



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN HACIA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAESTRA
EN DERECHO

"EL TRASPLANTE FETAL Y SU REGULACIÓN EN MÉXICO"

SUSTENTANTE:
LIC. CASANDRA LÓPEZ CIZNIEGA

ASESOR:
DR. LEONEL GARCÍA TINAJERO

Morelia, Michoacán, noviembre de 2015

INDÍCE

INTRODUCCIÓN	2
--------------------	---

CAPÍTULO I

TOPICOS SOBRE EL TRASPLANTE FETAL

APARTADO A

1.1. Concepto de derechos fundamentales.....	4
1.2. Los derechos fundamentales y su relación con los derechos del nasciturus..	12

APARTADO B

1.3. El trasplante fetal en la literatura jurídica.....	16
1.4. Procedimientos y metodología desarrollados en las intervenciones con <i>nasciturus</i>	23
1.5. Reglas mínimas observables en cualquier tipo de trasplante.....	35

CAPÍTULO II

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS PRÁCTICAS MÉDICAS CON SERES HUMANOS

2.1. Surgimiento de la investigación con seres humanos.....	41
2.2. Antecedentes históricos del trasplante en México.....	48
2.3. Sistema de protección de sujetos humanos.....	55

CAPÍTULO III

BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LAS INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS: TEORIAS SOBRE EL TRASPLANTE FETAL

3.1. Reflexiones sobre la Bioética y el derecho.....	64
3.2. Prerrogativas fundamentales de todo ser humano.....	72
3.3. Directriz orientadora hacia el reconocimiento de la condición humana del feto.....	77

CAPITULO IV

REGULACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL *NASCITURUS*

4.1. La regulación actual de los derechos del <i>nasciturus</i> en México.....	94
4.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	100
4.1.2. Ley General de Salud.....	107
4.1.3. Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.....	110
4.2. La regulación actual en derecho internacional.....	119
4.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	127
4.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	132

4.2.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	137
4.2.4. Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del No Nacido.....	141

CAPITULO V

LOS DERECHOS DEL *NASCITURUS* EN LA PERSPECTIVA COMPARADA

5.1. La regulación de los derechos fundamentales del <i>nasciturus</i> en los países europeos	
5.1.1. España.....	146
5.1.2. Alemania.....	159
5.1.3. Francia.....	164
5.2. La regulación de los derechos fundamentales del <i>nasciturus</i> en América...	175
5.2.1. Costa Rica.....	175
5.2.2. Paraguay.....	181
5.2.3. Colombia.....	184

CAPÍTULO VI

LA NECESIDAD DE LEGISLAR EN MEXICO LOS PROCEDIMIENTOS MÉDICOS RELACIONADOS CON LOS DERECHOS DEL *NASCITURUS*

6.1. Investigación y experimentación con seres humanos.....	188
6.2. Intervenciones médicas en el <i>nasciturus</i>	191
6.3. Problema actual por falta de regulación de las prácticas con <i>nasciturus</i>	196

6.4. La necesidad de incorporar a los dispositivos legales mexicanos preceptos reguladores de prácticas con *nasciturus*.....200

CONCLUSIONES.....206

RESÚMEN

En la historia de la humanidad la conculcación de derechos fundamentales ha sido recurrente y se podrían mencionar un sin número de ejemplos, sin embargo llama especial atención una forma que podría citarse como reciente, la relativa a las investigaciones biomédicas en donde el principal actor son no nacidos, el inminente adelanto tecnológico conlleva adecuaciones a la estructura tanto jurídica como social, y por consiguiente una nueva perspectiva de lo que se considera moralmente ético y correcto, a partir de ello se analiza la necesaria adecuación del sistema jurídico que proteja el derecho a la vida como el derecho fundamental por excelencia siendo condición necesaria el reconocimiento de la categoría humana al no nacido.

ABSTRACT

In the history of humanity the violation of fundamental rights has been recurring and could mention a number of examples, but called attention a form that could be cited as a recent, relative to biomedical research where the main actor is not born, the imminent technological advancement entails adjustments to both legal and social structure, and therefore a new perspective on what is morally and ethically right, from it the necessary adaptation of the legal system that protects the rights discusses the life as a fundamental right par excellence necessary condition being the recognition of the unborn human category.

PALABRAS CLAVE: *nasciturus, trasplante fetal, derecho a la vida, Bioética y colisión de derechos.*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el entramado jurídico y ético de las prácticas biomédicas respecto a los trasplantes fetales, así como el trato que el estado mexicano ha dado a dicho tema.

En primer término es necesario abordar lo relativo al marco conceptual que dicho objeto de estudio ha evocado, toda vez que siendo una práctica cada día más recurrente la complejidad que presenta es amplia, al involucrar principios éticos, morales, filosóficos y principalmente jurídicos.

Ahora bien el objeto de estudio se centra en la utilización de seres humanos en la práctica de trasplantes, en el caso concreto en aquellos donde el donador es un no nacido.

Una vez contextualizado lo anterior, el argumento fundatorio del presente trabajo discurre sobre el reconocimiento del derecho a la vida y su condición de ser humano del no nacido, para ello fue necesario abordarlo desde diferentes posturas.

En primer término el marco referencial que se expone es para marcar la pauta sobre la cual se edificará la hipótesis de trabajo, así se hablará primordialmente de lo que se entiende por trasplante fetal, conceptos básicos sobre lo que se entiende por derechos fundamentales y el preámbulo de los prácticas médicas en sujetos humanos.

Posteriormente se aborda el tema relativo al surgimiento y evolución que dichas prácticas han tenido a partir de la primera y segunda guerra mundial y como la violación de derechos fundamentales ha sido algo inconmensurable a la humanidad, por ello además se expondrá las prácticas que en el estado Mexicano y el sistema protector que hasta la fecha ha merecido el referido tema.

A continuación la temática que se trata es la relacionada a la conexión entre la bioética y los derechos humanos, ya que en el presente objeto de estudio cuando se habla de reconocimiento de la condición humana del no nacido y partiendo de ese pre requisito es como se estará en condiciones de sustentar el hecho de que el no nacido es un ser humano, y consecuentemente, le son inherentes derechos y la tutela del Estado por la condición de extrema vulnerabilidad en que se encuentra.

Consecuentemente, una vez que ha quedado señalado el reconocimiento del no nacido como sujeto de derechos se procede a realizar un análisis respecto a la regulación que ha merecido dicho tema tanto en el ámbito internacional, estudiándose los países en donde presentan un ordenamiento jurídico más protector, además también se examina en el ámbito latinoamericano para concluir en el nacional y dilucidar como aún en el estado mexicano queda un largo camino por recorrer cuando de protección de derechos fundamentales se habla.

Así, una vez esbozado lo anterior se refiere la necesidad de legislar los procedimientos médicos en donde intervenga el *nasciturus* en el estado mexicano, toda vez que por su condición de sujeto vulnerable y tomando como referente histórico las atrocidades cometidas en nombre del adelanto científico, es necesario romper con la protección estereotipada de los derechos humanos y dar apertura a una protección realmente universal, sin la denostación o discriminación de la persona por determinada situación en la que se encuentre.

Finalmente, se sostiene que en los actuales modos argumentativos los conceptos de ser humano y derecho a la vida están directamente concatenados y, por ello, debe afirmarse que la tutela del derecho a la vida del *nasciturus* o no nacido se sustenta en el reconocimiento de su personalidad en cuanto ser humano individual, único e irremplazable desde el mismo momento de la concepción; tanto las diferencias como las desigualdades han de ser tuteladas frente a discriminaciones o privilegios por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales y eliminadas para asegurar niveles mínimos de igual material a través de los derechos sociales fundamentales.

CAPÍTULO I

TOPICOS SOBRE EL TRASPLANTE FETAL

APARTADO A

1.1. Concepto de derechos fundamentales

Los cambios sociales a partir de la época feudal y posteriormente con la primera y segunda guerra mundial, marcaron una etapa de la historia de la humanidad la cual fue propulsora de la defensa de los derechos humanos, basta recordar las atrocidades cometidas en los campos de concentración nazis, para comprender que ese llamamiento a la solidaridad y a la sensibilidad humanas era necesarias para re direccionar tanto la concepción de ser humano, como el cambio estructural a las leyes fundamentales de muchos países.

Esa profunda reflexión hacia la condición del ser humano, empezó a producir ordenamientos en los que se plasmaban la protección de algunas prerrogativas, a efecto de poner freno al poder del Estado, basándose en el carácter universal de la persona, quedando contempladas en diversos instrumentos siendo el primero la Carta Magna de Juan Sin Tierra, considerada como el punto inicial del constitucionalismo moderno, cuya cuna fue en Inglaterra, siendo el resultado del reconocimiento por parte del Rey Juan Sin Tierra a los reclamos de veinticinco hombre que habían jurado no prestarle obediencia hasta que aquél no admitiera ciertas libertades, tras de un delicado proceso de análisis y discusión de las pretensiones respectivas, el Rey cede ante tales reclamaciones, firmándose en consecuencia el referido documento el 12 de junio de 1215. No obstante formalmente la Declaración del Hombre y del Ciudadano, promulgada en Francia hacia 1789, es el instrumento en materia de derechos fundamentales por excelencia.

En esa nueva misión por recrear normas jurídicas con mayor grado de humanización, resultó imperativo fundamentar los derechos humanos en abstracciones antropológicas, mismas que fueron constituidas por las necesidades humanas más fundamentales para una existencia digna. Esto considerado no como un capricho meramente religioso, sino como la reacción a un cambio inminente de las condiciones de realización de la libertad individual, debiéndose consecuentemente a la necesidad de una sociedad en pugna por conseguir garantizar sus libertades políticas, sociales, civiles y culturales, con el objeto de alcanzar el desarrollo de su personalidad y así cumplir con una expectativa de directiva fundamental, que enfrente las posibles prevaricaciones de los poderes públicos. Limitar el poder y garantizar derechos.

Un reconocimiento constitucional de aquéllas aspiraciones o anhelos contra un sentimiento que recogía desigualdades, conllevó a hacerlos palpables en normas objetivas, incorporándolos en un sistema al cual se le dota de fuerza vinculante, recreando ahora ya una serie de límites y sujeciones de lo que en un momento fueron sólo tendencias sociales, culturales o económicas en virtud también de la llamada “eclosión social”, agudizada por los conflictos de clases, favoreciendo a los poseedores.

Posteriormente y con el paulatino reconocimiento de esas prerrogativas, se empezaron a incluir aquéllos valores o principios que aún no contaban con el reconocimiento en el plano constitucional, pudiendo mencionar por ejemplo, la libertad, la igualdad, la dignidad, entre otros, siguiendo así, su propio criterio de racionalidad.

En virtud de ello, fue necesario realizar un análisis de esos derechos, mismos que atienden a diversas connotaciones por las cuales han sido plasmados en el texto constitucional, como lo pueden ser económicas, políticas, culturales, religiosas, entre otras, observándose desde el punto de vista de los deberes. Lo que aportaron esas grandes transformaciones sociales y políticas fue la inversión

de ese punto de vista hasta ese momento concebido, de modo que a partir del siglo XVIII los derechos pasan a primar sobre los deberes.¹

Asociado a lo anterior, se puede precisar que los derechos fundamentales son los que se encuentran consagrados en la norma suprema de un determinado sistema normativo, o dicho en palabras de Luigi Ferrajoli, son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar² que resumen la concepción del mundo y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico.³

Ahora bien, derivado de la diversidad de posturas que al respecto han surgido, es necesario mencionar la diferencia que existe entre derechos fundamentales, derechos humanos y garantías individuales, -ello, con antelación a abordar el tema de interés, con mayor profundidad-, términos que se suelen confundir dada la delgada línea que divide la conceptualización de los referidos términos.

Al hablar de derechos humanos, se hace alusión a una categoría, más amplia de los derechos fundamentales, tratándose de expectativas que no están previstas de forma clara y cuyo surgimiento deviene de una postura primordialmente iusnaturalista, al ser punto de partida aquéllos elementos racionales del ser, mismos que por su carácter intrínseco y permeabilidad religiosa, ética, social y filosófica, configuran una nube de normas superiores que dado el avance o requerimientos de una sociedad se hacen presentes en determinado ordenamiento jurídico, de esa premisa debe partirse al hablar de derechos humanos, toda vez que tiene una fundamentación filosófica, por haber sido objeto de estudio de la tradición católica, principalmente de Santo Tomás de Aquino, Vitoria, de Las Casas, fray Alonso de la Vera Cruz y de Maritain, por ello,

¹ Carbonell Sánchez, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, 2005, Porrúa, p. 5.

² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

³ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 9a. ed., España, Tecnos, 2005, p. 33.

sería hasta cierto punto complicado obtener consensos sobre qué valores deben primar.

Sin ser menester del presente trabajo ahondar en demasía sobre los derechos humanos, se puede precisar que son el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídico, principalmente en la norma suprema de un país y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Por lo que respecta a las garantías individuales, es el medio, para garantizar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.

Por su parte Luigi Ferrajoli, considera que las garantías individuales serían las obligaciones que derivan de los derechos; de allí que pueda haber garantías positivas y garantías negativas, como él mismo las clasifica; así las negativas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las positivas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho, denominadas por él mismo “garantías primarias o sustanciales” y “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

Él señala que las garantías primarias son esas obligaciones que corresponden a los derechos subjetivos recogidos en el texto normativo, por su parte, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos jurisdiccionales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten actos ilícitos o en el segundo caso, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.

Una vez realizada la anterior distinción, es menester señalar que, los derechos fundamentales son derechos humanos positivados o plasmados en la

norma suprema de un país, producto de años de lucha y debates por lograr ese reconocimiento, que si bien es cierto deben ser considerados como cláusulas abiertas tendientes a ser perfeccionadas conforme los requerimientos sociales lo requieran, también lo es que debido a los sentimientos de pertenencia los valores juegan un papel trascendente para que determinada sociedad acepte como fundamentales tales o cuales derechos.

Derivado de lo anterior, se sostiene que existe un cimiento pre jurídico y que derivado del consenso o su carácter de universalidad de los derechos fundamentales, es como son incorporados a la norma vigente, toda vez que el propio consenso o aquéllas expectativas o aspiraciones que tiene determinada sociedad, serán el sostén de los derechos fundamentales, teniendo así un carácter plausiblemente moral y ético, ya que de ello se perfecciona el concepto de dignidad que cada sociedad acepta para ser plasmada en su ley fundamental.

Así, esos valores sirven para reivindicar los derechos fundamentales, los cuales *son una abstracción de una dimensión antropológica básica, constituida por las necesidades humanas fundamentales y radicales para una existencia digna.*⁴

Surgiendo o incorporándose a un sistema normativo, de acuerdo a las condiciones sociales, ideológicas y religiosas de la sociedad, consecuentemente serán una matriz expansiva, teniendo como marco referencial los principios de igualdad, justicia y respeto a la dignidad humana, que surgieran como freno a las intromisiones del Estado absolutista.

Así, pudiera afirmarse que al hablar de derechos fundamentales se habla de conceptos neutrales, ya que serán los mismos para cualquier postura filosófica o política, de ello, devendrá lo que doctrinalmente se conoce como su carácter universal, por hablarse de los sujetos que de tales derechos son titulares por tratarse de prerrogativas no contingentes mismas que crean un vínculo jurídico entre el poseedor de la prerrogativa y los poderes punitivos, al hablarse de

⁴Beuchot Mauricio, *Filosofía y derechos humanos, Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*, México, Siglo XXI editores, 2008,p.31.

derechos conquistados a lo largo del tiempo por los diversos movimientos en pro de la vida, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos.

Ahora bien, de la definición que en el presente trabajo se presenta sobre los derechos fundamentales, siguiendo a Luigi Ferrajoli⁵, se abordará ahora el *status*, mismo que se clasifica en ciudadanía y capacidad de obrar, como complementos para lograr una igualdad entre las personas humanas.

La primera de estas condiciones o cualidades es la ciudadanía, misma que está delimitada por diversas razones, como circunstancias ideológicas de determinado grueso social, el grado de intervencionismo del propio Estado o incluso razones sociológicas; no obstante, la complejidad que conlleva dicho *status* radica en establecer en qué momento puede ser un individuo poseedor de este carácter, ya que las vertientes son innumerables de acuerdo a cómo el propio sistema normativo aborde dicho problema y aunque se podrían citar varios ejemplos respecto a en qué casos se pierde la ciudadanía, por el contrario aún resulta complejo determinar a partir de cuándo el sujeto es poseedor de la misma.

No obstante dicho tema será estudiado más ampliamente en los siguientes apartados.

Por lo que respecta a la capacidad de obrar. Como regla general, la Constitución debe de partir de la premisa de que todas las personas, por el sólo hecho de serlo, tienen la capacidad necesaria para ser titulares de derechos fundamentales y para ejercerlos por sí mismos, más sin embargo, aún prevalece la excepción de los menores y los enfermos mentales, interesando en el caso en concreto la primera premisa, toda vez que si bien es cierto a lo largo de los años y las luchas para ganar terreno en la materia los avances han sido considerables, pero aún insuficientes ya que por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, ese manto protector, debería velar por el interés del más desprotegido y vulnerable, para con ello lograr la preservación básica y así garantizar el desarrollo del individuo dentro de su entorno de una manera digna.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 2, p. 40.

Por lo anteriormente esgrimido, las cláusulas que del propio concepto de derechos fundamentales se deriven, deben ser consideradas, como anteriormente se mencionó, abiertas ya que asiduamente el Estado se enfrentará a conflictos normativos, en aquellos casos que por sus implicaciones éticas, sociológicas, filosóficas e incluso religiosas serán colisionantes de derechos. Toda vez que se trata de la aplicación de principios ya consagrados constitucionalmente en un nivel jerárquico igualitario y para solucionar dicha problemática, se recurrirá a ciertos ejercicios lógico-jurídicos para dirimir dichos disensos, como es la ponderación y que en palabras de Guastini, es el resultado de una actividad subjetiva, ya que la jerarquía axiológica entre principios en conflicto es el resultado de un juicio de valor del intérprete, será un resultado volitivo⁶.

Es así como, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración al sistema.

Consecuentemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha fijado postura respecto a los métodos de interpretación que deben ser utilizados cuando se está frente a un derecho humano, en el caso específico y por lo que respecta a los derechos de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3° ha pronunciado que es necesario atender al interés superior del menor para la elaboración de normas y de éstas a todos los órdenes relativos a la vida del niño *latu sensu*.

Por ello y atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", el Estado contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad internacional.

Armoniza lo anterior, el criterio jurisprudencial respecto a la colisión de derechos fundamentales contenido en el Amparo en Revisión 2146/2005, mismo

⁶Moreso, José Juan, "Conflictos entre principios constitucionales", en Carbonell Sánchez, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, p. 103.

que resolvió que en caso de colisión de derechos fundamentales, el legislador está autorizado para desarrollar los límites constitucionales de dichos derechos y para reglamentar sus posibles conflictos indicando que exclusivamente la limitación de un determinado derecho sería bajo los siguientes presupuestos:

1. Perseguir una finalidad constitucionalmente legítima;
2. Ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido a través de la limitación respectiva;
3. Ser necesaria, esto es, debe ser inevitable y suficiente para lograr dicha finalidad, de manera tal que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y,
4. Debe ser razonable, de manera que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.

De lo anterior no debe soslayarse que al lado de esa jerarquización de derechos, se encuentran aquellos que son inconmensurables por el tipo de derecho que protege, como el caso que se comenta, derecho a la vida, mismo que ha sido resuelto de acuerdo al caso en concreto para sentar el precedente de acuerdo a una interpretación progresiva de los propios derechos fundamentales, y que nunca podrá ser de manera restringida, siendo una de las características para su análisis constreñirse al principio *pro homine*, toda vez que por tratarse de dicho derecho, por naturaleza no admite limitación sin anularse, por lo que necesariamente debe prevalecer en cualquier ponderación que se realice con bienes de otra naturaleza, tal y como se analizará en apartados subsecuentes.

1.2. Los derechos fundamentales y su relación con los derechos del *nasciturus*

Retomando lo expuesto en líneas precedentes, al hablar de sujetos en el ámbito de los derechos fundamentales, las luchas por ampliar el campo de actuación de esas prerrogativas es importante, más sin embargo, cuando los avances tecnológicos superan el manto protector de las prerrogativas más fundamentales del humano, se hace necesario reflexionar sobre dichos temas.

Podría parecer apresurado, hablar de la relación que tienen los derechos fundamentales con el *nasciturus*, a sabiendas que uno de los puntos focales de discusión es el reconocimiento de éste como ser humano, sujeto o persona. Más sin embargo, posteriormente será abordada esta cuestión a profundidad.

Como derecho *prima facie*, se encuentra el derecho a la vida, mismo que es prerequisite para el disfrute de derechos supervinientes. Entendido éste como aquél que si no es respetado, todos los demás derechos carecen de sentido. Subsecuentemente, no son admisibles criterios restrictivos de éste.⁷

La vida es el valor básico del que se desprenden los demás; sin ella no hay existencia, y sin esta última no se pueden adquirir derechos. El valor de la vida tiene, necesariamente, una jerarquía superior, se sitúa por encima de los derechos humanos básicos, ya que ésta es la condición necesaria para el desarrollo de todo plan y elección individual; sin ella nada es posible. La vida no es un derecho más del conjunto de derechos primarios del individuo. Es indudable que la vida tiene un carácter superior, que está encima de todos los derechos. La vida es valor en sí mismo, no un medio para alcanzar un fin. Es un bien valioso que debe ser jurídicamente tutelado y que forma parte del núcleo duro de derechos inherentes a la naturaleza de la persona y fundamento de protección.

⁷ Caso comunidad indígena XákmokKásek vs Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 186.

El valor de la vida no puede convertirse en circunstancial o ceder ante razones de tipo personal. La vida no depende del placer, dolor o sufrimiento del agente o sus allegados.⁸

En esa misma tesitura, es un derecho supremo invariable e indisponible, ya que por su universalidad, no puede ser negociable, toda vez que corresponde esa prerrogativa no contingente e inalterable a su titular, consecuentemente el Estado deberá buscar límites para el actuar de los diversos poderes, buscando dirimir la colisión de un derecho que merece toda la atención y salvaguarda del Estado, *versus* prerrogativas fútiles, lo que nos imbuiría en posturas nihilistas.

Así, el referido derecho es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos, como ya ha sido mencionado. En resumen y con una perspectiva tuctorística, el derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de ella arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.

Más sin embargo, el adelanto científico, muchas de las veces es más acelerado que la adecuación de los preceptos legales a las exigencias de la vida cotidiana, por ello, el Estado debe establecer el o los sistemas necesarios de responsabilidad y garantismo en relación con el *nasciturus*, al tratarse de un ser extremadamente vulnerable a las decisiones e incluso caprichos de agentes extraños, toda vez que es considerado como grano, aglomerado de células, extensión del cuerpo de la madre, entre otras acepciones, e incluso señalando que hasta tal o cual semana después de la fecundación, tiene el estatus de persona o ser humano, como si al hablar apriorísticamente, se tratase de una cosa distinta a la que se presencia, reduciéndolo así a fines completamente utilitaristas.

Por ello es menester sostener, que no se trata sólo de una célula humana, sino de un nuevo ser humano, que alberga todas las instrucciones necesarias para construir el cuerpo humano, el cual en el instante inicia una compleja secuencia de

⁸ Silva Romano, María Emma, "La supremacía de la vida: el caso de la eutanasia" en, García Fernández, Dora (coord.), *Estudios de derecho y bioética*, México, Porrúa, 2006, p. 161.

eventos que establece las condiciones moleculares para el continuo proceso de desarrollo embrionario y por divisiones sucesivas y diferenciación, formará cada una de las células presentes en el embrión, feto, recién nacido, niño y finalmente adulto. Por ello es fundamental proteger al más vulnerable de la especie humana, reconociendo con ello su dignidad humana más allá de su vinculación con el útero materno y acorde con lo establecido en la Convención, el embrión humano es consecuentemente una persona.

En virtud de ese papel fundamental que se le ha atribuido al derecho a la vida, los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones a tal derecho. Así, de una interpretación tanto de los instrumentos internacionales, como de la propia jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente⁹ y que los propios Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar dicho derecho¹⁰. Acorde con lo anterior, se deberán adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado, que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida, propiciando las condiciones que garanticen una vida digna.

Por ello, es justificante que debido al carácter especialmente vulnerable de los menores, se deba tener en cuenta la necesidad de materializar medidas especiales de protección, lo que ha derivado en un sin número de instrumentos convencionales y resoluciones de carácter tanto interno como internacional, siendo obligación de los Estados instrumentar las medidas o programas pertinentes, como puede ser derechos adicionales, para que la protección a menores se contextualice en las situaciones de riesgo.

De allí que reciban tratamiento especial, los niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, siendo facultativo que la protección de las normas resuelvan el o los problemas que vulneren sus

⁹ Lo que se denomina en la doctrina como obligación negativa.

¹⁰ Obligación positiva.

prerrogativas, prohibiendo alteraciones a su vida, integridad física, salud o cualquier menoscabo a él.

Más sin embargo, uno de los principales debates que se han desarrollado consiste en determinar la capacidad de la persona, para ser acreedor de determinados derechos, por ello dentro del propio texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece que los derechos allí contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños, incluso antes de su nacimiento. En este sentido no debe confundirse la capacidad de goce de derechos inherente al humano, con la incapacidad ya sea relativa o absoluta, que tiene los niños menores de 18 años.

El *nasciturus* al igual que el menor de edad, por su condición puede y debe gozar de mayores y especiales garantías a las establecidas para los adultos, pero en ningún caso de menores garantías o de debilitamiento de ellas, so pretexto de una protección mal entendida o incluso segregativa.

Además es de especial interés hacer énfasis en lo tocante al ámbito de la experimentación sobre el embrión, toda vez que como se verá más adelante, dicha experimentación debe tener como única finalidad el bien del ser sobre el que se interviene, basándose en la convicción de que el no nacido es digno del respeto que se le debe a la persona humana, y es precisamente por esa dignidad que conlleva un límite al poder de disposición de cualquier otro ser humano o de la comunidad misma, so pretextos de un derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, en el siguiente apartado se profundizará sobre ello.

APARTADO B

1.3. El trasplante fetal en la literatura jurídica

La evolución científica y la llegada de las biotecnologías han sido uno de los pilares fundamentales para la construcción de toda una ingeniería genética, misma que acerca la posibilidad de cura a los enfermos con patologías degenerativas, sin embargo ese devenir científico provoca innumerables conflictos éticos y jurídicos a virtud de los métodos empleados y peor aún de la condición y calidad del donante.

Al efecto, dentro del presente apartado se exponen las posturas que en la actualidad imperan entre los expertos en la materia, siendo menester el comentar en un primer plano a qué se le denomina trasplante fetal, concepto que será tocado en repetidas ocasiones dentro de este estudio.

Para la cabal comprensión del concepto en cuestión se debe abordar el trasplante, mismo que se define como la transferencia que se hace de un órgano o tejido de una persona a otra, o de una parte de un organismo a otro.¹¹

Consecuentemente, los trasplantes fetales serán aquellos en los que el donante es el feto o embrión.¹²

Éstos se empezaron a practicar en los años ochenta como una posible solución para enfermedades que no contaban con un tratamiento eficaz y satisfactorio. Después de muchas investigaciones se empezó a utilizar tejido embrionario para tratar enfermedades como Parkinson, Alzheimer y algunos tipos de leucemia. Al mismo tiempo se realizaron algunos trasplantes en niños, de órganos que provenían de fetos.¹³

Sirva de antecedente los casos de EUA y Suecia, realizándose por primera vez en este último país, empleando células dopaminérgicas fetales en pacientes

¹¹Cfr. García Fernández, Dora, *Temas de derecho biomédico*, México, Porrúa, 2012, p.63.

¹²Cfr. KuthyPorter, José, *Temas actuales de bioética*, México, Porrúa, 1999, p. 231.

¹³ García Fernández, Dora, *op. cit.*, nota 11, p. 63.

con enfermedad de Parkinson, indicando en los resultados iniciales una gran mejoría en la función motora a los 3-6 meses de la cirugía.¹⁴

Ahora, dentro de la ética médica el disponer de un órgano en vida, para que sea trasplantado a un receptor necesitado, es un acto de solidaridad humana y por lo tanto la acción es altruista y el donante no tiene derecho a reclamar una compensación o un pago por sus servicios; siendo la gratuidad una de las condiciones esenciales de la disposición en vida de órganos y tejidos.¹⁵

En la actualidad, los temas que atienden a la reflexión de la condición del ser humano y su entorno, han tomado gran auge. En estos días es cada vez más frecuente el interés del hombre por temas que trascienden, todo ello debido a la sombra individualista que cubre la vida del ser humano; como consecuencia, se pierden ciertas cualidades, mismas que en algún punto de la historia llevaron al hombre a autodenominarse como el ser vivo más inteligente, capaz de resolver cualquier problema que se le presentara.

Así surge la Bioética, como posible respuesta a las interrogantes y reflexiones, término que fue acuñado en 1970 por el oncólogo norteamericano Van Ressenlaer Potter y que está formado por dos vocablos griegos: *bios*, que significa vida, y *éthos*, costumbre. Etimológicamente significa ética de la vida. Esta novísima disciplina, que se puede definir como la ciencia que regula la conducta humana, en el campo de la vida y la salud, a la luz de los valores y principios morales racionales en un marco de interdisciplinariedad, presenta las siguientes características:

- a) Es humana, ya que concierne directamente a la vida y la salud del hombre e indirectamente al entorno en el que vive.

¹⁴ Frosini, Vittorio, *Derechos humanos y bioética*, Temis, 1997, p. 181.

¹⁵ Hernández Arriaga, Jorge Luis, *Bioética general*, 4ª Reimpresión de la primera edición, México, Manual Moderno, 2007, p. 195.

- b) Es racional, porque regula las intervenciones según valores morales fundados en la dignidad de la persona humana.
- c) Es universal, ya que es válida para todos los hombres sin distinción de cultura o religión porque está fundada sólo en la racionalidad humana.
- d) Es interdisciplinaria, pues se sirve de la colaboración de un cúmulo de disciplinas coadyuvantes, como la biología, la medicina, el derecho, la filosofía, etcétera¹⁶

Muy estrecha a esta ciencia se encuentra la Biología, de la cual se desprende lo que los estudiosos llaman la tercera ola, misma que abarca el momento a partir del cual podría el hombre no solamente conocer de un modo más preciso y profundo las raíces mismas de la vida, sino además intervenir activamente en sus propias bases.

A partir de ello, el hombre se enfrenta en su quehacer diario a la posibilidad de producir consecuencias positivas o negativas en el proceso de humanización, lo cual dependerá de una elección ética, de un obrar responsable de la comunidad científica y de las personas que tengan vinculación estrecha con esa tarea, surgiendo de ello una macrociencia, la cual consiste en aquel enlace del hombre con la tecnología.

En ese avance tecnológico la Bioética ha enfrentado nuevos problemas precisamente que han surgido con motivo del arribo de la sociedad científica que, se han concentrado en dos momentos cruciales de la vida: el nacimiento y la muerte, que constituyen dos permanentes desafíos del arte médico a la naturaleza: garantizar la vida desde su comienzo, y luchar contra la muerte hasta lo último.

¹⁶Cfr. Lucas, Ramón, "Introducción", *Bioética para todos*, Tercera Edición, México, Trillas, 2008, p. 7.

Esa temática surge en la edad moderna, cuando nace una conexión entre la vida y la muerte, a partir de cuándo se permitió la disección del cadáver para estudiar la anatomía del cuerpo e indagar los procesos patológicos que causaron la muerte; con lo cual se superó la prohibición, que tenía el carácter de un precepto de Bioética *ante litteram*, como lo era el impedimento de profanar el cuerpo del difunto.¹⁷

La resistencia que se produjo a la práctica de la extracción de órganos con fines de trasplante, experimentaba aún una auténtica reverencia vinculada al culto de los muertos; pero en la conciencia social contemporánea se presenta como aceptada la diferencia en el cuerpo vivo y el cadáver.¹⁸

Ahora bien, algunos de los debates desarrollados en esta doctrina, durante los años que le siguieron al reconocimiento jurídico de la legalidad del empleo de los tejidos fetales con el consentimiento de la madre, son el problema de la licitud y de los límites del trasplante, mismo que se plantea en los siguientes términos, desde el momento que la mujer decide, por su libre consentimiento, abortar, renuncia en esa forma a ser madre, cuando menos en esa ocasión, y, por lo tanto, el *nasciturus*¹⁹, que hasta ese momento hacía una parte de su cuerpo, ya no le pertenece.²⁰

De lo anterior, el siguiente problema ético, toda vez que ese derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y consecuentemente su maternidad, tiene diversas perspectivas, ya que el ser al expresar su individualidad, tiene concepciones, convicciones, ideas o creencias propias, muy íntimas y profundas, deviniendo por consiguiente, multiplicidad de criterios y opiniones al respecto.

En una sociedad que continuamente lucha contra el machismo y la segregación social, es hasta cierto punto inconcebible la autodeterminación de la

¹⁷Frosini, Vittorio, *op. cit.*, nota 14, p. 95.

¹⁸*Ibidem*, p. 96.

¹⁹ MartínezSampere, Eva, "Bioética y valores constitucionales", en Ruiz de la Cuesta, Antonio (coord.), *Bioética y derechos humanos: Implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005. p. 79.

²⁰Frosini, Vittorio, *op. cit.*, nota 14, p. 184.

mujer. Recordemos que a lo largo de la historia al sexo femenino se le ha negado su pleno espacio en la especie humana, estando jurídica y socialmente subordinada al varón, sin reconocérseles el derecho a decidir por sí mismas sobre su vida en general. El que desearan o no ser madres estaba supeditado a la voluntad del padre, al marido y a los convencionalismos sociales, hasta el punto que, en muchas ocasiones a las mujeres embarazadas que no estaban casadas se les expulsaba del hogar, condenándolas a morir de hambre, a vivir en la miseria o a prostituirse.²¹

Sirve de antecedente el hecho de tener que prohibir la práctica del aborto sin el consentimiento de la madre, o castigar el infanticidio, por argumentar que se encontraba en juego la honra. Así pues, la dificultad y la exigencia de analizar con justicia y sosegadamente el derecho de la mujer a decidir libremente sobre su maternidad, porque todavía subsisten en la sociedad profundos prejuicios que en muchos casos impiden considerar a las mujeres como sujetos de derechos, con plena capacidad para desarrollar libremente su personalidad y orientar sus vidas ejerciendo sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran la libertad ideológica, la libertad religiosa y el derecho a la intimidad.²²

Por ello, la experimentación con células, un tratamiento que a simple vista ha dado resultado y que consiste en obtener dopina²³ extrayendo dicha sustancia de fetos que no llegaron a término, para insertarla en enfermos, presenta diversos escenarios, como lo es la procedencia, puede ser de un aborto espontáneo o de fetos anencefálicos²⁴; en el primer caso se trata de seres vivos que no presentan ningún problema en su gestación, solo de una decisión de la madre de no llevar a término su gestación, es una manera de librarse de la culpa suponiendo que el *nasciturus* tendrá un paradero útil para la ciencia y la humanidad.

²¹ Martínez Sampere, Eva, *op. cit.*, nota 19, p. 264.

²² *Idem.*

²³ Sustancia vital que ayuda a disminuir enormemente los problemas que conlleva una enfermedad como el Parkinson.

²⁴ La anencefalia es una hipoplasia congénita del sistema nervioso central que se caracteriza por la ausencia de los hemisferios cerebrales y de una parte, más o menos grande, del tronco encefálico.

Es ello considerado una manipulación, utilizar seres humanos como instrumentos científicos, para lograr el perfeccionamiento de la instrumentalización humana y que es disfrazada con fines terapéuticos para la posible solución de enfermedades que durante muchos años no tenían un tratamiento satisfactorio.

Ese uso con fines terapéuticos de elementos embrionarios, tiene como finalidad salvar o mejorar las condiciones de vida del receptor, si ocurriese el caso *contrario sensu*, se estaría en la hipótesis que el trasplante tuviera como finalidad la experimentación científica y que sólo se permite en personas fallecidas, como sucede en el caso de España.

Lo anterior, puede parecer hasta cierto sentido contradictorio, toda vez que de lo expuesto se destaca que el trasplante fetal se realiza con el consentimiento de quien en este caso, es la persona legitimada para aprobar dicha intervención.

Al efecto en el caso de Italia, la ley sobre la interrupción del embarazo prescribe en el art. 6º que la interrupción voluntaria de la gravidez, después de los primeros 90 días, puede efectuarse solo en los siguientes dos casos:

1. Cuando la gravidez o el parto implique grave peligro para la vida de la mujer;
2. Cuando se hayan comprobado procesos patológicos, entre los cuales están los relativos a importantes anomalías o a deformaciones del que está por nacer, que produzcan un grave peligro para la salud física o psicológica de la mujer²⁵.

