la protección de la niñez, respeto a la intimidad y vida familiar, y protección de la familia (19, 11 y 17.1); y posible empleo del numeral 11 del Protocolo de San Salvador (interpretación de la Corte de otros derechos). Véase Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 273-301. Los mismos derechos sociales deben comprenderse partiendo de la base de la solidaridad humana, para un adecuado desarrollo nacional. Véase las reflexiones muy interesantes en Torre Martínez, Carlos de la, “Pobreza y derechos humanos: una relectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en Caballero Ochoa, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 Aniversario*, México, Porrúa, 2009, pp. 273-355.

Consecuentemente, se tendrá presente como lexicología la aplicación de una moral global e internacional de cuya atención depende el sostenimiento y la conservación del caudal hídrico y los ecosistemas hídricos del planeta.²⁸

2. *El caso de Riachuelo, Argentina*

En la práctica judicial encontramos un caso que ha sido muy trascendental: caso *Mendoza* de Argentina de 2006, derivado de la contaminación de la cuenca hídrica Matanza Riachuelo: en ese asunto unos particulares afectados demandaron la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra el Poder Ejecutivo Nacional, la Provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas que desarrollaban su actividad en la cuenca mencionada; se tomó como base de la acción que se volcaba directamente al río los residuos peligrosos, el daño ambiental colectivo que afectaba el patrimonio de la comunidad o de un sector de ella, de naturaleza supraindividual, indiferenciada o colectiva y conforme a una interpretación armónica de la Ley Argentina 25675 General del Ambiente, se producía alteración o modificación negativa relevante o significativa del ambiente, el equilibrio del ecosistema, sus recursos, los bienes o valores colectivos; de ese litigio derivaron como principios que tendría por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo en tal sentido con la prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alegaba se trataba de actos continuados que seguirían produciendo contaminación; en segundo lugar, debía perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada, conforme a los mecanismos que la ley prevé y, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento.

²⁸ Lo anterior es una síntesis de lo que se puede encontrar en la página en Internet <http://www.tragua.com/>, en la que se localiza información actualizada sobre las actividades del Tribunal Latinoamericano del Agua. Es necesario que cada Constitución nacional contenga una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales que trascienden a la persona, que corresponden a todo un grupo social o colectividad, y que resultan afectados por autoridades de la administración pública y particulares, en cuanto al daño de los recursos naturales y ecosistemas. En el tópico del agua, se trata de derechos fundamentales transpersonales donde los actos de autoridad permisivos, prohibitivos u omisivos, conllevan la realización de actividades de organismos descentralizados o particulares, que pueden incidir en un grupo o una determinada capa social o afectar recursos naturales. Consecuentemente, el medio ambiente se debe tratar como un bien jurídico que es inherente al individuo, pero implica el goce colectivo sobre bienes naturales. Lo anterior se ha ido fusionando en los criterios judiciales del Poder Judicial de la Federación en México (eso lo desprendimos de una lectura analítica de diversas jurisprudencias y tesis aisladas de 1995 a 2013).

Lo anterior, con el acompañamiento de una ley procesal ambiental que le dé rumbo adjetivo a cualquier acción legal.²⁹

Algún sector de los estudiosos del derecho ambiental menciona que para el caso específico del agua, sería deseable tener un órgano competente que conociese de asuntos relacionados con el vital líquido.

IV. DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA EN MÉXICO

1. Generalidades

Una vez que hemos desglosado los puntos anteriores, notamos que se debe evitar una dispersión de principios jurídicos y de disposiciones administrativas, para no dificultar el planteamiento de la premisa central e ir atendiendo el problema hídrico con diferentes vicisitudes.

Se observan en el foro las acciones de los particulares que se dirigen contra las actuaciones de la administración, o la inactividad de la misma, que lesionan el interés colectivo a un medio ambiente adecuado.³⁰

A. Pequeñísimas reflexiones sobre el Poder Judicial en los asuntos verdes a nivel global

Al Poder Judicial en todo el mundo —aunque en contextos diferentes— siempre se le critica por su morosidad para resolver asuntos, pero también es muy solicitado para resolver controversias en materia ambiental. Es el único órgano que puede poner en orden las disputas entre la administración pública y los particulares.³¹

²⁹ Para el ejercicio de los derechos ambientales, se debe pagar en principios de preventión, precaución y reparación efectiva.

³⁰ En el régimen jurídico brasileño encontramos: 1. En los estados de Amazonas, Mato Grosso y Espíritu Santo fueron creados los juzgados ambientales. 2. Se habla dentro de la carrera judicial brasileña de la formación en derecho ambiental. También se ha discutido la protección del medio ambiente inmaterial, los usos, las costumbres, la lengua, la música y las artes populares.

³¹ Passos de Freitas, Vladimir, *Tribunales especializados en materia ambiental (Cortes Verdes)*, s. l. i. y s. f., y ciclo de conferencias: Protección al Ambiente por la Autoridad Administrativa por parte de la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, A. C., octubre a noviembre de 2010, en la Ciudad de México. En el sistema africano de protección de derechos humanos, se observa que la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, condenó al país de Zaire (actualmente República

Se pueden mencionar los siguientes casos:

Nueva Zelanda tiene un cuerpo judicial separado para decidir litigios ambientales desde hace 45 años. Durante este periodo se amplió para dar entrada a un Tribunal Ambiental que aplica valores y métodos judiciales y conocimiento especializado con el fin de solucionar litigios sobre el medio ambiente. El TANZ es un tribunal especial de jurisdicción limitada, o sea, se encuentra entre un tribunal judicial y un tribunal administrativo. Tiene sede en Wellington, capital de Nueva Zelanda, pero realiza sesiones por todo el país, y esto le da un carácter itinerante; su principal tarea es examinar recursos contra decisiones administrativas de primer grado. La formación de los juzgadores es multidisciplinaria, mezclando jueces y miembros de áreas técnicas. Entre los comisarios hay algunos que no son técnicos, pero le llevan al juez el pensamiento de la comunidad local.

El TANZ es menos formal que los tribunales judiciales y cualquiera puede tener acceso a él, incluso hacer sustentación. Siempre se recurre a la mediación como forma de terminar el conflicto; el interés público prevalece sobre el particular, aunque a veces ambos se mezclan, el tribunal fiscaliza y decide propuestas de la administración, por ejemplo abrir una nueva ruta. Contra las decisiones de TANZ sólo cabe el recurso ante el Tribunal Superior; como se ve, el Tribunal Ambiental da la última palabra en materia de pruebas. Otros ejemplos muy interesantes los encontramos en Grecia, Australia e Italia.

B. Creación de un tribunal ambiental en los Estados Unidos Mexicanos

Va a ser indispensable que el Estado mexicano verifique constantemente la eficacia de sus instituciones en el tema de desarrollo sustentable, para que en caso de conflictos, se cuente con órganos judiciales especializados que les puedan dar el cauce legal.

Así, el Poder Judicial es actor indispensable en la aplicación efectiva de las normas ambientales, en el caso mexicano sería sano que formara parte de la carrera judicial el derecho ambiental. Asimismo, sin desconocer que la forma de especializar debe adaptarse a las características de cada región nacional.

Democrática del Congo), al no proveer de los servicios básicos de abastecimiento de agua potable y atención médica básica como una violación de su obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo.

Sin desconocer que dicho tribunal verde puede subespecializarse en repercusiones de los campos penal, civil y administrativo.³²

Actualmente, encontramos dentro del foro federal mexicano el Acuerdo General 27/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que precisa la competencia de los juzgados de distrito mixtos, especializados y semiespecializados de la república mexicana, que actualmente tienen competencia en juicios administrativos, para atender los asuntos ambientales señalados en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental; sin que todavía a nivel federal se desarrolle más estos órganos especializados verdes.

Un punto emblemático a mencionar en el derecho sudamericano es que en la práctica judicial encontramos un caso que ha sido muy trascendental: *Mendoza*, de Argentina, en 2006, derivado de la contaminación de la cuenca hídrica Matanza Riachuelo.³³

C. Una propuesta es la de un tribunal especializado en el agua a nivel federal

Ante la falta de uniformidad de políticas y reglas jurídicas es indispensable tener estudios muy profusos para resolver esas antinomias y garantizar el abasto del “oro azul”.³⁴

Una cuestión que ahora se debe enfrentar con novedosas soluciones es el “estrés hídrico” que se refiere a la falta de agua potable, lo que puede acarrear desnutrición y problemas de salud pública.

En términos jurídicos, el derecho al agua se considera un derecho fundamental según diversos tratados internacionales de derechos humanos, sin dejar de hacer hincapié en lo que prevé la Constitución mexicana en cuanto a los elementos naturales. Siendo que ese ente tendrá que hacer cumplir el orden jurídico en materia de agua y los principios ambientales que se encuentran en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, amén de otros ordenamientos jurídicos ecológicos.

³² Dentro de la administración de justicia argentina: se aprecia que en los últimos años se han judicializado cuestiones ambientales y la sociedad civil ha adquirido un papel protagónico en la defensa del medio ambiente; según estadísticas hasta principios del 2008, el 60% de los asuntos judiciales ambientales provenían del sector privado (afectados y ONG's), frente a 40% que eran iniciados por el Estado; se dio existencia a la institución de la primera Unidad Fiscal Ambiental (protección penal ambiental).

³³ Véase, *supra*, apartado III, punto 2.

³⁴ Lamentablemente, de no mejorarse la gestión de los recursos hídricos se puede estar en la antesala de los futuros conflictos bélicos en este siglo.

D. *Asimilación del Tribunal Latinoamericano del Agua al derecho mexicano*³⁵

Sin olvidar que en el tópico del cambio climático a nivel mundial, se debe actuar conjuntamente y reducir al mínimo las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera, es un asunto del Consejo de Seguridad de la ONU, ya que esto puede significar una catástrofe contra la humanidad entera y una gran miseria económica al cambiar las situaciones físicas y de temperatura del planeta completo (Acuerdo de París de finales de 2015). Se habla del Fondo para el Medio Ambiente Mundial para financiar actividades económicas que tengan un mínimo de huella ambiental; así como de mercados de bienes y servicios ambientales; no se puede cargar del mismo calibre de responsabilidad ambiental a cada Estado, ya que cada uno contamina con diferentes volúmenes (Protocolo de Kyoto).

Con lo desarrollado en líneas anteriores, al tener una administración pública bien organizada en cuestiones de agua y una administración de justicia con especialización, nos será posible asimilar y corregir de manera institucional las ineficiencias descritas en líneas anteriores en cuanto al cuidado de los recursos naturales.

Instrumentos legales que encontramos para hacerse de fondos y cooperar a nivel nación contra la contaminación ambiental, se puede estudiar en el caso de Brasil: 1. Como perspectiva de calentamiento global: vemos la Ley 12114 del 9 de diciembre de 2009, por la que se crea el Fondo Nacional del Cambio Climático (proveniente del erario, créditos, donaciones e ingresos que genere). En la misma se prevén aspectos energéticos, financiar estudios y efectos del cambio climático, hay figuras sobre la adaptación de la sociedad a los cambios climáticos, reducir emisiones de gas, conservar áreas verdes y generar tecnologías ambientales.

Posteriormente, la Ley 12187 del 29 de diciembre de 2009, en la que se hace mención de la política nacional para el cambio climático, se mencionan instituciones legales para reducir la vulnerabilidad para el hombre y la propia naturaleza por el cambio de clima mundial así como los efectos adversos para la salud humana; es así que el Estado brasileño asume su responsabilidad internacional respecto a reducir el impacto ambiental (aportación brasileña a la comunidad internacional) y la conciliación de intereses de diferentes grupos; intenta dar lineamientos legales de acciones para mitigar el cambio climático, identificar vulnerabilidades e, inclusive, coordinar actividades a nivel mundial. El control contra la contaminación persigue

³⁵ Viana de Araujo, Bruno Manoel, *La respuesta del derecho internacional al problema del cambio climático*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 289-302.

la solución a un problema muy complejo, que ultrapasa lo ambiental para alcanzar también lo social y lo económico.³⁶

Por lo tanto, con una adecuada gestión de los recursos humanos y económicos, y la correcta impartición de justicia, se podrá distribuir mejor el agua y, en su caso, tratar las aguas contaminadas.³⁷

2. *Planteamiento general para el caso mexicano*

Sin lugar a dudas, una de las crisis más recurrentes en México es la tensión hídrica, al tenerse factores como su contaminación, escaso reúso, mala calidad, bajas cantidades para proveer y una gestión deficiente del vital líquido. Casi la mitad del agua de los ríos está contaminada y sólo una tercera parte de las aguas superficiales es de buena calidad; de los 653 acuíferos que existen en México, 102 están sobreexplotados —la mayoría en la zona centro y norte del país— y algunos ya tienen intrusión salina y salinización; 75 millones de mexicanos abastecen sus necesidades de consumo con el 70% del volumen del agua que se suministra de aguas subterráneas (México ocupa el lugar 106 de 122 países calificados por la calidad del agua).³⁸

No se desdeña que se haga sostenible la provisión de agua en cantidad y calidad suficientes del conjunto de instituciones públicas y privadas, a través de diferentes mecanismos, para canalizar diversos recursos económicos públicos y privados hacia los distintos programas y proyectos de inversión

³⁶ Las anteriores líneas: Bernardo Anwar Azar López con su participación como ponente en el ciclo de conferencias: Protección al Ambiente por la Autoridad Administrativa por parte de la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación A. C., *cit.*

³⁷ En el marco legal de la Unión Europea, podemos apreciar que el agua para todos sus miembros se considera una cuestión de primera necesidad. Un sitio en Internet que nos puede ilustrar sobre la situación hídrica en cada país del mundo y por regiones, disponible en: <http://www.fao.org/nr/water/aquastat/main/indexesp.stm>.

³⁸ Ortiz Rendón, Gustavo Armando, “Evolución y perspectivas del marco jurídico del agua en México: nuevos retos y oportunidades para la gestión integrada del recurso hídrico”, en Rabasa, Emilio O. y Arriaga García, Carol B. (coords.), *Agua: aspectos constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 17-19. *Cfr.* con la posición de articular posiciones jurídicas y el control de políticas públicas, véase Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Universidad Panamericana-Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 61, 2012, pp. 275-278; Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho humano al agua y al saneamiento en México”, *Revista de Derechos Humanos-Defensor*, núm. 6, junio de 2012, pp. 41-46, disponible en: <http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r28959.pdf>.

en el sector hídrico, que se encuentran asignadas a la Comisión Nacional del Agua, bajo la supervisión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con apoyo de los diversos procesos de acceso a la información pública gubernamental.

Se tendrían como fuentes tradicionales los recursos fiscales federales, la recaudación (según la Ley Federal de Derechos), fideicomisos, inversión privada directa, banca de desarrollo; o ver las no tradicionales, como la emisión de deuda, bursatilización de la actividad económica hídrica (con las previsiones respectivas), gestión de activos, aseguramiento. Lo anterior tendría como destino el agua y el saneamiento; modernizar el sistema de riego, grandes obras de protección por las inundaciones, la hidroelectricidad, la gestión del recurso hídrico y su sistematizada medición, hacerse de los indicadores de desempeño y resultados.

- Visión 2030 en materia hídrica: tener los ríos limpios, cobertura universal, cuencas en equilibrio, asentamientos seguros frente a inundaciones catastróficas, necesidad financiera para movilizar recursos por 50,000 millones de pesos anuales durante 20 años para satisfacer las necesidades actuales y del futuro, incentivos para desarrollar la cultura del valor ambiental del agua, fondos de garantía para eficientar los recursos financieros y no dejar de que exista flujo de efectivo, fondos federales rotatorios (para resolver problemas de financiamiento de corto plazo), no dejar de elaborar un diagnóstico del padrón de usuarios y ejecución y hacer calendarios de amortizaciones de capitales e intereses en cuanto a los pasivos.
- Sustentabilidad financiera en el tratamiento de aguas residuales: garantizar la sustentabilidad de los ingresos; incentivos para plantas de tratamiento, fortalecimiento de la eficiencia comercial, implementar un plan director de infraestructura y manejo de aguas residuales sin dejar de tener información precisa de gastos, volúmenes, puntos críticos, identificar el potencial mercado de aguas tratadas en la zona, ubicar los reúsos que no requieran de aguas de calidad; estructuración de tarifas de saneamiento según los costos de operación, medición de descargas, supervisión de puntos de riesgo; cobro de excedentes de contaminantes; se habla de bursatilizar la actividad a través de títulos en el mercado de valores para que el gobierno se haga de recursos frescos; dar viabilidad al manejo integral de

la cuenca con el fin de incluir trabajos de reforestación, retención y conservación de suelos e infiltración de agua.³⁹

3. Retos para la gestión integrada del recurso hídrico en México

Ahora se menciona a la adecuada administración del vital líquido a la cuenca como la unidad de gestión que debe ser incluyente, participativa y descentralizada; la implementación del sistema financiero del agua; el ejercicio eficaz y transparente de los recursos presupuestales; incluir los costos ambientales en los sistemas de precios de agua; la aplicación del pago por servicios ambientales hidrológicos; desarrollo de seguros por daños provocados por inundaciones; fomentar la participación de las entidades federativas y municipios y de sus usuarios en las actividades de planeación, construcción y operación de infraestructura; impulso a la ciencia y a la tecnología para ocupar mejor el agua; la adecuada concurrencia de los diferentes niveles de gobierno en la gestión hídrica; en materia de coordinación corresponderá a la Federación los convenios de carácter administrativo y fiscal, según lo previsto por la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Planeación, la Ley de Coordinación Fiscal y demás aplicables.

Sin dejar de observar lo que prevén la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; la Ley Federal de Derechos; las tesis judiciales que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al tópico del agua y en materia ambiental; los decretos emitidos respecto a los usuarios de aguas nacionales; el Programa Nacional Hídrico del *Diario Oficial de la Federación* del 8 de abril de 2014, mismo que prevé gobernabilidad hídrica, seguridad hídrica, agua y salud, sociedad participativa para una cultura del agua, el agua como promotor del desarrollo sustentable, reforma al marco jurídico del agua; la relación del programa mencionado con el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018 (Proigualdad 2013-2018); y el decreto por el que se abrogan los acuerdos que se indican y se establece la reserva de aguas en las cuencas hidrológicas que se señalan en el *Diario Oficial de la Federación*, del 15 de septiembre de 2014.

³⁹ <http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Noticias/PTSFA2.pdf> (consultada el 25 de diciembre de 2014).

V. ¿UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN MATERIA HÍDRICA?

Se ha propuesto desde la academia la creación del Tribunal Federal del Agua independiente de cualquiera de los poderes del Estado mexicano, sin soslayar que otros tratados de derechos humanos tocan los aspectos de agua como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, lo mismo que un gran número de declaraciones internacionales, también está implícitamente reconocido el Protocolo de San Salvador.⁴⁰

Pero dentro de la práctica judicial federal se avizora la creación de los “tribunales verdes”, léase el siguiente decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de junio de 2013:

DECRETO por el que se expide la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, de la Ley General de Vida Silvestre, de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, *de la Ley de Aguas Nacionales*, del Código Penal Federal, de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y de la Ley General de Bienes Nacionales [cursivas nuestras].

...

ARTÍCULO OCTAVO. Se adiciona un artículo 77 bis de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, para quedar como sigue:

...

TRANSITORIOS

PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor a los treinta días siguientes al de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

SEGUNDO. El Fondo de Responsabilidad Ambiental deberá ser constituido y sus bases y reglas de operación, elaboradas y aprobadas dentro de los ciento ochenta días posteriores a la entrada en vigor del presente Decreto.

TERCERO. Los juzgados de distrito especializados en materia ambiental deberán establecerse en un término máximo de dos años contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto. La jurisdicción especializada en materia ambiental podrá otorgarse a los juzgados de distrito en funciones en cada circuito jurisdiccional o de acuerdo a lo que disponga el Consejo de la

⁴⁰ López Olvera, Miguel Alejandro, “El Tribunal Federal del Agua. Propuesta para su creación en México”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Régimen jurídico del agua. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, cit., pp. 219-237.

Judicatura Federal, sin que esto implique la creación de nuevos órganos jurisdiccionales. El personal de cada uno de dichos juzgados de distrito recibirá capacitación especializada en materia de normatividad ambiental.