Por lo tanto, se excluye, según la ley, que puede practicarse por el médico una intervención abortiva para disponer del tejido vital del feto, aún y cuando la operación haya contado con el consentimiento previo de la mujer o que también

²⁵ Ley del 22, V, 1978, núm. 194 que fue confirmada por el resultado negativo de dos referéndum, con propuestas de modificaciones votadas el 17 y el 18 de mayo de 1981. FROSINI, Vittorio. *Op. Cit.* Pág. 180.

sea consecuencia de una solicitud suya; y ninguna indicación específica es suministrada por la ley con respecto a la toma de tejidos fetales con fines de trasplante.²⁶

Sin embargo, este problema se ha planteado, por no decir que se ha impuesto dramáticamente, en el curso de un debate científico y filosófico que se inició en los Estados Unidos de Norteamérica (EUA), como consecuencia de una serie progresiva de experimentos clínicos y de correspondientes intervenciones legislativas.²⁷

El éxito de esas intervenciones, se debe a que las células que son tomadas entre el tercero y el sexto mes de embarazo, no son todavía reactivas desde el punto de vista inmunológico, de modo que no se verifican fenómenos de rechazo, y con ellas continúan desarrollándose, al injertarse en el tejido adulto del cerebro, transmiten a las otras células su energía vital y de este modo provocan una renovación en las funciones cerebrales.²⁸

El trasplante fetal tiene aún un valor limitado debido a los problemas éticos relacionados con el aborto, sin embargo, continúa siendo un campo promisorio en el futuro cercano.

Así, la terapia fetal trata de un campo relativamente nuevo, el cual se empieza a formar, y que por los descubrimientos y avances realizados, prevé la potencialización de las aplicaciones en esa fase del ser humano.

El tejido fetal se manifiesta biológica e inmunológicamente superior para trasplante y para geneterapia, y su tolerancia inmunológica lo capacita para que se puedan curar una amplia variedad de enfermedades no quirúrgicas mediante el trasplante de células primitivas hematopoiéticas, campos que despiertan gran interés en la actualidad.²⁹

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Ibidem*, p. 181.

²⁹ Hernández Arriaga, Jorge Luis, *op. cit.*, nota 15, p. 73.

Como se puede apreciar los avances y nuevos descubrimientos en el área de la biotecnología conllevan la posibilidad de mejoras en la calidad de vida de los humanos. Sin embargo, en esa tarea aparecen criterios divergentes respecto a lo que es ético, como en el caso en comento.

A partir de la exigencia de una sociedad tan cambiante y dinámica, el principal límite que debe imponerse es el estricto respeto a los derechos humanos, mismos que son vinculatorios a los desafíos que plantea la Bioética.

La exigencia que se plantea en este trabajo es la reflexión respecto a la no instrumentalización del *nasciturus* al estar desprotegido por su condición vulnerable y manipulable. Por ello a lo largo de este estudio se apelará sobre la irreductibilidad de la persona humana.

1.4. Procedimientos y metodologías desarrolladas en las intervenciones con *nasciturus*.

Innumerables avances científicos relativos a intervenciones en no nacidos han sido punto de partida para grandes debates tanto ético, jurídico y filosófico debido a la condición del donante y la manipulación de la que es objeto, siendo este tema de interés desde hace ya varios años.

Sirve como ejemplo las discusiones sobre la moralidad de las investigaciones que involucran a seres humanos y que se remontan a la antigüedad griega y romana pasando por los escritos de Maimónides y Francis Bacon. En los siglos XVIII y XIX las investigaciones eran prácticamente terapéuticas y se realizaban en pequeña escala. Había muy pocos médicos y solían trabajar solos, experimentando en ellos mismos, en sus propios hijos o vecinos. El inglés Edward Jenner ejemplificó el estilo y la técnica de investigación propia de la época cuando descubrió la vacuna contra la viruela. En 1789 inoculó a su hijo de un año de edad sometiéndolo a un experimento.³⁰

³⁰ Sánchez Gómez, Narciso, *Derechos humanos, bioética y biotecnología*, México, Porrúa, 2009, p. 261.

En una concepción ya más avanzada y consciente de la exploración con seres humanos, la bioética es consecuencia del desarrollo de la biotecnología aplicada a los campos de la medicina y de otras acciones productivas; el ejercicio práctico de las actividades de los profesionales de la salud, se trata de una reflexión ética sobre cómo deben ejercerse estudios, tratamientos y cuidados de los enfermos; esta nueva disciplina, tiene como finalidad emitir juicios que califiquen los actos humanos vinculados con las referidas tareas, para alcanzar una convicción valorativa, si han sido justos o injustos, eficaces o ineficaces, si son o no congruentes con desarrollo y preservación de la salud humana.³¹

A razón de ello han surgido los principios de la ética, mismos que son perennes, pero su aplicación a una realidad tan cambiante requiere de actualización. Partiendo de lo anterior, se presentan los arquetipos de intervenciones que se realizan en un procreado, debiéndose profundizar en la investigación y experimentación por ser el punto focal de donde parte la propuesta para sustentar el presente trabajo:

- I. Investigación;
- II. Experimentación;
- III. Estudios diagnósticos;
- IV. Tratamiento específico (médico o quirúrgico); y,
- V. Destrucción.³²

- I. Investigación. Por investigación se entiende cualquier procedimiento dirigido a promover la observación sistemática de un fenómeno o a verificar una hipótesis emergida de anteriores observaciones.

En este punto, debe tenerse presente la particularidad de la condición del embrión y el mayor riesgo al que está expuesto teniéndose por ello que verificar las siguientes condiciones.

³¹ *Ibidem*, p. 191.

³² Hernández, Arriaga, Jorge Luis, *op. cit.*, nota 15, p. 57.

- Certeza de no dañar ni la vida ni la integridad del embrión.
- Consentimiento informado y libre de los padres.
- Finalidad realmente científica no alcanzable de otro modo, y no simple curiosidad.³³

II. Experimentación. Por experimentación se entiende cualquier intervención, en la cual el ser humano es el objeto a través del cual o sobre el cual se quiere verificar el efecto, todavía no conocido bien, de un determinado tratamiento farmacológico, quirúrgico, etc., para ello se puede distinguir entre experimentación terapéutica y experimentación pura.

La experimentación terapéutica, es aquella dirigida a la prevención o curación de enfermedades en el embrión.

La experimentación pura, es la dirigida solamente al progreso técnico-científico. Recordando que el embrión es una persona humana, sobre él se pueden hacer sólo intervenciones terapéuticas.³⁴

Partiendo de ello, el interés por experimentar con material de procedencia fetal atiende a los beneficios que presenta, reconociendo entre ellos cuatro propiedades que lo hacen particularmente útil para el trasplante en los adultos:

a) La capacidad para crecer y multiplicarse. Con la edad, las células pierden esta capacidad, mientras que las células fetales se multiplican activamente y mantienen esta capacidad aún en el receptor anciano.

b) La capacidad de someterse a la diferenciación de células y tejidos, es decir, si se recolectan células de un área específica del cerebro, aquellas células

³³Lucas, Ramón, *op. cit.* nota 16,p. 138.

³⁴*Idem.*

que se han implantado en un área idéntica en el cerebro adulto, madurarán y funcionarán como lo harían las células adultas normales.

c) La capacidad de sintetizar factores de crecimiento. Estos factores (que son sustancias químicas complejas) no sólo aumentan la capacidad de las propias células fetales para sobrevivir, sino que también estimulan el crecimiento y la supervivencia de otras células dañadas o enfermas en el sitio inmediato del trasplante. Así, aún en el caso de que las células cerebrales fetales no pudieran funcionar ellas mismas en forma satisfactoria como neuronas adultas, los factores de crecimiento que producen ayudarán a que otras neuronas enfermas, en el lugar del trasplante, se regeneren y vuelvan a funcionar adecuadamente.

d) Capacidad antigénica reducida. Es decir, las células fetales tienen menor probabilidad de ser atacadas y destruidas por el sistema inmunológico del adulto. Normalmente, si se inyectan células de un órgano de un adulto (donante) en otro adulto (receptor), el sistema inmune del receptor reconocerá como cuerpos extraños las células inyectadas y se desencadenará un ataque programado sobre las células con el propósito de destruirlas.³⁵

No todos los tejidos fetales están igualmente dotados de este privilegio antigénico: las células cerebrales fetales provocan muy poca o ninguna respuesta inmune en el receptor, pero las células pancreáticas y hepáticas fetales provocan un ataque del sistema inmunológico por parte del adulto y si se usan como material para trasplantes, se requiere el uso de drogas inmunosupresoras para contrarrestar el ataque.³⁶

Desde un punto de vista tanto clínico como ético, ante un feto procedente de un aborto espontáneo o de un aborto indirecto, el primer punto que debe tenerse en cuenta es el estado vital: 1) si vive y es viable, debe hacerse todo lo posible por salvarle; 2) si no es viable, habrán de aplicarse las medidas y curas paliativas del caso, suspendiendo o no iniciando ningún otro tipo de intervención

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

referida al trasplante, mientras no se haya diagnosticado con certeza la muerte del feto.³⁷ Lo anterior con la finalidad de proceder lo más prontamente posible a la obtención de los órganos y tejidos, asegurándose con criterios indiscutibles de la muerte del feto, ya que el factor tiempo en este tipo de intervenciones es crucial.

Por ello, específicamente deberán observarse en este tipo de trasplantes las siguientes reglas generales de ética médica:

1. La intervención ha de ser necesaria, debe, por tanto, reservarse para casos graves que no pueden resolverse con un procedimiento terapéutico más sencillo.

2. La técnica aplicada tendrá que haber sido suficientemente experimentada en animales.

3. Debe constar el consentimiento informado por parte del receptor o de sus familiares y por parte del donante, aquí siempre son los parientes el donante. No pueden usarse tejidos de un feto cuya madre, anteriormente advertida, no haya otorgado la debida autorización.

4. No debe mediar ninguna retribución económica ni ventaja de ninguna clase. Este requisito es especialmente grave por la absoluta indefensión del feto.

5. El equipo que practica la intervención, de la que indirectamente se va a seguir el aborto que no se puede evitar, ha de ser distinto del que después realizará el trasplante. Esta norma tiende a prevenir que el interés por el trasplante

³⁷Kuthy Porter, José, *op. cit.*, nota 12, p. 233.

pueda condicionar de algún modo la acción médica sobre la madre y sobre el feto.³⁸

Pero hay un problema ético más grave y se debe a que existen otras posibilidades para poder adquirir material embrionario, con implicaciones éticas que sí son totalmente distintas de las que ordinariamente se plantean en el campo de los trasplantes.

El donante adulto es siempre una variable clínica espontánea, pues no cabe ninguna intervención médica hasta que no se produzca la muerte y ésta es un suceso natural que el clínico ni provoca ni acelera, ni mucho menos programa.³⁹

En el supuesto del feto, existe la tecnología necesaria para procurarse donantes, cuando en la actualidad con los métodos empleados son pocos los donantes y un gran número de receptores, en este caso la tecnología necesaria para procurarse donantes, porque en los procesos de reproducción artificial es posible fabricar embriones para fines experimentales o terapéuticos y con la legalización del aborto se ha creado una fuente abundante y a bajo costo de material fetal.⁴⁰

De igual manera, en el caso de abortos espontáneos, no son considerados útiles como fuente de órganos o tejidos para trasplantes, porque se considera que suelen estar casi siempre afectados.⁴¹

Hablemos ahora de lo que es el procedimiento de esta práctica ya tan frecuente. Para ello, los investigadores suecos describen la metodología implicada en la obtención de neuronas fetales para trasplantar a los enfermos de Parkinson.

Las mujeres entre 13 y 18 semanas de embarazo se colocan en una mesa de operaciones, se les dilata el cuello uterino, se le rompe la bolsa de agua, la cabeza del feto se guía inmediatamente por encima de la cérvix dilatada, se le

³⁸ *Ídem.*

³⁹ *ibídem*, p. 234.

⁴⁰ *Ídem.*

⁴¹ *Ídem.*

perfora el cráneo y se coloca una bomba de succión en el cerebro. Luego se succiona el contenido cerebral y se almacena inmediatamente con hielo para preservar su viabilidad. Posteriormente se aborta el feto, es decir, se le destroza por medio del procedimiento del aborto. Procedimientos similares se usan para obtener páncreas fetal, fluido fetal, y timo fetal.⁴²

Los fetos de abortos espontáneos en general no se pueden usar para este propósito ya que: a) han estado muertos por días o semanas antes del aborto natural, y esta tecnología requiere tejido muy fresco, vivo y viable; y b) no hay suficientes fetos abortados espontáneamente para satisfacer la posible demanda.⁴³

En forma similar, con el advenimiento de pruebas de embarazo muy sensibles y con el uso del ultrasonido de alta tecnología, los embarazos ectópicos tubáricos, se pueden diagnosticar en etapas muy precoces, tanto que el tejido fetal no puede ser usado. Los intentos de los partidarios del aborto de separar éticamente el modo de obtención del tejido fetal (por aborto inducido) de los loables efectos terapéuticos que pueden derivarse del uso del tejido son absurdos, puesto que el tejido debe estar vivo, viable y fresco, el investigador debe estar presente en el quirófano en el momento de producirse el aborto, para recoger el tejido y congelarlo.

Al argumento utilitarista de que los tejidos obtenidos de fetos recientemente abortados, es un buen tejido que puede ayudar a víctimas de enfermedades curables, se puede responder señalando que tales tejidos son los restos de las víctimas de un acto inmoral que deben ser tratados con dignidad y respeto, y no canibalizadas en forma indiscriminada, ni mucho menos comercializadas. A aquéllos que predicen confiadamente que el comercio de tejidos fetales será controlado por el gobierno sin lucro derivado de su uso, se señala que aunque este aspecto del comercio pudiera ser controlable, ¿qué se puede decir de los empresarios implicados en la recolección, almacenaje, control, preparación, y

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibidem*, p. 233.

distribución de los tejidos? Pretender que todos los aspectos de este comercio puedan ser controlados y sin obtener ganancias, simplemente no tiene sentido.

Existen personas que estiman que los loables usos de los tejidos fetales no incrementarán el número de abortos. Ellos nos aseguran que con medidas especialmente diseñadas, tales como la prohibición de la venta de tejidos fetales y haciendo que se tome la decisión de abortar sin considerar donar los tejidos, las mujeres que se muestran indecisas de si abortar o no, no serán influenciadas para que aborten.⁴⁴

Se puede apreciar que se habla de manipulación de seres vivos, al ser tratados como objetos de estudio y como mera producción para salvar otras ideas. En este caso, se tendría que sopesar la vida del donante y la del receptor.

El problema ético es bastante grave y tiene tres posibilidades a saber:

1. La producción de embriones mediante fecundación in vitro, y su posterior empleo como fuente de órganos y de tejidos.
2. El trasplante de material embrionario procedente del aborto voluntario legal.
3. Las posibilidades de realizar un explante de un feto vivo, in vitro, en la hipótesis de que el niño llegase indemne a término.⁴⁵

Antes de abordar la problemática de estos puntos dentro de la discusión existe al parecer un gran número de personas reconoce la condición plenamente humana del embrión, una vez que éste se ha implantado en la mucosa uterina, lo que ocurre al acabar la segunda semana después de la fecundación.

Sin embargo, otros datos arrojan con certeza a adelantar ese reconocimiento al mismo momento en que ha sido concebido, pues el embrión es

⁴⁴*Idem.*

⁴⁵Kuthy Porter, José, *op. cit.*, nota 12, p. 234.

ya un ser vivo, autónomo, individual, que pertenece a la familia humana. Es esta la mayor garantía del carácter universal de su dignidad.

Arrebatarse esa dignidad a un ser humano sea cualquiera, en el caso de mención, a un no nacido exige separar los conceptos de hombre y persona. Si no basta la pertenencia biológica al género humano para garantizar la condición personal de un individuo cualquiera, y, como consecuencia, su dignidad y derechos que le corresponden, surge pues una amenaza para quienes no cumplan las exigencias estipuladas. Así, ciertos grupos humanos quedarán excluidos de la comunidad de personas.

Más importante que la dignidad existe un valor primordial al que todo ser humano nacido o no, tiene derecho y por consiguiente es obligación del Estado salvaguardarlo, éste es la vida. Si se trata de un no nacido, se estaría en presencia de otro problema, el de autodeterminación de la mujer, en su cuerpo ella decide, pero el problema aquí es que está de por medio la vida de otro ser humano el cual tiene los mismos derechos que cualquiera.

Cuando termina el proceso de fecundación, el cigoto presenta ciertas características: es un ser vivo unicelular, dotado de la estructura biológica y del patrimonio genético característico de la especie humana, está sexualmente determinado, es autónomo ya que posee por sí mismo la capacidad de crecer y de generar otras células, y, es capaz de crearse el hábitat necesario para desarrollarse y sobrevivir.⁴⁶

Por ello, muchos concedores del tema coinciden en que ninguna instancia puede arrogarse la facultad de decidir qué condiciones debe reunir un representante de la especie humana para que le sean reconocidos sus derechos como ser humano. Los derechos fundamentales no son otorgados por otros, provienen de la naturaleza misma del individuo, sin importar la madurez, edad o las capacidades, raza o calidad de vida, deben ser respetados sus derechos personales.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 236.

Así, cualquier intervención sobre el cuerpo humano no alcanza únicamente a los órganos y tejidos; afecta también a la persona misma; encierra por tanto un significado y una responsabilidad ética. De aquí se deduce el principio ético absoluto de que nunca y en ninguna circunstancia puede ser rebajado a la condición de cosa, de medio o de instrumento para conseguir otro fin que no sea su propio bien.⁴⁷

Producir embriones para ser utilizados como fuente de órganos o tejidos es algo inhumano, además de que la técnica misma presenta problemas. Es un contrasentido que un ser humano sea producido por una vía que no respeta su dignidad, y que se presta a manipulaciones, discriminaciones, comercialización, etc.

En el proceso de reproducción artificial la persona es rebajada a la condición de un objeto manufacturado, y no como un ser generado en un acto de amor. Es elegido y seleccionado, no querido en sí mismo; será dado a luz sólo si reúne ciertas condiciones establecidas por otros.

Desgraciadamente son estas actitudes las que llevan al aborto o al abandono como un medio para librarse del producto “defectuoso”, o en este caso específico, la posible utilización de esa técnica con el fin de fabricar material para trasplantes. Debe considerarse esto una gravísima violación de los principios éticos más elementales. Lo anterior se podría comparar a una especie de antropofagia, donde se fabrican seres humanos con el fin de ser consumidos.

En otra perspectiva, los científicos al hacer este tipo de trasplante encuentran diferentes ventajas, como el uso de todos los elementos de un feto: células, tejidos y órganos los cuales a diferencia de un donante *normal*, -o sea de una persona adulta viva o muerta pero que expresa su consentimiento- crecen rápidamente, se adaptan con facilidad en el territorio receptor, convenientemente tratadas casi no provocan reacciones inmunitarias de rechazo en el receptor y además en el caso de los trasplantes pediátricos, esos órganos poseen las dimensiones anatómicas apropiadas.

⁴⁷ *Ídem.*

Esta posibilidad de vida para otros niños o pacientes con las enfermedades mencionadas según estadísticas, podrían salvar a través de esos trasplantes unos 1500 niños cada año de acuerdo a estudios realizados en Estados Unidos de Norte América.⁴⁸

Más allá de toda la jerga científica, el galimatías profesional, la prestidigitación empresarial, todo es realmente muy sencillo: no se puede promover la muerte de ningún individuo para extender la vida de otro. El aborto es en sí mismo un mal irreparable, del cual no se derivan beneficios moralmente aceptables.

Continuando con los tipos de intervenciones en seres humanos, toca ahora el tema de los estudios diagnósticos, mismos que se abordan de manera resumida por centrarse el presente estudio en la investigación.

- III. Estudios diagnósticos. En el referido diagnóstico y como antecedentes se puede mencionar que el Cardenal Joseph Ratzinger en la Instrucción *Donum vitae* afirma que son lícitos los procedimientos “si se respeta la vida y la integridad del embrión o del feto, y si se orientan hacia su custodia o hacia su curación”.

En un discurso de Juan Pablo II a los participantes al Convenio del Movimiento a favor de la Vida, afirmaba que “el riesgo del procedimiento debe ser proporcionado a la urgencia del diagnóstico y a la importancia supuesta de los resultados”.

La Carta a los Agentes Sanitarios (CAS) agrega que debe hacer una razonable indicación y la prueba misma debe tener un mínimo grado de certeza y confiabilidad.⁴⁹

⁴⁸Kuthy Porter, José, *op. cit.*, nota 12, p.232.

⁴⁹ Hernández Arriaga, Jorge, *op. cit.*, nota 15, pp. 65 y 66.

Dentro del presente apartado se analizan los diversos métodos utilizados para el diagnóstico prenatal.

- a) **Análisis bioquímico serológico materno.** Se practica entre 15-16 semanas de embarazo. Ha ayudado a identificar trastornos fetales hasta un 70%, especialmente los referentes a los que se identifican con la elevación de las alfafetoproteínas que orientan hacia alteraciones en el cierre del tubo neural.

- b) **Ultrasonografía (USG).** Es una energía en forma de ondas sonoras con frecuencia superior a 20,000 ciclos/seg. Es un estudio no invasivo que permite establecer las condiciones anatómicas del feto, de la placenta y del útero. Su exactitud depende de la calidad del ultrasonógrafo y la del ultrasonografista.
Su utilidad ha sido extraordinaria para diagnosticar problemas de desarrollo anatómico que antes eran la causa de óbitos.⁵⁰

- c) **Amniocentesis.** Esta práctica consiste en la extracción de 15-20 ml. De líquido amniótico entre la semana 15 y la 18 de gestación. El líquido extraído se centrifuga para el estudio de las células fetales.

- d) **Fetoscopia.** Se lleva a cabo entre la semana 15 y 18 de embarazo. Empezó siendo un medio de diagnóstico exclusivamente para precisar aquellas anomalías que se dibujaban con cierta imprecisión en la ultrasonografía.

- e) **Biopsia de las vellosidades coriónicas.** Se usa para obtener muestra de las células coriónicas. Se efectúa entre la semana 8 y la 11 del embarazo mediante control USG.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 67.

f) **Cordocentesis.** Como la endoscopia, es un medio que puede no sólo ser diagnóstico, sino terapéutico. Se efectúa alrededor de la 18ª semana mediante punción preferiblemente de la vena. Tiene por objeto obtener sangre fetal. Es útil para detectar trastornos:

- Sanguíneos;
- Metabólicos hereditarios;
- Infección fetal;
- Trastornos cromosómicos o del DNA; y,
- Retraso del crecimiento intrauterino.⁵¹

Sin embargo al estar frente a determinados procedimientos, como puede ser diagnóstico o tratamiento dichas intervenciones deben cubrir un mínimo aceptable que en la mayoría de las ocasiones se trata del consentimiento informado, requisito indispensable anteriormente se ha mencionado y que se abordará a mayor detalle en el próximo apartado.

1.5. Reglas mínimas observables en cualquier tipo de trasplante

Los problemas de bioética o filosofía aplicados a las nuevas situaciones de vida social en las relaciones entre médico y paciente, surgidos, con motivo del advenimiento de la sociedad tecnológica, se han concentrado sobre dos momentos cruciales de la vida, esto es, el nacimiento y la muerte, que constituyen los dos permanentes desafíos de la práctica médica a la naturaleza: garantizar la vida desde su comienzo, y luchar contra la muerte hasta lo último.

Sin embargo, en la edad moderna surgió una conexión entre la vida y la muerte, desde cuando se permitió la disección del cadáver para estudiar la anatomía del cuerpo e indagar los procesos patológicos que causaron la muerte; con lo cual se superó la prohibición, que tenía el carácter de un precepto de bioética *ante litteram*, como lo era la prohibición de profanar el cuerpo del difunto.

⁵¹ *Ibidem*, p. 68.

La resistencia que se produjo a la práctica de la extracción de órganos con fines de trasplante, experimentaba aún una auténtica reverencia vinculada al culto de los muertos; pero en la conciencia social contemporánea se presenta ya como reconocida y aceptada la diversidad que hay entre el *Lieb* o un cuerpo vivo, y el *körper*, el cadáver en que se ha detenido el proceso global de la vida del cual todavía se pueden extraer elementos que se han de insertar en un organismo activo.

La persona es siempre un fin y no puede ser utilizada como medio ni se puede adoptar una posición utilitaria, de beneficio para el mayor número, si eso supone afectar esa radical condición de fin, que posee toda persona humana.

De ahí se deriva, un primer principio ético, enraizado en el principio de autonomía y que todas las prácticas o actitudes que deriven o expresen una concepción instrumental del ser humano y que en un punto particular en los trasplantes deben ser rechazadas.

Esta afirmación es básica en el debate ético de los trasplantes, por muy importantes o trascendentes que sean los beneficios científicos que pudiesen obtenerse, no se puede instrumentalizar y denigrar a un ser humano adoptando ese papel de objeto.

A virtud de lo anterior, una consecuencia del principio de autonomía será el énfasis en la libertad de las personas implicadas, el reconocimiento de la voluntariedad y la necesidad de un consentimiento informado por parte del donante y del receptor.

Por otro lado, los principios de beneficencia y no maleficencia tendrían su repercusión en el tema de los trasplantes al subrayarse la exigencia ética de seguridad, o sea, la necesidad que la compleja técnica se realice en condiciones que garanticen al máximo el buen resultado de la intervención.

Se considera que se está frente a un tema que no puede dejarse a la autorregulación ética corporativa de la profesión médica, ni de las asociaciones de las personas afectadas por una enfermedad que requieran de un trasplante; siendo así, el principal derecho humano es la vida y como consecuencia el derecho a la salud.

El principio de subsidiariedad aplicado a la protección de la salud debe presuponer la intervención complementaria del Estado a favor de las minorías y de los individuos enfermos, teniendo como fundamento la dignidad de la persona.⁵²

Una consecuencia obvia del principio de no maleficencia es la importancia que no se infiera daño desproporcionado a los donantes y que los órganos extraídos se encuentren en condiciones que no produzcan daño a los receptores.⁵³

La exigencia ética de beneficencia se concretaría también en una llamada a la solidaridad interhumana como principio rector de toda la problemática de los trasplantes, que debería ser fomentada mediante campañas de información y sensibilización.⁵⁴

Finalmente, el principio de justicia se concentraría en especial, en la afirmación de la igualdad de todas las personas que podrían beneficiarse de esta tecnología.⁵⁵

Expresado de manera negativa, sería la no discriminación de los posibles receptores por razón de raza, edad, riqueza, sexo, religión, política u otros. En la distribución equitativa de los órganos disponibles para trasplantes.

El principio de igualdad incluye la aceptación de que los hechos diferentes, no rompen, sino que refuerzan dicho principio.

De lo anterior y como posible justificación a las mencionadas prácticas está la formulación del principio de justicia, que menciona que casos iguales exigen tratamientos iguales, misma que puede ayudar a esclarecer la búsqueda entre los distintos receptores posibles de aquel que es más adecuado para recibir un órgano, una terapia médica que hoy debe seguir siendo calificada como escasa.

Una consecuencia de esta exigencia es que, tal y como lo expresó la resolución de la conferencia de Múnich, “la capacidad económica de las personas no debe ser un factor que decida sobre la asignación de los métodos de

⁵²Serrano Miranda, Tirzo, *Bioética*, México, UNAM, 2007, p. 213.

⁵³*Idem*.

⁵⁴*Ibidem*, p. 214.

⁵⁵*Idem*.

tratamiento, ni de los órganos para el trasplante”,⁵⁶ en este caso se tendría que resaltar la necesidad del receptor y la probabilidad de éxito del propio trasplante.

Todo eso puso de manifiesto que detrás del saber existe un poder, de modo que al unirse el saber y poder, ambos se potencian recíprocamente, tanto en forma fructífera como peligrosa, generando de esa manera una imperiosa apelación a una instancia mediadora del deber.⁵⁷

De allí que, la política social en materia de trasplantes es inseparable del marco más amplio de la política sanitaria global en la distribución de los recursos sanitarios. La racionalidad económica en la distribución de tales recursos constituye una inevitable referencia ética que siempre debe ser ponderada.

Sin embargo, al polémico tema le surgen diferentes interrogantes éticos, entre los que se encuentra el relacionado con el tema en comento, los trasplantes procedentes de fetos y que se centran en dos campos, a saber:

1° Modo de adquisición y empleo de elementos fetales.

2° Uso de anencéfalos como posibles donadores de órganos.

En un primer análisis, los problemas éticos que se producen en estos casos son prácticamente los mismos que se plantean en la generalidad de los trasplantes. Además del consentimiento informado por parte del receptor y del donante o de sus familiares, es necesaria la gratuidad de la donación y el diagnóstico previo de muerte realizado por un equipo médico distinto del que realiza el trasplante. Requisitos que no son cubiertos en los trasplantes fetales, toda vez que el donante no tiene la capacidad para otorgar su consentimiento y partiendo de la posición de dependencia, el Estado dentro de su esfera jurídica debe salvaguardar el derecho primordial del ser.

Así, no toda investigación científica en sujetos humanos ha de ser sinónimo de instrumentalización del hombre. Existe un interés legítimo por la investigación

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Hooft, Pedro Federico, *Bioética y Derechos Humanos*. México, Porrúa, p.5.

biomédica en seres humanos, que se funda en el deseo de curar una enfermedad, o al menos limitar su propagación. Los avances en el campo de las ciencias de la salud dependen, por una parte, del conocimiento de los procesos fisiopatológicos, aunque es también necesario que en determinado momento, algunos de tales adelantos o investigaciones, sean sometidos a verificación en al menos una instancia final, misma que debe incluir a seres humanos beneficiarios de tales experimentos.

Existe la posibilidad cierta de manipulación de la vida humana, de la experimentación con finalidades incompatibles con el respeto a la dignidad del hombre, lo que indica también que no todo proceso técnico se inscribe sin más en el proceso de humanización, y evidencia finalmente la existencia de una permanente tensión entre los polos de la manipulación y de la humanización.

Por consiguiente, para dar un enfoque válido de los aspectos jurídicos referidos a la experimentación con sujetos humanos, se debe realizar el análisis normativo conjugado con el aspecto bioético, donde confluye el *bios* de la civilización tecnológica con los principios éticos y jurídicos que rigen un Estado.

Se trata también de un ámbito dentro del cual la responsabilidad no será ya sólo la atmósfera omnipresente en la compleja trama de la acción humana, sino que traspasando esa dimensión irá a ocupar un primer plano en los estudios que atañen a la compleja problemática de esta disciplina, en un sector de la realidad en el cual la medicina y la filosofía, lejos de excluirse, se complementan recíprocamente. A ello se agrega como peculiar característica de tiempos actuales, la creciente imbricación entre medicina y derecho.

Finalmente, cristalizada la reflexión interdisciplinaria sobre el tema y por los aportes provenientes tanto desde la medicina, como la filosofía, la teología, el derecho y otras disciplinas, la enorme mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten y regulan cuidadosamente los trasplantes de órganos, e incorporan la denominada muerte encefálica, complementada, mediante otras evaluaciones clínicas, como criterio para la muerte legal o jurídica.⁵⁸

⁵⁸ *Ibidem*, p. 12.

Las modernas tecnologías que han establecido de hecho nuevas fronteras de la vida y de la muerte, de la salud y de la enfermedad, han replanteado también cuestiones atinentes a la investigación en salud, a menudo con repercusiones no sólo sobre la sociedad global de nuestro tiempo, sino sobre generaciones venideras, que nos colocan frente a situaciones verdaderamente polémicas.

Los trasplantes de órganos, la procreación médicamente asistida, la prolongación artificial de la vida, el encarnizamiento terapéutico, el derecho a morir con dignidad y el consentimiento informado, la investigación en salud, incluida la experimentación con seres humanos, los problemas vinculados al aborto, el sida y más recientemente, las cuestiones relacionadas con la genética, problemas ambientales, y tantos otros, configuran hoy temas centrales de la bioética que han originado a su vez, crecientes regulaciones jurídicas, tal y como se analizará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS PRÁCTICAS MÉDICAS CON SERES HUMANOS

2.1. Surgimiento de la investigación con seres humanos

A lo largo de la historia de la medicina, han existido individuos que pugnaron por proteger a los pacientes de acciones indebidas por parte de sus médicos tratantes. Más recientemente, surgió el interés por proteger además a los individuos involucrados en proyectos de investigación científica.

La máxima de Hipócrates “no harás daño a tus pacientes” ha sido un principio fundamental de la ética médica, a partir de ello, en el siglo XIX, Claude Bernard extendió este principio a la investigación científica, al señalar que la investigación no debe ser dañina aún en el caso de posibles beneficios, planteando así la pregunta siempre vigente en las investigaciones con humanos, de si los riesgos justifican posibles beneficios.

Al respecto, no hay duda que la investigación científica ha beneficiado a la humanidad; sin embargo en ciertos tiempos y circunstancias se ha puesto a la ciencia en el banquillo de los acusados. Al término de la 2ª guerra mundial se denunciaron abusos graves en experimentos con seres humanos conducidos por médicos nazis. Posteriormente, en el célebre juicio de Núremberg estos investigadores fueron procesados como criminales de guerra por los aliados y encontrados culpables de homicidio, tortura y otras atrocidades.

Consecuencia de ello, el Código de Núremberg (1947) fue formulado como una respuesta a esas atrocidades realizadas por los médicos nazis, en nombre de la investigación médica durante esa época; sin embargo, la conducta que era

reprochable era la incompetencia e inhumanidad de esos experimentos y no tanto el uso de seres humanos en ellos.⁵⁹

Históricamente, el Código de Núremberg fue el primero en definir los principios éticos que deben regir la investigación médica con seres humanos. En dicho Código se señala que el consentimiento voluntario del individuo es absolutamente esencial y que la experimentación con animales le debe preceder. Desde 1950 este código ha sido un modelo.

En 1964 la Asociación Mundial de Médicos reunida en Helsinki elaboró un código de conducta para médicos e investigadores, que sirve de referencia de los parámetros éticos a considerar cuando los médicos llevan a cabo investigación. La Declaración de Helsinki ha sido revisada periódicamente y su última versión contiene los principios básicos que han sido adoptados en muchos países, mismos que el Comité Ético de Investigación con Seres Humanos (CEISHUM) considera que deben regir la conducta ética de los investigadores del Instituto.

Existen otros ejemplos de abusos graves de médicos e investigadores, uno de ellos es el estudio de Tuskegee en los Estados Unidos, en el cual, para conocer el curso natural de la sífilis se privó de tratamiento con penicilina a pacientes de raza negra.

En general, las investigaciones en seres humanos se realizaban en pequeña escala, en familiares, regularmente en hijos de los médicos-investigadores o en ellos mismos, o en vecinos de la comunidad. Con el advenimiento de nuevas drogas como las sulfamidas, y los intentos de encontrar vacunas, comienzan a visualizarse problemas en las investigaciones.⁶⁰

Ya en los años cincuenta, el cuerpo militar de EUA continuó dirigiendo experimentos en el personal bajo servicio involuntario, y en la década de los

⁵⁹ Hall, Robert, *Bioética institucional. Problemas y prácticas en las organizaciones para el cuidado de la salud*, México, Fontamara, 2008, p. 137.

⁶⁰ Vázquez, Rodolfo, *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, 1ª reimpresión de la 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 92.

setentas, la investigación del sector médico privado continuaba sin previo consentimiento informado de los sujetos.

El problema de la experimentación con seres humanos, vino a llamar la atención de la comunidad médica en EUA en 1966, con la publicación del artículo de Henry Beecher denominado “Ética e investigación clínica” publicado en el *New England Journal of Medicine*.⁶¹

Beecher arguyó que “los procedimientos cuestionables o faltos de ética eran comunes” en las investigaciones médicas, y citó veintidós ejemplos de estudios en los cuales la salud de los sujetos peligraba sin haber sido informados del riesgo. Beecher determinó que estas investigaciones eran normales, de hecho eran comúnmente patrocinadas por universidades respetables y los resultados se publicaban en revistas médicas importantes.⁶²

A la par en el país, el médico Jorge Hernández de la Universidad de Guanajuato, describió otros tres estudios experimentales de esa misma época:

El primero, a cargo de la escuela estatal de Willowbrook, en el estado de Nueva York, es una institución para personas de “alteraciones mentales”, y en 1945, un grupo de investigadores deseaba saber la historia natural de la hepatitis viral para modificar o prevenir la infección. Para ello, seleccionaron un grupo de niños, con síndrome de Down o retraso mental, de esa institución, a los cuales administró un extracto de virus de hepatitis obtenido de heces de personas enfermas. El argumento de los investigadores para llevar a cabo el estudio era que de cualquier forma los niños tarde o temprano adquirirían la hepatitis y además estarían vigilados por los médicos investigadores, lo que incluso, en opinión de ellos podría ser benéfico. [...]