VI. UNA REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE AGUAS⁴¹

A no dudar, cualquier comentario que se haga sobre una nueva Ley de Aguas, deberá hacerse previo a un análisis exhaustivo y libre de cualquier nihilismo ideológico de corte económico o político. Algunos cuestionamientos hechos a la iniciativa ciudadana “agua para todos, agua para la vida”, con el consenso de más de 450 investigadores y organizaciones de la sociedad civil de 27 estados de la república, son: ¿cómo garantizar el acceso universal al agua? Una propuesta estratégica contendría: rediseñar el sistema de concesiones, garantizar el manejo sustentable de las cuencas, aprovechar las experiencias de manejo comunitario del agua, la transparencia en los sistemas de agua potable, frenar la suburbanización, diseñar políticas fiscales que permitan el derecho humano de acceso al agua, mejorar el sistema de vigilancia y defensoría de los recursos hídricos, la seguridad alimentaria y contar con una contraloría social del agua y su respectiva defensoría.⁴²

VII. CONCLUSIONES

1. Al ser el agua un elemento vital de la supervivencia humana, es necesario que la misma se provea en la cantidad y calidad adecuada a las diferentes poblaciones del mundo.
2. Ahora que hablamos de la importancia del acceso al agua potable, también lo podemos catalogar como un derecho humano, el cual significa que cualquier Estado del mundo debe comprometerse a proveer de agua potable a sus habitantes, aunque el servicio público hídrico lo

⁴¹ Independientemente de la corriente ideológica, es necesario atender y prever problemas catastróficos en materia hídrica como ocurrió con el río Sonora, el 6 de agosto de 2014, con el derrame de químicos de una de las entidades del Grupo México. <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/10/22/988405> (consultada el 8 de enero de 2015).

⁴² <http://www.greenpeace.org/mexico/es/Prensa1/2014/Marzo/Defienden-ciudadanos-propuesta-integral-de-Ley-General-de-Aguas/> (consultada el 27 de diciembre de 2014). Incluso, el desarrollo de tecnología mexicana para descontaminar aguas, por ejemplo, en depósitos de la potable, se colocaría un sistema contiguo al tinaco, un pequeño reactor fotocatalítico que brindaría un tratamiento extra al líquido, http://132.247.174.60/dgcs/boletin/bdboletin/2014_759.html (consultada el 31 de diciembre de 2014).

manejen particulares. No se puede dejar la correcta distribución del vital líquido *al capitalismo salvaje o a la ley del mercado*.

3. En el caso de América Latina, es fácil entender que concentra más del 40% del agua dulce que existe en el globo terráqueo, pero lamentablemente millones de seres humanos no tienen acceso al agua potable. A eso se le debe sumar que en muchos países latinoamericanos existe una exigua cultura del cuidado del ambiente.
4. Aun con la Declaración Latinoamericana del Agua, es indispensable que cada legislación nacional a nivel continental se adapte a los principios de poner a disposición de las comunidades el agua en cantidad y calidad óptima para la vida del ser humano. Sin descuidar una adecuada administración pública, que tenga la infraestructura y los medios para administrar correctamente ese recurso natural.
5. Por lo que se refiere a la administración pública de cada país latinoamericano, es fácil percibirse que salvo algunas excepciones (como en algunas regiones de Brasil y Argentina), no se tiene ningún rumbo acerca de la gestión del vital líquido, parece que se quisiera entregar el *oro azul* a los particulares sin ninguna limitante, o simplemente la administración pública de varios países no sabe cómo cobrar su suministro o cómo distribuirla mejor entre las comunidades.
6. El Tribunal Latinoamericano del Agua viene a sistematizar en parte las diferentes figuras jurídicas y sociales para proteger derechos transpersonales e intergeneracionales en la disposición del agua. Además, de que se constituye como un órgano jurisdiccional de conciencia y fuerza moral por lo que decida respecto de los países latinoamericanos u otros rincones del mundo.
7. El mismo tribunal ético —a pesar de ser denominado Tribunal Latinoamericano del Agua— como hemos visto, es un órgano recomendativo. Que tiene como virtud elaborar criterios técnicos respecto al manejo del vital líquido.
8. En la primera década de este siglo apreciamos diversas audiencias públicas donde se ventilaron diversos asuntos de países como Panamá, Costa Rica, México, Brasil, Ecuador, entre otros; en las que se reunieron expertos en el agua para analizar y juzgar casos en el Tribunal Latinoamericano del Agua.

Podemos observar que en diversos fallos se juzgaron a gobiernos nacionales, empresas y hasta organismos internacionales como el Banco Mundial por diversas obras públicas que afectaban a determinadas comunidades locales o destruían recursos naturales.

9. Al hablar del tópico del derecho al agua, es necesario tener conocimientos muy profundos de derecho administrativo, derecho económico, sociología, economía, administración pública y ciencias naturales para dictar veredictos o emitir actos de autoridad que sean lo más confiables.
10. Lamentablemente, en el caso mexicano no se ve un proyecto de administración pública que descentralice varias funciones de distribución y gestión del agua, y reparta poder político para manejar los recursos hídricos nacionales. Hay entidades federativas de la república mexicana y municipios que no cuentan con la infraestructura e instituciones administrativas que garanticen el buen manejo del agua tanto para consumo humano, agricultura y usos industriales.
11. En la frontera norte entre México y los Estados Unidos de América, el problema se va agudizando con el paso de los años para disponer de suficiente agua en las poblaciones fronterizas y en las actividades económicas.
12. Para tratar de resolver conflictos por el agua, es necesario que las dependencias que la manejen estén completamente especializadas en el tema y siempre planeen a futuro. Lo mismo se puede mencionar con respecto a los tribunales estatales que conozcan de esos asuntos.
13. Será indispensable que el Estado latinoamericano constantemente se autovigile en el cumplimiento de sus fines de la administración correcta de los recursos naturales y que dicha administración beneficie a todas las poblaciones. No es posible que en muchos actos de gobierno se privilegien algunos intereses particulares sobre cuestiones de orden público.
14. Es necesario comunicar constantemente a las poblaciones sobre el uso eficiente del agua (goteo y aspersión del vital líquido para no desperdiciarlo).
15. En el caso mexicano, se empieza a hacer muy importante que se especialice la jurisdicción de cuestiones hídricas y de medio ambiente. Lo anterior, se debe juzgar a nivel federal para que se garantice que sea un ente confiable el que resuelva esos conflictos.
16. Como en cualquier tema del derecho al desarrollo, si la administración pública no cuenta con los elementos humanos capacitados, ni los recursos económicos para llevar a la práctica los postulados legales y compromisos internacionales, no dejarán de ser *meros discursos jurídicos*.
17. Finalmente, como hipótesis mencionamos: al hablarse sobre la falta de la sistematización de instituciones legales para resolver cuestiones ambientales (de agua), se dispersan los conceptos y, por lo tanto, es

indispensable crear un sistema de gestión y adecuada sistematización que proteja eficazmente el derecho que tiene todo individuo al agua en cantidad y calidad adecuadas. Asimismo, sin la adecuada gestión del oro azul (para algunos especialistas en temas del agua le han llamado oro azul debido a que sin la misma no es posible la vida humana) será imposible proveerla a todas las comunidades de manera adecuada.

En cuanto a las variables dependientes: si no se tiene precisada la responsabilidad del Estado para proveer de agua en cantidad y calidad óptimas, no se podrán plantear esquemas jurídicos y administrativos para su adecuada distribución entre la población; independientemente de que quien maneje el vital líquido sea un ente estatal o particular.

Respecto a las variables independientes: la mala gestión y regulación del agua dulce en América Latina (generalidades y común denominador), lo que provoca un despilfarro de recursos económicos y el no cumplimiento de acceso universal al agua.

Como indicadores y dimensiones, se ocuparon estadísticas y datos concretos de los malos manejos de agua en diferentes países latinoamericanos y lo que se pudo aprender de esas experiencias, por ejemplo, datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.

Por último una propuesta que manejamos es la siguiente: sin lugar a dudas, el problema del agua se debe abordar desde diferentes aristas, ya que es fácil incurrir en falacias, por eso es indispensable tener presente que se trata de un recurso finito y que debe aprovecharse de la mejor forma posible, con apoyo en las modernas tecnologías que permiten ocupar menos para conseguir mayores beneficios (actividades agrícolas); así como tener planes gubernamentales a largo plazo sobre la identificación de la problemática hídrica a nivel nacional y por cada región, cuyo fin sea formular un proyecto a largo plazo que sea constantemente verificado (puntos fuertes y puntos débiles) y hacer una mejor distribución del agua; sin dejar de revisar costos y cobros de su manejo con la intención de hacerlo viable financieramente.

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MÉXICO: PLAGUICIDAS, MEDIO AMBIENTE Y SALUD

Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los plaguicidas como sustancias tóxicas*. III. *Plaguicidas sintéticos tóxicos, salud y medio ambiente*. IV. *Derecho humano a la salud y principio precautorio*. V. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Los plaguicidas son sustancias o mezclas de éstas utilizadas con la finalidad de reducir, controlar o eliminar las plagas que causan impactos negativos en la producción agropecuaria y en la salud humana, entre otros. No obstante, muchos de los componentes de estas formulaciones presentan alguna característica de toxicidad susceptible de causar efectos negativos en la salud humana y en los ecosistemas y sus elementos. Es por ello que los plaguicidas requieren de un manejo especial que proteja el medio ambiente receptor y la salud humana, incluida la ocupacional, ya que el mal uso de los plaguicidas y la exposición pueden ocasionar la contaminación de los ecosistemas y, en consecuencia, de los productos agrícolas y de quienes los consumen, así como de los trabajadores y personas en general expuestos a ellos.

De acuerdo con datos de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), la participación de la agricultura en el producto interno bruto (PIB) nacional es apenas del 4%, pero su incidencia en el desarrollo económico y social del país es mayor, pues prácticamente toda la producción de alimentos se origina en este sector, siendo fundamental en la seguridad alimentaria, el costo de vida y el ingreso real del conjunto de la población. Además, los productos agrícolas son la base de un gran número de actividades comerciales e industriales, por lo que su contribución sectorial al PIB de México supera el 9%. Asimismo, constituye una actividad fundamental en el medio rural, en el cual habita

todavía una parte altamente significativa de la población nacional (unos 24 millones de mexicanos, esto es, casi la cuarta parte).¹ Es claro que para el sector agrícola los plaguicidas son considerados un insumo fitosanitario destinado a prevenir, repeler, combatir y destruir a los organismos biológicos nocivos a los vegetales, sus productos o subproductos.²

Sin embargo, en muchos casos, las personas desconocen los efectos negativos del uso de plaguicidas y de su manejo integral, pues al desecharse los envases éstos deben manejarse como residuos peligrosos, lo que requiere de un tratamiento especial; por lo que los riesgos relacionados con los plaguicidas son múltiples, y sus consecuencias pueden implicar la contaminación ambiental severa y la afectación irreversible en la salud humana. Por lo anterior, resulta fundamental trabajar en la comunicación de riesgos asociada al uso de plaguicidas, así como en talleres de educación ambiental y en la aplicación del principio precautorio ante la falta de certeza científica sobre posibles daños graves e irreversibles por el uso de ciertos componentes químicos tóxicos, ello en aras de contribuir a la materialización del derecho humano a la salud y del desarrollo sustentable.