En segundo término, el estudio de Metástasis en judíos con enfermedades crónicas [...] se diseñó con la finalidad de analizar si el desarrollo de metástasis tumorales se debía a la presencia misma del cáncer o al debilitamiento general del

⁶¹ Hall, Robert, *op. cit.*, nota 59,p. 137.

⁶² *Idem*.

paciente. Hasta entonces se sabía que personas sanas no desarrollan cáncer, ya que rechazan adecuadamente las células tumorales. Para ese fin, se seleccionó un grupo de judíos ancianos con diversas enfermedades crónicas [...] Nunca se les dijo que el proyecto consistía en administrarles células neoplásicas, ya que, en opinión de los investigadores, se les angustiaría innecesariamente.

Finalmente, el estudio de contracepción en San Antonio se diseñó con la idea de evaluar qué tantos de los efectos colaterales de los anticonceptivos orales se debía a sugestión. Se seleccionó para ello un grupo de setenta y seis mujeres de origen mexicano, todas ellas multigestas, que acudían a la Clínica para Anticoncepción. El diseño del estudio fue doble ciego y no se les informó a las mujeres en qué etapa del estudio recibirían placebo. [...] Al finalizar, de las setenta y seis participantes en el proyecto once se embarazaron (diez mientras recibían placebo y una mientras recibía anticonceptivos).⁶³

En el campo a estudio, como posible solución para enfermedades que durante muchos años no tenían un tratamiento satisfactorio, se comenzaron a realizar los trasplantes. Los que nos ocupan son aquellos en los cuales el donante es el feto o embrión. Por ejemplo, en la enfermedad de Parkinson, después de los malos resultados obtenidos durante los años 80 injertando en el cerebro células procedentes de glándulas suprarrenales del mismo individuo, se pensó en la posibilidad de hacer el injerto usando células fetales. Como los resultados iniciales parecieron bastantes satisfactorios, se sucedieron las investigaciones, y se pensó extender el uso del tejido embrionario como material de trasplante para tratar otras patologías como la enfermedad de Alzheimer y algunos tipos de leucemias. Al mismo tiempo se comenzó a realizar trasplantes de órganos, preferentemente en niños, pero usando fetos como donadores de esos órganos.

Justificando con ello, que en el tejido cerebral, la supervivencia de las neuronas depende en buena parte de su grado de inmadurez, alcanzando las

⁶³ Hall, Robert, *op. cit.*, nota 59, p. 139.

mayores posibilidades de éxito cuando las neuronas embrionarias han acabado de dividirse, lo que sucede entre la octava y décima semanas de vida del embrión.⁶⁴

Consecuencia de lo anterior, hay quienes sostienen que el material disponible proveniente del alto porcentaje de abortos que se practican precisamente entre la sexta y undécima semana de gestación, permitiría la constitución de bancos de tejido embrionario ya que se calcula que dicho material, es superior al número de enfermos tan solo por Parkinson.⁶⁵

En esta perspectiva, se podría afirmar, con particular justeza, que los trasplantes importan, al mismo tiempo, una revolución terapéutica y moral, y que pocas áreas como ésta, en la medicina de avanzada tecnología, han suscitado tanto la atención normativa durante los últimos años. Se trata así, de un nuevo campo de la actividad humana, en el cual el acelerado desarrollo científico-tecnológico ha hecho sentir su impacto en la ética.

Por ello, el trasplante de tejido fetal dirige la atención hacia ciertos datos científicos sobre el desarrollo humano embrionario, que deberían ser algo más que una pequeña perturbación para todo aquél que reflexione sobre el tema, debido a que si esa operación resulta ser un éxito, destruirá la teoría de que el feto es sólo una "amalgama de tejidos" muy primitiva, sin desarrollar y una parte del cuerpo materno. Este tipo de discurso debe ser muy tranquilizador para la mujer con un embarazo no deseado, que busca una salida, pero está acongojada por la sospecha de que el aborto representa la libre disposición sobre una vida humana única e individual.

Consecuentemente, nuestra época está determinada tanto por el inmenso progreso de la ciencia moderna, como por la racionalización creciente de la sociedad y por la técnica científica de su dirección. Para apreciar la magnitud de este fenómeno, se debe tener en cuenta que los valores éticos tienen un rol central en el sistema de valores de una cultura y que la ciencia y la tecnología generan nuevos problemas y a la par nuevos valores.

⁶⁴Kuthy Porter, José, *op. cit.*, nota 12, p. 238.

⁶⁵*Idem.*

Uno de los antecedentes que tuvo como propósito regular las cuestiones relativas a la ética-moral y medicina-ciencia, fue el Informe Palacios⁶⁶, documento que se presentó ante el Parlamento y que quedó aprobado en general por el Congreso de Diputados en la sesión de abril de 1986. Su importancia reside en su carácter de fuente inmediata a la ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, abarcadora de una amplia gama de cuestiones de relevancia ético-jurídica, vinculadas con la aplicación de las técnicas de procreación artificial, que en aquel entonces se practicaban. Incluye cuestiones de grave significación para el futuro, tales como las referidas a diversas formas de manipulación genética, reales o potenciales.

Entre los lineamientos y criterios generales aceptados en el Informe destacan, la falta de sincronización entre un más acelerado desarrollo científico-tecnológico y el más lento avance en el campo del derecho, situación que genera un vacío perjudicial, tanto para la ciencia como para el derecho. Acerca de los alcances y límites de la investigación y experimentación al igual que lo que atañe a su aplicación científico-técnica; por un lado no deben imponerse límites o frenos injustificados que pueden afectar el progreso científico y por el otro, tales restricciones han de establecerse cuando afectan la esencia íntima del ser humano.

Se presenta en este informe la referida relación conflictiva entre los valores científico-tecnológicos y los valores humanísticos, cuestión por la que pasa el desarrollo plenamente humano. En lo que atañe a la utilización y regulación de las técnicas de fecundación humana, se parte de una reflexión sociológica, al sostener la necesidad de la regulación desde que estas técnicas ya se realizaban en el mundo y en España y, además por cuanto la ciencia y la tecnología van a seguir inexorablemente su curso evolutivo. Se torna preciso el estudio puntual y concienzudo, teniendo en cuenta las implicaciones científicas, biológicas, sociales, legales y éticas, a fin de buscar la respuesta adecuada.

⁶⁶ Realizado por Marcelo Palacios Alonso y 35 expertos más que constituyeron una comisión encargada del estudio sobre fecundación extracorpórea.

Reconoce el documento que todo lo técnicamente posible es al mismo tiempo, éticamente aceptable; así, los científicos habrán de señalar qué es lo que se puede hacer, para que los poderes públicos y las normas legales señalen los caminos a seguir, a fin de evitar lo que se califica como una avidez o competitividad científica y tecnológicas irreflexivas y perniciosas.⁶⁷

Así, las intervenciones que se orientan al perfeccionamiento de ciertas características humanas menoscaban la libertad ética de la persona afectada, ya que le insertan determinadas intenciones de terceros que, al ser irreversibles, le impiden comprenderse espontáneamente como el autor indiviso de la propia vida, y lo fijan a un determinado plan de vida.⁶⁸

En nuestro país la historia de la bioética es corta. El 30 de marzo de 1992 se firma el acta constitutiva para crear la Comisión Nacional de Bioética en el seno del Consejo de Salubridad General. Sin embargo fue hasta el 23 de octubre de 2000 cuando se creó esta Comisión con carácter permanente por un acuerdo presidencial. Con el propósito de impulsar la bioética en todo el país, el 21 de julio de 2002 se instaló el Consejo Técnico de la Comisión Nacional de Bioética, y un acuerdo para la creación de comisiones en todas las entidades federativas. En 2005 se produjo un decreto presidencial que hace de la Comisión Nacional de Bioética (CNB) un órgano desconcentrado a fin de conferirle mayor autonomía reflejando a la vez, un interés mayor en el desarrollo y proyección de la bioética. También se crea un Consejo responsable de conducir el trabajo de la CNB.

Una cuestión importante que se debe discutir es la percepción del hombre del derecho y el hombre de la medicina, un cotejo que se establece sobre un punto de contacto y de fricción, que se puede resumir en una fórmula simbólica en estos términos: hay un derecho del hombre en cuanto sujeto jurídico, sobre su propio cuerpo; y hay un derecho del médico sobre el cuerpo del hombre en cuanto paciente, que subsume el primer derecho, no en cuanto lo elimina, sino en cuanto lo sustituye en su ejercicio.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Cfr.* J. Habermas, La evolución de la humanidad ante las intervenciones biotecnológicas: reflexiones sobre el posthumanismo, en *Estudios de derecho y bioética*, García Fernández, Dora y Malpica Hernández, Lorena (coords.), México, Porrúa, 2006, t. I, p. 106.

Dentro del problema de la experimentación clínica sobre el hombre, con un fin científico o con un fin terapéutico, es decir, según que sea predominante el interés del médico como investigador, o el del paciente por estar sometido a una curación; e inclusive puede haber coincidencia de fines, ya que el paciente puede tener interés en la investigación y el médico ciertamente está interesado en la curación. El fundamento del problema, sea en sentido jurídico para el jurista, sea en sentido ético-profesional para el médico, es el del consentimiento expreso, esto es consciente, respecto a la información y espontaneidad, del sujeto pasivo de la experimentación. Aquí se llega en verdad a uno de los puntos más altos que pueden poner al descubierto la ética de la responsabilidad, sea del médico, sea del paciente.

Consecuentemente, se analizará el tratamiento que México ha dado respecto al tema en comento.

2.2. Antecedentes históricos del trasplante en México

El diálogo entre las ciencias de la vida y la moral ha llevado recientemente a hablar de bioética. Es un término erudito, un neologismo introducido al idioma inglés por Van Rensselaer Potter II (1970), que, a pesar de sus pocos años de experiencia está de actualidad. Como puede apreciarse, se deriva de dos vocablos griegos, *bios* y *ethos*, que significan vida y moral. Si nos atenemos a la etimología, bioética es la moral de la vida.⁶⁹

Partiendo de esa defensa de la moral de la vida, necesario es abordar el tema de los trasplantes por ser el campo médico el que representa mayor contraste entre lo ético y lo fútil.

La historia de los trasplantes comienza con la transfusión de sangre, una vez que se descubrieron los diversos grupos sanguíneos y su mutua compatibilidad o incompatibilidad. Progresivamente se ha llegado a la posibilidad

⁶⁹ Sandoval Olvera, Federico, "Trasplante de órganos y bioética", en Tirzo Serrano, Miranda y Jiménez Herrera, Blanca L. (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 209.

de trasplantar la córnea, el riñón, corazón, pulmón, páncreas, testículos, el hígado; lo mismo, en el cerebro para curar algunas enfermedades.⁷⁰

En el corto lapso que constituye la historia de los trasplantes de órganos, se fueron sucediendo diferentes problemas éticos que se pueden agrupar siguiendo a Diego García en torno a tres etapas o fases.

Fase experimental.

Comprende los años transcurridos desde 1950 a 1975. Se plantean todos los problemas éticos relacionados con la experimentación en humanos.

El órgano trasplantado, el corazón, tenía importantes resonancias culturales y afectivas.

En 1959, un grupo de neurofisiólogos y neurólogos de Lyon describe una situación denominada “muerte del sistema nervioso” y, poco después otros neurólogos, Mollaret y Goulon, del hospital Claude Bernard de París, califican una situación que afecta a un grupo de 26 enfermos con graves lesiones cerebrales como “*coma dépassé*”.

Estos nuevos planteamientos, junto con el inicio de los trasplantes, abren la puerta a un nuevo criterio para definir la muerte de una persona: el de la muerte cerebral o encefálica, que tiende progresivamente a suplantar el criterio clásico del paro cardiorespiratorio.

El 3 de diciembre de 1967, el Dr. Christian Barnard realiza en el Hospital GrooteSchoor de Ciudad del Cabo en primer trasplante de corazón.

Fase de consolidación.

Abarca desde 1975 hasta 1983. Se legisla acerca de la muerte cerebral y sobre los requisitos que debe cumplir el proceso de donación y trasplante. Mejora la

⁷⁰ Sánchez Gómez, Narciso, *op. cit.* nota 30, p. 280.

relación costo-beneficio y riesgo-beneficio, pero se sigue cuestionando la inversión que requiere.

Fase terapéutica.

Esta etapa inicia con la aparición de la ciclosporina A y con ella una inmunosupresión eficaz, por lo que el trasplante comienza a ser realmente útil. En esta fase los problemas tienen que ver con la escasez de recursos y de órganos, así como la justa selección de los receptores. Tal vez se tenía la técnica, pero no había el apoyo tecnológico y científico para sustentar el periodo transoperatorio y posoperatorio tan intenso.⁷¹

Se ha comentado que los órganos pueden ser obtenidos de personas vivas o muertas; el suministro puede ser voluntario o no y a título gratuito o no; esto es, que los mecanismos para lograr los objetivos perseguidos en los trasplantes de órganos y células son diversificados, lo cual, en la práctica ha provocado polémica, conflictos, la configuración de delitos e impunidad, ante la serie de factores legales, médicos, éticos, sociales, económicos, políticos, religiosos y otros, que imperan en la práctica en diversos países del mundo; en donde es indispensable contar con un marco legal ilustrativo, justo y sobre todo que se exija el respeto a los derechos y la dignidad de las personas; así como también, para que se castigue todo acto que sea contrario a derecho, según la gravedad de la infracción o delito cometido.

De un estudio de la legislación sanitaria, civil y penal del estado mexicano, se observa que básicamente, protegen la libertad personal, los derechos de la familia, el respeto a los cadáveres y a las creencias religiosas; y sobre todo, los derechos a: la salud, integridad física, moral de todo individuo; se trata, de garantías individuales que no deben quebrantarse por actos u operaciones relacionadas con los trasplantes de órganos, para que los médicos y otras personas no incurran en responsabilidad penal, civil o administrativa.

⁷¹Sandoval Olvera, Federico, *op. cit.*, nota 69, p. 211.

Por ello, los trasplantes de órganos deben revestir las siguientes características: para llevarlos a cabo previamente se debe consultar la legislación sanitaria respectiva, a manera de sujetarse al principio de legalidad y a la normatividad en la materia; sólo hospitales y médicos debidamente autorizados podrán realizar esas acciones; la obtención de órganos será preferentemente de personas fallecidas; no se podrán utilizar gónados, tejidos embrionarios o fetos para alcanzar tal objetivo; deben estar sustentados en los estudios y tratamientos médicos indispensables, sus ventajas y desventajas para el beneficiario; la asignación de órganos estará sujeta a la urgencia del caso, oportunidad, disponibilidad, listas de pacientes que demanden ese servicio; programas nacionales y regionales conducentes; a la colaboración y participación de todos los sectores de la población, entre otras modalidades atendibles en leyes y reglamentos sobre esta cuestión.⁷²

El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, está a cargo de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios; toda autorización para llevar a cabo, contará con un responsable sanitario, un comité interno de trasplantes y un coordinador para el mismo objetivo. Los órganos, tejidos y células no podrán ser sacados del territorio nacional, con las excepciones que permita la legislación en la materia.

En la Ley General de Salud, se establece: los lineamientos de salud que requieren de autorización sanitaria son los dedicados a: extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células; a trasplantes de órganos y tejidos; los bancos de órganos, tejidos y células; así como bancos de sangre y servicios de transfusión; para este efecto, la Secretaría de Salud, previamente debe corroborar; que cuenta con el personal, infraestructura, equipo, instrumental e insumos necesarios, para la realización de los actos referidos. (Artículo 315).⁷³

⁷²*Ibidem*, p. 285.

⁷³*Idem*.

Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, siempre que se ajuste a las disposiciones sanitarias conducentes. Esas donaciones, consisten en el consentimiento tácito o expreso que haga una persona, para que en vida y después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Por lo que respecta en el artículo 322 y subsecuentes de la citada Ley, mencionan que:

La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación. La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.

Artículo 324. Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

Artículo 326. El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indica: I. El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente; II. El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

El referido cuerpo legal, regula, que está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células; la donación se registrará por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, y ello debe hacerse a título gratuito; si la pérdida de vida del donante está relacionada con algún delito, se dará parte al Ministerio Público y a la autoridad judicial competente, para la extracción de órganos y tejidos; la manifestación de la voluntad de los donantes y el registro respectivo se hará constar por el Centro Nacional de Trasplantes.

Es atendible, en el artículo 330 de la Ley General de Salud, que:

Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrá llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante, del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico.

La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo el control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud; de los menores de edad, sólo está permitido el trasplante cuando se trate de médula ósea, en los demás casos, procederá cuando han fallecido, para lo cual se requerirá el consentimiento expreso del representante legal.

Ahora bien, por lo que respecta al artículo 333, de la referida Ley se dispone lo siguiente:

Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante: I. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales; II. Donar un órgano o parte de él que al ser extraído su función puede ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura; III. Tener compatibilidad aceptable con el receptor; IV. Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante; V. Haber otorgado su consentimiento en forma

expresa... VI. Los trasplantes se realizarán de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad.

De igual forma, en el mismo cuerpo legal se aprecia que, para realizar el trasplante en donantes que hayan perdido la vida, se debe comprobar dicho fallecimiento, previamente a la extracción de los órganos, por un médico distinto al que efectúe el trasplante; que exista consentimiento expreso del disponente; asegurarse que no existe riesgo sanitario; para la asignación de órganos, se tomará en cuenta la gravedad de receptor, la oportunidad del trasplante, beneficios esperados y compatibilidad con el receptor.

El Centro Nacional de Trasplantes y los Centros Estatales de Trasplantes en las entidades federativas decidirán y vigilarán la asignación de órganos, tejidos y células dentro de sus respectivos ámbitos de competencia; tendrán a su cargo el registro y la información pública sobre el mismo asunto; también deben dictar las modalidades legales a que haya lugar, incluyendo el control de los bancos de sangre y las transfusiones operantes, a manera de no dar lugar a la violación de disposiciones sanitarias, y en caso de descubrir la configuración de delitos, deben presentar las denuncias ante el Ministerio Público Federal o local, según sea el caso.⁷⁴

Como se puede apreciar entre los criterios que se mencionan para llevar a cabo un trasplante, el objeto de estudio difícilmente cubre dichas disposiciones, toda vez que por su carácter especialmente vulnerable, queda completamente a merced del tutor o quien legítimamente considera ser autorizado para disponer de él, por lo que uno de los puntos a discusión es la tutela y protección de sus derechos, que si bien no la cumple la madre en este caso o tutor, consecuentemente se convierte en un problema social, en donde el Estado debe precisamente cubrir la función tuitiva cuando se está frente a vulneración de la prerrogativa fundamental que integra el núcleo duro de los propios derechos

⁷⁴*Ibidem.* p. 287.

fundamentales. A continuación como se podrá ver, se analizan los diferentes organismos protectores de derechos fundamentales.

2.3. Sistema de protección de derechos humanos

El movimiento mundial a favor de la protección y defensa de los derechos humanos, se inicia con la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, ocurrida en la Conferencia de San Francisco, el 26 de junio de 1945, organismo internacional que nació como consecuencia, de las graves violaciones a la dignidad de los seres humanos, que se registraron durante la Segunda Guerra Mundial (1940-1945), cuyas manifestaciones pugnaron por un mundo nuevo apoyado en el respeto a la vida, justicia, la paz, la hermandad entre la comunidad internacional, preservación de otros valores elementales de la misma colectividad.⁷⁵

Con ello, hay un reconocimiento a la dignidad intrínseca, de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, tomándose en cuenta el compromiso de los estados integrantes de la Organización, para el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre, pues la libertad, la justicia y la paz, tienen por base, el reconocimiento de la dignidad intrínseca de cada ser humano; no perdiendo de vista, que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie, ultrajantes para la conciencia de la humanidad; en tales circunstancias es requisito indispensable, crear un mundo, en el que los seres humanos quedan liberados de temores, miseria, y disfruten de las libertades de palabra y creencias religiosas; que sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que no se vean compelidos al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; impulsar el desarrollo por medio de las relaciones amistosas de las naciones, para que se fortalezca el progreso social y se eleve el nivel de vida de todos los individuos.

⁷⁵ Sánchez Gómez, Narciso, *op. cit.*, nota 30, p. 32.

En tal virtud, la Asamblea General de la ONU, al proclamar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tuvo el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente, en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos, libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto en los pueblos de los estados miembros, como en los territorios colocados en su jurisdicción.⁷⁶

El hombre está cada vez más cerca de crear y producir cambios biológicos, no sólo en el cuerpo, sino en la raza humana, modificaciones que de manera inevitable encaminarán hacia un futuro posthumano. Sin embargo, se debe considerar que, independientemente del uso que se les pueda dar, las técnicas tendientes a la modificación del ser humano representan un desafío encaminado al dominio de la naturaleza y de nuestra existencia.

El deseo de superar las limitaciones humanas y perfeccionar al hombre biológicamente conduce a una evolución diferente que el hombre ha experimentado al margen de las intervenciones técnicas. Algunos han denominado *tecno evolución* a este proceso dirigido por el hombre para ciertos fines.

En la actualidad se dispone de tecnologías que pueden mejorar la genética, rediseñando al individuo para que pueda desempeñarse mejor o para que no sufra ciertas enfermedades; el ideal para algunos es hacer de la naturaleza humana un objeto de intervención técnica directa. Estas nuevas biotecnologías nos obligan a modificar nuestras concepciones de naturaleza y sociedad, y es muy probable que nos transformen la vida de modos tan distintos para los que la sociedad no está bien equipada todavía.⁷⁷

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Ponce del Castillo, Aída María, "La evolución de la humanidad ante las intervenciones biotecnológicas: Reflexiones sobre el posthumanismo", en García Fernández, Dora y Malpica Hernández, Lorena (coords.), *Estudios de derecho y bioética*, México, Porrúa, 2006, p.101.

Tema de la presente reflexión, es la relación que media entre los derechos humanos, en particular el derecho a la vida, la salud y la experimentación sobre el hombre; por esto, quedan fuera del terreno de investigación todos los complejos problemas dirigidos a garantizar que ese consentimiento sea no solo informado, como lo exigen la conciencia ética y el presupuesto jurídico de la voluntad comercial, sino que sea también motivado, o sea que se exija sobre fundados motivos de progreso científico y técnico en el campo de la investigación farmacéutica. Así y todo, no se puede establecer una ecuación entre el progreso, término que debe tener un significado moral, y el aumento de la producción farmacéutica, aunque ella corresponda ciertamente a una exigencia general de actividad económica y de bienestar material. Sobre este punto, es deber preciso del estudioso y del hombre culto presentar una firme solicitud: no se debe poner en peligro la salud de los ciudadanos solo para satisfacer un proyecto de expansión del mercado.

Esta es la razón de la debida integración que ha de realizarse mediante la labor desarrollada por el ministerio de salud, con la iniciativa económica privada, ya que esta es reconocida y garantizada en su libertad, pero que no puede desarrollarse en contraposición con la utilidad social o de modo de causarle daño a la seguridad, a la libertad, o a la dignidad humana, y por esto la ley debe determinar los programas y los oportunos controles para que la actividad económica, sea la pública, sea la privada, pueda orientarse y coordinarse para fines sociales.

Por lo tanto, de modo conveniente se ha dispuesto en el proyecto de la ley Bompiani, que para expresar un dictamen motivado acerca de la realización de la experiencia clínica en fase inicial, antes de emitir una opinión negativa (o sea de rechazo) sobre la solicitud presentada por la firma interesada en la investigación, está obligada a citar para una audiencia a dicha firma, que puede presentar o comprometerse a exhibir demás documentos, además de las que ya haya adjuntado.

En el proyecto de ley del senador Bompiani también se señala la oportunidad de la indicación de términos abreviados para los procedimientos administrativos de autorización. En efecto, quien quiera que haya tenido experiencia en investigaciones científicas adelantadas según las disposiciones de procedimientos administrativos de una entidad pública, conoce las incertidumbres, las dificultades, las lentitudes de un aparato burocrático de aprobación. En el caso de la investigación farmacéutica, la prolongación de los periodos exigidos para obtener la admisión del producto acarrea, sin embargo, un grave perjuicio a la organización productiva de los nuevos fármacos, cuyas consecuencias pueden sentirse sobre la misma organización pública de la asistencia sanitaria.

Por esto el proyecto de ley prevé que se pueda recurrir a la figura jurídica silencio-asentimiento por parte de la administración pública; y el mismo criterio interpretativo se hace valer en cuanto a la autorización de la experimentación clínica en fase intermedia y ampliada y en cuanto al dictamen de factibilidad emitido por una comisión especial instituida en la unidad sanitaria local.

Se trata, por lo tanto, de un texto de proyecto legislativo que presenta diversos aspectos merecedores de atención de parte del jurista, y también de profundización de parte de la doctrina.⁷⁸

Ahora bien, la protección del ser humano ante las posibles violaciones a las que se encuentra proclive, fue fundamental para el reconocimiento de las prerrogativas inherentes a cualquier individuo sólo por pertenecer a dicha especie.

Consecuentemente, los derechos humanos serán aquellos principios éticos, filosóficos, políticos, sociales, económicos, culturales, religiosos que están regulados en un marco jurídico nacional e internacional, con el objeto de alcanzar la protección de la vida, salud, integridad física y moral, la libertad, igualdad y seguridad jurídica de la especie humana; por eso, están catalogados como valores supremos de la dignidad a que tiene derecho todo individuo, por el solo hecho de formar parte de la misma especie.

⁷⁸Frossini, Vittorio, *op. cit.*, nota 14, p. 234.

Aunado a lo anterior, las relaciones entre el derecho, bioética y la medicina, cada vez son más patentes, porque las normas jurídicas dictadas por el estado, constituyen el hilo conductor de las relaciones de gobernantes y gobernados. Son el soporte básico de la vida en sociedad, para que haya armonía, tranquilidad, paz, orden, seguridad y salubridad pública, se debe sustentar en disciplinas como la bioética, biomedicina, biotecnología.

Realizando un minucioso análisis de lo anterior, se pueden destacar los principales retos y problemas a los que se enfrenta la bioética y los derechos humanos, agrupándose de la siguiente manera:

- a) Problemas vinculados con la ética, filosofía social y la política; así como la relación entre violencia y derechos humanos;
- b) La gama de problemas derivados de los desequilibrios ecológicos y los daños al medio ambiente urbano, producto del crecimiento demográfico, el avance de la mancha urbana que ha dado lugar a las grandes ciudades o metrópolis, la contaminación en sus diversas modalidades, destrucción y agotamiento de recursos naturales y daños a la salud humana;
- c) Los problemas relacionados con el calentamiento global de la tierra y los consecuentes de la tecnología moderna; como los fenómenos naturales (terremotos, huracanes, ciclones, sequías, heladas, erupciones volcánicas, choques del planeta con asteroides y cometas; los desastres de la ingeniería genética, los producidos por la nanotecnología y de los sistemas informáticos).

Los derechos humanos, tienen un sentido universal, que cada individuo puede reclamar por el solo hecho de formar parte del género humano, y son prioritarios o imperan por encima de otras reglas jurídicas. Se trata de derechos absolutamente fundamentales e inalienables que han sido formulados en una serie

de declaraciones internacionales, la más importante es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).⁷⁹

La concreción y el desarrollo histórico de los valores de la persona los integran y unifican en el mundo jurídico moderno, dichos valores, su concreción e integración (libertad e igualdad) detectables en el análisis histórico de los sistemas jurídicos, se sitúan por tal motivo entre la moral y la política, constituyendo la realización social de la moral positiva por parte del poder.

En razón de ello, tienen un doble fundamento, desde el punto de vista material, están determinados por los valores, pero el constitutivo formal, lo cual permite que de verdad sean designados con el rótulo de derechos humanos, es su asunción por la norma positiva, por el derecho válido.

Contrariamente, esto implica que el poder político, para ser legítimo, ha de organizarse en función de los derechos humanos, éstos, aunque se dan en la sociedad, puesto que sólo constituyen una deuda jurídica si hay alteridad, no emanan de la misma, sino de una instancia anterior al poder político y a la sociedad misma a saber, la realidad del hombre.

A la referida realidad, hay que agregar la dignidad del ser humano y su índole personal son el fundamento de los derechos, que aparecen así como instrumentos de realización de la libertad. Los derechos humanos surgen precisamente como límites de lo que el poder social puede interferir en cumplimiento de su función organizadora y se configuran como libertades de los ciudadanos que posibilitan que se haga efectivo un núcleo esencial de aquella originaria libertad psicológica.

La libertad de manera definitiva, en alguna de sus manifestaciones posee una importancia primordial que la convierte en valor. Eso que convierte a la libertad en valor es precisamente la dignidad de la persona. La dignidad del hombre exige el respeto de éste como sujeto de una independencia y autonomía que hay que garantizar socialmente, puesto que la persona y los grupos humanos

⁷⁹ Sánchez Gómez, Narciso, *op. cit.*, nota 30, p. 187.

no se reducen a su presencia social y, mucho menos, a su presencia en el estado; es más, la sociedad misma tiene como fin el desarrollo del ser personal. Esta es, la función más alta de los derechos humanos: la protección de la dignidad de la persona y la moralización del derecho.

Los derechos humanos, actuando como factores posibilitantes de la libertad constituyen verdaderas necesidades humanas, en la medida que delimitan exigencias mediales para el desarrollo moral del hombre.

Por lo tanto aparecen como derechos inalienables y también irrenunciables en la medida que ningún ser humano puede renunciar desde el punto de vista ético a su propia dignidad como persona.

Por esto precisamente, la primera base del ordenamiento político es la dignidad de la persona y su libertad, y en segundo término están los valores instrumentales de justicia, igualdad, etc.⁸⁰

Es necesario comentar en este tema lo relativo a la cuestión nuclear, que es la controversia ética con relación al uso o no de las células madre embrionarias. En esta tesitura esta posibilidad se enfrenta primordialmente a tres escollos éticos, a entender, se explica.

El primero tiene que ver con el valor que se reconoce al embrión humano. Si se estima que su valor es mucho, habrá que protegerlo y no tratarlo como un instrumento. Si, por el contrario, se entiende que el embrión no tiene un gran valor, se podrá utilizar siempre que se haga por un beneficio esperable importante, como por ejemplo obtener de él las ansiadas células madre.

La segunda línea de problemas tiene que ver con la necesidad de obtener los óvulos con los que crear los embriones. Muchos grupos feministas en todo el mundo, especialmente en los Estados Unidos, han mostrado un rechazo radical a

⁸⁰León Correa, Francisco Javier, "Fundamentos filosóficos de la bioética", en Garduño Espinosa, Armando (comp.), *Bioética*, México, McGraw-Hill, Asociación Mexicana de Pediatría, A.C., 2001, p.8.

la creación de embriones y más aún a la clonación de embriones, por lo que supone un riesgo de explotación para las mujeres.

Ahora, por la escasez de óvulos, y por el riesgo de explotación, surge la iniciativa de recurrir a óvulos de otros animales y constituir así híbridos, resultantes de la transferencia de genes humanos a óvulos enucleados de otras especies animales. Encontrándose con ello la tercera línea de problemas éticos: la de crear entes entre especies.

Como se ha descrito, los problemas éticos a los que se enfrenta el derecho en su vertiente humanizadora son amplios, para ejemplo el caso concreto y a virtud de las diversas aristas o variantes que pueden presentarse, los derechos humanos deben atender a ese dinamismo, al efecto en el tema de la protección de los sujetos humanos se clasifica en, primera generación, misma que comprende los derechos de libertad; segunda generación, derechos sociales y tercera generación nuevos derechos que son propios de la edad tecnológica, sin embargo Norberto Bobbio refiera la cuarta generación relativa a la esfera de la bioética.

Con el proceso de crecimiento y de especificación, que se ha verificado en el curso del tiempo que nos separa de la primera proclamación de los derechos humanos, la contenida en las declaraciones de los Estados de América del Norte en el decenio de 1770, a las cuales les siguió la del 28 de agosto de 1789 en Francia, el problema de la justificación teórica de esos derechos se ha venido transformando en el de su interpretación jurídica, esto es, de su momento o movimiento de tránsito de la enunciación legislativa a su aplicación práctica.

Ahora bien, es de trascendencia abordar la cuestión del *quid iuris*, misma que consiste en la conformidad del juicio con el mandato de la ley, y esta a su vez permanece relacionada estrictamente con el *quid ius*, o sea, el valor intrínseco que está en la base de la norma jurídica. En el campo jurídico no se pueden interpretar los derechos humanos sin antes haberlos aceptado y apreciado en la predisposición mental y moral del jurista, que representa el momento preliminar para la elección de las normas que se han de aplicar, y que da comienzo a la

relación entre el intérprete y el texto de la ley que se desarrolla como una espiral hermenéutica, condicionando al uno y al otro; ya que el texto escrito normativo llega a ser vivo y vital solo cuando hay quien lo lee para ponerlo en práctica; la palabra de la ley necesita de alguien que la acoja y que la haga propia, y hay también el silencio de la ley, al cual se le debe hacer hablar.

Para tal efecto, se ahondará en el siguiente capítulo lo tocante a la vinculación del derecho con la bioética, lo anterior con la finalidad de encontrar consensos cuando de investigación médica y protección de derechos humanos se trata, finalmente cabe puntualizar que el entramado legal que una sociedad construye es por la convicción de conseguir un bien común en donde todas las fracciones que de esa sociedad emanen, encuentren su debida representación y protección multinivel contra los poder arbitrarios que el Estado pudiese efectuar, pero también cuando de violaciones a nivel horizontal se trate.

CAPÍTULO III

BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LAS INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS: TEORÍAS SOBRE EL TRASPLANTE FETAL

3.1. Reflexiones sobre la Bioética y el derecho

Las cuestiones bioéticas requieren, necesariamente, de una adecuada respuesta legal, de manera tal que, el denominado bioderecho importa una institucionalización jurídica de la bioética.

De esta manera la ética médica, ha tenido que encontrar respuestas a los progresos en su rama, así como a las nuevas expectativas para los seres humanos que han cambiado, notablemente, las relaciones sociales, de las que son parte tanto las ciencias que se analizan como también el derecho, que objetiviza conductas intersubjetivas y su concreta interrelación.

Una cuestión importantísima que se debe tener en cuenta desde el ámbito jurídico, es la aceptación de la realidad que hace el establecimiento de deberes no transeúntes en la fundamentación ética y su inserción en el campo jurídico.

La bioética ha demostrado ser el método de reflexión- a nivel fundamentación y de procedimiento- que sirve para dar respuestas a problemas éticos que se han suscitado en las ciencias de la vida, donde se da la discusión y el debate acerca de la necesidad de explicitar una nueva moral que convenga a los nuevos desarrollos científicos y a los nuevos intereses sociales.

A virtud de ello, se pueden destacar dos grandes desafíos para el campo de la bioética. Por un lado, su fundamentación y por el otro, su validación jurídica.

Sabido es que la ética, por sí sola, no ofrece seguridad jurídica, fin propio del derecho. Esta carencia hace que se requieran normas legales claras que indiquen el cuándo y el cómo proceder. No por ello debe considerarse que la

norma jurídica es un imperativo de aplicación automática ni de ética blindada, puesto que los valores a los que la norma está llamada a defender superan muchas veces los casos concretos.

Podría decirse que la ética jurídicamente contenida, sería un piso fundamental, pero no ineludible a la luz de otros valores que se encuentren en juego para el caso concreto, ya que la ética ha demostrado, con el correr de los años, ser un concepto altamente cambiante en general y, aún más, en el análisis de los casos específicos.

No por lo dicho ha de pensarse que la ética quedará definitivamente relegada, toda vez que para la incorporación de valores a las normas jurídicas necesariamente debe hacerse el ejercicio ético reflexivo, sobre lo que es aceptado por una sociedad y lo que no. Los principios generales del derecho encuentran su nacimiento en principios éticos socialmente aceptados por el sistema en que el derecho mismo encuentra su cuna y razón de ser. Es decir que, esos mismos valores que podrían desplazar a la ética mínima, se encuentran imbuidos de contenido ético que hacen a la creación axiológica misma. Por tanto, dicha disciplina aún en las cuestiones puntualmente concretas, jamás desaparecerá, sino que se tomará ésta de la problemática suscitada, para así adecuar el sistema normativo a las exigencias sociales.

Todo lo anteriormente expresado, intenta decir que en base al diálogo y la discusión valorativa, la ética dialógica es un instrumento utilísimo a la hora decisional, incluyendo por ejemplo, el momento del paciente en el consentimiento informado.

Los principios bioéticos resultan acogidos, aunque con su impronta propia, por el Derecho. El principio de beneficencia, por ejemplo, se encuentra inserto en la Constitución; también el derecho a la preservación de la salud. La cuestión se repite en los instrumentos internacionales de los cuales el estado mexicano es firmante, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer.

Por otro lado, dada la razón del principio de centralidad de las personas, se determina una simbiosis jurídico/público/privada que determina la existencia de un derecho civil constitucional, lo que desdibuja las antes sostenidas fronteras entre derecho público y privado, conjugándose así dichas normas en pos de la formación de una protección integral determinada por el derecho a la vida, siendo tal normatividad una directriz fundamental en la construcción de los derechos supranacionales.

En esa misma directriz, claro está que para hablar de mínimos morales y hacer mérito de la improcedencia o no de las jerarquizaciones procedimentales *a priori* de los principios bioéticos, es necesario tener presente el rango jurídico efectivo de los mismos, que puede ser muy distinto al que se les designe de modo abstracto. Es decir, no toda conexión entre principios bioéticos y derecho puede ser sustentada como verdad de aplicación universal, ya que la misma estará dada, básicamente, por el sistema jurídico del que se trate, ya que la diversidad legislativa estará dada también en función a los principios éticos que hacen a la variabilidad política internacional. Lo válido y aceptable aquí, no lo será allá.

Distinta será la cuestión en la normatividad jurídica supranacional, donde los estados confluyen por una raigambre, origen e ideal común de bienestar y paz social, que necesariamente crea un lenguaje propio interdisciplinario, basado en el reconocimiento de su carácter científico, respecto a verdades objetivables y verificables y un acotamiento de su campo de estudio.

La composición de la complejidad que trata el dilema bioético se compone por temáticas que van desde el interrogante del concepto de comienzo de la vida, diagnóstico prenatal, concepto de embrión, posibilidad de descarte de embriones crioconservados, experimentación en seres humanos, crioconservación, aborto, fertilización asistida homóloga y heteróloga, eugenesia y esterilización, trasplantes

de órganos, clonación, eutanasia, técnicas de reanimación, cambio de sexo, SIDA, ingeniería, farmacología y terapias genéticas, producción y uso de transgénicos, predictibilidad en la conducta heredable, etc.

Todo ello, da una importancia cabal del papel trascendental que ha de tener el Estado en cuanto a la autorización de tales intervenciones y es allí donde justamente radica el campo de acción de las ciencias jurídicas. En esta tesitura de ideas, es dable hablar de una ética civil en correlación con la bioética.

Esa ética civil estaría dada por una convergencia moral de las distintas opciones existentes en una sociedad pluralista y secular. Así se estaría frente a cimientos los cuales no se podrían establecer por debajo de ellos, ningún tipo de norma o premisa proyectada por validez, sea ésta de carácter individual o general. De esta forma, la ética civil se traduciría en una garantía unificadora y autenticadora de todo proyecto humano existente en una sociedad democrática, sin por ello descartar aquellas premisas de máxima que hacen a valores instaurados individualmente que, generalmente, se encuentran teñidos de valoraciones religiosas de tipo personal, que justamente, recobran su mayor esplendor en las manifestaciones democráticas.

Los Estados legislan en base a principios moralmente compartidos, los cuales en la gran mayoría de los casos, se encuentran plasmados en las Constituciones que hacen a las bases fundacionales estatales. Los detractores de estos sistemas societarios, argumentan que el riesgo a enfrentar sería el de que las mayorías impondrían sus propios valores con lo que se estaría legislando a partir de valores manipulados por las esferas gubernamentales.

A *contrario sensu*, en las sociedades autoritarias predomina la idea que ésta es la única forma posible de mantener la vigencia y respeto por la ley. Sus detractores sostienen que esta moral única sería destructiva de valores supremos como la libertad e incluso, la vida.

Frente a estas discusiones, renace el debate respecto al contenido de las normas jurídicas, que también protegerían valores.

En las sociedades actuales se suele presentar una diferencia en un valor específico que interesa, como por ejemplo, el valor de la muerte. Por el contrario en las sociedades con base comunitaria, la muerte se asimila como parte de la vida misma, en las culturas industrializadas la muerte es una pérdida en la competencia de la vida y también una pérdida en la llamada meta del éxito emprendida por médicos, enfermos, parientes y soportes tecnológicos de prolongación de vida.⁸¹

Como se ha puntualizado, el derecho es entendido de distinta manera dependiendo de la posición teórica o filosófica que asuma. Desde una perspectiva humanista, la concepción más extendida ve al derecho como un conjunto de normas que pretende regular la conducta de los individuos en la sociedad, atendiendo a la justicia como valor fundamental en las relaciones sociales, o como un medio de tutela y salvaguarda de bienes y valores en la vida social, por medio de la fuerza institucional de la autoridad del estado.

Sin embargo, también existen concepciones del derecho que se ocupan menos del bienestar de los individuos y más por la administración del poder o de los bienes, de acuerdo a ello el derecho no sería sino un instrumento de control social al servicio de quienes detentan el poder, como sucede en los regímenes dictatoriales, o bajo una perspectiva utilitarista, un mecanismo de distribución de bienes entre los miembros de la sociedad.

En la concepción del derecho y del Estado propia de la modernidad, de claro sentido humanista, el derecho tiene como eje fundamental a los individuos, a los que debe servir, y su función ya no se concreta sólo a mantener un orden social y justificar o sostener a quienes detentan el poder, como lo hizo en el pasado, sino que tiene como finalidad principal garantizar a los individuos el respeto a su dignidad en la convivencia social dentro del marco del Estado. Desde esta perspectiva, dejó de ser un derecho para el poder y se convirtió en un derecho para las personas cuya finalidad es proteger, tutelar o promover los bienes jurídicos que ha identificado y reconocido.

⁸¹Albarellos, Laura, *Bioética con trazos jurídicos*, México, Porrúa, p. 43.

Un bien jurídico es un bien o valor, que en una sociedad determinada es considerado como la entidad o importancia suficiente para ser protegido mediante el derecho, que como sistema normativo se diferencia de otros sistemas normativos, como la moral, los usos sociales o las reglas religiosas, esencialmente por la coacción. Esto es, la posibilidad de que sus disposiciones sean impuestas por la autoridad, aun contra la voluntad de los individuos; de exigir el cumplimiento de sus mandatos incluso mediante el uso de la fuerza.

En apartados precedentes se ha señalado que el contenido de las normas jurídicas está determinado en cada sociedad por las posiciones filosóficas, éticas o incluso religiosas, que constituyan la base de los valores vigentes, lo que algunos llaman la moral social, y el legislador debe cuidar, al elaborar las normas jurídicas, el atender a esos valores vigentes en la sociedad para darles contenido a las normas.

Por lo anterior, en un Estado moderno la única forma aceptable de construcción e integración de normas jurídicas se fundamenta en la democracia, en cualquiera de sus formas de expresión; por lo que los valores que expresan las normas tienen que haber sido previamente reconocidos y aceptados socialmente. Lo que entre otras es un presupuesto importante para lograr la vigencia efectiva del derecho, pues difícilmente los individuos se someten a las normas cuando no ven reflejadas en ellas sus convicciones y valores.

Evidentemente, en la identificación de los bienes y valores que el derecho desarrolla como bienes, e incluso como principios jurídicos, tiene una estrecha relación con la ética.

Sin una determinación previa de lo valioso y bueno, el derecho no puede dar contenidos a sus normas, así como la ética difícilmente puede institucionalizar sus valores y darles vigencia social, cuando esto es necesario, sin la fuerza del derecho.

Por este contenido ético el derecho es en sí mismo valioso, y el respeto a sus normas constituye una obligación moral para los miembros de la sociedad, en

tanto que representa una moral mínima, considerada como indispensable para la convivencia social, y por eso mismo exigible por la fuerza de la coacción.⁸²

Simplemente, estructuraría su razonamiento encaminándose a ver los problemas bioéticos como meros problemas de contenido normativo, como el caso del aborto, la clonación, la fecundación asistida, entre otros.

Esa estructuración, es fácilmente adoptada por muchos hombres del derecho de estricta formación normativista. De esta manera, reconocen al aparato político y a sus fuentes inspiradoras, la capacidad y la competencia para la creación de normas jurídicas, incluso, en materia bioética, reservándose para sí, el análisis complejo del sistema de coherencia entre las normas jurídicas que conforman el ordenamiento.⁸³

Una de las propuestas más significativas abordadas por el campo de la Bioética y el derecho, es el intitulado *Juridificar la Bioética*, mediante el cual explica la conexión de tipo metodológico que existe entre el derecho y la Bioética. Lo que se sostiene es que hay un tipo de conflicto jurídico cuya resolución consiste en ponderar principios contrapuestos y que, para tratar con esos casos, se ha ido desarrollando una cierta metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación a los casos concretos de los principios de la bioética.

Dentro de las principales vertientes acogidas por la Bioética, se encuentra la denominada Bioética Liberal, misma que hace descansar su base fundamentacional en el distingo de dos niveles:

- a) En el primero se encuentran determinados valores cuyo peso y validez están directamente vinculados al ejercicio de la autonomía, es decir, a las condiciones para regirse a sí mismo y no ser regido por otro. Sobre estos valores sustanciales se erige un conjunto de normas con las cuales cada

⁸² Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., "*Bioética, derecho y derechos humanos*", en González Valenzuela, Juliana, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 93.

⁸³ Albarellos, Laura, *op. cit.*, nota 81, p. 61.

quien vive su propia vida moral en forma individual o, como sucede en la mayoría de los casos, junto con otros individuos, igualmente autónomos, con quienes comparten libremente esas normas y valores.

- b) Un segundo nivel está constituido por normas procedimentales, esto es, normas que posibilitan la coexistencia dentro de una sociedad de individuos, y grupos de individuos, que no comparten los mismos compromisos morales, o lo que es lo mismo, que no reconocen idénticos valores sustanciales.

De este reconocimiento epistemológico primario se desprenden los principios generales sobre los que descansa esta disciplina, mismos principios que si son respetados, garantizan la racionalidad de las conclusiones éticas a las que se llegue y por consecuencia, estarán plenamente legitimados los enunciados normativos que de ahí se desprendan.

El primero de ellos queda arraigado en la idea de autonomía, entendida como la auténtica manifestación de la dignidad humana; consiste en la posibilidad de definir, individualmente, sin interferencias externas, la finalidad de la propia vida, y los medios para llevarla a cabo, siempre y cuando estas dos decisiones no afecten la misma posibilidad en terceros.

Apoyado en la autonomía, se encuentra un segundo principio que se condensa en la práctica de la tolerancia o defensa del pluralismo que se propone y defiende a partir de la constatación del fracaso de las diversas tentativas de individualizar criterios objetivos de valoración ética. Normativamente hablando, este principio supone el respeto más amplio a favor de los planes de vida particulares cuando, son inocuos para otros.

Finalmente, y más próximo al terreno del derecho, se encuentra el principio que establece la separación radical del ordenamiento jurídico respecto de otras dimensiones de la razón práctica, concretamente de la moral; se trata de la

postura que niega el nexo entre la validez de cualquier componente del ordenamiento jurídico, con una eventual calificación axiológica.⁸⁴

Teniendo como punto de partida lo anterior, pudiese parecer complejo la relación bioética-jurídica, precisamente por el conflicto de intereses que se puede presentar al momento de llevar a cabo alguno de los procedimientos como el que es materia del presente trabajo, más sin embargo, ya se ha hecho referencia que cuando una sociedad trastorna los valores fundamentales de una población, para convertirse en una sociedad que instrumentaliza al ser humano, necesariamente debe velarse por un irrestricto derecho a la vida, prerrogativa fundamental de todo ser humano, tal y como se verá en el siguiente apartado.

3.2. Prerrogativas fundamentales de todo ser humano

Se ha mencionado que el reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a instituir lo que se ha denominado Estado constitucional democrático, lo que ha marcado el inicio del reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, a partir de la connotación ética-axiológica de tales derechos, considerándose como manifestaciones positivas del principio o derecho de la dignidad humana.

Las concreciones sociales han determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado: la persona debe estar consagrada como valor superior, consecuentemente el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección, es el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier prerrogativa,

⁸⁴ Ramírez García, Hugo S., *El significado jurídico de la vida humana en el marco de la bioética liberal* en Montoya Rivero, Víctor Manuel (comp.), *Vida humana y aborto*, México, Porrúa, 2009, p. 36.

no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de la vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos esos derechos.

Así, dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, hubo un cambio en el paradigma del Estado social y democrático de derecho, en donde se concretan los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida.

El reconocimiento pleno de los derechos del ser humano aún en el vientre materno ha llevado a denominar esta época como el siglo del puerocentrismo, en donde los adelantos tecnológicos son una realidad, al reconocer que aun siendo un *nasciturus*, pertenece a la especie humana en su acepción más esencial y trascendente, dotándolo del reconocimiento pleno como un ser que piensa y siente. Partiendo de esa afirmación, el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Al hablar de determinados presupuestos jurídicos, éstos deben orientarse y delimitarse en función de los objetivos de política legislativa que se persigan en cada una de las figuras jurídicas que se trate, teniendo como referente necesario el irrestricto respeto a la dignidad humana, misma que debe ser adaptada a las características y necesidades propias de la infancia.

Por poseer una esencia altamente vulnerable, es la necesidad de materializar medidas especiales de protección, lo que ha desembocado en un número significativo de instrumentos y resoluciones de carácter tanto interno como internacional.

Más sin embargo, las políticas o lineamientos internos del marco jurídico adoptan esas medidas de protección cuando existe un alto riesgo de violencia,

maltrato, abuso o explotación sexual hacia la persona, siendo el Estado garante en las condiciones mínimas de subsistencia del *individuum*; así será obligación de los estados instrumentar programas de protección social para toda persona que se contextualice en situación de riesgo.

Por ello cuando nos referimos a protección jurídica de grupos vulnerables, expuestos a graves riesgos o daños, que precisamente por su condición de desprotección, no puedan valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, por carencia de un medio familiar favorable, insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento, no quedan inmediatamente privados de derechos, al contrario el derecho debe perseguir dentro de sus finalidades la protección al sector más frágil.

En base a la adopción de medidas especiales para ese sector que aún es víctima de una protección segregativa, se ha acogido la doctrina de la protección integral, en donde a los niños y niñas se les dota de derechos incluso antes de su nacimiento, sin perjuicio de que la capacidad de ejercicio se adquiera hasta la mayoría de edad.

El estatus de persona corresponde a todo individuo de la especie humana, entonces debe datarse su comienzo en el momento en que dicho individuo surge. No obstante, el momento en que un individuo de la especie humana comienza a ser, es una cuestión empírica. Con la formación de un genoma mediante la fusión del núcleo de un óvulo con un espermatozoide comienza un nuevo ser vivo; desde ese momento y en adelante, existe un nuevo ser vivo cuyo desarrollo hasta la madurez es determinado por su propio genoma. Entonces, por supuesto, en su forma madura, se viene desarrollando desde el mismo óvulo fertilizado. Puesto que todos los cambios que pueden ser observados en el desarrollo de este ser vivo constituyen etapas de su propia biografía, resulta absurda cualquier hipótesis que pretenda que la índole de persona se adscribe al ser humano sólo a partir de una de esas etapas.

Como ha quedado puntualizado, el ser humano en virtud de la dignidad que lleva labrada, no puede ser considerado un derecho de otros, la capacidad de ser sujeto no es susceptible de verificación, así el Estado está obligado a extender tal condición a todas las fases del desarrollo.

Lo que se produce es una persona, y es imposible pensar en un ser dotado de libertad personal como mero resultado de un proceso físico. Por tanto, en la práctica, es correcto y necesario considerar el acto de la generación como un proceso por el cual una persona es traída al mundo sin su consentimiento y puesto en él por deseo responsable de otros.⁸⁵

Para todo ser humano, la vida es la fuente de la que emanan todos los derechos. La libertad no puede subsistir sin el respeto a la vida. Todo ser humano, desde el inicio de su existencia y hasta su muerte, posee el derecho irrenunciable a la vida; que es el soporte palpable, material, necesario para gozar de los demás derechos.

Es latente que debido a los avances científicos, la concepción protectora de los derechos fundamentales cambiará como reiteradamente se ha mencionado, así consecuencias adicionales del progreso científico-técnico crea la cosificación y una artificialización de la vida, reduciéndola en igual medida, del ámbito de la libertad natural. Es plausible afirmar que la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales no depende primariamente como en las libertades naturales de la limitación del Estado, sino de un desarrollo que promueva la libertad de los correspondientes ámbitos vitales por medio de la actividad estatal. Éste es el motivo de la creciente utilización de los derechos fundamentales como principios rectores de las organizaciones e instituciones, es decir, tanto de las organizaciones sociales como de las públicas.

⁸⁵ Cfr. Domingo Centeno, Miguela, "Derechos humanos en el inicio de la vida", en García Fernández, Dora y Tarasco Michel, Martha (coords.), *Bioética, un acercamiento médico y jurídico*, México, Porrúa-Universidad Anahuac, 2011, t. IV, p. 171.

Será por ello, que toda ampliación en la importancia de los derechos fundamentales en términos jurídico-objetivos no se aplica como un imperialismo de la disciplina jurídico-constitucional ni como una moda pasajera, ese incremento atenderá, a la importancia de los derechos fundamentales se constituye más bien como reacción al cambio de las condiciones de realización de la libertad individual y, por tanto, no se debe a la casualidad sino a la necesidad.

Ya se ha mencionado que en razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. Por ello, podría afirmarse siempre de acuerdo a interpretaciones progresivas, que sólo se debe hacer el derecho al respeto a la vida más exigente, en esa tesitura y de acuerdo al ya referido principio *pro homine*, nunca podrán ser usados en contra del texto normativo, arguyéndose así el equilibrio en la interpretación la cual se deberá orientar en el sentido más favorable al destinatario de la protección, extendiendo el manto protector al derecho del que se trate no así restringiéndolo. Incluso haciendo una anticipación en el caso mexicano, de acuerdo a los criterios y pronunciamientos de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado tendría la libertad de legislar sobre el tema, no así de excluirse de la obligación de proteger el derecho a la vida de la persona no nacida.

Reconociendo que el derecho a la vida no se agota en reconocer la existencia físico-biológica del ser humano, sino en asegurar el mínimo de posibilidades que tornaría digna esa vida. Ésta ya no sería entendida tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, siendo con ello el fin supremo de la sociedad y del Estado el respeto a su persona y dignidad, consagrándose como un valor superior, suponiendo la vigencia irrestricta del derecho a la vida mismo que constituiría su proyección.

Todo lo anterior implica que el desarrollo del *nasciturus*, así como el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del *nasciturus*.

El interés superior del menor debe orientarse y delimitarse en función de los objetivos de política legislativa que se persiga en cada una de las figuras jurídicas que se trate, la concreción de la cuál sea el interés del menor debe ser realizada *in casu* tanto por el legislador en el momento de regular una situación concreta que afecte a los menores, como principalmente por la autoridades judiciales y además que en cada caso concreto, deba aplicar la norma de derecho interno o derecho convencional.

Así y con la firme convicción de pertenecer el neo concebido a la especie humana, es como en todo caso se puede hacer un posicionamiento integral respecto a su condición, consecuentemente en cadena traería aparejado no solo el reconocimiento de sus derechos fundamentales, sino las medidas tendentes a la realización de su propio proyecto de vida y el acceso a una subsistencia digna, libre de limitaciones segregativas, partiendo, insisto, del pleno reconocimiento de su condición de humano, véase pues en el siguiente apartado.

3.3. Directriz orientadora hacia el reconocimiento de la condición humana del feto

De todas las controversias surgidas con motivo de los avances de la ciencia médica y la tecnología en el campo de la biología, las más irreconciliables han surgido del manejo o manipulación del embrión. Mientras que ciertos sectores de la ciencia tratan de demostrar por los medios a su alcance, que un embrión humano no es una persona y por lo tanto no es ilícito tomarlo como materia de experimentación, la religión acude a sus principios ontológicos para afirmar que cualquier intervención que se tenga en el embrión, que pudiera dañarlo o privarlo de su existencia, es ilícito e inmoral. De igual forma, las disidencias principalmente versan sobre la legalidad de aquellos actos que se consideran vitales para la investigación médica y que solamente puede realizarse con ayuda del *non nasciturus*.

Kant, por su parte, adscribe esa dignidad al hombre. Siendo éste capaz de ser un sujeto moral y puesto que la capacidad de ser sujeto no es susceptible de

verificación empírica, la sociedad está virtualmente obligada a extender tal condición a todas las fases del desarrollo. Lo que se produce es una persona, y es imposible pensar que se pueda hablar de un producto de la ciencia.

De igual forma, la doctrina sobre los derechos humanos también sigue este enfoque al basar la dignidad en el estatus del ser humano y prohibir la atribución de tal estatus según cualquier otro criterio que no sea el de constituir un ser humano, o quien restrinja la índole de persona a aquellos que son actualmente capaces de reconocimiento recíproco. A decir verdad, el que se puede aducir una ética de la equidad entre los iguales fuertes, pero traicionando el sentido de la doctrina de los derechos humanos, como el de una ética de la solidaridad con todos.

Para cumplir este requisito, el reconocimiento ha de tener en cuenta sólo aquello que distingue al ser humano como tal, es decir, el hecho de ser un individuo de la especie natural ser humano.

Como se ha hecho patente, si se distingue entre persona y ser humano y se considera como persona sólo a ciertos seres humanos portadores de determinados derechos, intereses o preferencias. Según dicho planteamiento, el estatus moral de persona adviene sólo cuando están presentes algunas propiedades que se requieren para poder perseguir intereses y tener preferencias, y no porque sea un ser humano vivo en el tiempo y en el espacio; el comienzo y final de una persona demarcarían el periodo en el que se mantiene la conciencia. Ahora bien, esto sólo es plausible si se comparte las ambigüedades nominalistas a las que hacía referencia Locke acerca de la realidad de la especie natural y la persistencia de los individuos, y consecuentemente, entendemos la identidad continua del ser humano en el espacio y en el tiempo como una sucesión mental de estados de conciencia en la forma de la memoria. Esta suposición plantea el problema de quién es el soporte de esa conciencia si reemplazamos la ontología de los objetos persistentes, que es la que marca el modo en que puede atribuirse el predicado ser humano en el mundo de la vida. El ser humano es una especie natural cuyos individuos persisten en el tiempo y en el espacio desde el principio

hasta el final de sus vidas. El interés sobre la propia vida radica en no sólo asegurarse que habrá posteriores fases añadidas al presente, sino en la perpetuidad, es decir, implica que hay una identidad ontológica básica entre lo que será y lo que se es, y que cada individuo será en el futuro el mismo que es ahora.

Si los seres humanos tienen derecho al estatus de persona por ser humanos, este estatus se les debe atribuir durante su existencia como tal. Reiterando, un ser humano no nacido posee el estatus de persona porque es un ser humano vivo que lleva consigo todo el potencial para desarrollar el modo de vida que es característico de los individuos de la especie natural ser humano.

Para explicar lo anterior es necesario indicar que con ello, se está ignorando la diferencia cualitativa existente entre la mera posibilidad de convertirse en ser vivo y la capacidad actual relativa al ser vivo existente. Distinguir entre ambas como simples formas, débiles o fuertes, de potencialidad, es ignorar la diferencia esencial entre convertirse en ser vivo y la capacidad de desarrollarse hacia una forma completa, en un ser vivo ya existente cuyo potencial necesario está en él mismo.

Los humanos no nacidos poseen el potencial para desarrollar la forma de vida característica de las personas vivas. Distinguir entre capacidad (activa) y mera potencialidad (pasiva), y adscribir la capacidad de ser persona al que está dormido pero no a un ser humano no nacido, es distinguir, como hizo Aristóteles, entre disposición habitual y potencia, pero no explica por qué la disposición habitual se supone que debe justificar el estatus de persona y no la potencia, lo cual es crucial para nuestra cuestión, pues ésta pertenece a la naturaleza de la especie, mientras que la disposición habitual es un atributo adquirido y no necesariamente perteneciente a la naturaleza de la especie.

Resulta claro que el argumento de la potencialidad sólo podría rechazarse sin contradicción si el sujeto de la especie natural en cuestión se definiera no por una característica del ser humano, sino por la posesión de una conciencia continua, y si la conexión entre persona y ser humano vivo se considerara como

algo contingente. Con esto no sólo se presupone lo que habría que verificar, sino también se contradicen los usos corrientes, según los cuales efectivamente distinguimos un ser vivo cuya naturaleza incluye la potencia real de llegar a ser un sujeto. Sin embargo, el argumento de que el embrión humano es una persona porque es un ser humano y el ser humano incluye la forma de desarrollo propia de un sujeto, no excluye la posibilidad de que las fases naturales del desarrollo del ser humano sean moralmente relevantes cuando los bienes o derechos entran en conflicto. En verdad, empero, si el estatus de persona que considera como indisolublemente unido al ser humano, y si se rechaza esta conexión, la relevancia moral de los estadios del desarrollo sólo puede preservarse a costa de denegar al embrión la forma propia del desarrollo de un ser humano, es decir, su estatus de persona. Aun así, un ser humano, en las etapas de su desarrollo no es, por su naturaleza, un algo que se convierte en un alguien, sino alguien desde el principio.

En la actualidad, el auto-concepto de persona llevado a cabo por la preocupación de supervivencia e identidad alcanza hasta el momento en que nacimos. No hay razón por la que haya que retroceder sólo hasta cierto punto, a menos que, sólo se persiga el comienzo de la identidad de la conciencia y, así se desatienda la preocupación general por la vida, ha de perseguirse fundamentalmente, el momento en que se está en presencia de un ser humano, y no sólo conscientes.

El estatus de persona corresponde a todo individuo de la especie humana, entonces debe datarse su comienzo en el momento en que dicho individuo empieza a ser. No obstante, el momento en que un individuo de la especie humana comienza a ser, es una cuestión empírica. Esto lo testifica la moderna embriología: con la formación de un nuevo genoma mediante la fusión del núcleo de un óvulo con un espermatozoide comienza un nuevo ser vivo; desde ese momento y en adelante, existe un nuevo ser vivo cuyo desarrollo hasta la madurez es determinado por su propio genoma. Entonces, puesto que las condiciones naturales lo permitan, un ser humano, en su forma madura, se viene desarrollando desde el mismo óvulo fertilizado. Derivado de que todos los cambios que pueden

ser observados en el desarrollo de este ser vivo constituyen etapas de su propia biografía, resulta absurda cualquier hipótesis que pretenda que la índole de persona se adscribe al ser humano sólo a partir de una de esas etapas.

El valor absoluto atribuido a los seres humanos cuando se dice de ellos que son dignos, se fundamente, de acuerdo con el consenso ético-legal expresado en la noción de dignidad humana y de derechos humanos reconocidos por la sociedad, en ninguna otra circunstancia más que la de ser un individuo humano. Aquel valor es reconocido no en el marco de características particulares, sino como resultado del reconocimiento debido a todo ser humano. Basando el estatus moral y los derechos derivados de éste, como el derecho a la protección de la integridad corporal y de la vida, en el hecho de ser humano, se estaría ante un injustificado biologismo si se afirmara que el ser humano, al que se atribuye dicho valor absoluto se reduce solamente a aquellos rasgos que pueden ser descritos por la biología. Sin embargo, la realidad humana no está confinada en lo biológico; no se trata de un cúmulo de cualidades combinadas al azar, sino de una especie natural. Consecuentemente, es atribuible el valor absoluto a todo individuo de la especie humana.

El predicado persona se utiliza para designar no determinadas cualidades que pueden o no pertenecer a seres humanos, sino a todo ser humano en sí mismo, ya que los seres humanos poseen la forma desarrollada de sujeto.

Pero si el estatus moral pertenece a los seres humanos en cuanto tales, esto debe aplicarse desde el momento en que el ser humano empieza a existir como tal, es decir, como un ser vivo diferenciado.

Incluso si se hace depender el estatus moral de los intereses del ser humano, el embrión debe ser consecuentemente protegido en la dignidad que le pertenece por ser un humano formado totalmente. Así, si los intereses del ser humano ya nacido y consciente incluyen el no haber sido eliminado en el pasado y no hay razón para valorar de manera diferente intereses pasados y futuros, los

intereses invocados *ex-post* son suficientes para justificar el estatus de protección a la dignidad humana que debe otorgarse en todo caso al embrión.

Hasta este punto no se ha abordado la hipótesis de si es el embrión una vida, por ello, dejando de lado las posturas médicas y reflexionando el tema ahora desde una perspectiva axiológica, se puede diferenciar claramente que un embrión es una vida, es un ser con derecho a desarrollarse, a nacer y a vivir como todos. Es una pequeña personita de igual valor a todos y por respeto a su ser y a su dignidad no se le puede cosificar. Es alguien no un algo y consecuentemente se merece ser protegido como todo individuo se está, de acuerdo a las leyes que para el caso rijan.

En esa misma tesitura, el filósofo alemán Jürgen Habermas, define al embrión como una vida pre personal, señalando la trascendencia de ello al mencionar que el trato que se dé a la vida humana antes del nacimiento (o a los seres humanos después de su muerte), afecta la autocomprensión como especie. El problema está en la cosificación de la vida humana que, de ser un fin en sí, pasa a ser un instrumento al servicio de otros fines,⁸⁶ con ello, olvidando que la dignificación de la persona consiste en la ausencia de actos violentos que precisamente dañen la dignidad y perturben la paz de la persona.⁸⁷

En el año de 1974 tuvo lugar en Ginebra, Suiza, la primera conferencia sobre tecnología biomédica a la que concurrieron representantes de las comunidades científicas más adelantadas del mundo, moralistas, filósofos, religiosos, etc., y se planteó el problema de la consideración del embrión como persona. Resulta obvio que un consenso al respecto resultaría imposible de lograr, en tanto que ciencia y religión partían de principios diferentes; mientras que la ciencia demostraba con argumentos biológicos que la condición de persona del embrión no podría considerarse viable sino hasta pasados los 14 días de su

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Carbonell Sánchez, Miguel, "La dignidad humana", Cápsula del primer módulo de la Maestría en Derechos Humanos y Seguridad Pública, organizada por la Secretaría de Seguridad Pública y el Instituto Latinoamericano de Comunicación Educativa, septiembre de 2011, <https://www.youtube.com/watch?v=7VI72Ypn26g>.

existencia, la religión, en especial la católica romana, insistió en la defensa absoluta del embrión desde el momento mismo de su concepción. Ciertamente ambos principios son irreconciliables.

La ciencia médica considera de vital importancia la manipulación del embrión para sus fines, principalmente el diagnóstico prenatal, es decir, la detección de enfermedades portadas por el embrión antes de su implante, o bien después de él, mediante la amniocentesis, la biopsia, el ultrasonido y la fetoscopia. A través de estos procedimientos es posible detectar varias enfermedades y desórdenes en el embrión. Unos pueden ser tratados prenatalmente mediante terapia intrauterina; otros inmediatamente después del nacimiento. Todas estas operaciones son lícitas, siempre y cuando el embrión no sea considerado como persona, o bien se ignore si lo es o no. Es el caso del aborto y de la geneselección (ingeniería genética).

Por tal razón la determinación de la situación ético-jurídica del embrión es tan importante para la comunidad científica dedicada a la investigación genética y la embriología.

En la Carta de los Derechos de la Familia publicada el 15 de noviembre de 1983, la Iglesia Católica expresa su pensamiento sobre el embrión humano al señalar lo siguiente:

Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre, la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado en el programa lo que será ese ser viviente: un hombre, este hombre individual con sus características bien determinadas.

Y agrega:

Esta doctrina sigue siendo válida y es confirmada, en el caso de que fuere necesario, por los recientes avances de la biología humana, la cual reconoce que en el cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo individuo humano.

Además cabe señalar que de acuerdo a una encíclica del Papa Juan Pablo II, reafirma el valor de la vida humana y de su carácter inviolable y toca el problema de las intervenciones en el campo de la genética, manifestando que en el ámbito del diagnóstico o la experimentación sobre el embrión y el feto, debe tener como única finalidad el bien del ser sobre el que se interviene, basándose en la convicción de que el embrión humano es digno del respeto que debe a la persona humana. Confirma la prohibición absoluta a que se refirió la Declaración a que se hace referencia.

En otro apartado de la propia Encíclica se cita la instrucción dada a través de la Congregación para la Doctrina de la Fe (1978) recordando que las mismas conclusiones de la ciencia sobre el embrión humano, ofrecen una indicación precisa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de una vida humana.

Conforme a la etimología griega de individuo, término utilizado para caracterizar a una persona, el individuo es uno, único, indivisible, y el embrión no lo es sino transcurridos catorce días de su existencia; antes de ese tiempo puede dividirse en dos o más células que a su vez producirán otros tantos embriones.

Con el objeto de hacer más comprensible la hipótesis planteada, se puede decir que mientras la comunidad científica juzga en forma independiente cada una de las etapas del desarrollo del embrión, para juzgar en cual puede considerársele como persona y en cual no, por su parte la iglesia católica lo considera como un

todo, como un ente totopotencial cuya existencia como persona le es cosubstancial desde el momento mismo de la concepción, en tanto que desde ese momento contiene ya todos los elementos para llegar a serla, siendo las etapas meros momentos de su desarrollo, de tal manera que el daño o destrucción es infligido a una persona potencial y no a un mero conjunto de células sin naturaleza definida.

La definición del embrión ha superado la etapa de la especulación para fundarse en conocimientos ciertos e incontrovertibles logrados por la biología, y uno de ellos es precisamente el de considerarlo totopotencial, de donde la discusión ha rebasado incuestionablemente la etapa del razonamiento filosófico para convertirse en un hecho científico sobre el que no cabe discusión alguna. El embrión debe ser considerado para los efectos de la investigación como una persona en el sentido ético y legal.

La fecundación *in vitro* ha ofrecido oportunidad a la comunidad científica de contar con embriones para sus experimentos, bien sea utilizando los excedentes o bien produciéndolos expresamente para la investigación, y de cierto conocer a fondo el proceso vital humano en sus primeras etapas es una meta científica. Entre sus consecuencias positivas se encuentra el conocer la reacción de sustancias tóxicas en el embrión, el efecto de nuevas drogas y medicinas, la experimentación para identificar genes causantes de enfermedades de origen genético u otras.

Como ya se ha señalado, la investigación en embriones de menos de catorce días de edad ha recibido la aprobación en algunos países, tomando en consideración el hecho científico de que antes del decimocuarto día de la concepción, el embrión no ha desarrollado el sistema nervioso central que lo capacitaría para recibir sensaciones. Se trata de justificar la labor científica que es importante ciertamente, sin menoscabo de su naturaleza real.

Los que le confieren categoría de personas, afirman con razón que cualquier destino que se le dé a un embrión que no sea implantarlo en el útero femenino para su gestación e intentar su desarrollo hasta el nacimiento, es ilícito,

por considerar que su derecho a la vida merece respeto y protección. El derecho a la vida es el primero y fundamental de los derechos humanos; privar a ese inocente de ese derecho es injusto, así como resultaría absolutamente inaceptable usar a un niño o un adulto como material de investigación que pudiera causarle daño o la muerte, sin su consentimiento pleno e informado de los riesgos; el uso de embriones para estos fines cae dentro de esta misma consideración, pues el embrión no es otra cosa que un ser humano en etapas tempranas de su desarrollo, con derecho a que se respete su vida, su integridad física y su dignidad.

La vida es indudablemente un hecho científico probado por los medios que la ciencia dispone para sus conclusiones. Su naturaleza no está en duda, que el embrión sea de gran utilidad para investigar las enfermedades de origen genético y otros aspectos de la vida humana, no justifica que sin una regulación apropiada se tenga a una persona como medio para la consecución de fines que benefician a otros, lo cual es contrario a la dignidad humana.

Reforzando lo anterior, es necesario señalar que el blastocito:

Una esférica y relativamente indiferenciada masa de células, apenas visible para el ojo humano, de hecho, solamente un cuidadoso escrutinio de personas experimentadas podría distinguirlo de similares blastocitos de otras especies animales, sin embargo, está claramente vivo: metaboliza, respira y responde a cambios del ambiente, crece y se divide. Aunque todavía no se encuentra organizado en diferentes partes y órganos, es un todo orgánico, se desarrolla por sí mismo, genéticamente en un ser único y distinto del óvulo y el espermatozoide cuya unión marcó el comienzo de su discreta carrera para devenir en un nuevo ser si las circunstancias le son propicias. En tales condiciones, el embrión es

humanidad potencial. En él se encara el misterioso y sorprendente poder gobernado por un inmanente plan que tiende a producir un ser humano.⁸⁸

Ahora bien, desde la perspectiva jurídica, el concepto de persona (que etimológicamente se asociaba al de las máscaras utilizadas en los teatros al aire libre de la antigüedad grecolatina que representaba al personaje actuante amplificando su voz) se refiere en la actualidad a un sujeto reconocido de manera expresa para efectos legales, que es titular de derechos y obligaciones y que, en ese sentido, posee capacidad de goce, que adquiere al alcanzar la mayoría de edad, así como la posibilidad de ejercitar esos derechos por sí mismo.