Bajo este contexto, el presente trabajo se enfocará en el análisis de los plaguicidas como sustancias peligrosas y la aplicación del principio precautorio en el marco del ejercicio del derecho humano a la salud y a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar.

II. LOS PLAGUICIDAS COMO SUSTANCIAS TÓXICAS

Dentro de la categoría de sustancias tóxicas se encuentran algunos plaguicidas; se trata de sustancias o mezclas de ellas destinadas a controlar cualquier plaga, incluidos los vectores que transmiten las enfermedades humanas y de animales, las especies no deseadas que causen perjuicio o que interfieran con la producción agropecuaria y forestal, así como las sustancias defoliantes y las desecantes;³ que, cuando por cualquier vía de ingreso, ya sea inhalación,

¹ INEGI-SAGARPA, *Encuesta Nacional Agropecuaria 2014*, México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, 2015, p. 3.

² Ley Federal de Sanidad Vegetal, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de enero de 1994. Última reforma publicada el 16 de noviembre de 2011, artículo 5o.

³ Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de febrero de 1984, artículo 278, fracción I.

ingestión o contacto con la piel o mucosas, causen efectos adversos al organismo, de manera inmediata o mediata, temporal o permanente.⁴

Pertenecen al grupo de plaguicidas: insecticidas, fungicidas, herbicidas, nematicidas, rodenticidas, acaricidas y molusquicidas, los cuales se emplean para combatir las plagas de insectos, caracoles, ácaros y garrapatas; así como para eliminar enfermedades micóticas y malas hierbas;⁵ no obstante, la exposición prolongada a estas sustancias químicas puede provocar graves problemas a los ecosistemas y a la salud humana.

En México, el Reglamento en Materia de Registros, Autorizaciones de Importación y Exportación de Plaguicidas, Nutrientes Vegetales y Sustancias y Materiales Tóxicos o Peligrosos, clasifica diversos tipos de plaguicidas, entre los que se encuentran los químicos, que incluyen los técnicos y formulados para uso: agrícola, doméstico, forestal, industrial, jardinería, pecuario y urbano. Para los efectos de este análisis nos enfocaremos en los plaguicidas sintéticos tóxicos, incluidos los considerados contaminantes orgánicos persistentes (COP); es decir, aquellos que tienen propiedades tóxicas, son resistentes a la degradación, se bioacumulan y son transportados por el aire, el agua y las especies migratorias a través de las fronteras internacionales, por lo que son depositados lejos del lugar de su liberación, acumulándose en ecosistemas terrestres y acuáticos, lo que provoca daños graves a los ecosistemas y a la salud humana.

III. PLAGUICIDAS SINTÉTICOS TÓXICOS, SALUD Y MEDIO AMBIENTE

Los plaguicidas sintéticos surgen en la década de los años veinte, en los Estados Unidos de América, a partir de la síntesis y el uso de los derivados del dinitro. El uso de estos compuestos, que llega hasta nuestros días, alcanzó un auge luego de la Segunda Guerra Mundial, destacándose el uso del dicloro difenil tricloroetano (DDT), al que sobrevino la síntesis de otros productos análogos; así como de compuestos organoclorados considerados excelentes insecticidas de contacto, como el aldrín, clordano y heptacloro.⁶ Pese a su

⁴ Artículo 2o., fracción XXXIII, Reglamento en Materia de Registros, Autorizaciones de Importación y Exportación y Certificados de Exportación de Plaguicidas, Nutrientes Vegetales y Sustancias y Materiales Tóxicos o Peligrosos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 28 de diciembre de 2004.

⁵ FAO, *Manual sobre el Almacenamiento y Control de Plaguicidas*, Roma, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 1995, p. 2.

⁶ Albert, Lilia A., “Plaguicidas”, en Albert, Lilia A. (ed.), *Introducción a la toxicología ambiental*, Estado de México, Gobierno del Estado de México-Organización Panamericana de la Salud-Organización Mundial de la Salud, 1997, pp. 360-362.

éxito para el control de plagas, con el paso del tiempo se identificó que todos los plaguicidas clorados producen alteraciones metabólicas y tienen efectos neurológicos que pueden afectar al sistema nervioso central.⁷ Además, determinados plaguicidas alteran la composición del plasma sanguíneo;⁸ algunos tienen efectos estrogénicos y otros incrementan el riesgo de leucemia y causan desórdenes en el hígado en niños expuestos a través de la leche materna contaminada.⁹ También existe evidencia respecto de su relación con el cáncer,¹⁰ el edema pulmonar, la intoxicación aguda y las anemias,¹¹ así como sobre los daños genéticos que provocan plaguicidas como: aldrín, dieldrín, endrín, DDT, hexaclorobenceno (HCB) y lindano.¹²

La problemática en materia de salud pública asociada a la exposición de sustancias químicas a nivel internacional es abordada por el Programa Internacional de la Organización Mundial de la Salud sobre Seguridad Química, cuyo informe de mayo de 2016, refiere que 1.3 millones de muertes en 2012 fueron a causa de la exposición a ciertas sustancias químicas. Además, el informe advierte de 193,000 muertes anuales debido a intoxicaciones no intencionales, resultado de exposiciones a productos químicos, como metales pesados, plaguicidas, disolventes, pinturas, detergentes y queróseno; no obstante, únicamente 47% de los países miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS) tiene uno o más centros de intoxicaciones.¹³ Sin embargo, si consideramos que día a día entran al mercado un número

⁷ OMS, *Consecuencias sanitarias del empleo de plaguicidas en la agricultura*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1990, pp. 78-94.

⁸ Yéñez, L. *et al.*, “DDT Induces DNA Damage in Blood Cells. Studies in Vitro and in Women Chronically Exposed to this Insecticide”, *Environmental Research*, vol. 94, núm. 1, 2004, pp. 18-24; Naqvi, S. y Vaishnavi, C., “Bioaccumulative Potential and Toxicity of Endosulfan an Insecticide to Non-Target Animals”, *Comparative Biochemistry and Physiology Part C: Comparative Pharmacology*, pp. 347-361.

⁹ Nasir, K. *et al.*, “Residues of Chlorinated Hydrocarbon Insecticides in Human Milk of Jordanian Women”, *Environmental Pollution*, vol. 99, núm. 2, 1998, pp. 141-148.

¹⁰ London, L. *et al.*, “Pesticide Usage and Health Consequences for Women in Developing Countries: out of Sight, out of Mind?”, *International Journal of Occupational and Environmental Health*, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 46-59; Romieu, I. *et al.*, “Breast Cancer, Lactation History and Serum Organochlorins”, *American Journal of Epidemiology*, vol. 152, núm. 4, 2000, pp. 363-370.

¹¹ López Acuña, Daniel, *La salud ambiental*, México, Universo Veintiuno, 1987, pp. 107-139.

¹² Gómez-Arroyo, S. *et al.*, “Assessing the Genotoxic Risk for Mexican Children who are in Residential Proximity to Agricultural Areas with Intense Aerial Pesticide Applications”, *Revista Internacional de Contaminación Ambiental*, vol. 29, núm. 3, 2013, pp. 219-220.

¹³ WHO, *The Public Health Impact of Chemicals: Knowns and Unknowns International Programme on Chemical Safety*, Ginebra, World Health Organization, 2016, pp. 4, 6 y 10.

importante de sustancias químicas respecto de las que se carece de información puntual sobre sus posibles efectos al medio ambiente y la salud, puede inferirse que el número de afectaciones podría ser mucho mayor.

Para determinar el “riesgo” que implica un plaguicida es necesario considerar tanto la toxicidad como la probabilidad de exposición. Esto es: un bajo nivel de exposición a un plaguicida extremadamente tóxico puede ser más peligroso que un alto nivel de exposición a un plaguicida de baja toxicidad, por lo que el nivel de exposición a los plaguicidas es el factor determinante para el menoscabo de la salud humana.

En consecuencia, los efectos en la salud humana a causa de los plaguicidas dependen de la toxicidad del plaguicida y de la exposición a él.¹⁴ A su vez, el nivel de toxicidad estriba, entre otros aspectos, en factores como: 1) absorción, distribución, almacenamiento, activación, detoxificación, los cuales influyen en la reacción de su forma tóxica final con el sitio “blanco” (el cual puede ser molécula, célula, tejido, órgano o sistema); 2) reacción (reversible o irreversible) con los sitios u objetos “blanco”; 3) consecuencias bioquímicas o fisiológicas; 4) expresión clínica de su toxicidad (efectos agudos o crónicos), y 5) vía de ingreso al organismo (oral, dérmica o inhalación).¹⁵

Por otro lado, hay que considerar que las importaciones de plaguicidas en México aumentaron 28% de 1999 a 2000; el Sistema Único de Vigilancia Epidemiológica de la Secretaría de Salud registra intoxicaciones por plaguicidas, ocasionadas por accidentes en el hogar o intentos de suicidio, y se trata de datos urbanos,¹⁶ mismos que dan cuenta de que no sólo los trabajadores o agricultores se han visto afectados por estos componentes.

Aunado a ello, existen evidencias sobre diversas enfermedades tóxicas agudas y crónicas como resultado de la exposición a los plaguicidas, incluidos diversos tipos de cáncer.¹⁷ Además, al igual que en Canadá y los Estados Unidos de América, en México las malformaciones congénitas se encuentran dentro de las tres primeras causas de mortalidad infantil. Y aunque a la fecha no hay convergencia en cuanto a la fracción atribuible a exposiciones

¹⁴ INECC, *¿Qué son los plaguicidas?*, México, Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático, 2013, p. 2.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Secretaría de Salud, *Programa de Acción: Salud Ambiental*, México, Secretaría de Salud, 2002, p. 30.