Por necesidades de la sociedad contemporánea y de sus constantes y crecientes requerimientos asociativos, el derecho también ha otorgado reconocimiento jurídico a posibles entes colectivos o ficciones, que son las personas morales en sus diversos tipos y variantes. Existen muchas modalidades de personas morales, tanto las reguladas por el derecho privado como las del derecho social o público.

En razón de la temática que se aborda en la presente investigación, es menester señalar que el derecho considera a los seres humanos o personas físicas, como sujetos con capacidad solo a partir del nacimiento. En términos prácticos, esto significa que el ser humano que existe desde la concepción hasta unos minutos antes del nacimiento no es considerado persona para ningún efecto jurídico por la ley, ello ya que recibe diversas denominaciones y definiciones derivadas de la legislación aplicable, como son las de embrión o feto, que no coinciden ni con los conceptos médicos ni jurídicos de persona.

Conforme a lo establecido por el artículo 22 del Código Civil Federal en su texto inicial:

⁸⁸ Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?*, México, Porrúa, 1999, p. 41.

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

De manera complementaria, el artículo 337 del mismo ordenamiento precisa que:

Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

Se puede alegar que de alguna manera los códigos civiles tradicionales ofrecen protección legal al producto de la concepción, señalando como ejemplo, la segunda parte del mencionado artículo 22 cuando expresa:

Pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Sin embargo, al analizar e interpretar dicha expresión legal en su contexto, se encontrará que el producto de la concepción no goza del reconocimiento legal a su personalidad jurídica en tanto no nazca, vivo y viable. Sólo se otorga una protección legal de carácter patrimonial para que pueda recibir donaciones o herencias, todo ello supeditado a que nazca en las condiciones definidas. Por una parte, pareciera que el legislador otorga mayor protección a los bienes que a la

vida del individuo concebido, que por otra parte reconoce, lo cual genera una contradicción racional de orden terminológico.

La regulación de la personalidad jurídica bajo el sistema que anteriormente se mencionó, reconoce antecedentes históricos y pragmáticos del derecho que han quedado completamente rebasados en el contexto del estado contemporáneo, del derecho internacional vigente y de los notorios avances científicos y tecnológicos que inciden en el ser humano y que han sido de alguna manera aludidos en la parte previa.

A pesar que el ingenio humano no conoce límites en todas las épocas históricas, al derecho basta reconocer como personas al ser humano nacido y por lo tanto ya exteriorizado socialmente dentro de contextos ideológicos, morales, sexuales y científicos muy diversos a los actuales y que no incidían de manera sistemática en la vida del producto de la concepción. Muchas de las actuales preocupaciones y debates ni siquiera pasaban por la mente de los legisladores de entonces ni constituían objetivos de políticas legislativas que pretendiesen atender necesidades sentidas.

La regulación acerca de la personalidad jurídica de los individuos o personas físicas es el resultado del tradicional pragmatismo regulatorio del derecho y tal vez de una de sus características más importantes: la regulación exclusiva de la conducta externa del ser humano. Mientras ese ser a punto de nacer no naciera, su conducta interna y su desenvolvimiento dentro del seno materno resultaban absolutamente indiferentes para un regulación jurídica sintética y pragmática que no podía ver en él ninguna manifestación externa, pero que tampoco visualizaba la circunstancia de incidir en él de manera sistemática, pues la tecnología para poder hacerlo no se encontraba desarrollada y la actitud social y política hacia la sexualidad era diferente.

En contextos previos a la modernidad actual y a los notorios avances de la ciencia médica, la regulación tradicional del derecho que se ha expuesto y que continúa vigente no resultaba tan cuestionable como lo es ahora, porque se

carecía de medios para intervenir tempranamente y *ex profeso* en el desarrollo del individuo intraútero. Sin embargo los escenarios se han transformado de manera radical y diversos profesionales de la salud, así como investigadores en la materia e inclusive las parejas y mujeres con vida sexualmente activas y embarazadas, hoy cuentan con tecnologías que permiten incidir de muchas maneras en esas etapas fundamentales del desarrollo intrauterino, lo cual ha generado una problemática biológica, ético-filosófica y jurídica muy diferente. Ello ha propiciado una divergencia entre los conceptos médicos y científicos del ser humano y los jurídicos de persona o sujeto de derecho, al mismo tiempo que ha provocado la existencia de profundas lagunas legales en la continuidad racionalmente perceptible y comprobable de todas sus etapas iniciales y finales, como son fecundación-cigoto, blastocito, mórula, gástrula, embrión, feto desde la novena semana hasta previo el nacimiento, neonato, lactante mayor, lactante menor, infante, púber, adolescente, adulto joven y mayor y senecto joven, medio y viejo hasta el instante anterior al momento de la muerte cerebral total.

Ante este proceso de desarrollo y crecimiento del ser humano, la disciplina médica ha establecido sus especialidades como son primordialmente, el médico obstetra para el binomio madre-hijo, el pediatra para el neonato hasta el adolescente, el médico internista y el cirujano con todas sus subespecialidades para el adulto, y el geriatra, que dispensa sus atenciones médicas en la última etapa de la vida humana.

Los disensos entre los diversos conceptos médico-científicos del ser humano y el concepto pragmático-jurídico de persona, ha conducido hoy a la urgente necesidad de revisar las diversas nociones enunciadas, pues se aprecia con claridad la falta de pertinencia de esa regulación antigua ante los nuevos retos del milenio e incluso ante las normas protectoras del derecho comparado e internacional vigentes.⁸⁹

⁸⁹ Cabrera Beck, Carlos Germán, "Aspectos jurídicos del embrión humano", en García Fernández, Dora y MALPICA Hernández, Lorena (coords.), *Temas de derecho biomédico*, México, Porrúa, 2010, p. 15.

Por todo lo anteriormente esgrimido, se señala que el cigoto es un embrión unicelular, germen de una vida humana, que posee ya una identidad genética propia, determinada por una combinación singular de genes, esta célula inicial no es parte sustancial de la madre, sino una vida humana nueva, biológicamente distinta e independiente en su desarrollo, aunque dependa del seno materno para completar su crecimiento y morfogénesis desde la implantación en el útero (hacia el noveno día de la fecundación) y después de implantado hasta el momento del nacimiento (transcurridos nueve meses de gestación). Se trata de una vida humana naciente a la que solo factores externos, ajenos a su propio impulso vital pueden poner freno en su desarrollo durante las fases embrionaria y fetal. Entre estos factores los hay de causa natural, como pueden ser las alteraciones congénitas, como las mutaciones que intervienen en el desarrollo durante las fases críticas de la organogénesis, que pueden determinar la incidencia de un aborto espontáneo o el resurgir de una malformación o una discapacidad.⁹⁰

Sin embargo, por razones utilitaristas, la desnaturalización de la etapa embrionaria liberaría de responsabilidad a quienes en un momento dado no desearan un embarazo, o no desearan implantar un embrión si se detectan en él defectos congénitos, o simplemente porque los embriones son útiles para investigación o aplicaciones biomédicas. Hay mucho en juego detrás de la negación del estatuto del embrión. Ahí está la ideología de género, que propugna el aborto como método de liberación e incluso como un derecho de la mujer; la utilización de las células embrionarias para investigaciones biomédicas, la tecnología de la fecundación *in vitro* y el aborto, con los intereses económicos que todas estas prácticas conllevan.⁹¹

Lo cierto es que la vida humana está presente desde el instante en que su desarrollo está determinado y se ha puesto en marcha de forma autónoma, que es lo que ocurre al formarse el propio cigoto, así que, por mucho que se pretenda mirar hacia otro lado, cuando se congela o se destruye un embrión, o se tritura un

⁹⁰Jouve de la Barrera, Nicolás, "Embrión humano. Vida humana", en Germán Zurriarán, Roberto (ed.), *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, Madrid. Tribuna siglo XXI, 2012, p. 35.

⁹¹*Ibidem*, p. 40.

feto para provocar un aborto, lo que se congela, se destruye o se tritura es la vida de un ser humano en sus primeras etapas de desarrollo, situación que con independencia de la valoración moral necesariamente negativa de tal acto, es muy clara a la luz de los datos aportados por la ciencia.⁹²

Consecuentemente, la dignidad del hombre, es decir, su especial merecimiento de respetabilidad y de consideración, emana precisamente de la calidad de tal, aquella implícitamente reconocida en el concepto de persona, la idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología, es decir, en una filosofía de lo absoluto. La presencia de la idea de absoluto en una sociedad es una condición necesaria para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo absoluto que es el hombre.

Toda persona es digna de ser tal, y ello directamente lleva a excluir la alternativa de que se le trate como cosa o de modo indigno, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre constituyendo, en consecuencia, un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conllevan menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano merece la persona.

Si se considera de este modo, que la calidad de persona como sujeto de derechos, importa, necesariamente, el respeto y la protección de las prerrogativas fundamentales respecto de un ser humano, no se puede menos que considerar que la especial dignidad de este significa una exigencia prácticamente ineludible al ordenamiento jurídico, en torno a la idea de reconocerle el status a todo ser humano sin distinciones, por ello, dignidad significa, dentro de la variedad y heterogeneidad del ser, la determinada categoría objetiva de un ser que reclama ante sí y ante los otros, estima, custodia y realización. Esta demanda se traduce en términos prácticos, en la identificación de la categoría ética persona con la

⁹² *Ibidem*, p. 42.

categoría jurídica sujeto de derechos, sin posibilidad alguna de apartarse de ella, porque daría lugar a que el reconocimiento de la dignidad mencionada carecería de su contenido, la protección de derechos como un merecimiento del individuo digno ontológicamente, incluso más allá de sus propios conductas.⁹³

Como resultado de lo anterior, los actuales postulados pugnan porque la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona debe ser consagrada como un valor superior, consecuentemente el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual pueden serle conocidos tales derechos.

⁹³ Vivanco Martínez, Ángela, "El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, V. 28, núm. 2, 2001, pp. 467 y 768.

CAPITULO IV

REGULACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL *NASCITURUS*

4.1. La regulación actual de los derechos del *nasciturus* en México

Cuando se habla de *nasciturus*, invariablemente es necesario hacer el referente histórico de en qué momento comienzan a ser reconocidos los derechos de los menores, así, trascienden al campo del derecho cuando la infancia como categoría adquiere importancia, lo que sucedió hasta entrado el siglo XVII, cuando surge el concepto de infancia tal como se le entiende actualmente.

Curiosamente antes de eso, la infancia no existía, de forma que las personas pasaban de una etapa de estricta dependencia física al mundo de los adultos.⁹⁴

Como consecuencia de ese impulso reflexivo por el reconocimiento del infante como integrante de la sociedad, surgen las medidas protectoras hacia menores a principios del siglo XX, más sin embargo, ya en el caso particular, es de reciente incorporación. Emanando lo anterior de dos grandes procesos que han marcado el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo: por un lado, el proceso por medio del cual se ha ido constitucionalizando cada vez más parcelas de la vida humana, en la medida en que los textos constitucionales han dejado de contener simplemente la regulación de los poderes públicos; por otro lado, el proceso de especificación de los derechos, gracias al cual los textos constitucionales ya no consideran a los sujetos de los derechos en forma abstracta, sino que toman en cuenta los distintos roles o características que las personas asumen o desarrollan en su vida, a fin de lograr una mejor protección.

Cuando se habla de legislación protectora del *nasciturus*, es referencia los derechos que le son otorgados al menor o como particularmente se enuncia, al incapaz. Concepto este último, con el cual la de la voz tiene diversos disensos, toda vez que al ser etiquetados como capitidismuinidos pareciera que se habla de

⁹⁴Cfr. García Méndez, Emilio, "Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia", en Carbonell Sánchez, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, pp. 938.

sujetos con menores prerrogativas que el resto; si bien es cierto que el derecho de acuerdo a las situaciones particulares y cambiantes de la sociedad, adecúa su normativa para responder a ese dinamismo, más sin embargo, en la mayoría de las ocasiones pareciera que el menor por su condición excesivamente vulnerable, puede ser víctima de atropellos y desproteccionismo por parte del cuerpo regulador nacional.

El menor es ante todo una persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo debe ser visto en su dimensión jurídica, sino también en su dimensión humana, como un ser que siente y piensa, al cual hay que reconocerle como propietario de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, mismos que están enfocados a proteger su ser o esencia de persona, salvaguardando los derechos de su propia personalidad, así como el derecho a respetar su dignidad.

Más sin embargo, si el ejercicio pleno de los derechos del menor presenta una estructura compleja, aún más el *nasciturus*, en gran parte por el problema respecto a reconocerle en primer lugar, la condición de ser humano, dando con ello certeza jurídica y protección contra posibles vejaciones a sus derechos más elementales.

En otro orden de ideas cada sociedad puede tener un concepto distinto de lo que al menor le interesa, así también se dará tal o cual connotación al derecho a la vida, sin embargo, dicho derecho tratándose del *nasciturus* no puede ser interpretado en un modo que desde las primeras etapas de la vida del embrión o feto, el mismo sea privado de su personalidad, por ello es menester crear la esfera jurídica protectora en donde se contemplen las normas con el sentido más favorable al destinatario, un manto protector basado en el principio del tuctorismo.

En lo que respecta al caso mexicano, la protección del *nasciturus* no es abordada desde los orígenes, ya que como se comentó el sistema normativo se basa en la protección del niño cuando éste nace vivo y viable, momento a partir del cual se le reconocen ciertas prerrogativas, sin embargo, con el constante dinamismo en materia jurídica, México ha sido parte en la adhesión a tratados internacionales que debido a su contenido, llevan aparejado una transformación a

los cuerpos normativos, debido a que ni las normas ni los conceptos utilizados en la mayoría de las ocasiones, son los que ya se emplean en el campo internacional y que al ser firmado por el estado mexicano son vinculantes.

El primer problema que se presentaría, es el conceptual, debido a que el menor o niño es entendido desde una esfera completamente diferente a la del *nasciturus*, sin embargo, como se mencionó en apartado anterior, al niño se le debe entender desde una concepción integral, ya que independientemente de la etapa de desarrollo en la que se encuentre, su esencia es la misma, este concepto debe ir ceñido a su evolución personal y cambios vitales con el paso del tiempo u otros avatares que afecten a su circunstancia.

Las nuevas necesidades que surjan alrededor de los menores, serán motivadas por los cambios sociales. Dicho concepto se va transformando de conformidad con el tiempo y en el espacio en el que se analiza, si bien es cierto que el camino para su pleno reconocimiento como parte integrante y fundamental de la sociedad es aún estrecho, el interés por el tema ha logrado que a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), ya es considerado como sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección.

Para el caso mexicano, la titularidad de los derechos fundamentales, establece a toda persona o todo individuo, resultando obvio señalar que el *nasciturus* es acreedor de tales derechos

Sin embargo, en México una de las principales fronteras que se deben vencer es el reconocimiento del *nasciturus* como ser humano.

La incorporación de los instrumentos internacionales en derechos humanos y adopción de legislación resulta un paso importante pero insuficiente para la satisfacción y realización efectiva de los derechos, toda vez que resulta necesario completar dicha normativa con instituciones legales facultadas para su realización efectiva y verificación de su cumplimiento.

Una vez establecidos los estándares jurídicos que les corresponden a los *nasciturus*, niñas y niños como sujetos de derechos, debe entonces primar el deber del estado de concretar esos estándares, principios, exigencias jurídicas

que obran en interés de aquella tutela efectiva y preventiva de los derechos humanos de la niñez.

Se debe apelar al cambio de paradigma en la visión de la infancia, con modificaciones en las políticas de la materia, que pongan en el centro de la escena al no nacido como sujeto de derechos, y transformando en prioridad política y programática la protección de su interés superior. Para ello, además del debido reconocimiento de su dignidad humana y de la incorporación de normas protectoras, se debe construir un modelo conceptual y operativo de protección de ese sector vulnerable de la sociedad, tomando como ineludible referencia los derechos y garantías reconocidos, exige abandonar algunos criterios que tradicionalmente han regido las prácticas de abordaje y tratamiento, y, de este modo, concebir un sistema de protección integral de los derechos del *nasciturus*, que lo situé como verdadero sujeto de derecho.

La consideración de éstos como sujetos de plenos derechos y la previsión de los mecanismos idóneos para exigirlos, en oposición a su consideración como objeto de tutela por parte del Estado, es el cambio fundamental que caracteriza el tránsito hacia el paradigma de la protección integral sobre el que se debe asentar todo sistema de protección.

En el ámbito político, existe un criterio unificador, que ayuda como marco referencial al momento de asegurar que a todas luces en una concepción progresista se debe hacer a un lado el hecho que el *nasciturus*, es una especie ajena a la humana o una extensión del cuerpo de la madre, *contrario sensu*, debe ser considerado con las prerrogativas cabales para asegurar su permanencia en este mundo y en donde en sin fin de pronunciamientos se hace la anotación de la erradicación de toda forma de explotación de niñas y niños, que si bien es cierto se encuentra en una etapa temprana de desarrollo, también lo es que genéticamente ya está predispuesto a ser humano y no una masa amorfa o conjunto de células.

Así el sentido que se debe de dar al interés superior de niño, es precisamente como ordenador de todas las decisiones de derecho interno como internacional, y el reconocimiento de una autonomía progresiva del *nasciturus*,

consecuentemente de la niña y niño, como eje de las acciones a desarrollar en la materia de garantizar su pleno reconocimiento y desarrollo.

En diversas conferencias emitidas por las ministras, ministros y altos responsables de infancia y adolescencia de los países de Iberoamérica, queda plasmada la importancia de priorizar a la infancia como sujetos activos de las políticas públicas, mejorando los mecanismos de inclusión social tales como el fenómeno de la equidad y el reconocimiento de sus derechos humanos, erradicando la discriminación, así como toda forma de exclusión y marginación social, étnica, religiosa, cultural, de género y territorial.

Por ello, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado en diversas ocasiones que los derechos fundamentales de los niños no estaban contemplados exclusivamente en el artículo 4º, sino que debía entenderse este precepto a la luz de los tratados internacionales y de lo que los órganos encargados de interpretar esos tratados había dicho al respecto.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1981 y ratificada por el estado mexicano en 1990. Este tratado internacional tiene 54 artículos en los que se reconocen un catálogo amplio de derechos que incluye algunos que no están reconocidos en la propia Constitución como el derecho a la identidad, libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, libertad de asociación, protección de la vida privada, acceso a la información, derecho al juego, a la protección en contra de la explotación, entre otros.

La Convención sobre los Derechos del Niño se complementa con dos protocolos facultativos, que también han sido ratificados por México, estos son Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

De igual forma, el Comité de la Convención, emite observaciones generales, derivadas del Día de Debate Anual que se celebra en Ginebra. En esta se interpretan diversos artículos de la Convención, para determinar sus alcances.

Una de las más relevantes, para comprender este tratado internacional, es la Observación General número 5, medidas generales de aplicación de la Convención. En ese documento se señala la necesidad de una perspectiva basada en los derechos del niño para aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la base de los principios generales identificados por dicho órgano como el interés superior del niño, no discriminación, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones.

Los principios generales comentados a lo largo del presente trabajo, resultan indispensables al momento de abordar lo concerniente a los derechos del *nasciturus*, niñas, niños y adolescentes, particularmente por las dificultades señaladas al momento de vincularlos con el reconocimiento de la titularidad y especialmente el ejercicio que se presentan para las personas no nacidas y menores de edad. La condición de derechos obligatorios y la incapacidad natural y legal hacen particularmente relevante la adecuada interpretación de la Convención.

En lo tocante al derecho a la vida, supervivencia y desarrollo contemplado en las dos fracciones del artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados parte reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y que los Estados partes garantizarán en la máxima posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Así el propio Comité de la Convención, ha subrayado la importancia de comprender el desarrollo como un concepto integral, que abarca todos los aspectos de la vida del niño.

El derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. El Comité espera que los Estados interpreten el término desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual,

moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños.⁹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reiterado la interpretación del Comité respecto del derecho al desarrollo, considerado éste como un concepto holístico que incluye los aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, teniendo como objetivo el desarrollo armonioso de la personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

Siguiendo con el análisis del derecho a la vida el criterio ha sido que tratándose de personas menores de edad, se presentan modalidades especiales, de acuerdo con los instrumentos internacionales aplicables. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél. En caso de violaciones a los derechos humanos, el hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal y más aún cuando se trata del empleo de no nacidos en las actividades biomédicas, en donde a todas luces ese catálogo de derechos fundamentales es violentado de manera sistemática, al reducirlo a un objeto susceptible de depuración, manipulación, mejoramiento o desecho.

No obstante, en el siguiente apartado se abordará el caso específico contemplado en la norma suprema del Estado mexicano y la inconventionalidad que persiste cuando de trasplantes fetales se trata.

4.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Dentro de la historia de la infancia se debe hacer alusión a la categoría de infancia como ahora se conoce, representa el resultado de un complejo proceso

⁹⁵ Cfr. González Contró, Mónica, “Derechos de niñas, niños y adolescentes”, en Ferrer MacGregorPoisot, Eduardo, *Derechos humanos en la Constitución, comentarios de jurisprudencia constitucional interamericana*, T.I., pdf. Consultado 20 de marzo de 2014

de construcción social cuyos orígenes pueden ubicarse en torno al siglo XVII. Antes de este siglo, una vez que la niña o el niño pasaban por el periodo de dependencia con respecto a su madre, se integraban al mundo de los adultos. En todo caso, los intereses de los niños era un asunto privado que quedaba fuera del ámbito público de regulación por parte del Estado. Después de ese siglo la tendencia se revierte y se comienza a tratar a los niños como seres que, en virtud de algún tipo de incapacidad, se deben proteger siendo esto la génesis de la llamada doctrina de la situación regular.

La doctrina de la situación irregular, que sirvió de base para muchas de las políticas asistenciales dedicadas a la infancia en la década de los ochentas en América Latina, tenía como fundamento la atención que debía prestarse a la infancia que se encontraba en un estado de riesgo, abandono, o, a todos aquellos niños y niñas que hubieren cometido hechos considerados antisociales. De esta forma, cuando se trataba de niños en las condiciones señaladas, éstos caían en el supuesto de la doctrina de situación irregular y por tanto, debían de ser observados como un reflejo de la patología social y ser enviados a centros de observación o recuperación para su reinserción a la sociedad como sujetos útiles para la misma.

A partir de esta doctrina se reconocían dos tipos de infancia, la que pertenecía a una familia; que estudiaba y cumplía con todos los procesos de socialización hasta llegar a su edad adulta, y aquella a la que pertenecían las niñas y niños con conductas antisociales, que no acudían a ninguna escuela y no eran parte de ningún núcleo familiar y, por ende, debían ser objeto de atención por parte del Estado.

A finales de los ochentas, como consecuencia de un amplio movimiento mundial a favor de los derechos de la infancia, comienza a hacerse innegable el fracaso de esta doctrina y empieza a vislumbrarse la posibilidad de considerar al niño como sujeto de derechos. Es así como surge un nuevo modelo doctrinal basado en el derecho internacional de los derechos humanos, conocido como la doctrina de protección integral o garantista de los derechos de la infancia. Esta doctrina al reconocer que los niños son personas y proponer la protección integral

de sus derechos humanos, vino a establecer un nuevo tipo de relación entre niñez y el Estado.

La doctrina de la protección integral es interdisciplinaria, recoge las aportaciones de ciencias como la medicina, la psicología, la biología, la psiquiatría, y la sociología con la finalidad de dar a la infancia un tratamiento integral en cuanto a la protección de los derechos que como personas poseen, dejando atrás la consideración de incapaces con la que eran considerados para darles la condición de sujetos plenos de derechos a los que se debe proteger de manera especial.

La evolución que ha seguido el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia se refleja en el surgimiento y desarrollo de mecanismos internacionales de reconocimiento y tutela de derechos de la infancia.

En 1924 se firmó la Declaración de Ginebra, la cual fue redactada por la Asociación Internacional de Protección a la Infancia y aprobada por la Sociedad de Naciones, antecedente directo de la Organización de las Naciones Unidas. Este documento inédito en la historia, contenía siete principios referidos a la niñez entre los cuales destacan: que todos los niños deben ser protegidos, excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia; que los niños deben ser ayudados, respetando la integridad de su familia; que deben ser puestos en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual; que el niño hambriento debe ser alimentado, el enfermo asistido, el desadaptado, reeducado; y el huérfano o abandonado, recogido; que el niño debe ser el primero en recibir ayuda en caso de calamidad; que debe de disfrutar de medidas de previsión y seguridad sociales; y que debe ser educado.

Unos años más tarde, en 1959, se acordó la Declaración de los Derechos del Niño. Ésta fue elaborada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y adoptada por la Asamblea General de la ONU. En ella se establecieron diez principios básicos para la protección de la niñez basados en el interés superior del niño, algunos totalmente innovadores como el que reconoce el derecho a tener un nombre y una nacionalidad, o el derecho a desarrollarse en buena salud, objetivo para el cual deberán proporcionarse, tanto a él como a su

madre, cuidados especiales, atención prenatal y postnatal. Se estableció que el niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Otro derecho reconocido por la Declaración es el de vivir en familia, bajo la responsabilidad de los padres y en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Asimismo, se declaraba el derecho del niño a disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación. Se señaló que la sociedad y las autoridades públicas deben esforzarse en promover el goce de este derecho.

El año de 1979 fue proclamado como el Año Internacional del Niño, lo cual representó para los Estados, en el marco de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la oportunidad para comenzar a ocuparse en pro que, en la Declaración de 1959 pudiera plasmarse en un trabajo obligatorio a favor de la niñez.

Dentro de toda esa gran transformación que se estaba suscitando para reconocer a los niños como sujetos de derechos, México hizo su primera mención en la Constitución sobre los derechos de niñas y niños o personas menores de edad en la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 1980.

Posteriormente y a raíz de la firma y ratificación de la Convención sobre los derechos del niño se reforma nuevamente el artículo reconociendo la insuficiencia de la redacción de 1980. Por primera vez aparece el concepto niñas y niños. Además que se incorporan algunos derechos, por ejemplo, se establece la obligación en su garantía de padres, tutores, custodios y subsidiariamente del Estado y se hace mención a la dignidad de la niñez.

Derechos que en reiteradas ocasiones se ha manifestado son insuficientes, es necesaria una gran transformación política, cultural y social para el reconocimiento real y no solo aparente de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, el principal desafío será el reconocimiento en primer término de la condición del *nasciturus* como ser humano, como en reiteradas ocasiones se ha mencionado, consecuentemente devendrá la protección del derecho a la vida como fuente de la cual emanen otras prerrogativas.

Al adherirse el Estado mexicano a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la declaración interpretativa respecto al párrafo 1 del artículo 4 de dicha Convención, se sitúa que la expresión en general, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción, por estimarlo dominio reservado a los Estados.

No obstante, la intención del artículo 4.1 es reconocer la personalidad del *nasciturus* desde el momento de la concepción, y de requerir a los Estados que protejan, como regla general a éste por ley, sin embargo las hipótesis interpretativas en este caso deben ser progresivas y no segregativas, como en reiteradas ocasiones ya se ha manifestado.

A modo ilustrativo, respecto a la condición del *nasciturus* se puede analizar el caso costarricense sobre la fecundación *in vitro*. Tal restricción fue establecida mediante fallo de la Corte Suprema de Costa Rica, que considero que el actual estado de desarrollo de dicha técnica implicaba la muerte de un número elevado de embriones, constituyendo un atentado al derecho a la vida, afirmando que el no nacido es persona desde el momento de la concepción, aunque no entrando de fondo a dicho estudio si precisó que el Estado tenía un fin legítimo en términos generales consistente en proteger un bien jurídico tutelado como es la vida.

Retomando el objeto de estudio, la línea discursiva es que cualquier actuación que afecte el derecho a la vida debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el no nacido no debe ser considerado objeto de protección segregativa, deben gozar de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que se encuentra en desarrollo, por lo tanto no debe protegerse solo sus derechos, sino también adoptar las medidas especiales para protegerlos, siendo sujeto de derechos desde su concepción, sin perjuicio de que la capacidad de ejercicio se adquiriera hasta la mayoría de edad, encontrando su fundamento en una protección integral y no solo taxativa.

A modo de guisa se puede referenciar el caso del aborto de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto contra México. Los peticionarios de este caso fueron algunas organizaciones no gubernamentales que alegaron la violación de varios artículos de ciertas convenciones internacionales. Los hechos se refieren a una menor embarazada como consecuencia de una violación. Ella, con el consentimiento de su madre, buscó abortar de acuerdo con las leyes del estado de Baja California, pero muchos obstáculos fueron opuestos a la realización de este acto autorizado por la ley. Esto trajo como consecuencia que ella dio a luz a su hijo Isaac de Jesús.

México y Paulina Ramírez pusieron término a este caso mediante un acuerdo. Según éste, el Estado reconoció su responsabilidad por no implementar un procedimiento adecuado que permitiera a las mujeres procurarse aquellos abortos autorizados por la ley; accedió a crear e implementar estos procedimientos y acordó pagar una compensación económica a Paulina Ramírez y a su hijo. Es importante destacar que este caso no se refiere al tema de si el aborto directo es o no aceptado o requerido por la Convención, sino a la procedencia de operar obstáculos para la realización de abortos ya autorizados por la ley. Consecuentemente la Comisión no desarrolló explícitamente su doctrina sobre el estatus del no nacido, pero se vislumbra la aceptación de una objeción de conciencia indirecta.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que fuera reformada en el año 2011 establece en el artículo 4 que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos y que este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Adicionalmente, la reforma del artículo 73 establece la facultad de expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

En el año 2000 el Congreso de los Estado Unidos Mexicanos adoptó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que establece que sus disposiciones son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Según la misma ley, la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en el ámbito de su competencia, podrán expedir las normas legales y tomarán las medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a la ley y procurarán implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección de los derechos de la infancia, basada en el contenido de la Convención de Derechos del Niño.

Conforme la ley, la federación, el distrito federal, los estados y municipios serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de tales derechos y le corresponde al Gobierno Federal promover convenios de coordinación a efecto de realizar acciones conjuntas para la procuración, protección y defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Es claro que la Ley de Protección del año 2000, constituyó en su momento un avance, pero ya desde su emisión se anticipaba la carencia de mecanismos para asegurar la efectividad de sus disposiciones y la adecuada coordinación entre diferentes sectores y niveles de gobierno responsables de garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia. Ya el Comité de los Derechos del Niño manifestaba en el 2006 su preocupación porque la aplicación de las leyes sea tan compleja debido a la estructura federal de los Estados parte, lo cual da lugar a que las nuevas leyes no se lleguen a aplicarse debidamente en los distintos Estados y la necesidad de adoptar las medidas necesarias para armonizar las leyes federales y estatales con la Convención y las normas internacionales pertinentes, a fin de asegurar su aplicación efectiva.

Quien está a cargo de las políticas de protección de la infancia en México es el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, dependiente de la Secretaría de Salud, que tiene como propósito principal coordinar los servicios de

asistencia social y entre sus acciones prioritarias se encuentran la promoción y defensa de los derechos de la familia, por tal motivo debiese incorporar al *nasciturus* como integrante de la sociedad y consecuentemente acreedor de derechos.

La discusión actual se centra sobre la necesidad de dictar un nuevo ordenamiento que sea capaz de concretar mecanismos específicos que permitan instrumentar un verdadero Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de la Infancia. Con la facultad otorgada por el artículo 73 constitucional, en ocasión de la reforma constitucional del 2011, el Congreso tiene ahora las atribuciones necesarias para sancionar una nueva ley de protección integral que incluya el establecimiento de una nueva institucionalidad a nivel federal y también descentralizado que constituyan un verdadero sistema de protección integral de la infancia desde el momento de la concepción.

4.1.2. Ley General de Salud

Como se ha comentado, el marco jurídico está previsto en el artículo 4° Constitucional bajo el derecho a la salud, y es por tanto un derecho humano que supone el acceso a los servicios de salud para restaurar y mantener el bienestar biopsicosocial de los mexicanos. De dicho precepto constitucional emana la Ley General de Salud y su reglamento, junto con la norma técnica número 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, emitida por la Secretaría de Salud.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Es innegable que el Estado, como institución rectora, tiene la obligación de proveer al perfeccionamiento legal y a la adecuación del Sistema Nacional de Salud, en la lucha por hacer efectiva la protección de la salud de los mexicanos.

La salud es un objetivo a lograr mediante el esfuerzo conjunto del Estado, legisladores, instituciones de salud, profesionistas, pacientes y familiares. En la

búsqueda de este objetivo, el trasplante de órganos ha sido una de las especialidades quirúrgicas que han tenido un gran auge mundial a partir de la segunda mitad del siglo XX.

El derecho a la protección de la salud, es un derecho universal que tiene toda persona, cuya obligación del Estado relativa a este derecho consiste en toda una gama de acciones tendientes a proteger y buscar esa cualidad, mediante funciones preventivas y correctivas.

El derecho a la protección de la salud tiene como finalidades, entre otras, el bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; la prolongación y el mejoramiento de la calidad de vida humana; la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven al disfrute de condiciones y servicios de salud que coadyuven al desarrollo social.

La Ley General de Salud, regula la prestación de servicios de salud a menores en particular y a los grupos vulnerables en general –cabe señalar que los niños se consideran un grupo vulnerable y prioritario en la prestación de los servicios que brinda el Estado a través de sus diversas instancias-. También establece la facultad del receptor de los servicios de denunciar la deficiencia en la prestación de los mismos; ya que la falta de atención, la negligencia o la falta de probidad en la prestación del servicio pueden constituir maltrato al menor, además de la comisión de otros delitos, y así lo señala la ley cuando establece que las violaciones a sus disposiciones, sus reglamentos y demás disposiciones en la materia, serán sancionadas administrativamente sin perjuicio de las penas que correspondan cuando las mismas constituyan delitos.

Dentro de lo estipulado en el reglamento de la Ley General de Salud señala que se entiende por disposición de órganos el conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación.

Asimismo, se estipula que los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los

resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud, la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico.

Es hasta 1973, que se agrega al Código Sanitario mexicano un capítulo especializado acerca de la regulación y manejo de órganos y tejidos con fines terapéuticos, con lo que inicia la apertura a mayor número de hospitales e instituciones.

En 1984, el Código Sanitario se transforma en Ley General de Salud, y contempla un capítulo completo acerca de la donación de órganos, e inicia la somera participación del Registro Nacional de Trasplantes.

En 1999, se crea el Centro Nacional de Trasplantes que retoma los programas de registro y difusión que se llevaban a cabo en el país e integra un plan único, en el que participan aproximadamente 181 hospitales autorizados para la realización de trasplantes, 300 médicos especializados y más de un mil quinientas personas involucradas: trabajadores sociales, psicólogos, anesthesiólogos, médicos internistas y mucho más.

Entendida la donación como el acto por el cual una persona transmite algo de manera libre y gratuita a favor de otra, debemos apreciar a la donación de órganos como el acto altruista y solidario por excelencia, que va más allá de la transmisión de algún objeto, que implica sin lugar a dudas un obsequio de vida.⁹⁶

Es así como un derecho a la salud, no conlleva *per se* es desconocimiento de otras prerrogativas, un derecho a la salud plasmado en leyes secundarias o ulteriores reglamentos, debe tender a la protección de los derechos fundamentales, bajo el presupuesto de una dignidad igual intrínseca, erradicando las dignidades prevalentes, en el caso en concreto al utilizar no nacidos como donadores involuntarios, se cae en un acto completamente discriminatorio, otorgando a la mujer el derecho de finalizar la vida de ese ser, anulando completamente la protección que brinda la Constitución y los tratados suscritos por el propio Estado.

⁹⁶ Sandoval Olvera, Francisco, *op. cit.*, nota 69, p. 217.

4.1.3. Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Como parte de su compromiso internacional al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño, México recibió las más recientes observaciones del Comité de los Derechos de la Niñez (CDN), de la ONU en 2006, donde se realiza una evaluación del cumplimiento por parte del país de dicha Convención.

En estas observaciones, el Comité muestra aspectos de preocupación muy relevantes, como la ausencia de una instancia rectora y coordinadora de las políticas de las niñas, niños y adolescentes en el país. El 29 de mayo de 2000, se publicó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que reglamenta el Artículo 4º constitucional.

Sin embargo, por tratarse de un sistema federal dicha Ley no puede establecer la concurrencia de competencias entre los Estados y la Federación en materia de niñas, niños y adolescentes y ha carecido de fuerza en su aplicación. Los Comités de Seguimiento y Vigilancia de las Leyes de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y otros instrumentos creados en los Estados, presentan el problema de la falta de seguimiento por carecer de los recursos necesarios además de no contar con el impulso y reconocimiento por parte de los órganos encargados de la vigilancia.