¹⁷ Alavanja, M. C. *et al.*, “Health Effects of Chronic Pesticide Exposure: Cancer and Neurotoxicity”, *Annual Review of Public Health*, vol. 25, abril de 2004, pp. 155-197; *id.*, “Increased Cancer Burden Among Pesticide Applicators and Others due to Pesticide Exposure”, *CA: A Cancer Journal for Clinicians*, vol. 63, núm. 2, marzo-abril de 2013, pp. 120-142.

ambientales, algunos investigadores estiman en 5% el riesgo asociado con la exposición a sustancias químicas,¹⁸ entre ellas, los plaguicidas. A pesar de ello, en muchos países la ley no exige que los plaguicidas dispongan de etiquetas impresas en lenguas que puedan ser comprendidas por los trabajadores agrícolas;¹⁹ además, la falta de educación ocupacional y del equipo necesario para reducir riesgos contribuyen al incremento de intoxicaciones por exposición a sustancias químicas tóxicas y al aumento de trastornos dermatológicos en comparación con otros trabajadores.²⁰

Cabe referir que en México contamos con la Norma Oficial Mexicana NOM-232-SSA1-2009, que establece los requisitos, indicaciones y características que deben cumplir el envase, embalaje y etiquetado de plaguicidas, tanto técnicos como formulados, a fin de minimizar los riesgos a la salud de los trabajadores ocupacionalmente expuestos y de la población en general, durante su almacenamiento, transporte, manejo y aplicación.²¹

De acuerdo con esta NOM, las características generales del etiquetado refieren que las leyendas, representaciones gráficas o diseños deben aparecer claramente visibles y fácilmente legibles. La tinta y, en su caso, el papel, el pegamento y materiales empleados deberán resistir la acción de los agentes ambientales y las manipulaciones usuales de almacenamiento y transporte y el lenguaje empleado debe ser claro y sencillo, a fin de evitar confundir al usuario.

La NOM refiere cinco categorías de peligro de los plaguicidas, las cuales se corresponden con los colores, rojo, amarillo y azul, de mayor a menor grado de peligrosidad. Dicha categoría debe presentarse en la etiqueta de manera visual mediante el color que le corresponda. Al centro de la banda debe imprimirse en color negro o en un color contrastante la declaración de la palabra de advertencia correspondiente a la categoría de peligro del producto de conformidad, en un tamaño no menor de la tercera parte del ancho de la banda.

Cabe señalar que de conformidad con el informe de Anand Grover, relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel

¹⁸ Secretaría de Salud, *Programa de Acción...*, cit., p. 30.

¹⁹ Dinham, Barbara (ed.), *Communities in Peril: Global Report on Health Impacts of Pesticide use in Agriculture*, Manila, Pesticide Action Network Asia Pacific, 2010, p. 52.

²⁰ National Institute for Occupational Safety and Health, *Worker Health Chartbook, 2004*, Washington, Department of Health and Human Services, 2004, pp. 26-30.

²¹ Norma Oficial Mexicana NOM-232-SSA1-2009, Plaguicidas: que establece los requisitos del envase, embalaje y etiquetado de productos grado técnico y para uso agrícola, forestal, pecuario, jardinería, urbano, industrial y doméstico, México, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de abril de 2010.

posible de salud física y mental, cuando existe una posibilidad razonable de riesgo, los Estados tienen el deber de adoptar medidas adecuadas a fin de reducir o impedir la exposición, teniendo en cuenta tanto la probabilidad de que se produzca un daño como la magnitud de dicho daño. Para ello es necesario que las etiquetas de los plaguicidas se impriman en todas las lenguas pertinentes y que los trabajadores agrícolas dispongan de la capacitación y de la información idónea en materia del uso de plaguicidas.²² Situación que no acontece en nuestro país, pues la NOM referida no incluye esta obligación; lo que *per se* implica un riesgo, pues en nuestro país existe una gran diversidad de grupos étnicos, cada uno de ellos con su variante lingüística.

Aunado a ello, según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el promedio de escolaridad de los trabajadores agrícolas en México es de 5.9 años, esto es, educación básica incompleta y de cada 100 trabajadores agrícolas, 24 hablan alguna lengua indígena;²³ situación que limita la eficacia del etiquetado y la cromatografía incluida en él para lograr una verdadera reducción de riesgos de intoxicación y de contaminación ambiental.

En cuanto al número de muertes por intoxicación a causa de plaguicidas en México, preocupa que no existe información actualizada disponible, la última referencia indica que en el periodo comprendido entre 1995 y 2011, se registró un total de 2,518 defunciones por intoxicación por plaguicidas en todo el país; ubicándose los grupos más afectados entre los 25 y los 44 años de edad. Los estados que presentaron una tasa de mortalidad más alta fueron: Chiapas, Nayarit, Colima, Guerrero, Tabasco, Morelos y Oaxaca.²⁴

Paralelamente a los efectos en la salud y vida de las personas, se experimenta una problemática ambiental global que afecta los ecosistemas en los que son utilizados y, en consecuencia, a diversas especies de flora y fauna;

²² Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover, A/HRC/20/15, Ginebra, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 2012, p. 14.

²³ INEGI, *Estadísticas a propósito del Día del Trabajador Agrícola (15 de mayo)*, México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2016, p. 1.

²⁴ Secretaría de Salud, “Panorama histórico de morbilidad y mortalidad por Intoxicación por plaguicidas en México 1995-2012”, *Boletín Epidemiológico*, vol. 30, núm. 34, Semana 34, del 18 al 24 de agosto de 2013, p. 1.

algunas de las cuales pueden llegar a ubicarse en alguna categoría de riesgo de extinción.²⁵

Cabe señalar que en el corto plazo, los plaguicidas causan contaminación del ambiente abiótico —suelos, acuíferos y aire—, así como daños relevantes a la biodiversidad de la zona en la que son utilizados, por ejemplo los organismos base de las redes tróficas, como el plancton y las bacterias nitrificantes. El uso intensivo de plaguicidas puede dar lugar a afectaciones a largo plazo, inclusive al surgimiento de especies resistentes,²⁶ y a alteraciones ecológicas que pueden causar la pérdida de la vocación del suelo.

Entre las principales afectaciones a los ecosistemas por el uso de plaguicidas COP, se encuentran: su bioacumulación en determinados organismos;²⁷ daños a las especies no-blanco, es decir, aquellas a quienes no está dirigido específicamente el plaguicida, como los depredadores y parasitoides que de manera natural controlan las poblaciones de insectos-plaga, pero también a especies como abejas y otros polinizadores, fundamentales para el desarrollo del sistema alimentario.

Los plaguicidas clorados afectan a los peces provocándoles anormalidades en el esqueleto, necrosis en hígado y tumores.²⁸ Mientras que a partir del DDT se induce el adelgazamiento de los cascarones de huevos de varias especies, como el halcón y el águila; además, se afecta en sentido negativo su tasa reproductiva.²⁹

En 1996, se identificó la muerte masiva de peces bagre en la Bahía de Chetumal, México, evento atribuido a una acumulación de plaguicidas organoclorados, bifenilos policlorados (BPC) e hidrocarburos poliaromáticos en el hígado de estas especies, observándose además lesiones a nivel histológico en diferentes órganos. Como resultado de este hallazgo se tomaron una serie de medidas, entre las que se encuentra un control más estricto de la venta y uso de plaguicidas prohibidos o restringidos. Esto ha conducido a cambios tanto en la composición y distribución espacial de los contaminantes en la Bahía, como en los efectos en especies de bagre y aunque des-

²⁵ Rockström, J. W. *et al.*, “Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity”, *Ecology and Society*, vol. 14, núm. 2, 2009, p. 32.

²⁶ Albert, Lilia A., “Plaguicidas”, en Albert, Lilia A. (ed.), *Introducción a la..., cit.*, p. 372.

²⁷ Tardiff, Robert G. (ed.), *Methods to Assess Adverse Effects of Pesticides on Non-Target Organisms*, Inglaterra, John Wiley & Sons, Inc., 1992, p. 72.

²⁸ Urdaneta, H. *et al.*, “Organochlorine Compounds in Fish from a Farming Station in the Municipality of Páez, State of Zulia, Venezuela”, *Bulletin of Environmental Contamination and Toxicology*, vol. 54, núm. 5, 1995, p. 705.

²⁹ Tardiff, Robert G. (ed.), *Methods to..., cit.*, p. 94.

aparecieron los tumores hepáticos en los peces, no sucedió lo mismo con los granulomas.³⁰

De forma similar, en la biota de Coatzacoalcos, Veracruz, recientemente se detectó exposición a Lindano, DDT, DDE, Mirex, Aldrín y varios congéneres de BPC en las distintas especies estudiadas (peces, anfibios, iguanas, sapos y cocodrilos), en los que se observó daño genotóxico.³¹ En Cajeme, Sonora, la producción camaronera se ha visto afectada, entre otros, por la concentración en los tejidos de los camarones de plaguicidas tóxicos como: lindano, endosulfán, endrín, heptacloro y DDT por citar algunos.³²

Cabe decir que compuestos como el Endosulfán provocan alteraciones en la reproducción y el crecimiento de crustáceos y moluscos (bivalvos);³³ y en el plasma sanguíneo altera las concentraciones de sodio y potasio; así como los niveles de calcio y magnesio.³⁴

Al respecto, es importante tener claro que la Constitución federal en México reconoce que “toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.³⁵

Además, México suscribió el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes para eliminar o restringir la producción y uso de los COP,³⁶ tanto los que se fabrican intencionalmente como aquellos pro-

³⁰ Gold-Bouchot, G., y Zapata-Pérez, O., “Contaminación, ecotoxicología y manejo costero”, en Rivera Arriaga, E. *et al.* (eds.), *El manejo costero en México*, México, Universidad Autónoma de Campeche-Semarnat-CETYS, Universidad-Universidad de Quintana Roo, 2004, p. 280.

³¹ Mejía Saavedra, Jesús *et al.* (coords.), *Monitoreo ambiental, determinantes de la exposición y efectos de contaminantes críticos en humanos y biota en Coatzacoalcos, Veracruz*, México, Instituto Nacional de Ecología-Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007, p. 5.

³² Burgos-Hernández, A. *et al.*, “Detection and Quantification of Insecticides in Shrimp Grown in a Coastal Farm in Sonora, Mexico”, *Bulletin of Environmental Contamination and Toxicology*, vol. 74, 2005, p. 336.

³³ Calva, Laura Georgina y Torres, María del Rocío, “Plaguicidas organoclorados”, *Contactos*, vol. 30, 1998, p. 40.

³⁴ Naqvi, S. y Vaishnavi, C., “Bioaccumulative Potential...”, *cit.*, pp. 357.

³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917, pfo. adicionado el 28 de junio de 1999 y reformado el 8 de febrero de 2012.