Estas limitaciones, y otras manifestadas en las observaciones del Comité de los Derechos de la Niñez, así como por los organismos no gubernamentales que trabajan en favor de las niñas, niños y adolescentes, el 12 de octubre de 2011 se publicó la reforma del Artículo 73 constitucional, que adicionó la fracción XXIX-P, en el sentido de habilitar al Congreso de la Unión para “Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte”.

Con esta reforma, se permite la instauración por Ley General de un Sistema de Garantías de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes,

que en cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos Protocolos adicionales, pueda instrumentar la concurrencia de competencias para la garantía y el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y la adolescencia en todo el país.

Con ocasión de la reforma, la LXI Legislatura del Honorable Congreso de la Unión, las organizaciones de la sociedad civil, las instancias académicas, Comisiones de Derechos Humanos y UNICEF, pusieron manos a la obra para la discusión y construcción de las bases jurídicas, institucionales y políticas del modelo que había de crearse tras la reforma constitucional para garantizar la realización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México.

Fruto de estas labores, y especialmente del trabajo de la Legislatura LXI, la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables de la H. Cámara de Diputados presentó el 11 de abril de 2012, una iniciativa de Ley General para la Protección Integral de los Derechos de la Niñez. Sin embargo, dicha iniciativa no alcanzó el consenso necesario, debido a que se consideró que en el planteamiento no existía un Sistema que garantizara y organizara la definición, rectoría, coordinación e implementación de las políticas públicas en materia de las niñas, niños y adolescentes para nuestro país con aplicación de manera transversal, democrática y participativa.

La iniciativa “10 por la Infancia” lanzada por UNICEF y la Red por los Derechos de la Niñez en el marco de la reforma constitucional, así como de las elecciones de 2012, establecía de manera prioritaria la discusión y aprobación de esta Ley General, por lo que fueron diversas las actividades tanto de discusión de la sociedad civil y de expertos como de acercamiento con el equipo de transición del nuevo gobierno y con ambas cámaras del Congreso de la Unión.

Tras las elecciones de julio de 2012 y la conformación del nuevo Congreso de la Unión, el trabajo de elaboración de nuevas iniciativas de reforma a la actual Ley de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y de una nueva Ley General sobre la materia, ha continuado, siendo diversas las propuestas ya sometidas a discusión tanto para el Senado como para la Cámara

de Diputados, que ahora cuenta con la Comisión Ordinaria de Derechos de la Niñez.

El 25 de octubre de 2012, la Red por los Derechos de la Niñez y UNICEF organizaron el Diálogo de Expertos denominado: “Hacia un sistema nacional de garantías de los Derechos de la infancia y la adolescencia”, donde participaron expertos nacionales e internacionales como Norberto Liwski, ex-vicepresidente del Comité de los Derechos de la Niñez, Alejandro Morlachetti, consultor experto en Derechos Humanos de CEPAL y Trond Waage, ex- ombudsman de la niñez en Noruega.

Asimismo, el 6 de noviembre del mismo año, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNICEF, Save the Children, Alianza MX por los derechos de niñas, niños y adolescentes y Red por los Derechos de la Niñez organizaron el Foro “Hacia una Ley General de Garantía de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”.

Como parte de las propuestas presentadas en estos eventos, la Comisión de Derechos de la Niñez de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de la LXII Legislatura, consideró que las propuestas presentadas hasta el momento, si bien todas tienen la vocación de adecuar el actual sistema de políticas públicas en la materia y mejorarlo, no contemplan de manera suficiente lo discutido y avanzado hasta el momento por la sociedad civil, la academia, las comisiones de derechos humanos, los organismos internacionales y la propia Comisión de Derechos de la Niñez. Sobre todo, no observan la conformación efectiva de un nuevo sistema que implique un cambio significativo en las políticas públicas para poder revertir la actual situación y garantizar de manera plena los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México.

Por ello en el ánimo de conocer y escuchar las diversas opiniones y propuestas de los actores sociales mencionados, y de otros más de los que es importante incorporar sus planteamientos en los proyectos de la reciente Comisión de Derechos de la Niñez, por lo que se organizó el Foro: “Construyendo la Agenda Nacional de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, donde participaron: el

Centro de Estudios e Investigación en Asistencia y Desarrollo Social (CEIDAS), el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Fondo de Población para las Naciones Unidas (UNFPA), el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Ririki Integración Social, Universidades Públicas, Institutos Nacionales de Salud, etc. A la conclusión del foro, resaltó la necesidad de construir una nueva Ley General de Garantía de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Estas organizaciones también establecen el compromiso permanente de acompañar los trabajos de la Comisión ordinaria de los Derechos de la Niñez. Es por ello que la Comisión de Derechos de la Niñez de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, se ha dado a la tarea de revisar toda la documentación y conclusiones derivadas de las reuniones y foros desarrollados hasta el momento.

Asimismo, se ha analizado a profundidad trabajos de investigación como el “Estudio sobre los fundamentos jurídicos de los sistemas nacionales de protección integral de la infancia en América Latina y el Caribe y estado de aplicación” de Alejandro Morlachetti. Además, se retomó algunas normas nacionales como la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley General para Igualdad de Hombres y Mujeres, la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, la Ley de Asistencia Social, la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Ley General de Seguridad Pública, la Ley Federal de Justicia Penal para Adolescentes, entre otras, únicamente como referencia y base para el análisis de la situación actual y de los cambios estructurales requeridos.

Con la información mencionada, la Comisión de Derechos de la Niñez elaboró una iniciativa de Ley General para la Garantía de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cuyos fundamentos jurídicos son los artículos 1º, 4º y 73 fracción XXIX-P de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos y en especial, de las niñas niños y adolescentes, suscritos y ratificados por el Estado Mexicano.

En dicha iniciativa de Ley General, se contempla un título con disposiciones generales donde se estipula los principios generales de los derechos de las niñas,

niños y adolescentes de no discriminación, prioridad, derecho a la vida y la supervivencia, participación e interés superior de la niñez, definiéndose tales principios como ejes rectores del sistema. En el mismo título se define el concepto de “niño y niña” así como el de adolescente y del Sistema. Asimismo, se incluyen los derechos de las niñas, niños y adolescentes de manera general, sin perjuicio de lo que los tratados internacionales de derechos humanos contemplan y otras normas nacionales.

Se trata por tanto, como su nombre indica, de un título con las disposiciones generales básicas que marcan el punto de partida, sobre la construcción de un sistema de garantías para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Se establece en este título los conceptos básicos y los derechos que dan fundamento a la construcción de un Sistema, entendiendo el mismo como el mecanismo permanente de concurrencia, colaboración, coordinación y concertación de los gobiernos federal, de las entidades federativas y municipales, para la garantía y reparación del daño en caso de vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México.

Este Sistema está compuesto por las instituciones, organismos, autoridades, organizaciones e instancias a nivel nacional, estatal, del Distrito Federal y municipal, tanto públicas como de la sociedad civil, que están orientados a la finalidad descrita.

En este mismo título se incluye un capítulo sobre las garantías mínimas de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a efecto de establecer los mínimos que han de regir de manera uniforme en todo el país, independientemente de que se trate de una instancia o normativa federal, estatal o municipal. Se consideran estas garantías básicas e inamovibles y en el texto se dividen por materias familiar o penal.

Se refieren al respeto a la separación de poderes, a la regulación de los procedimientos en los casos de adopción, de separación del núcleo familiar, y de las medidas urgentes de protección, a la edad mínima para contraer matrimonio, el registro gratuito y accesible, a la obligación de escuchar a las niñas, niños y adolescentes en todos los procedimientos que les afecten, sean civiles o penales,

a la prohibición del careo entre menores de edad víctimas y adultos agresores, entre otros.

Más adelante, la iniciativa de Ley General establece quiénes conforman el Sistema de Garantía de los Derechos de niñas, niños y adolescentes y define para cada uno, por capítulos, su conformación y funciones. En este sentido, se crea un Consejo Nacional de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes como órgano rector de las políticas públicas en la materia y de toma de decisiones de más alto nivel, presidido por el Presidente de la República y con la representación nacional gubernamental de mayor rango. A nivel estatal y del Distrito Federal, se crean también los Consejos Estatales de las niñas, niños y adolescentes, para su ámbito territorial de competencia.

También se crea, como nueva figura, el Secretariado Ejecutivo Nacional de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, como un organismo desconcentrado dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social con autonomía técnica, de gestión y presupuestal cuya función es la de coordinar la recopilación de información estadística y relevante en materia de niñas, niños y adolescentes, así como la de preparar las reuniones del Consejo Nacional para su toma de decisiones. Asimismo, es el encargado de que todas estas decisiones adoptadas por el Consejo Nacional puedan ser aterrizadas y ejercidas por las Secretarías e instituciones responsables, mediante la coordinación y enlace institucional y con las organizaciones de la sociedad civil.

Este Secretariado Ejecutivo Nacional tiene un correlativo a nivel estatal, si bien, no depende jerárquicamente de él sino de las Secretarías de Desarrollo Social estatales y del Distrito Federal. En estos Secretariados Ejecutivos, tanto el Nacional como en los Estatales, se generará mediante la coordinación y el enlace con las demás instituciones y la sociedad civil, los contenidos de la política pública en materia de niñas, niños y adolescentes.

Como nuevas figuras, se crea también el Observatorio Ciudadano Nacional así como los Observatorios Ciudadanos Estatales, con integración de las organizaciones de la sociedad civil e incluyendo sobre todo a las organizaciones niñas, niños y adolescentes. Se deberán constituir como Asociaciones Civiles para

garantizar su independencia, y su función será la de participar en la elaboración y evaluación del Programa Nacional de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, no solamente mediante su colaboración directa sino también mediante su aporte de información y diagnósticos de situación.

Los Observatorios Ciudadanos, elaborarán anualmente un informe sobre el análisis de la situación de las niñas, niños y adolescentes en cada entidad federativa y a nivel nacional, a convocatoria de los Secretariados Ejecutivos y con fondos públicos. Serán además cauce para informar a los Secretariados Ejecutivos Nacional, Estatales y del Distrito Federal sobre aquellos aspectos de especial preocupación, que requieren de mayores recursos o atención por parte de las autoridades y del Sistema, en cualquier momento.

Por otro lado, además de la labor informativa y de participación en la elaboración y evaluación de los programas de acción, tendrán participación directa en el Consejo Nacional y los Consejos Estatales y del Distrito Federal compartiendo con el sector público la toma de decisiones de más alto nivel en materia de rectoría y coordinación de las políticas de niñas, niños y adolescentes en el país.

Se crea la Visitaduría Nacional de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes y las Visitadurías Estatales y del Distrito Federal de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, abriéndose esta especialización en las Comisiones Nacional, Estatales y del Distrito Federal de Derechos Humanos, cumpliendo así también con otra de las recomendaciones del Comité de los Derechos de la Niñez. Se les faculta para recibir quejas e inconformidades de los propios niños, niñas y adolescentes o de alguien que los represente.

Asimismo, se mantiene las facultades que tienen como integrantes de las comisiones de derechos humanos y además se les añaden otras en materia de niñas, niños y adolescentes, como la de participar en los procedimientos de carácter judicial, a efectos de informar al tribunal sobre las cuestiones de derechos humanos que intervienen en ellas, a solicitud de alguna de las partes o del juez competente. Tendrán además la facultad de promover que las instituciones

públicas elaboren planes de seguimiento e indicadores en relación con las recomendaciones del Comité de los Derechos de la Niñez para México.

En el caso del DIF, se reafirman nuevamente las funciones tanto de DIF Nacional como de los DIF estatales, del Distrito Federal y Municipales, manteniendo su importante rol en materia de la asistencia social y fortaleciendo las garantías en el ejercicio de sus funciones, de tal manera que sus competencias quedan más claras y delimitadas.

Se crea un mecanismo de garantía para la gestión de las instituciones públicas y privadas de asistencia social, otorgándoles a los Secretariados Ejecutivos la competencia para vigilar, hacer revisiones periódicas y aprobar, mantener o cancelar la autorización para operar.

Los DIF Municipales tendrán un rol crucial en el proceso de restitución de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y resolución de casos que si bien no todos precisan intervención judicial, sí requieren de una atención gubernamental que se lleve a cabo de manera coordinada con otras instancias y de la sociedad civil como coadyuvante.

En este sentido, se recoge una adecuación a las funciones y estructura de los DIF Municipales que junto con los cambios también previstos para los DIF Nacional, Estatales y del Distrito Federal, implicarán una necesaria reforma a la Ley de Asistencia Social.

También se regula el procedimiento de garantía de derechos con las competencias y coordinación entre las instancias participantes de atención, jurisdiccionales y de procuración de justicia, en los casos en que se encuentren violaciones a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, con base a las garantías mínimas establecidas en el primer título de la iniciativa de Ley.

Se regula aquí de manera muy concreta los plazos y las facultades de cada instancia responsable y los mecanismos de coordinación, con la finalidad de delimitar las responsabilidades y fortalecer al máximo la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, eliminando toda discrecionalidad que pueda derivar en un menoscabo de sus derechos.

Por otro lado, también para las instancias de procuración e impartición de justicia se establecen aspectos procedimentales a tener en cuenta cuando los afectados sean niños, niñas y adolescentes, estableciéndose determinadas obligaciones en cuanto a la especialización del personal y de los espacios físicos. Se crean además los Ministerios Públicos Especializados, como figura novedosa para el sistema de procuración de justicia mexicano, cuya función será la de proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes mediante su acompañamiento, asesoría y apoyo durante todo el procedimiento con personal especializado.

Asimismo, estos Ministerios Públicos Especializados, podrán adoptar medidas de urgencia temporales para que la víctima menor de edad que haya sufrido alguna forma de violencia o abuso pueda ser protegida en tanto el juzgado familiar adopta una medida permanente en lo que dura el procedimiento. Además se da validez a las pruebas recabadas por el Ministerio Público Especializado evitando su repetición innecesaria y revictimizadora.

Al mismo tiempo, en los juzgados y tribunales, tanto civiles como penales, se crean oficinas especializadas con la finalidad de que el acompañamiento, asesoría y apoyo a niñas, niños y adolescentes también quede garantizado durante el procedimiento judicial. Se prevé en ambos casos, la preparación y capacitación en derechos de las niñas, niños y adolescentes de aquellas personas que trabajarán en estas nuevas instancias como requisito indispensable debiendo además ser evaluados al respecto.

La Ley establece además los lineamientos del Programa Nacional y los Programas Estatales a favor de las niñas, niños y adolescentes, así como su proceso de elaboración y de evaluación, de forma que garantiza la participación de la sociedad civil en dichos procesos, así como de los propios niños, niñas y adolescentes. Se refuerza también los contenidos y lineamientos, a fin de que contemplen la integralidad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Respecto al presupuesto y gasto en materia de niñas, niños y adolescentes, se estipulan los mínimos, la progresividad y los mecanismos para que el mismo, no pueda ser disminuido bajo ninguna circunstancia, teniendo en cuenta que gran

parte del éxito del funcionamiento del Sistema reside en la disponibilidad de recursos económicos que puedan sostener el ingreso de los recursos humanos que se precisan, la ejecución de los Programas y la implementación de todas las medidas que se contemplan en la Ley.

Los artículos transitorios de esta Ley se refieren a las reformas legislativas, instalación e implementación por etapas de este nuevo Sistema creado por la Ley, teniendo en cuenta tanto el presupuesto que será requerido como la capacitación y procesos de instalación institucional que se llevarán a cabo.

Se pretendió con la redacción de esta iniciativa de Ley General, establecer las bases para la conformación de un sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que fuera garantista de manera efectiva pero que además incluyera los mecanismos para que las políticas públicas en esta materia se construyeran de manera coordinada y transversal por parte de todas las instancias gubernamentales y con la participación de la sociedad civil y de los niños, niñas y adolescentes.

Hasta este momento se ha hecho un análisis de los principales instrumentos a nivel nacional que contemplan la regulación de los derechos de los niños desde una perspectiva *latu sensu*, en los subsecuentes apartados se revisará la perspectiva *supra* nacional, respecto a la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción y en donde el Estado mexicano ha sido ratificante de aquellos y que como se ha mencionado en reiteradas ocasiones y a partir de la reforma constitucional del año 2011 y del criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de Nación, vertida en la contradicción de tesis 293/2011, ahora es obligatoria la jurisprudencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrándose y completándose así, el bloque de constitucionalidad del estado mexicano.

4.2. La regulación actual en derecho internacional

La protección del derecho a la vida en el ámbito internacional cada vez toma más importancia y es punto focal de los principales debates al respecto, la

postura protectora del referido derecho se centra en sostener en que así como el derecho a la vida, existen otros que al igual que el primero son unificadores y autentificadores de todo proyecto humano existente en una sociedad democrática, sin que por ello se descarten aquellas premisas de máxima que hacen a valores instaurados individualmente que frecuentemente están teñidos de valoraciones religiosas, sociales, culturales e intelectuales de tipo personal y que encuentran su mayor esplendor en las manifestaciones democráticas.

Así un Estado democrático debe concretar los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida ya no podrá entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, ese derecho a la vida.

De allí que los principales actores internacionales encargados de la protección de derechos fundamentales, giren su atención hacia la elaboración de instrumentos que protejan el derecho a la vida, de ello también se desglosan los principios rectores hacia el reconocimiento y protección del referido derecho.

Cada vez es más frecuente el interés por protegerlo, partiendo de principios como la dignidad humana, objeción de conciencia y el interés superior del menor. De allí que la tendencia es que conflictos particularmente complejos en materia de derechos fundamentales deban ser analizados, tratados y resueltos desde una doble perspectiva: la nacional y la supranacional.

Sin embargo es una afirmación prácticamente no discutida que las instituciones europeas nunca han establecido con claridad cuál es el estatus del no nacido. Dicha afirmación emana del hecho que del análisis detallado de la jurisprudencia de las instituciones Europeas demuestra que aquellas siempre han evitado otorgar una respuesta directa en la materia.

A modo de guisa a continuación se exponen los criterios más destacados sobre el tema.

a) *Brüggemann versus Alemania*

Versa sobre una opinión de la Comisión, ya que el caso no llegó a la Corte Europea. El argumento principal de la recurrente fue que Alemania violaba el artículo 8° de la Convención al no permitirle libre acceso a un aborto en caso de un embarazo no deseado.

El precepto invocado señala que cualquier persona tiene derecho a que se le respete su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. De igual manera menciona que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho.

Derivado de ello, la Comisión declaró inadmisibile el recurso. Si bien reconoció la relación que existe entre embarazo y afectación de la vida privada de la madre, afirmó que no puede decirse que el embarazo concierna únicamente a la esfera de la vida privada. Cuando una mujer está embarazada, su vida está íntimamente conectada con la del feto en desarrollo y que por tanto, no toda regulación de la terminación de embarazos no deseados constituye una interferencia con el derecho al respeto de la vida privada de la madre. El precepto invocado por consiguiente, no fue interpretado como si el embarazo y su terminación fueran, en principio, materias que conciernen exclusivamente a la vida privada de la madre.

En razón de lo anterior, la Comisión señaló expresamente que estimaba innecesario decidir si el no nacido era considerado una vida en el sentido del artículo 2 de la Convención (protección al derecho a la vida), cuestión que hubiera resuelto el asunto de forma más contundente. En efecto, si el no nacido fuese titular del derecho a la vida, entonces sólo podría practicarse un aborto bajo las estrictas excepciones contempladas en el mismo artículo 2.

La comisión rechazó decidir si el no nacido podría considerarse dentro de la expresión “demás” ocupada por el inciso segundo del artículo 8°. Como puede observarse, el derecho a la privacidad y la vida familiar puede intervenir por ley por diversos motivos, siendo uno de ellos la protección de los derechos y las libertades de los demás. Si el no nacido ésta dentro del grupo de los demás, existirían sólidos argumentos a favor de su protección bajo la Convención.

Otras declaraciones de la Comisión se centraban en las siguientes consideraciones:

Todos los países contratantes otorgan algún tipo de derecho al no nacido así como, cuando la Convención entró en vigor las leyes sobre aborto de todos los Estados eran al menos tan restrictivas como la normativa alemana impugnada en este caso, y no hay evidencia de su intención respecto de casos como este.

En síntesis, si bien no se reconoce al no nacido como persona o titular del derecho a la vida, se considera que existe un interés o bien jurídico protegido distinto a la madre en una situación de embarazo. Tal interés permitiría a los Estados regular el aborto.

b) *Paton versus* Reino Unido

En este caso al igual que el anterior, sólo fue conocido por la Comisión Europea.

La acción la presentó el padre de un no nacido frente a la decisión de la madre de abortar al hijo común. Los argumentos principales fueron que la ley inglesa que permitía el aborto sin el consentimiento del padre violaba el derecho a la vida del no nacido, así como el derecho a la privacidad y la vida familiar del padre.

Al igual que en *Bruggemann versus* Alemania, el recurso fue declarado inadmisibile. Respecto al derecho a la vida del no nacido, la Comisión señala que existen tres alternativas: o el no nacido no está cubierto por el artículo 2; o su derecho a la vida está protegido con ciertas limitaciones implícitas; o es reconocido por la Convención como un derecho absoluto.

La Comisión Europea sólo descarta la tercera alternativa, ya que ella obligaría a impedir todo tipo de aborto, incluso el terapéutico, lo que a su vez implicaría otorgar a la vida del no nacido más valor que a la vida de la madre. Sobre esta base, el recurso no podía prosperar, ya que la Comisión Europea concluyó que se trataba justamente de un caso en que el aborto se habría realizado en las primeras etapas del embarazo.

Algunas consideraciones adicionales de la Corte Europea que resulta importante destacar son los siguientes:

La Comisión Europea intentó dilucidar si el artículo 2 protegía al no nacido. Primero constató que los términos “vida” y “toda persona” no estaban definidos en la Convención, y que el criterio literal no era suficiente, ya que tanto el vocablo inglés “everyone” como el francés “toutepersonne”, podrían o no incluir al no nacido. Luego usa un criterio lógico de interpretación, señalando que la utilización de estos vocablos en otras partes de la Convención ilustraría que aquellos no se aplicarían al no nacido. Ello podría apreciarse incluso en el mismo artículo 2 lo cual demostraría que ese artículo en su totalidad no contemplaría la protección de la vida del que está por nacer.

Existe una gran divergencia de opiniones respecto del momento preciso en que la vida comienza: concepción, anidación, viabilidad o nacimiento.

La vida del no nacido no puede considerarse aislada, sin relación con la vida de la madre.

El no nacido no puede tener un derecho absoluto a la vida bajo la Convención, ya que tal alternativa redundaría en la prohibición incluso del aborto terapéutico. Ello significaría valorar más su vida que la de la madre, lo que a su vez implicaría la existencia de una excepción intrínseca en la Convención al derecho a la vida.

Todos los Estados permitían el aborto terapéutico al momento de la firma de la Convención. Resumiendo, si bien la Convención Europea no resuelve el estatus del no nacido en la Convención, si excluye terminantemente la posibilidad del goce absoluto a la vida que prime por sobre la vida y la salud de la madre.

c) Open Door *versus* Irlanda

Este caso fue la primera oportunidad en que la Corte Europea entró a conocer, indirectamente del estatus del no nacido. Algunas instituciones y personas naturales recurrieron contra Irlanda, donde la justicia les prohibió entregar información a mujeres embarazadas acerca de abortos a realizarse fuera de Irlanda. La información se proveía bajo la forma de *non-directivecounselling*. En

teoría al menos, no se fomentaba el aborto, pero se lo presentaba como una alternativa más y se otorgaba la información necesaria para llevarlo a cabo en un país donde fuera legal.

Dada la estructura del recurso, la Corte Europea no se pronuncia directamente sobre el estatus del no nacido en la Convención. El recurso se acepta sobre la base de que las interferencias al derecho a impartir información deben satisfacer todos los requisitos establecidos en el artículo 10. En este caso se cumplió con dos de ellos: limitación prescrita por la ley y dirigida a un fin legítimo, cual fue la protección de la moral, dada la esencialidad valórica del resguardo al no nacido en Irlanda. Sin embargo, la Corte Europea consideró que la resolución judicial impugnada no era necesaria en una sociedad democrática. La jurisprudencia de la Corte Europea ha entendido este requisito como la suma de dos condiciones: apremiante necesidad social y proporcionalidad de la medida en relación a su fin. La Corte Europea afirmó que la resolución judicial irlandesa que se impugnaba no cumplía con esta última condición, toda vez que se trataba de una prohibición absoluta; perpetua; que no consideraba la diferencia entre sólo dar información y promover el aborto; que tampoco tomaba en cuenta el impacto real de esa información en el número de abortos a realizarse, y que la misma información que se prohibía se podía obtener de otras fuentes.

Cabe destacar que más allá de las formalidades, en el fondo el caso estaba esencialmente relacionado al estatus del no nacido. Si la Corte Europea hubiera considerado a aquél como un sujeto protegido por la Convención, poca duda cabe que cualquier información destinada a practicar abortos habría quedado al margen de la protección de la Convención. En efecto, la libertad de información puede limitarse por la Ley cuando ello sea necesario en una sociedad democrática para, *inter alia* la prevención del delito y la protección de la reputación de los derechos ajenos.

Finalmente, cabe destacar que este caso siguió a otro similar ante la Corte Europea de Justicia. Asociaciones estudiantiles repartían información en Irlanda acerca de cómo realizarse un aborto en el Reino Unido. El Tribunal Irlandés que conocía del caso consultó a la Corte Europea de Justicia, la que resolvió que si

bien el aborto era un servicio bajo la Ley comunitaria no era contraria a dicha Ley la prohibición de distribuir información sobre clínicas abortivas. El vínculo con la actividad económica protegida era muy tenue y por tanto no se trata de una verdadera barrera al libre movimiento de servicios, sino de un problema de libertad de expresión, el cual excedía la competencia de la Corte Europea de Justicia.

De esta forma en dos años consecutivos, las principales cortes supranacionales europeas dejaban en pie la estricta normativa irlandesa en materia de aborto, pero advirtiendo que aquella podía impugnarse indirectamente. En otras palabras no sería necesario reconocer un derecho al aborto para atacar la legislación antiabortiva: podría hacerse por sus efectos sobre otros derechos consagrados en la Convención, principalmente el derecho a la libertad de expresión.

d) *Voversus Francia*

Este es un caso que contrasta con los anteriores, por cuanto los hechos en los que se funda invierten completamente la aproximación normalmente utilizada por la Corte Europea en casos de aborto.

La peticionaria es una mujer que sufrió el aborto de una no nacida de más de 20 semanas de gestación, debido a la negligencia de un doctor que se confundió de paciente. Ella alegó la ausencia de un recurso criminal en el sistema jurídico francés para castigar la destrucción no intencional de un no nacido, vulnerando con ello el artículo 2 de la Convención. Ello por cuanto constituiría un incumplimiento del estado francés de proteger mediante la ley el derecho a la vida.

La Corte, luego de declarar abiertamente que no es deseable, ni siquiera posible atendiendo a la situación actual, responder en abstracto, la cuestión de si el niño no nacido es una persona para los efectos del artículo 2 de la Convención, rechaza el recurso sobre la base de que no sería necesario penar criminalmente toda infracción al derecho a la vida cuando aquella no es intencional. Existirían alternativas civiles y disciplinarias. En el caso en cuestión, la peticionaria tenía a su disposición una acción administrativa por perjuicios.

Más allá de la curiosa falta de elaboración acerca de las fundamentales diferencias que existen entre las sanciones criminales y las civiles, el caso en estudio permitió a la Corte Europea realizar una serie de consideraciones de la mayor relevancia:

Al revisar los precedentes en la materia, la Corte Europea concluye que el niño no nacido no es considerado una persona directamente protegida por el artículo 2 de la Convención y que si el no nacido efectivamente tuviera un derecho a la vida, este está implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre. Las instituciones de la Convención no han, sin embargo, excluido la posibilidad de que en ciertas circunstancias, protecciones sean extendidas al niño no nacido.

Determinar cuándo comienza la vida queda dentro del margen de apreciación del que gozan los Estados.

Existiría una tendencia a ir otorgando creciente protección al embrión. En efecto, la Corte Europea toma en consideración documentos, informes y acuerdos más recientes en materia de bioética, particularmente en relación a la necesidad de proteger la vida y los embriones *in vitro*.

Sintetizando, la no exigencia de una sanción criminal para el homicidio no intencional de no nacidos deja a estos en una severa situación de desigualdad. Se hace palpable en los anteriores criterios que la vida del no nacido requiere menor protección que la del resto de los seres humanos. Peor aún, a diferencia de los casos de aborto en que la protección de los derechos de la mujer pudiera servir de justificación a la Corte para no proteger a los no nacidos, aquí no existe derecho alguno que se pueda oponer, o que se pueda ver afectado, por el reconocimiento del derecho de los no nacidos a no ser asesinados en el claustro materno.

Los esfuerzos por el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del *nasciturus*, parte de la necesidad de un cambio desde su conceptualización, así al no existir los mecanismos para la guarda y protección de menores, o aun existiendo, se produce un defectuoso funcionamiento de los mismos, y resulta necesaria la intervención de la administración, en mayor o menor grado, para paliar las situaciones de desprotección social en las que se

puede encontrar el no nacido. En estos casos la administración sólo actúa cuando los anteriores mecanismos no existen o no funcionan adecuadamente, por ello el Estado debe asumir su función tuitiva.

4.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Los derechos de la niñez comienzan a perfilarse justamente desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En su artículo 25 la Declaración señala que la infancia y la maternidad tienen derecho a cuidados y asistencia especiales, y que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de él, tienen derecho a igual protección social.

Las Naciones Unidas establecieron, a nivel internacional, la noción de los derechos humanos cuando aprobaron, en 1948, precisamente la Declaración Universal de Derechos Humanos. A partir de ésta se reconoce que todos los derechos humanos son inalienables, universales, indivisibles, están mutuamente relacionados y son interdependientes.

Así, desde su aceptación por parte de todos los países del mundo, supone una adherencia al principio fundamental de que todos los seres humanos deben ser tratados con igualdad, y es preciso respetar los derechos que poseen de manera inherente, como los son la vida y la dignidad.

A partir de la Declaración, las Naciones Unidas han aprobado diversos instrumentos internacionales vinculantes sobre derechos humanos para conformar el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Estos tratados constituyen el marco para debatir y aplicar los derechos humanos, por medio de estos instrumentos los principios y derechos que definen se han convertido en obligaciones jurídicas para los Estados que deciden vincularse a ellos. El marco también establece mecanismos legales y de otro tipo para responsabilizar a los gobiernos en caso de que vulneren los derechos humanos.

Al hablar de la Declaración Universal de Derechos Humanos es menester referirse a los instrumentos que conforman el marco internacional de derechos humanos, siendo seis tratados los fundamentales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Como corolario se puede mencionar que el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece, en forma específica, que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna, a medidas de protección, tanto de su familia, como de la sociedad y el Estado; que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, y que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Por su parte el PIDESC señala, de manera precisa, que se debe conceder especial protección a las madres, antes y después del parto; que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños y adolescentes, sin discriminación alguna, y se deben proteger contra la explotación económica y social. Los Estados Partes deben establecer, también, los límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado el empleo a sueldo, de mano de obra infantil.

La CDN constituye un gran salto por la forma en que se conceptualizaba a los niños al considerarlos, a partir de ese momento, como sujetos de derechos, dejando de lado la teoría tutelar que los consideraba como “menores”, palabra que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa pequeño, que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad. Con la entrada en vigor de la CDN la norma jurídica y la doctrina se unen para cambiar la visión que se tenía de la infancia hasta el momento, estableciendo que lo que ha de protegerse es el ejercicio integral de los derechos humanos por parte de las niñas, los niños y los adolescentes (Rabanales, 2000, p. 23).

La Convención representa la culminación de décadas de esfuerzo y trabajo de la comunidad internacional en favor de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes y marca un parteaguas en la visión jurídica y el tratamiento

de los derechos de la infancia, convirtiéndose en un piso mínimo de trabajo para salvaguardar los mismos.

Al haber aceptado el cumplimiento de las normas de la Convención, los gobiernos están obligados a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención, a convertir estas normas en una realidad para las niñas y niños y a abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir o conculcar el disfrute de estos derechos. Los gobiernos están también obligados a presentar informes periódicos ante un comité de expertos independientes (Comité de los Derechos del Niño) sobre los progresos alcanzados en el cumplimiento de todos los derechos, pues la Convención reafirma la noción de que el Estado es responsable por el cumplimiento de los derechos humanos, y los valores de transparencia y escrutinio público asociados con ella.

La CDN, junto con las interpretaciones que de la misma realizan los teóricos, integra la doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia a la que ya nos hemos referido. Esta nueva visión de los derechos de la niñez constituye un gran avance en materia de derechos humanos en general. Después de la Convención, las niñas y niños son considerados como seres en desarrollo que juegan un rol fundamental en la familia, en donde se les debe de escuchar y tomar en cuenta, inclusive fomentándose de esta forma la participación de la niñez en la sociedad civil, lo que coadyuva a la construcción de políticas públicas encaminadas a salvaguardar y hacer efectivos estos derechos.

Un elemento central de esta doctrina lo constituye el principio del interés superior del niño o niña, el cual hace referencia al conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizarles a las niñas, niños y adolescentes un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

El término del interés superior es una garantía de que las niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos.

Este precepto tiene, entre otras funciones, las de ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño

y la niña, a orientar a que tanto los padres como el Estado en general, tengan como objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos; a permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto, y coadyuvar a obligar a que el Estado a través de sus políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.

Los derechos de las niñas y los niños que en virtud de la Convención dejan de pertenecer a la esfera del ámbito privado⁹⁷, para convertirse en una obligación que, además de los responsables primarios del niño también compromete al Estado y a la comunidad, ya no en su forma subsidiaria sino de forma directa son:

- a. Derecho a la protección
- b. Derecho a la vida
- c. Derecho a un nombre, a la nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos
- d. Derecho a expresar libremente su opinión
- e. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
- f. Derecho a la libertad de asociación y a celebrar reuniones pacíficas
- g. Derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte
- h. Derecho a no ser separado de sus padres
- i. Derecho a ser adoptado
- j. Derecho a tener protección y asistencia especiales por parte del Estado
- k. Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud
- l. Derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social
- m. Derecho a la educación
- n. Derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y/o a emplear su propio idioma

⁹⁷Luigi Ferrajoli (1999) apunta que en los orígenes de la exclusión de los niñas y niños en el derecho e encuentra una paradoja vinculada a la rígida separación entre la esfera pública y privada, que se genera con el nacimiento del derecho moderno.

- o. Derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes
- p. Derecho a obtener el estatuto de refugiado
- q. Derecho a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexual
- r. Derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- s. Derecho, a no ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.
- t. Derecho a ser tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana
- u. Derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción
- v. Derecho a no participar en conflictos armados

Si bien en la Convención contra la Tortura, así como en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la CEDAW no aparecen los derechos concretos de la niñez, lo relevante es que la CDN recoge justamente los derechos tutelados por estos instrumentos para reconocerlos, también, como derechos humanos de la niñez.

Además de los instrumentos jurídicos vinculantes anteriormente señalados, existen otros instrumentos tanto declarativos como formales que abordan algunos derechos de la infancia, tanto a nivel internacional como regional.

A nivel del sistema de las Naciones Unidas tenemos, en el ámbito formal, la Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, de 1956; la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980, y el Convenio de La Haya relativo a la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopciones Internacionales, de 1993.

Por otro lado, a nivel declarativo, los países han acordado la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de Emergencia o de Conflicto Armado aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1974; la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños en particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, aprobada por la misma.

Por su parte la CEDAW, sólo señala que no tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

A nivel regional, es decir, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), se puede mencionar la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, de 1984; la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, de 1989, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, del 1989.

Por ello, comprender el marco internacional de los derechos humanos es fundamental para promover, proteger y dar cumplimiento a los derechos de la infancia, no sólo porque la Convención sobre los Derechos del Niño forma parte del marco jurídico en la materia, sino además porque ésta recoge todos los derechos humanos de la niñez que aparecían en diversos instrumentos internacionales.

4.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Por lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la redacción del Pacto incorporaba la intención de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de elaborar un documento declarativo de derechos, un tratado vinculante.

La Declaración Universal y el Primer Proyecto de Tratado de Derechos Humanos fueron el resultado del reporte que el Comité de Redacción sometió a la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea General en 1947.

Posteriormente, en 1948, al adoptarse la Declaración, la Asamblea General ratificó la idea de un Tratado de Derechos y solicitó al Consejo Económico y Social que considerara el plan de trabajo de la Comisión de Derechos del Hombre previendo la elaboración de una Carta Internacional de Derechos, en la cual se debería comprender un Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a los derechos del hombre así como sus medidas de aplicación.

Ya en 1950 el propio Consejo transmite el proyecto a la Asamblea General con tres asuntos aun en el tintero, la pertinencia de la aplicación del PIDCP en Estados federales y territorios no autónomos o sujetos al régimen fiduciario, la posibilidad de reconocer derechos económicos, sociales y culturales, y la necesidad de los artículos para su aplicación.