³⁶ Inicialmente se trató de las siguientes sustancias: aldrín, dieldrín, endrín, heptacloro, mirex, DDT, clordano, toxafeno, bifenilos policlorados, dioxinas, furanos y hexaclorobenceno. Más adelante, el PNUMA elaboró un segundo listado de las siguientes sustancias: atrazina, clordecona, lindano, pentaclorofenol, endosulfán, parafinas cloradas, hexabromobifenilo, éteres bifenilos policromados, hidrocarburos policíclicos aromáticos, ftalatos, nonil

ducidos de manera no intencional, a efecto de proteger la salud humana y el medio ambiente de los efectos de estos químicos que se transportan a grandes distancias y se acumulan en los tejidos grasos de humanos y animales.³⁷

Por lo que a partir de la ratificación de ese Convenio, los países firmantes se obligaron a diseñar y poner en práctica un “Plan Nacional de Implementación”; en el caso de México, dicho instrumento fue publicado en 2007³⁸ y está por publicarse la actualización del mismo; no obstante, hay que reconocer que a la fecha, el gobierno mexicano no ha cumplido a cabalidad con los mandatos del Convenio de Estocolmo; lo cual puede obedecer a la diversidad de intereses públicos y privados implicados; situación que podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado, pues de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Estados deberán establecer “un sistema legal que funcione apropiadamente para prevenir la violación de los derechos protegidos”.³⁹

Por otro lado, la Comisión Intersecretarial para el Control del Proceso y Uso de Plaguicidas, Fertilizantes y Sustancias Tóxicas (CICOPLAFEST),⁴⁰ ha trabajado en la gestión de los riesgos químicos de los contaminantes orgánicos persistentes desde 1987, ya que es la entidad facultada para atender los procesos vinculados a los plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas, inclusive, la revisión sistemática de las tarifas arancelarias, la expedición de

y octil fenoles, sulfonato de perfluorooctano, además, se incluyeron compuestos orgánicos de los metales: plomo, mercurio y estaño, para ser sometidas a la aprobación de los países firmantes. *Cfr.* Fernández Bremauntz, A. *et al.* (comps.), *Las sustancias tóxicas persistentes en México*, México, Instituto Nacional de Ecología-Semarnat, 2004, pp. 11-14.

³⁷ Respecto a las sustancias del Convenio, el gobierno de México prohibió desde el 3 de enero de 1991 la fabricación, formulación, comercialización y uso de los plaguicidas: aldrín, endrín y dieldrín; además, ha restringido, desde 1992, el uso del DDT, el clordano y los bifenilos policlorados, la gestión de estos últimos inició en 1988, con la publicación de la LGEEPA y su Reglamento en Materia de Residuos Peligrosos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, México, 25 de noviembre de 1988. Sobre el tema, véase Cortinas de Nava, Cristina, “Manejo racional de plaguicidas químicos: tendencias mundiales”, *Gaceta Ecológica*, México, Nueva Época, núm. 48, 1998, pp. 70-76. Este esfuerzo se fortaleció con la expedición de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos y su respectivo Reglamento.

³⁸ Semarnat, *Plan Nacional de Implementación del Convenio de Estocolmo*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2007.

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 3/98, Caso 11.221, Tarciso Medina Charry* (Colom.), 7 de abril de 1998.

⁴⁰ Decreto para establecer las bases de coordinación en materia de prevención de riesgos químicos entre las secretarías de Salud, de Agricultura, de Comercio y Fomento Industrial y de Medio Ambiente y Recursos Naturales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, México, 15 de octubre de 1987.

NOMs y la instrumentación del consentimiento fundamentado previo,⁴¹ derivado del Convenio sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo para la Importación de Ciertas Sustancias Químicas Peligrosas y Plaguicidas Objeto de Comercio Internacional,⁴² cuya finalidad consiste en promover la responsabilidad compartida y los esfuerzos conjuntos de las partes en la esfera del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos, a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles daños y contribuir a su utilización ecológicamente racional, facilitándose el intercambio de información acerca de sus características, mediante un proceso nacional de adopción de decisiones sobre su importación y exportación, así como difusión de las mismas a las partes.

Al respecto es importante señalar que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), si bien se refiere de manera genérica a los materiales peligrosos, entre los que se incluyen los plaguicidas, contiene algunas previsiones orientadas a la protección del medio ambiente. Por ejemplo, dispone que para evitar la contaminación del agua quedan sujetos a regulación federal o local la aplicación de plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas;⁴³ además, incluye entre los criterios para la prevención y control de la contaminación del suelo la utilización de plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas de forma compatible con el equilibrio de los ecosistemas; así como considerar sus efectos sobre la salud humana a fin de prevenir los daños que pudieran ocasionar;⁴⁴ dichos criterios son imperativos en determinados casos, como el otorgamiento de todo tipo de autorizaciones para la fabricación, importación, utilización y en general la realización de actividades relacionadas con plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas.⁴⁵

De forma más amplia, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (LGPGR) define como residuos peligrosos, entre otros, a aquellos que posean características de toxicidad que les confieran

⁴¹ Castro Díaz, José y Díaz Arias, María Luz, “Avances del Convenio de Estocolmo en México”, en Fernández Bremauntz, A. et al. (comps.), *Las sustancias...*, cit., p. 34.

⁴² *Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional*, Rotterdam, 10 de septiembre de 1998, entró en vigor el 24 de febrero de 2004 y fue aprobado por nuestro país el 4 de mayo de 2005.

⁴³ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, México, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1988. Reformas del 13 de diciembre de 1996, artículo 120, fracción V.

⁴⁴ *Ibidem*, artículo 134, fracción IV.

⁴⁵ *Ibidem*, artículo 135, fracción IV.

peligrosidad, así como envases, recipiente y embalajes.⁴⁶ Noción en la que se encuentran los plaguicidas tóxicos y los recipientes que les contuvieron.

Así, quedan sujetos a la elaboración de un plan de manejo los plaguicidas y sus envases que contengan remanentes de los mismos, a efecto de llevar a cabo un manejo ambientalmente adecuado de los residuos de plaguicidas y minimizar los riesgos de afectación a la salud humana y al ambiente; lo cual, a su vez, requiere de la norma oficial mexicana respectiva.⁴⁷ Sobre este punto, vale aclarar que desde 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Proyecto de Norma Oficial Mexicana PROY-NOM-160-SEMARNAT-2011, que establece los elementos y procedimientos para formular los planes de manejo de residuos peligrosos para su consulta pública y posterior dictamen por parte de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria de la Secretaría de Economía; dilación que es necesario superar.

También se cuenta con la norma oficial mexicana NOM-052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos. Dicha NOM incluyó entre la clasificación de los residuos peligrosos tóxicos agudos, a: aldrín, dieldrín, endosulfan, endrín, heptacloro, pentaclorofenol y toxafeno. Y como parte de clasificación de residuos peligrosos tóxicos crónicos, a: DDT, clordano, hexaclorobenceno, lindano y mirex.⁴⁸

De manera que existe la información suficiente para prohibir y, en su caso, cancelar los registros, permisos y autorizaciones otorgados para la utilización y liberación de estas sustancias; lo cual es congruente con la interpretación del Poder Judicial federal mediante la tesis que sostiene: “la seguridad jurídica, concretamente la proscripción de la retroactividad, no puede llegar al extremo de proteger un derecho o privilegio que es opuesto a lo lícito o es ilegal, por ser inconveniente a la sociedad y, por ende, susceptible de restringir, incluso, la libertad de trabajo, industria o comercio”,⁴⁹ como sucedería si se respetara la vigencia de tales registros, permisos y licencias, según fuese el caso. Pues un permiso, registro o autorización,

⁴⁶ Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de octubre de 2013, artículo 50., fracción XXXII.

⁴⁷ *Ibidem*, artículo 31, fracción IX.

⁴⁸ Norma Oficial Mexicana NOM-052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de junio de 2006.

⁴⁹ Tesis aislada: I.4o.A.445 A, “INTERÉS PÚBLICO”. Faculta para restringir un privilegio que devino ilegal, al establecerse condiciones concretas para el ejercicio de un derecho que afecta al equilibrio ecológico”, Tribunales Colegiados de Circuito, México, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1786.

como acto jurídico emanado de la ausencia de una prohibición, no puede estar en conflicto y permanente oposición con el orden jurídico del que surgió y si éste es modificable por razones sociales que válidamente lo justifiquen, aquél, que es de menor jerarquía que la norma, debe ceder por una simple razón de supremacía y funcionalidad del sistema. En ese contexto, la teoría de los derechos adquiridos no es útil para determinar la retroactividad de la norma de mérito, dado el interés público que protege.⁵⁰

En igual sentido véase la tesis:

DERECHOS PARTICULARES. INTERÉS PÚBLICO. Los particulares no pueden adquirir derechos que estén en pugna con el interés público; de suerte que cuando una ley lesione un derecho de esa clase, no hay retroactividad, aun cuando la existencia del derecho sea anterior a la de la ley.⁵¹

Así como:

RETROACTIVIDAD. RECURSOS NATURALES. El principio de no retroactividad establecido en el artículo 14 constitucional no puede interpretarse con el alcance de que siempre y en todo caso... y aunque se trate de cuestiones que afecten al interés público o a grandes grupos sociales, el interés y el derecho privado individuales o de grupos pequeños deban prevalecer necesariamente y en todo caso, sobre el interés público y las necesidades cambiantes que dieron motivo a la expedición de la nueva ley... En estos casos se debe aplicar con cautela la teoría de la retroactividad, cuando se la establece con miras a los derechos adquiridos o a las situaciones concretadas al amparo de la ley anterior, ya que tales derechos y situaciones se cristalizan bajo el principio *rebus sic stantibus*, y no podrían prevalecer contra el interés general, con una aplicación privatista o demasiado conservadora, del principio constitucional de no retroactividad.⁵²

⁵⁰ Tesis aislada I.4o.A.444 A, “TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. No es útil para determinar la retroactividad de la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-136-ecol-2002, que prohíbe la exhibición temporal o itinerante de cetáceos, cuando existe interés público de proteger el medio ambiente y el equilibrio ecológico”, Tribunales Colegiados de Circuito, México, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1878.

⁵¹ Amparo en revisión 7239/60, Segunda Sala, México, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. L, tercera parte, 1961, p. 109.

⁵² Tesis aislada, “RETROACTIVIDAD. RECURSOS NATURALES”, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, sexta parte, Tribunales Colegiados de Circuito, México, 1977, p. 224.

Sin duda, en un ejercicio de ponderación de derechos, el interés público debe prevalecer sobre el privado, pues de no tomarse las medidas jurídicas adecuadas e interpretar correctamente el orden jurídico nacional, se daría lugar a pasivos ambientales y sociales que el mismo Estado tendría que sufragar, pues, normativamente, al amparo de un “derecho adquirido”, se legitimaría la evasión de la responsabilidad de los causantes del daño; lo que sería contrario, incluso, a los fines del derecho.

Por otro lado, es importante señalar que la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios determina la aplicación de tasas conforme a cinco categorías de peligro de toxicidad aguda de los plaguicidas.⁵³ No obstante, debe ponerse atención en que esto no se convierta en una mala interpretación del principio contaminador pagador, sino realmente en desincentivar el uso de plaguicidas tóxicos.