Aun en proyecto de borrador, el Pacto seguía como una intención de los miembros de Naciones Unidas de tener un único tratado que articulara los contenidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Fue en diciembre del anteriormente citado año, cuando la Asamblea General nuevamente se refirió al progreso de la Convención y declaró que el disfrute de libertades económicas civiles y políticas, así como los derechos económicos, sociales y culturales, están interconectados y son interdependientes.

Asimismo se señaló que al estar privado de derechos económicos, sociales y culturales el hombre no representa la persona humana que la Declaración Universal indicaba como ideal del hombre libre.

Fue así como se incluye en el Pacto de Derechos Humanos, derechos económicos, sociales y culturales y el reconocimiento explícito del hombre y la mujer en derechos relacionados, como se establecía en la Carta de las Naciones Unidas.

Tras las discusiones en la Comisión de Derechos Humanos en 1951, la Asamblea General reconsideró el asunto y en 1952 optó por solicitar al Consejo Económico y Social que pida a la Comisión de Derechos Humanos que prepare dos Pactos de Derechos Humanos.

Ambos se someterían simultáneamente a la consideración de la Asamblea General. Uno contendría derechos civiles y políticos, y el otro derechos económicos, sociales y culturales, de esta manera la Asamblea General podía aprobar ambos Pactos y abrirlos simultáneamente a firma, debiendo contener éstos el mayor número posible de disposiciones comunes para enfatizar la unidad del propósito contemplado, y para garantizar la observancia y respeto de los derechos humanos.

En 1952 tras una gran batalla ideológica y filosófica aunada a las dificultades en su redacción, se hacían algunas modificaciones a los derechos del PIDCP; por ejemplo, se añadiría el adverbio arbitrariamente, por lo que respecta a la protección contra la privación de la vida.

En 1963, nueve años después de la entrega del primer proyecto, la Asamblea General invitaría a los Estados a considerar los textos de los Pactos y 3 años más tarde, en 1966, la Asamblea General adoptaría por unanimidad, 106 votos, el texto de ambos Pactos. Los mismos entrarían en vigor 10 años más tarde, en 1976, con dos meses de diferencia.

Por lo que respecta al catálogo de derechos que contempla en PIDCP, se encuentran los asociados a las libertades fundamentales que se incluyeron en las cartas de derechos de finales del siglo XIX y como son la protección contra la arbitrariedad en la aplicación de la ley, la igualdad y las libertades de conciencia, de expresión y de asociación.

Dentro del articulado del mencionado Pacto se encuentra el Artículo 6, mismo que corresponde al Derecho a la vida, prohibición de la privación arbitraria de la libertad y limitación de la pena de muerte y en el Artículo 7, se contempla la prohibición de experimentación médica sin consentimiento, postulado que ha sido

reiterativo cuando se ha hablado a lo largo de este trabajo de derechos fundamentales, dignidad humana y el respeto a la vida, en el ámbito biomédico.

Por lo que respecta a la aplicabilidad del Pacto por parte del Estado mexicano, el Comité dentro de sus atribuciones de monitoreo sobre el cumplimiento de las obligaciones de las que es parte pronunció sus Observaciones Finales en el año 2010 y en donde es de destacar que 166 de esas Observaciones databan del año 1999.

Algunos de los temas versaron sobre la vigencia de los deberes internacionales de México en el sistema jurídico interno; la desigualdad entre hombres y mujeres; la tortura; el arraigo; el régimen de expulsión de extranjeros; la libertad de expresión en riesgo frente a la violencia contra periodistas; la violencia contra la comunidad LGBT; la competencia de los tribunales militares, y, la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones.⁹⁸

Continuando con la observaciones, se señaló la oscuridad del estatus de las obligaciones internacionales de México a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, misma que aún se encontraba en debate en el momento de la emisión de las Observaciones Finales, así como la posible salida a la resolución de conflictos entre el derecho interno y los deberes del PIDCP.

Esta Observación se ha quedado sin materia después de la reforma de junio de 2011. Respecto de las reglas de derogación y la vigencia de las garantías del PIDCP, el Comité emitió Observaciones relacionadas con las excepciones de facto a algunos derechos en algunas regiones del territorio en el contexto de la lucha al crimen organizado y numerosas denuncias cometidas por militares.

Además se expresó la preocupación sobre la penalización del aborto en numerosos estados de la república.

⁹⁸ Blake, "Normative instruments...", op. cit., p. 21. 165 Idem. 166 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del PIDCP, UN Doc CCPR/C/MEX/CO/5, 07.04.2010, párr. 13, en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.MEX.CO.5_S.pdf

Por ello, la ausencia de una prohibición de reservas no significa que sea permitida cualquiera. La cuestión de las reservas al Pacto y al Primer Protocolo Facultativo está regulada por el derecho internacional.

El artículo 19 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece una guía relevante. Ésta estipula que si una reserva no está prohibida por el tratado, o está dentro de las categorías permitidas, un Estado puede formular una reserva siempre que no sea incompatible con el objeto y fin del tratado.

A pesar de que, a diferencia de algunos otros tratados de derechos humanos, el Pacto no incorpora una referencia explícita al examen del objeto y fin, tal examen regula la cuestión de la interpretación y aceptabilidad de las reservas.

Además la situación específica de las normas perentorias del derecho internacional y normas consuetudinarias, el Comité ejemplifica algunos contenidos cuya reserva sería incompatible con el objeto y fin del tratado.

Por ejemplo la esclavitud, la tortura y la que en lo específico interesa privación arbitraria de la vida, además se contempla como parte de la protección a grupos vulnerables la ejecución de mujeres embarazadas o niños.

También la Corte Internacional de Justicia explicó, en relación con el derecho a la vida, que en general la protección de los derechos consagrados en el Pacto no cesa con el conflicto armado. Además de múltiples consideraciones necesarias para determinar la licitud del empleo de armas nucleares, es importante notar que el derecho a la vida se regula en el Pacto, pero también en el derecho humanitario como *lex specialis*, aplicando en materia de Bioética de igual modo.

Se señala el respeto por el derecho a la vida, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida. La medida de qué constituye una privación arbitraria de la vida, sin embargo, es determinada por el derecho interno aplicable siempre con vinculación al Pacto.

En su opinión el juez Weeramantry observó que el derecho a la vida es el centro irreductible de los derechos humanos. Concretamente, haciendo referencia a la Observación General que en esa materia formuló el Comité.

Cualquier interpretación de la protección del derecho a la vida en el contexto del Pacto no podría permitir el empleo de un dispositivo que pueda terminar con una o con 1,000 millones de vidas humanas, toda vez que sería incompatible con el objeto del multicitado Pacto, ya que en palabras del propio juez el primero de los derechos, en tanto que condición de todos los demás, es el derecho a existir.

Finalmente, aunque México debió presentar su Quinto Informe Periódico el 30 de julio de 2002, lo presentó el 17 de julio de 2008. El Comité fijó como plazo para el siguiente informe de México el 30 de marzo de 2014, sin que hasta la fecha de redacción del presente trabajo se haya presentado.

4.2.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En el apartado precedente se habló de la relevancia y surgimiento del PIDCP, así como su estrecha relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que a continuación se hará una breve descripción de éste.

Como se mencionó, la aprobación de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, es el parteaguas en materia de derechos humanos.

Esa reforma va mucho más allá del mero reconocimiento de derechos; implica una nueva decisión política fundamental dentro del sistema constitucional mexicano, que impone la necesidad de que todos los órganos del Estado adopten medidas capaces de garantizar la observancia del marco jurídico internacional atendiendo al principio *pro persona*.

En este contexto es menester dar un esbozo general de lo que es el Sistema de Naciones Unidas, con especial atención a los tratados y los órganos de tratados que lo integran y le permiten erigirse en un instrumento eficaz para la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

Los órganos de tratados tienen la finalidad de supervisar la aplicación de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos; hasta el momento se han creado los siguientes: el Comité de Derechos Humanos (en adelante CCPR, por sus siglas en inglés); el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés); el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés); el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés); el Comité contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés); el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT, por sus siglas en inglés); el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés); el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés), y el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED, por sus siglas en inglés).

Los derechos económicos, sociales y culturales incluyen el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, los derechos de protección a la familia y los menores, el derecho a un nivel de vida adecuada, el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a participar, tener acceso y contribuir a la vida cultural.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está diseñado para proteger y promover el ejercicio de estos derechos y es uno de los tres pilares del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, en conjunto con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los derechos económicos, sociales y culturales se consideran derechos de segunda generación en la clasificación de Karel Vasak⁹⁹, debido a que giran en torno al concepto de igualdad. Son derechos cuya finalidad es obtener una mayor igualdad entre todas las personas, para lo cual es esencial que éstas cuenten con un trabajo digno, una vivienda, un nivel de vida adecuado, acceso a la cultura y, de manera relevante, acceso a una educación de calidad que les permita luchar para obtener todo lo anterior.

El Pacto es el intento de la comunidad internacional por promover el respeto y disfrute de estos derechos, garantizándolos no solamente para los grupos que requieren de protección especial sino para toda persona por igual. El Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor en 1976.

Hasta el día de hoy, han sido 160 Estados los que se han obligado a cumplir con el mismo. Las obligaciones de los Estados conforme al Pacto parecieran fáciles de ejecutar, ya que los Estados Partes deben cumplir con sus obligaciones en la medida de sus posibilidades o, en palabras del artículo 2, primer párrafo, los Estados se comprometen a adoptar las medidas requeridas hasta el máximo de los recursos de que dispongan.

Los Estados Partes del Pacto adquieren la obligación de adoptar medidas encaminadas a que los derechos económicos, sociales y culturales sean plenamente efectivos. Esto es que tienen la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan por todos los medios apropiados para que las personas puedan ejercer y disfrutar plenamente sus derechos económicos, sociales y culturales.

⁹⁹Véase, entre otros, Karel Vasak y Philip Alston, "Pour une troisième génération des droits de l'homme", en *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour*. Ginebra y La Haya, Comité Internacional de la Cruz Roja/MartinusNijhoff, 1984, pp. 837 y ss.

Dicha obligación incluye la incorporación de legislación apropiada, la creación de recursos judiciales o la adopción de medidas de carácter administrativo, financiero, educativo y social que fueran acordes y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Es importante mencionar que esas obligaciones se extienden a todas las partes componentes de Estados federales, sin limitación ni excepción alguna. Esto quiere decir que todas las entidades territoriales, administrativas, provincias, posesiones de ultramar y demás divisiones políticas de un Estado se encuentran obligadas a cumplir con el Pacto.

La obligación de adoptar medidas carece de sentido si no están encaminadas a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. En ese sentido, es claro que las obligaciones de los Estados Partes son de efectividad progresiva.

Según esto, la obligación no demanda que el Estado logre los fines del Pacto de inmediato sino que el Estado adopte medidas que tiendan a lograr, eventualmente, los fines del Pacto, ya que se reconoce que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un plazo de tiempo corto.

La obligación resultante, entonces, es de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr el objetivo del Pacto. No obstante la naturaleza progresiva de las obligaciones del Pacto, éste tiene que establecer una obligación mínima sobre los Estados Partes, o éste carecería de razón de ser. Por ello, se considera que existe una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, en el contexto del *ius cogens*.

El Comité ha establecido en sus observaciones generales cuáles considera que son estas obligaciones. Al respecto, en consonancia con los principios de universalidad, progresividad y no regresión de los derechos humanos, mismos que han sido comentados en diverso apartado.

De la misma manera, el Pacto establece que siempre que existan dos o más disposiciones jurídicas que se refieran a un derecho en particular, sin importar si éstas son domésticas o internacionales, deberán imperar aquellas que otorguen mayor protección al derecho y mayores garantías a las personas que son titulares del mismo.

Las últimas reformas constitucionales en materia de derechos humanos y las posteriores interpretaciones realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación plantean nuevos desafíos para el sistema jurídico mexicano. La inclusión de los Tratados Internacionales en la materia dentro del ámbito constitucionalista supone la necesidad de conocer con mayor profundidad los documentos internacionales, sus razones, alcances e interpretaciones, ya que ahora, es derecho vigente.

Estos cambios implican, una mejora sustantiva en la manera en que el sistema jurídico mexicano reconoce y garantiza los derechos fundamentales de las personas. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene un compromiso aún mayor, ya además de reconocerlos con la amplitud con la que lo hace, México tiene la obligación de brindarles satisfacción de acuerdo con las medidas establecidas en el propio Pacto.

4.2.4. Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del No Nacido

La posibilidad de trasplantes de tejido fetal terapéuticamente eficaces para enfermedades como la leucemia o el mal de Parkinson, plantea nuevos problemas en el debate ético sobre investigación fetal.

Estos problemas son distintos de los abordados en la década de los setentas, que se centraban en procedimientos invasores llevados a cabo por algunos investigadores en fetos vivos y viables.

También son diferentes las cuestiones que se plantearon con el desarrollo de nuevas técnicas de diagnóstico prenatal, como la fetoscopia y la muestra de vello coriónico.

Aunque el uso de tejido trasplantado de un feto luego de un aborto espontáneo o inducido pareciera ser similar al uso de órganos y tejido provenientes de cadáveres, la cuestión moral para muchos es la posibilidad de que la decisión de hacerse un aborto vaya acompañada de la decisión de donar tejido fetal para el proceso del trasplante mismo.

La utilización de tejido fetal humano para trasplantes está basada, en la mayor parte, en una gran cantidad de información de investigación obtenida de modelos experimentales en animales.

Hasta ahora, la cantidad de dichos trasplantes es relativamente pequeña, sin embargo, las aplicaciones constituyen indicios prometedores de investigación clínica para ciertas enfermedades.

Se espera que la demanda de trasplante de tejido fetal para injertos de células del páncreas y neurales aumente, si estudios clínicos más profundos demuestran finalmente que este procedimiento proporciona una inversión a largo plazo del déficit endocrino o neural.

Una de las principales preocupaciones éticas en la actualidad es el potencial de los trasplantes fetales para influir en la decisión de una mujer a hacerse un aborto. Estas preocupaciones se basan, por lo menos en parte, en la posibilidad de que algunas mujeres tengan la intención de quedar embarazadas con el único propósito de abortar el feto y donar el tejido a un pariente o vender el tejido para obtener ganancias económicas.

Otros sugieren que una mujer que ambivalente con respecto a tomar la decisión de hacerse un aborto, podría ser influenciada por argumentos sobre lo que podría obtener si opta por terminar su embarazo. Estas preocupaciones exigen que se prohíba:

- a) La donación de tejido fetal a receptores designados,
- b) La venta de dicho tejido, y;
- c) La solicitud de consentimiento para usar el tejido para trasplante antes de que se haya tomado una decisión final con respecto al aborto.

El proceso del aborto también puede verse influenciado inapropiadamente por el médico. Por lo tanto, se deben tomar medidas a fin de asegurar que las decisiones para donar tejido fetal para trasplante no afecten las técnicas utilizadas para producir el aborto o el momento del procedimiento mismo, con respecto al estado de gestación del feto.

También a fin de evitar un conflicto de intereses, los médicos y los otros miembros del personal de salud que realizan abortos no deben recibir ningún beneficio directo o indirecto de la utilización de los tejidos para investigación o trasplante, obtenidos del feto abortado.

La recuperación y la preservación del tejido utilizado no pueden pasar a ser el principal objetivo del aborto. En consecuencia, los miembros del equipo de trasplante no deben influir o participar en el proceso del aborto.

Existe una ganancia comercial potencial para los que toman parte en la recuperación, conservación, sometimiento a pruebas, preparación y distribución de tejido fetal.

Proporcionar tejido fetal por mecanismos no lucrativos diseñados para cubrir los costos, sólo reduciría la posibilidad de influencia directa o indirecta sobre una mujer para obtener su consentimiento de donación de los restos fetales abortados.

Dentro de las recomendaciones pronunciadas por la Asociación Médica Mundial afirma que el uso de tejido fetal para trasplante todavía está en una etapa experimental y sólo debe permitirse éticamente en algunos supuestos.

La Declaración de Helsinki y la Declaración de Trasplante de Órganos Humanos de la Asociación Médica Mundial son instrumentos ya invocados, toda vez que se refieren al donante y al receptor del trasplante de tejido fetal.

La obtención de tejido fetal se hace de modo consistente con la Declaración de la Asociación sobre Comercio de Órganos Vivos y dicho tejido no se obtiene a cambio de una remuneración económica superior a la que es necesaria para cubrir los gastos razonables.

El receptor del tejido no es designado por el donante.

Se logra una decisión final en relación al aborto, antes de iniciar una discusión sobre el uso del tejido fetal del trasplante. Se establece y garantiza una interdependencia absoluta entre el equipo médico que realiza el aborto y el equipo que utiliza el feto con fines terapéuticos.

La decisión del momento del aborto se basa en el estado de salud de la madre y del feto. Las decisiones relacionadas con las técnicas utilizadas para producir el aborto, como también el momento del aborto en relación al estado de gestación del feto, están basadas en la preocupación por la seguridad de la mujer embarazada.

El personal de salud que toma parte en el término de un embarazo en particular, no participa o recibe ningún beneficio del trasplante de tejido del aborto del mismo embarazo, y, se obtiene consentimiento informado en representación del donante y del receptor, de acuerdo con las leyes vigentes.

Sin embargo, debe hacerse la precisión como en ulteriores ocasiones se ha hecho, que uno de los requisitos fundamentales cuando de trasplante se trata es el consentimiento informado aunque en líneas posteriores se analice a detalle, cabe resaltar que además el embarazo es producto del ejercicio de libertad sexual y dicho derecho no debe interpretarse como la facultad de interrumpir dicho embarazo. Es precisamente que ese derecho de planificación familiar y procreación en cuanto a modalidad relativa a decidir tener o no tener hijos, dígame

que es optar libremente por no ser madre pero tomando las medidas anticonceptivas relativas, no así teniendo la madre el derecho de optar por destruir la vida del ser humano sólo porque no ha nacido.

CAPITULO V

LOS DERECHOS DEL *NASCITURUS* EN LA PERSPECTIVA COMPARADA

5.1. La regulación de los derechos fundamentales del *nasciturus* en los países europeos

5.1.1. España

Dentro del marco jurídico comparado se abordará en primer término la regulación española, lo anterior por los vínculos históricos tan estrechos que se tiene con dicho país, además de la gran influencia en materia jurídica que se tiene con la mayoría de los países de Latinoamérica, no obviando el gran adelanto que sobre materia de protección de derechos fundamentales de no nacidos que tiene.

Como se ha dejado plasmado el derecho a la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y constituye el derecho fundamental, esencial y troncal, sin el que los restantes derechos no tendrían existencia, postura coincidente que la mayoría de los países que se analizarán acoge. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona.

La vida del concebido y no nacido, en cuanto que encarna un valor fundamental garantizado, constituye un bien jurídico protegido según lo establecido por el artículo 15 de la Constitución Española, que conlleva para dicho Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado su carácter de valor fundamental, incluya también, como última garantía, normas penales.

En el ámbito doctrinal se sostiene que la protección de la vida del *nasciturus* no tiene un carácter absoluto y debe ser dispensada dentro de los límites

impuestos por la existencia de otros derechos y bienes que también deben ser ponderados en situaciones excepcionales de conflicto.

Puede mencionarse el caso de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus* entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene comparación con otra alguna dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales que entran en juego.

En el derecho español si bien se sanciona el aborto la doctrina no especifica la determinación de la naturaleza de esa protección. Sin embargo de acuerdo a la Constitución española en el artículo 15 que habla del derecho a la vida, establece que: Todos tienen derecho a la vida ya la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

De acuerdo a la doctrina los derechos fundamentales presentan una doble dimensión, como un conjunto de valores objetivos positivizados de la comunidad - en este sentido se trata de bienes jurídicos fundamentales-y como auténticos derechos subjetivos que garantizan directamente las situaciones y actuaciones individuales.

Por consiguiente, el derecho fundamental a la vida contiene al mismo tiempo el reconocimiento de un derecho subjetivo a quien tenga capacidad para ser titular del mismo (la persona, esto es, los nacidos) y la identificación de un bien jurídico protegido constitucionalmente (la vida humana en toda su evolución y desarrollo).

En cuanto al *nasciturus* sólo se presentaría el segundo elemento, aunque no toda la doctrina española está de acuerdo con que el *nasciturus* no tiene un "derecho subjetivo a la vida". En todo caso, la mayoría de los autores son de la

opinión que no se llega a reconocer al *nasciturus* la calidad de titular del derecho a la vida.

Así, otra de las posturas es que los derechos de la personalidad del *nasciturus* se reducen al campo patrimonial, conforme a los artículos 627 y 959 del c.c. español.

Los argumentos en virtud de los cuales se señala que el *nasciturus* no tiene un derecho subjetivo a la vida se pueden resumir de la siguiente manera:

La posición del Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 11 de abril de 1985, que señala: "... no pueden estimarse para fundamentar la tesis que al *nasciturus* corresponda también la titularidad del derecho a la vida (...) es un bien jurídico (la vida del *nasciturus*) constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra normativa fundamental".

También se plantea que en principio podría sostenerse que el artículo 29 del c.c. español establece un derecho subjetivo a la vida del *nasciturus*. Ello se debe a que conforme a la disposición citada "el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables" y como la patria potestad le es favorable al menor, entonces de ello se desprende que es perfectamente posible la patria potestad sobre el *nasciturus*.

Sin perjuicio de lo anterior, también se termina señalando que esta conclusión es sólo aparente, ya que el padre no podrá ejercer la patria potestad sobre el menor, como la educación, guarda, etcétera.

Otro argumento que se ha dado para negarle al *nasciturus* el derecho a la tutela judicial es que a éste no puede considerársele como comprendido dentro de la expresión "todos" utilizada en el artículo 15 de la Constitución española. Ello se debe a que en la mayoría de los tratados internacionales y textos sobre derechos humanos la palabra todos se refiere a personas.

Existe alguna jurisprudencia ilustrativa en tal sentido, como el fallo del Tribunal Europeo de 1973 en *Roe V. Wade*.

Por el contrario los argumentos a favor de la existencia de un derecho subjetivo a la vida del *nasciturus* versan principalmente en lo siguiente:

Los derechos del *nasciturus* están considerados en el aludido artículo 15 de la Constitución. Así el argumento en virtud del cual la expresión "todos" de la referida disposición excluye al no nacido no parece para nada concluyente, ya que se ha señalado que otros textos de similar naturaleza, como la Declaración Internacional de los Derechos del Niño entienden que dicha expresión comprenderá al no nacido.

Otro argumento a favor de la aplicación del artículo 15 de la Constitución es el rechazo a la modificación planteada por la Comisión Parlamentaria en la discusión del mismo artículo, que presentó una solicitud de enmienda en el sentido de sustituir la frase todos tienen derecho a la vida, por las personas. Sin embargo, dicha enmienda no prosperó en el Pleno del Congreso que retomó el texto original. En consecuencia, el pleno no quiso restringir la aplicación del artículo 15 de la Constitución solamente a las personas. De ello, se puede interpretar que su deseo era extender los alcances de la norma a aquellos a los que en esa época no se les consideraba como personas, es decir al *nasciturus*.

La doctrina por su parte señala que, la palabra todos utilizada por el referido artículo, comprende a los concebidos, aún no nacidos. Esta posición tiene cierto sustento en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 del 11 de abril que señala: "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensiblemente configuración humana, y que termina en la muerte (...) la Constitución protege la vida".

Siguiendo este posicionamiento los artículos 15 de la Constitución y 29 del c.c. serían contradictorios. De esta forma, el artículo 15 de la Constitución derogaría tácitamente al artículo 29 del c.c. Ello se debe a que el artículo 29 del c.c. al establecer que "el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables", condiciona dicho efecto al cumplimiento del artículo 30 del c.c.

Así, conforme a los referidos artículos 29 y 30 del C.c., el ordenamiento jurídico español exige para ser declarado como persona, al menos el hecho del nacimiento. Además, para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere forma humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Por lo que respecta al derecho autonómico, el Real Decreto-Ley de 26 de diciembre de 1975, agregó a la Ley 63 del Fuero Nuevo de Navarra el siguiente inciso: corresponde al padre o, en su defecto, a la madre la defensa de los intereses de los hijos concebidos y no nacidos, e incluso de los no nacidos. A su vez, la Ley 63 reconoce la igualdad entre los padres otorgando a ambos la defensa de los intereses y las expectativas de los hijos concebidos y no nacidos e incluso de los no concebidos. Sin embargo, esta última facultad, de acuerdo al considerando 3º de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1995, no está considerada como una función inherente a la patria potestad.

La sentencia anteriormente aludida del Tribunal Constitucional de fecha 11 de abril de 1985 (STC 53/1985) señala que existe un derecho a la vida del *nasciturus*, pero le niega la calidad de derecho subjetivo. Así el referido fallo señala: "... no pueden estimarse para fundamentar la tesis que al no nacido corresponda también la titularidad del derecho a la vida (...) es un bien (la vida del *nasciturus*) jurídico constitucional protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental".

El fallo precedentemente indicado fue especialmente relevante en España. Dicho fallo decidió sobre la constitucionalidad de la iniciativa que pretendió ampliar los supuestos de aborto voluntario.

La referida sentencia estimó que el Proyecto de modificación del artículo 417 bis del Código Penal era incompatible con el artículo 15 de la Constitución española. Además, agrega en forma categórica: "... por lo que ha de concluirse que la vida del '*nasciturus*', en cuanto éste encarna un valor fundamental la vida

humana garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional".

De la referida sentencia se desprenden las siguientes conclusiones: (i) la vida es un proceso que refleja un status jurídico público y privado. (ii) La gestación arroja un *tertium* distinto de la madre, aunque alojado en su seno. (iii) El nacimiento marca un hito de importancia que representa el inicio de la vida en sociedad. (iv) Finalmente el *nasciturus* adquiere con plenitud la vida humana al tener una vida independiente de la madre.

Pero, a diferencia de la tesis alemana, el Tribunal Constitucional español no acepta que la titularidad del referido derecho sea del *nasciturus*.

Con anterioridad al referido fallo, el Tribunal Constitucional había señalado, mediante la sentencia de 27 de junio de 1984 (75/1.984), que "no hay inconveniente en reconocer (...) que según este precepto (el artículo 15 de la CE), la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección". Sin embargo, la misma sentencia agrega a renglón seguido: "... pero de esta premisa no se sigue, en modo alguno, que los particulares tengan al respecto otros deberes sancionados que el de abstenerse de aquellas conductas que la ley penal castiga".

Así, el rechazo del Tribunal Constitucional hacia la titularidad de los derechos del *nasciturus* afectaría al derecho objetivo de tal forma que es incongruente sostener límites de plazos para el aborto voluntario. De esta forma, como consecuencia lógica de lo anterior, se puede llegar a la conclusión que el derecho al aborto voluntario es absoluto.

A su vez, el referido autor agrega que de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende que la vida del concebido es un bien jurídico protegido por el Derecho, obligación que recae en primer lugar sobre el Estado. Pero el *ius punendi* contra los particulares, que atenten contra este derecho, goza de una penalización inferior a los delitos contra la vida.

Por otro lado, se parece reconocer el valor que tiene la vida del *nasciturus* sólo a través de una norma jurídica objetiva. Así se obviaría el problema del contenido de los derechos fundamentales, ya que su sustento constitucional estaría en la emanación de un valor objetivo de la CE.

Por otro lado, como la vida es un proceso, la intensidad de la tutela del Estado va aumentando en la medida que se tiene certeza sobre la calidad de persona del *nasciturus*. En resumen, esta posición señala que el eventual derecho del *nasciturus* a no ser destruido estaría protegido por un derecho objetivo y más que un derecho fundamental, se trataría de un derecho constitucional.

Además, este derecho constitucional estaría subsumido dentro del derecho de la madre a tomar sus propias decisiones sobre su cuerpo. En definitiva, se establecería una tercera posición que podríamos denominar intermedia. Dicha posición pretende proteger al *nasciturus* por medio de los derechos de la madre.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que se hace bastante difícil proteger los derechos del *nasciturus* a través de la madre, ya que en la generalidad de los casos la colisión de intereses se va a producir precisamente con ésta.

Finalmente, dicha teoría puede dar lugar a una cuarta posición, en virtud de la cual los derechos de la madre se van diluyendo en la medida que existe una mayor certeza respecto del nacimiento del *nasciturus*. Sin embargo, se le puede objetar a esta posición las siguientes consideraciones:

- (i) Esta posición es inconsciente, ya que si se hace predominar el derecho de la madre sobre su cuerpo, la limitación temporal de este derecho no tendría fundamento alguno.
- (ii) Esta posición es contradictoria, ya que señala que se protege al *nasciturus* a través de la protección de la madre, pero posteriormente frente a terceros, como el Estado o los particulares, el fundamento de la protección del derecho es nuevamente la vida del *nasciturus*.

- (iii) La solución de la protección temporal de los derechos del *nasciturus* es una solución práctica, más que teórica.

Esta posición trata de conciliar dos posturas, teóricamente contrapuestas, como el predominio de los derechos del *nasciturus* y la predominancia de los derechos de la madre. A su vez, el fundamento número 5º de la sentencia de 11 de abril de 1985 del Tribunal Constitucional es totalmente opuesto a esta posición.

En consecuencia, la Constitución española está atribuyendo un derecho y protegiendo un bien jurídico a través de un derecho. El problema es determinar el alcance del término "todos" que ocupa la disposición en estudio. En caso que se entienda que dicha palabra considera al *nasciturus*, se plantea de inmediato el problema de la constitucionalidad del aborto, ya que un derecho no puede depender de la voluntad de un tercero, aunque sea la madre.

En otra perspectiva, los criterios que la sostienen sugieren que el derecho a la vida del *nasciturus* está protegido a través del artículo 10 de la Constitución, dentro de la dignidad humana.

Otro aspecto a analizar con relación a los derechos del *nasciturus*, es el determinar si se decide proteger los derechos de éste, hasta dónde se protegen. Ello por supuesto dependerá, si se considera que el no nacido tiene o no derecho a la vida.

Si se estima que no tiene un derecho a la vida, bastará la simple voluntad de la madre para impedir que se desarrolle su vida intrauterina. Esta tensión entre el derecho eventual a la vida del *nasciturus* y la libertad de la madre ha sido resuelta como se verá en apartados subsecuentes, de diferentes formas en el Derecho comparado.

En síntesis, aparte de reconocer o rechazar el derecho a la vida del *nasciturus* se puede adoptar una tercera posición en virtud de la cual los derechos de la madre irán cediendo a favor del no nacido en la medida en que éste se vaya

desarrollando. También existe una cuarta posición, en virtud de la cual los derechos del *nasciturus* estarán comprendidos dentro de los derechos de la madre.

En el ámbito legislativo el posicionamiento del Ministerio de Justicia ha manifestado en la exposición de motivos para el anteproyecto de la Ley orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada o mejor conocida como Ley Gallardón, discurre al manifestar que el peligro para la salud de la mujer, especialmente en los casos en que viene originado o se ve agravado por la situación de angustia o necesidad que deriva de la gestación y el futuro nacimiento del niño, puede ser muy diferente según cuáles sean sus circunstancias personales, familiares, económicas y sociales, sin que sea tampoco igual, en todos los supuestos, la disposición personal de la madre a anteponer la vida de su hijo a sí misma.

A virtud de ello, son diversos los factores que pueden desencadenar la situación de conflicto así como el potencial peligro para la vida y salud de la mujer y que pueden llevar a despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, no pudiendo la Ley proporcionar, en este punto, una medida objetiva y única que resulte aplicable a todos los casos por igual.

No obstante, el propio anteproyecto refiere que el Código Penal contempla un régimen de límites y garantías para la despenalización del aborto, precisamente para proteger tanto al *nasciturus* como a la mujer embarazada, lo que sirve, a su vez, para dar seguridad jurídica a los profesionales sanitarios que vayan a participar o intervenir en la interrupción voluntaria del embarazo.

Además, se exige la acreditación de la situación de conflicto de manera exhaustiva, ello para no dar margen a la especulación, se deberá presentar un informe detallado, motivado y previamente emitido por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la vida o salud de la mujer, distintos de aquél que practique la interrupción voluntaria

del embarazo o bajo cuya dirección ésta tenga lugar, y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo.

Dicho informe debe discurrir sobre la existencia de un grave peligro para la vida o de un menoscabo importante para la salud física o psíquica de la mujer, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento -STC 53/1985-.

Empero, será suficiente que el informe sea realizado por un solo médico cuando el peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen si el embrión presenta una anomalía fetal incompatible con la vida, entendiéndose como tal, según la definición realizada por la Comisión de Bioética de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, aquella que previsible y habitualmente aparezca asociada con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, debiendo acreditarse la misma con otro informe emitido por un médico especialista en la materia.

Además, dicha intervención deberá procurarse dentro de las veintidós primeras semanas de gestación; también, podrán realizarse después de ese plazo, si las anomalías incompatibles con la vida del feto no se hubieran detectado o podido detectar, con un diagnóstico certero, antes de ese plazo, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto.

En los demás supuestos, pasado ese límite, lo adecuado será la práctica de un parto inducido pues, conforme señala la Organización Mundial de la Salud, a partir de ese momento, la vida del concebido ya es susceptible de desarrollarse de forma independiente a la de la madre.

Por otra parte, el aborto debe ser realizado por un médico o bajo su dirección y en centros o establecimientos médicos que reúnan las condiciones adecuadas y estén acreditados a tal efecto.

Si, por una parte, es necesario delimitar de forma rigurosa los supuestos en los que el aborto viene despenalizado por la Ley, por otra, no puede perderse de vista el hecho de que la mujer que se enfrenta a la decisión de interrumpir su embarazo es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal, y que la imposición de una sanción penal constituye un reproche excesivo que deviene, por ello, injustificado.

Por esta razón, la Ley excluye la punibilidad, pese a su carácter ilícito, de la conducta de las mujeres que se causan o que deciden someterse a la práctica de la interrupción voluntaria de su embarazo fuera de los supuestos despenalizados.

Con carácter general, ningún aborto puede ser llevado a cabo sin el consentimiento de la mujer. Por ello, cuando no concurre su consentimiento o se ha obtenido mediante intimidación o engaño, el rigor penal debe ser incrementado pues, entonces, no solamente se atenta contra la vida del no nacido, sino que también entran en juego otros bienes e intereses jurídicos de primer orden, como son la integridad física de la mujer y sus legítimas expectativas de maternidad y de desarrollo de su libre personalidad.

La mujer, con independencia de su edad, debe expresar su voluntad en la toma de decisiones que le afectan directamente. Pero, el ejercicio libre de la facultad de decidir y consentir requiere de una madurez que no puede ser presumida en el caso de mujeres menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada.

Para tal efecto se establece que, si fueran menores entre 16 y 18 años, no emancipadas o mayores de edad sujetas a curatela, se requerirá su consentimiento y el asentimiento de los titulares de la patria potestad, tutor o curador, según proceda. Si fueran menores de 16 años o mayores de edad sujetas a tutela, además de su manifestación de voluntad, se precisará el consentimiento de sus progenitores, si ejercieran la patria potestad, o de su tutor.

Paralelamente, se introduce en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, un procedimiento civil que permitirá reconocer judicialmente

la suficiencia y validez del consentimiento prestado por estas mujeres o resolver lo que proceda, para la protección de su interés, dependiendo de sus circunstancias, en los casos excepcionales en los que, no existiendo peligro vital para ella, no sea posible recabar el de sus padres, tutor o curador, o ello esté desaconsejado por las circunstancias del caso, o cuando aquéllos mantengan opiniones diferentes.

De lo anteriormente esgrimido el Ministerio de Justicia consideró esencial garantizar en el mayor grado posible la libertad de la mujer frente a la adopción de una decisión al respecto. Paralelamente, la protección de la vida del *nasciturus* debe reforzarse mediante la recomendación para ofrecerle alternativas existentes respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, para resolver los conflictos originados por su embarazo,

Además se contempló que se debe transmitir información clínica sobre los posibles riesgos y secuelas de la intervención, debiendo mediar un plazo de reflexión de, al menos, siete días entre el asesoramiento asistencial y la información clínica y la prestación del consentimiento expreso de la mujer a la interrupción voluntaria de su embarazo.

Con esa finalidad, fue presentado la modificación a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Se garantiza la prestación, a todas las mujeres que se encuentren en situación de conflicto, de un asesoramiento asistencial y una información clínica personal, individualizada y verbal o en la forma que les resulte accesible atendiendo a su edad, madurez y circunstancias, a realizar por médicos, profesionales sanitarios y de servicios sociales, distintos e independientes de aquél que realice el aborto o que lo dirija.