Evidentemente, los daños causados al medio ambiente inciden de manera directa en los ecosistemas y la biodiversidad; tratándose de especies de consumo humano, éstas tiene una repercusión en la salud de quienes consumen tales productos. De manera que las afectaciones a la salud asociadas a los plaguicidas pueden estar relacionadas con la exposición directa, pero también de forma indirecta, a través de la alimentación; lo que exige el desarrollo de instrumentos normativos y del cumplimiento de otros ya adoptados, como el Convenio de Estocolmo ya referido, que busca lograr la eliminación de ciertos plaguicidas altamente tóxicos, a efecto de garantizar la protección del medio ambiente, la salud y la vida misma.

IV. DERECHO HUMANO A LA SALUD Y PRINCIPIO PRECAUTORIO

Como hemos visto, existe una clara vinculación entre el ejercicio de determinados derechos humanos, como el derecho a la salud, y los impactos derivados del desarrollo científico y tecnológico.

De conformidad con la OMS, la salud es el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.⁵⁴ Ahora bien, si nos referimos a la protección del derecho a la salud, la hallamos en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como uno de los derechos en los que se

⁵³ Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, México, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 1980. Reformas del 18 de noviembre de 2015. Cuotas actualizadas por acuerdo publicado el 24 de diciembre de 2015.

⁵⁴ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, Conferencia Sanitaria Internacional, firmada el 22 de julio de 1946 y en vigor desde el 7 de abril de 1948.

concreta el *derecho a una vida digna*. También está protegido por los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Cuyo Comité⁵⁵ refiere: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.⁵⁶

Así, la Observación General núm. 14 del Comité DESC sobre: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, sostuvo que: el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones a merced de las cuales las personas pueden llevar una vida sana y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación, el acceso al agua potable, a condiciones de trabajo seguras y a un medio ambiente sano.⁵⁷ De especial relevancia es la falta de acceso a suministros de agua potable, pues se han detectado afecciones resultantes del consumo de agua con componentes químicos tóxicos, centrándose la vulnerabilidad en las poblaciones pobres y marginadas, con mayor énfasis en los niños.⁵⁸ Por tanto, la provisión de agua potable constituye un factor fundamental para la salud de la población, especialmente la infantil, ello por la relación que existe entre la mortalidad y la morbilidad de la población menor de cinco años, así como la incidencia de enfermedades relacionadas con el agua.⁵⁹

Aunado a ello, como parte del contenido normativo del artículo 12, párrafo 2, apartado b del PIDESC, se enfatiza que el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial entraña, en particular, la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas, como las químicas tóxicas u otros

⁵⁵ Se trata del órgano especializado de las Naciones Unidas facultado para realizar la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, Naciones Unidas, 1966.

⁵⁶ Naciones Unidas, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Ginebra, Consejo Económico y Social, E/C.12/2000/4, 2000, p. 1.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁸ Comisión Nacional del Agua, *Diagnóstico para el reforzamiento y ampliación del Programa Directo de Agua Limpia E004*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2014, p. 8.

⁵⁹ Comisión Nacional del Agua, *Estadísticas del agua en México*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2011, p. 102.

factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos.⁶⁰

Lo anterior se vincula con el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972, que afirma: el ser humano tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar; así como con la Resolución 45/94 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas y, en el mismo sentido, con el Principio 1 de la Declaración de Río de Janeiro y del artículo 10 del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Evidentemente, el bienestar forma parte esencial de los valores en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico de todo Estado social democrático de derecho, por ello se incluye como una de sus responsabilidades procurar a las personas para que tengan una existencia digna, ya que ésta constituye la columna vertebral, el eje articulador de los derechos humanos y la calidad del medio ambiente es fundamental para ello.⁶¹

Además, de acuerdo con la misma Observación General núm. 14, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida de lo razonablemente viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral;⁶² lo cual es congruente con el artículo 4, párrafo 2 del Convenio núm. 155 de la OIT.⁶³

Como parte de las obligaciones de cumplir referidas en el marco del PIDESC, la Observación General Núm. 14 señala que los Estados deben adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo;⁶⁴ entre las que se debe poner énfasis en la identificación, autorización y control de materiales, sustancias, agentes y procedimientos de trabajo pe-

⁶⁰ Naciones Unidas, Observación General Núm. 14..., *cit.*, p. 5.

⁶¹ Anglés Hernández, Marisol, “La concreción del derecho a un medio ambiente sano en México”, en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Moller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 225.

⁶² Naciones Unidas, Observación General Núm. 14 ..., *cit.*, p. 5.

⁶³ Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo núm. 155, Roma, Organización Internacional del Trabajo, entrada en vigor el 11 de agosto de 1983.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 11.

ligeros; así como sobre la facilitación a los trabajadores de información sobre la salud y la importancia de utilizar ropa y equipo de protección.⁶⁵

Y entre las violaciones de las obligaciones de proteger a cargo del Estado, en el marco del mismo PIDESC, se encuentra el no adoptar todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que éstos violen el derecho a la salud de los demás; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de sustancias nocivas y el no promulgar ni hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias manufactureras.⁶⁶

En este sentido, el relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud advierte que son muchas las personas que están expuestas a peligros ambientales como los plaguicidas, debido a la proximidad o coincidencia de sus viviendas con el lugar de trabajo y esas condiciones contribuyen, en gran medida, a aumentar las tasas de enfermedades. Por lo que, en el marco del derecho a la salud, se exige que los Estados presten una atención especial a las necesidades de los grupos vulnerables y marginales a la hora de formular y aplicar las leyes y políticas de salud ocupacional. Ello incluye la obligación de vigilar y evaluar los riesgos para la salud ocupacional y las enfermedades que afectan a los grupos vulnerables.⁶⁷

En el orden jurídico interno, el derecho a la salud encuentra cobijo en el artículo 4o. de la Constitución federal, tal como sigue: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general”.⁶⁸

En este sentido, cabe decir que el derecho a la salud requiere también que los estados aborden la prevención y la lucha contra las sustancias nocivas, como los plaguicidas, y que evalúen sus efectos sobre la salud de los trabajadores. El problema se agudiza tratándose de trabajadores migrantes, incluso dentro del mismo estado, porque es probable que tengan un acceso limitado a los servicios de salud; a la educación y a la justicia;⁶⁹ lo cual es por

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Naciones Unidas, Observación General Núm. 14..., *cit.*, p. 15.

⁶⁷ Naciones Unidas, *Informe del Relator...*, *cit.*, p. 14.

⁶⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..., *cit.*, párrafo adicionado el 3 de febrero de 1983.

⁶⁹ *Idem.*

sí mismo violatorio de derechos, ya que el artículo 2o. de la Constitución federal establece que para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, todas las autoridades del estado, en los tres órdenes de gobierno, tienen la obligación de, entre otras, asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional y de manera expresa se ordena a tales autoridades establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación a niños y jóvenes de familias migrantes, así como velar por el respeto de sus derechos humanos.⁷⁰ Por tanto, cuando el riesgo es real y su existencia está confirmada, la obligación de proteger el derecho a la salud ocupacional exige que los estados prohíban la producción, venta y uso de esas sustancias.⁷¹

Además, de acuerdo con la Ley General de Salud, el control sanitario consiste en el conjunto de acciones de orientación, educación, muestreo, verificación y, en su caso, aplicación de medidas de seguridad y sanciones, a cargo de la Secretaría de Salud con la participación de los productores, comercializadores y consumidores, con base en lo que establecen las normas oficiales mexicanas y otras disposiciones aplicables. Y el ejercicio de dicho control será aplicable, entre otras fases, al proceso, uso, importación, exportación, aplicación y disposición final de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas para la salud, así como de las materias primas que intervengan en su elaboración.⁷²

De manera que desde la perspectiva de salubridad general, la preventión y el control de efectos nocivos de los factores ambientales en la salud humana, debe apuntalarse en el principio precautorio derivado de la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982⁷³ y formulado expresamente en la Declaración de

⁷⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..., *cit.*, reformas del 14 de agosto de 2001, artículo 2o., apartado B, fracciones III y VIII, respectivamente.

⁷¹ Naciones Unidas, *Informe del Relator...*, *cit.*, p. 14.

⁷² Ley General de Salud, México..., *cit.*, artículo 194, fracción III.

⁷³ Principio 12. Se evitará la descarga de sustancias contaminantes en los sistemas naturales: cuando no sea factible evitar esas descargas, se utilizarán los mejores medios disponibles de depuración en la propia fuente. Se adoptarán precauciones especiales para impedir la descarga de desechos radiactivos o tóxicos. *Cfr.* Asamblea General de las Naciones Unidas, *Carta Mundial de la Naturaleza*, Resolución 37/7, 28 de octubre de 1982.

Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, expedida diez años después. Así, el Principio 15 afirma:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.⁷⁴

En el campo que nos ocupa, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes ya referido, de manera expresa afirma en su artículo 1o.: “Teniendo presente el criterio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes”.⁷⁵

Dicho precepto se erige en norma imperativa para el orden jurídico mexicano. Primero, porque nuestro país ratificó ese tratado, que entra en la categoría de un instrumento internacional en materia de derechos humanos, ello derivado de su objeto de protección y, segundo, porque en el marco de la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, que refiere el bloque de convencionalidad apuntalado en el principio pro persona, es evidente que sus postulados brindan una mayor protección. Así, el artículo 1o. de la Constitución federal mandata:

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, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Así, debido a que las disposiciones contenidas en los convenios de Estocolmo y Rotterdam posibilitan una protección más amplia a las personas expuestas al uso de plaguicidas tóxicos, aquéllas deben prevalecer sobre otras disposiciones que incorporen regulaciones más laxas; lo cual se fortalece con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Huma-

⁷⁴ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992.

⁷⁵ Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, Estocolmo, 23 de mayo de 2001. Ratificado por México el 10 de febrero de 2003; en vigor a partir del 17 de mayo de 2004.

nos, cuya jurisprudencia es vinculante para el Estado mexicano, que ha sostenido: ante una legislación interna inadecuada para la prevención efectiva de posibles violaciones a los derechos humanos, cualquier daño concreto a estos derechos —cometido por la autoridad pública o por terceros— puede imputarse al Estado para establecer su responsabilidad de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷⁶

V. REFLEXIONES FINALES

El uso de plaguicidas constituye una herramienta para el control de plagas, pero ello debe realizarse con la debida cautela y enmarcarse en el orden jurídico nacional que involucra tanto disposiciones internas como internacionales orientadas a garantizar los derechos humanos a la salud y a un medio ambiente sano, premisas fundamentales para el desarrollo sustentable.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha materializado el bloque de constitucionalidad y el Poder Judicial federal ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para el Estado mexicano, por tanto, es a partir de este entramado normativo que debe desarrollarse la política pública nacional, que incluye el desarrollo de las regulaciones orientadas a dar cabal cumplimiento a nuestras obligaciones internacionales y a los principios y derechos fundamentales contenidos en nuestra carta magna.

Con base en el interés público y en la garantía de los derechos humanos a un medio ambiente sano y a la salud pueden encararse los límites al principio de irretroactividad de la ley, que permita la cancelación de los registros, permisos y licencias relativos al procesamiento, comercialización y uso de plaguicidas tóxicos, pues de lo contrario se atentaría contra los fines mismos del derecho.

Uno de los principios rectores en materia de protección ambiental y, por ende, de la salud pública es el precautorio, el cual es acogido desde

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, serie A, núm. 13, 1993, pfos. 26 y 27. Artículo 2o. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

el derecho internacional del medio ambiente y, de manera expresa, por el Convenio de Estocolmo para la eliminación de ciertos plaguicidas altamente tóxicos, a efecto de garantizar la protección del medio ambiente, de la salud y la vida misma; por lo que se cuenta con el fundamento legal para la aplicación del principio en la regulación de plaguicidas tóxicos.

Por último, cabe señalar que en un ejercicio de ponderación de derechos, el interés público debe prevalecer sobre el privado, pues de no tomarse las medidas jurídicas adecuadas e interpretar correctamente el orden jurídico nacional, se daría lugar a pasivos ambientales y sociales que el mismo Estado tendría que sufragar, pues, normativamente, al amparo de un “derecho adquirido”, se legitimaría la evasión de la responsabilidad de los causantes del daño, lo que sería contrario, incluso, a los fines del derecho.

ACERCA DE LOS AUTORES

Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ. Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; doctora en derecho, Programa Derecho Ambiental, miembro de la línea de investigación institucional “Derechos, conflictos socio-ambientales y política”, *mangles@unam.mx*.

Raúl Miguel ARRIAGA ESCOBEDO. Abogado postulante y académico universitario en la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Tecnológica de México, campus Ecatepec; licenciado en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestro en ciencias penales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Bernardo Anwar AZAR LÓPEZ. Licenciado y maestro en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; especialidad en derecho de amparo por la Universidad Panamericana; máster en desarrollo local y cooperación multilateral por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España; especialidad en derecho constitucional, dentro del Posgrado en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en la Perspectiva del Siglo XXI en la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

Anahiby BECERRIL. Licenciada en derecho por la Universidad de las Américas, Puebla (UDLAP); doctora en derecho y globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (mención honorífica).

María de los Ángeles CANCINO RODEZNO. Doctora en ciencias por la UNAM. Técnica Académica Titular “A” en la Facultad de Ciencias de la UNAM.

Pauline CAPDEVIELLE. Coordinadora de la Cátedra Extraordinaria sobre Laicidad en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sus principales líneas de investigación giran en torno a la libertad religiosa, las objeciones de conciencia y, de manera general, los fenómenos de resistencia al derecho y la democracia desde el enfoque de la teoría política y del derecho

constitucional. Participa en diferentes foros y seminarios, particularmente en la línea de investigación “Derechos, conflictos socio-ambientales y política”.

Sarah CHAN. Doctora en bioética por el Instituto para la Ciencia, Ética e Innovación de la Universidad de Manchester, Reino Unido. Licenciatura en derecho y biología por la Universidad de Melbourne, Australia. Investigadora en el Instituto Usher en Salud Pública y Genómica Poblacional de la Universidad de Edimburgo, Escocia.

Mariana DOBERNIG GAGO. Académica-investigadora en la Universidad Iberoamericana. Maestra en derecho por la Universidad Iberoamericana. Maestra en bioética y derecho por la Universidad de Barcelona. Doctora en derecho y ciencia política por la Universidad de Barcelona.

Zoraida GARCÍA CASTILLO. Coordinadora de la Licenciatura en Ciencia Forense en la Facultad de Medicina de la UNAM. Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas; licenciada y maestra en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Especialista en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante, España. Consejera en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I.

Mariajosé GÓMEZ ZALDÍVAR. Investigadora en el Instituto Nacional de Salud Pública; integrante de la Unidad de Estudios sobre Migración y Salud. Licenciada en sociología con mención honorífica por la UNAM.

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA. Investigador honorario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Daniel GUTIÉRREZ MARTÍNEZ. Profesor-investigador en El Colegio Mexiquense. Doctor en ciencias sociales con especialidad en sociología por El Colegio de México y la Sorbona de París.

John HARRIS. Director del Instituto de Ciencia, Ética e Innovación en la Universidad de Manchester, Reino Unido, en donde tiene la distinción de ser profesor Lord Alliance de Bioética. Es coeditor en jefe del *Journal of Medical Ethics* y ha sido miembro de la Comisión de Genética Humana en el Reino Unido desde su creación en 1999; es miembro del Comité de Ética Médica de la Asociación Británica. Sus obras publicadas incluyen los libros: *Clones, genes e inmortalidad* (Oxford University Press, 1998); *Compendio de genética: filosofía y*

la revolución genética (Blackwell-Oxford, 2002); *Sobre clonación* (Routledge, 2004); *Mejorando la evolución* (Princeton University Press, 2007).

María del Pilar HERNÁNDEZ. Investigadora Titular “C”, Definitiva de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: mphm@unam.mx.

Francisco IBARRA PALAFOX. Doctor en derecho por la UNAM. Maestro en teoría política por The London School of Economics and Political Sciences. Ha impartido clases en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y en el Center for Transnational Legal Studies de Georgetown University. Trabajó siete años en el sector bancario. Investigador y secretario académico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Coordinador del Diplomado Bioética, Salud y Derecho del IIJ-UNAM.

César INFANTE XIBILLÉ. Investigador del Instituto Nacional de Salud Pública. Médico cirujano por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; maestro en sistemas de salud por la Escuela de Salud Pública de México; doctor en filosofía por la Universidad de Londres.

René LEYVA FLORES. Investigador de Ciencias Médicas “E” en el Instituto Nacional de Salud Pública; director de Área de Gerencia y Liderazgo en Salud; coordinador de la Unidad de Estudios sobre Migración y Salud. Médico cirujano y partero por el Instituto Politécnico Nacional; maestro en medicina social por la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco; especialista en salud internacional por la Organización Panamericana de la Salud; doctor en sociología por la Universidad de Barcelona.

Jorge Enrique LINARES SALGADO. Doctor en filosofía por la UNAM. Profesor titular de tiempo completo de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Es miembro de la Academia Mexicana de Ciencias y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II. En 2008 recibió la Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicos en el área de Investigación en Humanidades; en 2007, el Premio Nacional de Filosofía de la Asociación Filosófica de México; en 2005, el Premio de la Academia Mexicana de Ciencias a la Mejor Tesis Doctoral en Humanidades y Ciencias Sociales. Actualmente dirige el Programa Universitario de Bioética de la UNAM. lisjor@unam.mx.

Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ. Investigador Titular “A” de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, asignado a la Defensoría de los Derechos Universitarios. Doctor en derecho por la UNAM.

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.

Marcia MOCELLIN RAYMUNDO. Investigadora en el Hospital de Clínicas de Porto Alegre de la Universidad de Río Grande del Sur de Porto Alegre, Brasil.

Ricardo NOGUERA SOLANO. Doctor en ciencias por la UNAM. Profesor de Carrera Titular “A” en la Facultad de Ciencias de la UNAM.

Frida Eréndira QUINTINO PÉREZ. Integrante de la Unidad de Estudios sobre Migración y Salud del Instituto Nacional de Salud Pública; profesora-investigadora de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México. Licenciada en sociología por la Universidad Autónoma Metropolitana; maestra en estudios de género por El Colegio de México; doctora en ciencias en salud colectiva por la Universidad Autónoma Metropolitana, Xochimilco. Candidata al Sistema Nacional de Investigadores.

Juan Manuel RODRÍGUEZ CASO. Becario posdoctoral Conacyt en el Posgrado en Filosofía de la Ciencia de la UNAM. Doctor en historia y filosofía de la ciencia por la Universidad de Leeds, Reino Unido.

Lizbeth SAGOLS SALES. Doctora en filosofía por la UNAM. Profesora-investigadora en la Facultad de Filosofía y Letras y los programas de Maestría y Doctorado de Filosofía y de Ciencias Médicas, Odontológicas y de la Salud de la UNAM.

Julio Alejandro TÉLLEZ VALDÉS. Investigador de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel III. Licenciado en derecho por la Universidad La Salle (mención honorífica); doctor en informática jurídica y derecho de la informática por la Universidad de Montpellier, Francia.

Cristian Armando TORRES ROBLES. Investigador en el Instituto Nacional de Salud Pública; integrante de la Unidad de Estudios sobre Migración y Salud. Licenciado en antropología social por la Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa; maestro en salud pública por la Escuela de Salud Pública de México.

Beatriz VANDA CANTÓN. Doctora en bioética por la UNAM. Especialista y maestra en patología por la UNAM. Profesora titular “B” de Tiempo Completo en la Facultad de Medicina Veterinaria y Zootecnia de la UNAM. Secretaria Académica del Programa Universitario de Bioética de la UNAM. Correo electrónico *daktari@unam.mx*.

Bioética y bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 8 de marzo de 2018 en Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 Ciudad de México. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* de 70 x 95 cm de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

La presente obra desea contribuir al análisis de algunos de los principales problemas provocados por el desarrollo tecnocientífico. Este libro contiene trabajos originales de reconocidas y reconocidos expertos en el ámbito de la bioética y el bioderecho, con una destacada trayectoria en sus áreas. Contempla los temas generales de la relación de la ciencia jurídica con la reflexión bioética a la luz de los derechos humanos. El lector podrá examinar su índice para destacar la riqueza de su contenido y los diferentes acercamientos metodológicos a los problemas examinados.

Se debe destacar que muchos capítulos tuvieron su origen en el Diplomado en Bioética y Derecho organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM entre enero y julio de 2016. En consecuencia, hasta esta fecha están actualizadas las referencias al derecho positivo y las instituciones normativas examinadas. Debido al periodo temporal comprendido en esta obra, no se pudieron analizar, por ejemplo, la nueva Constitución de la Ciudad de México promulgada en febrero de 2017 y su relación con la muerte digna, que esperamos examinar en una obra posterior.