Junto a todos estos límites y garantías para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados por la ley, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad promueve, por una parte, la disminución de los embarazos imprevistos, así como la formación afectivo-sexual,

mediante políticas de formación, información y prevención, y por otra parte, el asesoramiento socio-económico que debe ofrecerse a las mujeres embarazadas.

Además, se mantiene un conjunto de garantías relativas, por un lado, al acceso efectivo a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados por la ley, al incluirse en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la cartera común básica de servicios del Sistema Nacional de Salud y, por otro, a la protección de la intimidad y confidencialidad de las mujeres. Con su incorporación en la cartera común básica de servicios del Sistema Nacional de Salud, se asegura la cobertura en tiempo de esta prestación por dicho Sistema, a través de servicios propios o concertados, con las garantías de calidad y seguridad del paciente establecidas por la normativa reguladora de la cartera de servicios.

Se regula expresamente en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, el derecho de los profesionales sanitarios, por cuenta propia o ajena, a abstenerse, por razones de conciencia, de participar o colaborar en la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados. Tras comenzar a prestar sus servicios en un centro o establecimiento médico, público o privado, acreditado para la interrupción voluntaria del embarazo, deben manifestar su objeción, anticipadamente y por escrito, quedando incluida tal decisión en su expediente personal, con la debida reserva y confidencialidad.

Por último, se prohíbe en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la publicidad de los productos, procedimientos o servicios que tienda a difundir la práctica del aborto.

La Ley se estructura en siete artículos, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

La disposición derogatoria deja sin efecto la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Las disposiciones finales se refieren al carácter orgánico de la Ley y al título competencial, a la habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario, al ámbito territorial de aplicación de la Ley y a su entrada en vigor, que se fija al día siguiente de su publicación.

5.1.2. Alemania

La legislación alemana es una de las más protectoras del embrión en el mundo, porque el recuerdo de la barbarie nazi aún no se ha borrado de la conciencia colectiva. Por otra parte, el respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Carta Fundamental), es la base de toda la legislación germana. En el Código Civil, el artículo 1, contiene la cláusula general de atribución de personalidad al nacimiento, conforme a la cual no se es persona, ni por lo tanto sujeto de derechos, sino desde que se nace.

Sin embargo, no contiene ninguna cláusula general de reconocimientos de derechos (subordinados al nacimiento) a favor del concebido, limitándose al establecimiento de una serie de disposiciones singulares sobre su situación jurídica.

Debido a la orientación amplia y general de los preceptos constitucionales que se refieren a la dignidad humana y a la vida, para el amparo del embrión in vitro se consideraron o bien demasiado restrictivos o demasiado permisivos, por lo que no podían satisfacer las necesidades o prevenir los riesgos que derivan de las distintas formas de biotecnología sino de manera insuficiente.

Así, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional se dejaba abierta la posibilidad en demasía, respecto a la protección jurídica entre la fecundación y la anidación, por lo tanto, la determinación del status jurídico del embrión humano aún no implantado se convertía en un imperativo.

La Ley de Protección de Embriones de 1990, pretende dotar al embrión de un status jurídico definiendo lo que se entiende por embrión y enunciando las

prohibiciones fundamentales, sancionadas penalmente, que aseguran al embrión una protección mínima, principalmente frente a los investigadores.

El ámbito de aplicación de los preceptos contenidos en la Ley cesa con la anidación del embrión en el útero, momento en el cual comienza la violación de las normas del Código Penal relativas a la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que ha sido duramente criticada y calificada como un ejemplo aberrante, donde la regla es la criminalización y la excepción los ámbitos de libertad.

Por ello, para los efectos de esa Ley (art. 8) el embrión se considera al óvulo humano fecundado que es capaz de desarrollarse a partir de la fusión de los núcleos. El mismo término se aplica a toda célula totipotente que, extraída de un embrión, y, en presencia de ulteriores circunstancias, esté en grado de subdivisión y, desarrollándose, puede formar un individuo.

El óvulo humano fecundado se considera vital durante las primeras 24 horas siguientes de la fusión del núcleo celular, salvo que, antes de cumplirse este período de tiempo, sea verificada la imposibilidad de desarrollo, además del estado unicelular.

Lo que está fuera de duda es que el ser humano, antes del nacimiento, no debe ser considerado como una cosa y por tanto ser objeto de un derecho de propiedad.

Respecto al desarrollo legislativo del status jurídico del embrión, en el país en comento se puede abordar desde varias perspectivas.

a) *La reimplantación.*

La reimplantación se considera la finalidad normal del embrión concebido mediante fecundación in vitro. Se castiga con pena privativa de la libertad o pecuniaria tanto la fecundación artificial de un óvulo humano para cualquier fin distinto de llevar a término un embarazo en la mujer de la cual el óvulo fue

extraído como el desarrollo extracorporal de un embrión con una finalidad distinta de la de llevar a cabo un embarazo.

Sin embargo, la ley no pretende determinar las condiciones en las cuales un embrión puede ser conservado para una posterior reimplantación. Se limita a disponer que la conservación de embriones sólo podrá realizarse por personal especializado, constituyendo delito la violación de esta disposición.

Se pretende limitar la producción de embriones sobrantes prohibiendo la fecundación de más óvulos de los que puedan ser transferidos a una mujer en el curso de un ciclo.

b) *La donación de embriones.*

No se establece una prohibición general de la donación de embriones, con excepción de dos supuestos, el primero donde se castiga a toda persona que fecunde un óvulo in vitro con una finalidad distinta de la llevar a término un embarazo en la mujer de la cual se ha extraído el óvulo y cuando se prohíbe extraer un embrión antes de su completa implantación en el útero, con el propósito de transferirlo a otra mujer o usarlo para un fin distinto que no sea su preservación.

Para un sector de la doctrina penal, la prohibición de donación de óvulos y de la fecundación in vitro con transferencia de embriones no se compadece con el anclaje constitucional de estas técnicas, y supone una limitación al derecho fundamental a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, sólo explicable en base a criterios éticos o religiosos carentes de legitimidad en un Estado de Derecho.

También se menciona que, su configuración como ilícitos penales vulnera absolutamente todos los límites infranqueables de la intervención punitiva.

Además, se prohíbe el comercio de embriones al sancionar la venta, disposición, adquisición o uso de embriones para cualquier fin distinto de su conservación.

El único supuesto que ha quedado fuera de las previsión del legislador es aquel de la producción, por cualquier causa, de embriones sobrantes respecto de los cuales no se decida una implantación en la mujer de la que se ha extraído el óvulo, y ello porque en este caso se plantea una doble alternativa: admitir la donación de embriones, lo cual es contrario a la intención del legislador, o dejarlos morir, con lo que se enfrentaría el principio de tutela de la vida humana desde la fecundación que inspira el cuerpo legal.

c) Las intervenciones sobre el embrión.

En el Informe que acompañó a la Ley, Informe Benda, se señala que con la fecundación se inicia el desarrollo de una nueva vida humana. Cualquier actividad relativa a los embriones humanos, también en los estadios celulares precoces, debe ser examinada en función de su conformidad con el principio constitucional que tutela dignidad humana como máximo valor.

A partir de esta premisa, la prohibición de intervenciones sobre el embrión con finalidad de investigación o experimentación se convierte en uno de los pilares básicos de la Ley.

Como principio general se establece la prohibición de fecundar o extraer embriones con un fin distinto al de asegurar su supervivencia y además se castigan las siguientes conductas:

- 1) La manipulación de embriones con finalidad distinta de su conservación;
- 2) La intervención sobre el embrión para modificar su cromosoma sexual, salvo en los casos en que se trate de evitar ciertas patologías graves ligadas al sexo y reconocidas oficialmente como tales;

3) La creación de embriones con gametos que hayan sufrido algún tipo de alteración genética; y,

4) La clonación y la formación de quimeras e híbridos.

Por lo que respecta al número 3), hay que señalar que el Informe Benda había considerado lícita la terapia genética en la línea somática, pero no en la línea germinal debido a los potenciales peligros que supone para el embrión y su descendencia.

Sin embargo, no recomendaba el establecimiento de un tipo penal para su prohibición, sino su configuración como infracción administrativa, en la hipótesis de que en un futuro las posibilidades de aplicación de esta técnica fueran absolutamente favorable para los sujetos.

La utilización de embriones para la extracción y donación de sus células, tejidos u órganos no se encuentra regulada en dicha Ley, sino por el Código Médico de 1987. En dicha regulación sólo se autoriza la extracción y donación de células o tejidos de embriones o fetos muertos, previo consentimiento de los padres.

d) Instancias de control.

La Ley no crea un órgano federal encargado del control de estas prácticas por lo que éste recaerá sobre los organismos profesionales regionales.

Por lo que respecta a los criterios emitidos por el máximo Juzgado Alemán, el argumento precursor del Tribunal Constitucional Federal Alemán, respecto a la protección del derecho a la vida, se encuentra plasmado en la sentencia pronunciada por la Primera Sala en la sentencia BVerfGE 39,1.

Señala que en la búsqueda de un equilibrio que proteja la vida del *nasciturus* y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada la libertad de interrumpir el embarazo, la interrupción del embarazo constituirá siempre la destrucción de la vida del no nacido, por ello en el ejercicio ponderativo deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución de aquel país.¹⁰⁰

Así y tomando el Tribunal Constitucional el Art. 1, párrafo 1 de la ley Fundamental como referente, la decisión concedió preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión, frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada.

Ciertamente, algunas de las posibilidades de desarrollo personal pueden verse afectadas por el embarazo, el parto y la educación de los hijos. En cambio, mediante la interrupción del embarazo la vida del no nacido es destruida. Siguiendo el principio del más moderado equilibrio, cuando concurren posiciones protegidas constitucionalmente, considerando el principio del Art. 19, párrafo 2 de la ley Fundamental, debe concederse a la protección del *nasciturus* la preeminencia.

Finalmente, esta preferencia se ha hecho perdurar fundamentalmente durante todo el tiempo del embarazo, ya que no puede ser puesto en entredicho durante un periodo determinado.

5.1.3. Francia

Ahora es momento de analizar el estudio que el estado francés ha realizado en torno al *nasciturus*, en primer término se hará referencia a los establecido en el Código Civil de dicho país.

¹⁰⁰BVerfGE 35, 202 [225], consultado el 11 de enero de 2015.

El Código Civil (C.c.) francés no contiene una cláusula general determinante del comienzo de la personalidad legal, por lo tanto las reglas aplicables en la materia han sido deducidas de disposiciones particulares relativas a la capacidad para suceder (Art. 725 C.c.), a las donaciones (Art. 906 C.c.), y accesoriamente, a las acciones de filiación (Art. 311.4 C.c.), convertidas en principio general. De acuerdo con este principio no hay personalidad legal sino a partir del nacimiento, y bajo la condición que el niño nazca vivo y viable. Por razones de orden práctico, la personalidad jurídica es negada al niño nacido muerto o al embrión o feto no viable.

Para los efectos puramente patrimoniales y de protección familiar, la adquisición de la personalidad se retrotrae a la fecha de la fecundación en beneficio del concebido, lo que es entendido por la doctrina, como una adquisición de la capacidad sometida a la condición suspensiva de nacer vivo y viable, o por un sector minoritario, como un reconocimiento de la personalidad jurídica del *nasciturus* desde el momento de la concepción.

El beneficio de la retroactividad no plantea dificultad alguna en el ámbito de la fecundación in útero, donde no se produce ninguna interferencia entre la fecundación y la gestación. En cambio, la fecundación in vitro y la posibilidad de congelación de los embriones plantea la disociación entre fecundación y gestación, dificultando el mecanismo de la ficción.

En cuando al derecho a la vida, el legislador francés no interviene sino parcialmente en la materia, dotando a éste y a la integridad física de una reglamentación in completa e insuficiente en las Leyes de 1975 y 1979, sobre la interrupción del embarazo, y la Ley de 1976, relativa a extracción y trasplante de órganos.

Dicha regulación, resultaba insuficiente para resolver los problemas derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y en especial, de la fecundación in vitro, concediendo al embrión humano un status

especialmente ambiguo: objeto de derecho en su inicio, y posteriormente, y según la etapa de su desarrollo, sujeto de derecho.

Así, la regulación del estatuto jurídico del embrión, encuentra su antecedente en 1994 a través de dos leyes a saber:

1. La Ley nº 94-653, Relativa al respeto del cuerpo humano; modificándose para ello disposiciones del Código Civil y del Código Penal.
2. La Ley nº 94-654, Relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal; por la que se modifican determinados preceptos del Código de la Sanidad pública afectando a la regulación sobre trasplante de órganos, a las técnicas de reproducción asistida y al diagnóstico prenatal.

El legislador francés optó por una regulación especial de estas cuestiones, pero en un ejemplo de técnica legislativa, separó los tres ámbitos del ordenamiento jurídico especialmente afectados por aquéllas (civil, administrativo y penal), e introdujo en los cuerpos legales de cada uno de ellos las respectivas modificaciones.

En la elaboración de estas leyes estuvo presente la necesidad de definir el estatuto jurídico del embrión humano. Sin embargo, la imposibilidad de reconciliar las posturas de quienes defendían al embrión como sujeto de derechos y quienes lo equiparaban a una cosa, llevó al legislador a abandonar la idea de un pronunciamiento expreso en esta materia, considerando prioritaria la protección jurídica del embrión.

La nueva redacción del artículo 16 del Código Civil (“La ley asegura la primacía de la persona, prohibiendo todo atentado a la dignidad de la misma y garantizando respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”), afirma la inviolabilidad y la no patrimonialidad del cuerpo humano, y parece adoptar una diferenciación entre la “persona”, que supone una conciencia de sí misma y cuya

cualesidad jurídica principal es la dignidad del ser humano (embrión y feto), al cual se le garantiza su respeto.

Por lo tanto, el respeto debido al embrión sería una especie de dignificación anticipada que posibilitaría una tutela objetiva del ser humano, independiente del momento a partir del cual el ordenamiento jurídico le reconozca capacidad jurídica y en consecuencia condición de sujeto de derechos.

En ese sentido, en el artículo 16.4 del Código Civil, se prohíbe todo atentado a la integridad de la especie humana, en particular, las prácticas eugenésicas tendientes a la organización de la selección de personas y la transformación de los caracteres genéticos con el propósito de modificar la descendencia, sin perjuicio de las investigaciones que tengan por finalidad la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas. Por lo tanto, quedó prohibido el eugenismo colectivo, y la terapia genética en línea germinal.

Sin embargo, la consideración del *Conseil Constitutionnel* respecto de los embriones fecundados in vitro fue distinta y *grosso modo* el legislador manifestando que la concepción, la implantación y la conservación de embriones fecundados in vitro deben gozar numerosas garantías, sin embargo no ha considerado que deba ser asegurada la conservación, en todas circunstancias, y por una duración indeterminada de todos los embriones ya formados; el principio de respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida no ha de ser aplicable a los embriones in vitro; y, en consecuencia, el principio de la igualdad tampoco es aplicable a estos embriones.

En este sentido, se sugirió al legislador, durante el proceso de discusión la conveniencia de consagrar en el texto legal la distinción entre cigoto y embrión propiamente dicho, para delimitar los diferentes ámbitos de protección en función del estadio de desarrollo embrionario. Esta propuesta fue rechazada y se optó por no adoptar la noción de pre embrión.

Así, la legislación de 1994 estableció los límites a la utilización del embrión humano, especialmente del concebido in vitro, y lo hizo caso por caso, en función del estado de las técnicas y de los intereses existentes.

En lo tocante al desarrollo legislativo del estatuto jurídico del embrión, respecto a la reimplantación se partió de la premisa que dicho procedimiento es considerado como el destino principal de los embriones.

Se sostenía que un embrión únicamente puede ser concebido in vitro en el marco y según las finalidades de una asistencia médica a la procreación, sin que pueda procederse a la concepción si, al menos uno de los gametos, no proviene de uno de los dos miembros de la pareja.

Esta asistencia médica está destinada a responder a la demanda parental de una pareja y puede tener dos objetivos, por un lado remediar la infertilidad en la cual el carácter patológico haya sido diagnosticado y por el otro evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave.

La pareja decidía por escrito que fuera intentada la fecundación de una cantidad de óvulos no determinada en la ley, pudiendo decidir la conservación de los embriones sobrantes, con la intención de realizar su demanda parental en un período de cinco años.

En el artículo 9 dispone que los embriones existentes a la fecha de la promulgación de dicha ley, sobre los cuales se verificase que no fueran objeto de una demanda parental, que además no existiera oposición a una posible aceptación por parte de otra pareja y que cumplan las reglas de seguridad sanitaria en vigor al día de su transferencia, pueden ser confiados a una pareja cumpliendo las condiciones previstas legalmente.

Únicamente cuando este acogimiento (“l'accueil de l'embryon”) es imposible, y el tiempo de conservación del embrión es al menos de cinco años, se permite poner fin a dicha conservación.

Por lo que respecta a las intervenciones sobre el embrión, la legislación francesa se pronuncia bajo el propósito de mantener la vigencia del principio de respeto al ser humano desde el comienzo de la vida, la utilización de embriones o fetos humanos vivos debe ser limitada a aquellas intervenciones realizadas en su propio interés. En este sentido se dispone que el embrión humano no puede ser concebido ni utilizado para fines comerciales o industriales.

No se puede proceder a la concepción in vitro de embriones humanos con finalidades de investigación o experimentación, quedando prohibida toda práctica realizada sobre el embrión con estas motivaciones. Excepcionalmente, la pareja de la que procede el embrión puede consentir por escrito, que se lleven a cabo estudios sobre el embrión. Estos estudios deben perseguir una finalidad médica terapéutica y no pueden suponer un atentado para la integridad del embrión.

Sobre el embrión in vitro o in útero, la autorización de cualquier actividad terapéutica implica necesariamente la regulación de las condiciones en que debe efectuarse el previo diagnóstico de la misma. La Ley asigna al diagnóstico prenatal únicamente una finalidad informativa sobre el estado de salud del *nasciturus*.

Ahora bien, en el propio artículo 21 de la ley, se establece que ésta será objeto de un nuevo examen por el Parlamento dentro del plazo máximo de cinco años a partir de su entrada en vigencia. Por este motivo, el Consejo de Estado emitió un informe sobre las leyes de Bioética, cinco años después, que fue adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado en 1999.

Uno de los aspectos que se examinaron fue la prohibición de la concepción de embriones humanos in vitro con fines de estudio, experimentación o investigación, considerando que en la medida en que la clonación mediante transferencia nuclear somática no es exactamente equiparable a la concepción in vitro, la aplicación de la Ley a este supuesto es dudosa.

Por ello, el Informe propone autorizar la investigación en embriones in vitro, pero únicamente en el caso de embriones supernumerarios¹⁰¹.

Al respecto, se plantea la necesidad de encontrar un nuevo punto de equilibrio entre el respeto al comienzo de la vida que, en su acepción más estricta, conduce a la prohibición de investigar en un embrión in vitro, por un lado, y el derecho de las personas afectadas por enfermedades muy graves a que la investigación médica progrese de manera que pueda beneficiarles, por el otro.

De acuerdo al Informe el propósito es conciliar dos principios básicos esenciales. Dado que la creación de embriones con el único propósito de la investigación supondría un cambio radical con relación a los fundamentos de la propia ley francesa.

De igual forma iría en contra de lo establecido por el artículo 18 de la Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, el Consejo se inclina por autorizar la investigación solamente de embriones sobrantes de programas de fecundación asistida, argumentando que ello no parece contrariar el respeto por el ser humano, únicamente con la condición que la pareja que ha producido estos embriones consienta formalmente dicha donación.

Además, el Informe señala que aunque hay una diferencia de principio, que es conveniente señalar, entre el cese de la conservación y, por lo tanto, la muerte natural del embrión y las investigaciones sobre el mismo que producirán su destrucción, parece posible dejar a los genitores, después de ser informados con precisión de las consecuencias de su decisión, la libertad de elegir entre cesar la conservación y realizar la investigación con sus embriones.

Finalmente, se presentó al Parlamento para su discusión un Proyecto de Ley (20 de junio de 2001), que ha sido aprobado el 8 de Julio de 2004.

Ahora bien, por lo que respecta al diagnóstico prenatal, cabe señalar que las etapas de desarrollo del embrión no pueden ser consideradas como pasos,

¹⁰¹ Embriones sobrantes de un programa de fecundación asistida.

toda vez que literalmente puede ser detenido y retomado en el momento que se decida, lo que sucede contrariamente al hablar del no nacido en desarrollo, cuyo proceso será gradual, en ocasiones lento y en otras un poco más rápido, pero siempre gradual, *nes´arrete jamais*.¹⁰²

Al momento de intervenir en alguna de las fases del propio desarrollo lo que provoca es la destrucción de un ser humano, el ser humano debe ser entendido como un proyecto destinado a tener un pasado y un futuro.

Por lo que respecta al posicionamiento de la Corte Europea de Derechos del Hombre, el caso referencia es el conocido como *Vo. vs. France*, en donde la demandante una mujer de origen vietnamita acudió a un hospital general francés para una revisión médica, toda vez que se encontraba en su sexto mes de embarazo, esta mujer casi no hablaba ni comprendía el francés por lo que el doctor que la atendió se basó únicamente en el expediente médico que le fue entregado, sin realizarle un examen físico previamente para cerciorarse de lo que decía el referido expediente.

Derivado de una confusión, se le entregó el expediente médico de otra mujer con el mismo nombre y quien asistiría a consulta para la práctica de determinado procedimiento quirúrgico. Así, el médico pensando que estaba con la paciente que no estaba embarazada, perforó la placenta de la mujer lo que provocó que perdiera una gran cantidad de líquido amniótico, lo que tuvo como resultado que unos días después se le practicara un aborto terapéutico dado que no recuperó el líquido amniótico perdido.

Posteriormente, la mujer y su esposo interpusieron una demanda penal alegando las lesiones no intencionales que la mujer sufrió mismas que la incapacitaron para trabajar durante tres meses, así como el homicidio involuntario de su hijo.

¹⁰²Flore, Alessandro, *Identite et statut de lémbryonhumain*, disponible en “Bioéthique et debut de la vie: Regulation des naissances – Diagnostic prenatal, p. 3

Seguido el proceso la fiscalía acusó al doctor de homicidio involuntario del niño y por haber provocado lesiones involuntarias a la madre que le impedían trabajar por un período de tres meses. Seguido el proceso una corte criminal absolvió al demandado, pues consideró que el feto de 20 a 21 semanas no era viable y por consecuencia no se le podía considerar como un ser humano, por lo que no podía establecerse que en el caso había tenido lugar un homicidio involuntario.

Inconformes, tanto la actora como la fiscalía, apelaron el fallo anterior, recurso que fue resuelto por la Corte de Apelación de Lyon, en el sentido de declarar culpable al doctor por la comisión del delito de homicidio involuntario, sin embargo, posteriormente, ante el recurso interpuesto por el médico, la Corte de Casación revocó el fallo dictado en la apelación y resolvió que la conducta del acusado no encuadraba en la figura delictiva de referencia.

Inconforme con la forma en la que se resolvió internamente su asunto, la mujer acudió ante la Corte Europea de Derechos Humanos alegando una violación al artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, sobre la base de que el doctor era responsable de la muerte de su hijo no nacido y que a pesar de ello dicha conducta no fue clasificada bajo el delito de homicidio involuntario.

Para una mayor claridad resulta necesario transcribir el contenido del primer párrafo del artículo 2¹⁰³ del Convenio con antelación citado.

La Corte Europea de Derechos Humanos al conocer del asunto, y en lo sustancial, sostuvo que los argumentos de la parte demandante, plateaban la interrogante relativa a si el derecho previsto en el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, resulta aplicable a la terminación involuntaria del embarazo, y en caso de serlo, si tal previsión requiere de la existencia de remedio penal que se encuentre disponible dadas las circunstancias

¹⁰³ Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena...

del caso, o si el derecho previsto en tal precepto se encuentra satisfecho con la posibilidad de iniciar una acción por daños ante las cortes administrativas

Así, se resolvió que el *nasciturus* no es visto como una persona directamente protegida por el artículo 2 del Convenio de referencia, ni que tiene un derecho a la vida, pues se dice que éste se encuentra limitado a estar implícito en los derechos e intereses de la madre, sin embargo se aclara que dichas instituciones no han negado la posibilidad de que en ciertas circunstancias se proteja al no nacido, pues se sostiene que en algunos casos es necesario ponderar los diversos derechos y libertados alegados por una mujer, la madre o el padre, en relación unos con otros con los del concebido no nacido.¹⁰⁴

Sobre este caso, la Corte esboza el cuestionamiento relativo a si es aconsejable que intervenga en el debate sobre quién es una persona y a partir de qué momento comienza la vida, ello partiendo de la base de que el artículo segundo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos establece que la ley debe proteger el derecho de toda persona a la vida.

Respecto del planteamiento relativo al momento del comienzo de la vida, se dice que tal problema se debe dejar al margen de apreciación de los Estados, ello a pesar de que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales. Sin embargo, se explica que la protección de la vida del no nacido no constituye un requerimiento que no pueda ser satisfecho en una corte administrativa.

La Corte consideró que a nivel Europeo a pesar de que se está comenzando a dar un marco regulatorio para proteger al embrión, a la luz de los avances científicos y la investigación en ingeniería genética, procreación asistida y experimentación en embriones, tal protección se da en función de la dignidad humana, sin que ello implique volverlo una persona con derecho a la vida para los efectos del artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

¹⁰⁴ Vo c. France, 8 julio 2014 consultado 29 de noviembre de 2014 disponible en: [http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pagessearch.aspx#{"fulltext":\["vo"\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pagessearch.aspx#{)

Además, la Corte señaló que a pesar de que la falta de un estatus claro en la protección legal del no nacido no necesariamente lo priva de toda protección bajo la ley francesa, en las circunstancias del presente caso, se considera que la vida del feto se encontraba relacionada íntimamente con la de la madre y podía ser protegida a través de ella, especialmente porque no existía un conflicto entre los derechos de ésta y los del padre, o entre los del *nasciturus* y sus padres, pues la muerte del niño no nacido tuvo lugar en contra de los deseos de la madre por la negligencia en el actuar de una tercera persona.

Por tanto, se dijo que se debía examinar el caso desde el punto de vista de la efectividad de los remedios existentes en la legislación francesa, la protección que se le dio a la demandante cuando buscaba establecer la culpabilidad del doctor por haber provocado la muerte de su hijo in útero y la compensación que obtuvo por el aborto al que se le tuvo que someter, ello toda vez que la demandante argumentó que solo un remedio de tipo penal habría sido capaz de satisfacer los requerimientos del artículo 2 del Convenio.

Respecto del planteamiento anterior, al dar contestación la Corte estimó que no lo compartía, toda vez que ya se había resuelto en otros casos que tratándose de la infracción involuntaria al derecho a la vida o a la integridad personal, la obligación positiva impuesta a los estados por el artículo 2 del Convenio de referencia.

Finalmente, el pronunciamiento de la Corte respecto a la imposibilidad ante la falta de consenso europeo, así como la ausencia de regulación sobre el tema en el interior del estado francés, el contestar en abstracto la pregunta si el niño no nacido es una persona para los efectos del artículo 2 del Convenio, al igual que en qué momento le asiste la protección del derecho a la vida del no nacido y del momento en el que la misma comienza para los efectos del Convenio multicitado.

5.2. La regulación de los derechos fundamentales del *nasciturus* en América

5.2.1. Costa Rica

En 1998 se adoptó la Ley 7739 que configura el Código de la Niñez y la Adolescencia. La propia define con claridad que se garantizará la protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia por medio de las políticas públicas y la ejecución de programas a través de las instituciones gubernamentales y sociales que conforman el Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y de la Adolescencia.

El Sistema de Protección Integral de los Derechos y la Adolescencia está Conformado por:

- 1) El Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia
- 2) Las instituciones gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil representadas ante el Consejo de la Niñez
- 3) Las Juntas de Protección de la Infancia
- 4) Los Comités tutelares de los derechos de la niñez y la adolescencia

En el nivel nacional, el Sistema está encabezado por el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, instancia creada por el Código de la Niñez y la Adolescencia. Se define como el espacio de la deliberación, concertación y coordinación entre el Poder Ejecutivo, las instituciones descentralizadas del Estado y las organizaciones representativas de la comunidad relacionadas con la materia.

El Consejo es un órgano colegiado no desconcentrado, adscrito a la Presidencia de la República y tiene como principal competencia asegurar que la formulación y ejecución de las políticas públicas estén conformes con la política de protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia.

En el artículo 2 del Decreto 33028 que reglamenta el funcionamiento del Consejo Nacional, se establece que tendrá como objetivo la coordinación entre las instancias que componen el Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

El Consejo que debe sesionar una vez al mes, está integrado conforme al Código de la Niñez y la Adolescencia, modificado por medio de la ley 9001 de la siguiente manera:

- a) Un representante de cada uno de los ministerios que tiene a su cargo los siguientes temas: educación pública, salud pública, cultura y juventud, trabajo y seguridad social, recreación y deportes, justicia y paz, seguridad pública, planificación nacional y política económica.
- b) Un representante de cada una de las siguientes instituciones: el Patronato Nacional de la Infancia (PANI), el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) y el Instituto Nacional de las Mujeres.
- c) Un representante único del sector formado por las asociaciones, fundaciones u organizaciones no gubernamentales dedicadas a la atención y asistencia de las personas menores de edad.
- d) Un representante único del sector formado por las acciones, fundaciones o cualquier otra organización no gubernamental dedicadas a la promoción y defensa de los derechos de esta población.
- e) Un representante del Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial.
- f) Un representante único de la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad.
- g) Un adolescente representante de la Asamblea Nacional de la Red Nacional Consultiva de Personas Jóvenes.
- h) Un representante único de las cámaras empresariales.
- i) Un representante único de las organizaciones laborales.
- j) Un representante del Consejo Nacional de Rectores (Conare).

Además participan por acuerdo del Consejo en calidad de Observadores: Un representante de UNICEF; un representante de la Defensoría de los Habitantes.

Las Juntas de Protección a la Niñez y la Adolescencia, adscritas al Patronato Nacional de la Infancia, conforman el Sistema Nacional de Protección Integral y actuarán como órganos locales de coordinación y ejecución de políticas públicas y colaborar con las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia en la ejecución de los planes, proyectos y programas diseñados conjuntamente. Cada Junta contará con un representante de la población adolescente de la comunidad, quien deberá ser mayor de quince años y actuará con voz y voto.

Dichas Juntas tienen como sus principales funciones promover el respeto a los derechos de la niñez y adolescencia por parte de las instituciones, públicas y privadas, ejecutora de programas y proyectos de atención, prevención y defensa de derechos, así como promover el respeto a las garantías procesales que les correspondan en los procedimientos administrativos en que sean parte y, emitir recomendaciones y sugerencias tanto a entidades públicas como privadas locales, como a particulares que ejecutan programas y proyectos de atención y defensa.

El Código de niñez y adolescencia también crea los Comités Tutelares de los derechos de la niñez y la adolescencia, como órganos de las asociaciones de desarrollo comunal y quienes deben colaborar en la atención de la niñez y la adolescencia, velar en su comunidad por los derechos y las garantías de esta población y, funcionar como centro de mediación en la resolución de conflicto en esta materia.

Conforme al artículo 26 del Decreto Reglamentario del Funcionamiento del Consejo Nacional, las Juntas de Protección a la Niñez y la Adolescencia adscritas al PANI, y los Comités Tutelares de la Niñez y la Adolescencia como partes integrantes del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, coordinarán sus actuaciones con el Consejo

Nacional y le informaran periódicamente sus planes de acción e informes de labores.

De acuerdo a la información proporcionada por Costa Rica en ocasión de la presentación de su informe periódico ante el Comité de los Derechos del Niño, se han conformado en el periodo 2002-2007 18 nuevas Juntas de Protección de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. A mayo del 2008 existen 59 Juntas y 420 Comités Tutelares adscritos a la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO), institución del gobierno encargada de promover el desarrollo local en las comunidades del país.

El órgano rector en materia de infancia, adolescencia y familia es el Patronato Nacional de la Infancia conforme las competencias que le otorga la Ley número 7648 de 1996 y la propia Constitución Política en el artículo 55. El PANI es una institución autónoma con administración descentralizada y presupuesto propio y es el encargado de velar por el cumplimiento y la garantía de los derechos de esta población así como direccionar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en sistemas regionales y locales que permitan consolidar, junto al Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia un Sistema Nacional de Protección.

En el nivel técnico desconcentrado dependiendo del PANI se ubican las direcciones Regionales, de las que dependen las Oficinas Locales y las Juntas de Protección a la Niñez y la Adolescencia.

En cuanto a la relación entre el PANI y el Consejo Nacional, en su informe ante el Comité de los Derechos del Niños, Costa Rica manifestó que el Consejo es un órgano de coordinación interinstitucional e intersectorial presidido por el Patronato Nacional de la Infancia y además le brinda soporte técnico y logístico para las acciones de coordinación. Como por ejemplo el diseño y elaboración de la Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia, la elaboración del Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, el Sistema de Información y Estadística de los Derechos de la Niñez, el Sistema de Información y Estadística de los

Derechos de la Niñez. Desde esta instancia se ejercen funciones de direccionamiento y coordinación hacia las diferentes instancias del sector de niñez y adolescencia.

El Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones finales respecto al Sistema Nacional de Protección en Costa Rica, manifestó su preocupación por la inexistencia de sistemas locales de protección integral de los niños en algunos lugares y el funcionamiento ineficaz de los existentes y porque, como resultado de ello, los programas de protección de los derechos del niño, no suelen aplicarse a nivel local y no llegan a las comunidades más vulnerables.

En este sentido, el Comité recomendó al Estado que adopte medidas para garantizar una coordinación bien regulada y más sólida entre todas las entidades que se ocupan de las cuestiones relacionadas con los niños, tanto a nivel nacional como local y en especial que proporcione al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y a su órgano rector, el Patronato Nacional de la Infancia (PANI), los recursos técnicos y financieros necesarios para garantizar la coordinación y el seguimiento de la Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia (PNNA). Asimismo que fortalezca las Juntas de Protección y los Comités Tutelares a fin de que dichos órganos cuenten con las facultades y los recursos necesarios.

Por lo que respecta a las falencias en el nivel local, se confirman las brechas en el cumplimiento del Código también en el cumplimiento del Código también en el “VII Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia” elaborado por el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia en un esfuerzo concertado con la Universidad de Costa Rica y UNICEF, donde se afirma que a más de diez años de promulgado el Código, el SNPI ha funcionado sin estructuras integradas que lo relacionen en el nivel local directamente con los niños, las niñas y adolescentes. También se señala que teniendo en cuenta que los Comités tutelares son un componente básico y estructural de los Sistemas Locales de Protección, se requiere que la Dirección Ejecutiva de DINADECO y al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia resuelvan la falta de capacidad para coordinar y articular los Comités locales.

Más allá de las brechas señaladas, se debe resaltar el acuerdo del Consejo de la Niñez y Adolescencia en el que se establecen los Sistemas Locales en el marco del SNPI y del Decreto Ejecutivo que los incorpora en la agenda prioritaria de las instituciones del sector social y dentro del Plan Nacional de Desarrollo.

En cuanto a la existencia de un mecanismo independiente de vigilancia de esos derechos, se puede mencionar la Dirección de Niñez y Adolescencia establecida formalmente como un área específica en la Defensoría de los Habitantes de la República desde abril de 1998. El Código de Niñez en su artículo 7 establece que la Defensoría de los Habitantes de la República velará por el cumplimiento efectivo de los derechos y porque las instituciones integrantes del SNPI, garantizarán el respeto por el interés superior de estas personas en toda decisión pública o privada.

En relación al presupuesto necesario para sostener el Sistema Nacional de protección, el Código de Niñez establece un Fondo para la niñez y la adolescencia, que tiene como objetivo financiar, proyectos que desarrollen acciones de protección integral de base comunitaria, y de ejecución exclusivamente comunitaria e interinstitucional.

Es destacable que se prevé en el mismo Código la forma de constitución de ese fondo para el cual se destinará para el cual se destinará como mínimo una octava parte que representa aproximadamente 0,5 % del cuatro por ciento de los recursos del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares asignados al Patronato Nacional de la Infancia por la Ley N° 7648, de 9 de diciembre de 1996.

En el artículo 183 se establece que para la constitución y el funcionamiento de los Comités Tutelares se podrán contar con financiamiento a cargo del Fondo para la niñez y la adolescencia

5.2.2. Paraguay

La Constitución de ese país en su artículo 54 establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos y los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

En el año 2001, con la aprobación de la Ley 1680/01 se adoptó el Código de la Niñez y la Adolescencia y se establece un Sistema Nacional de Protección y Promoción Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, donde se crean los organismos que forman parte del sistema, así como sus integrantes y sus funciones.

En el artículo 37 se establece el modelo de Sistema Nacional de protección y Promoción Integral a la Niñez y Adolescencia, cuya función es preparar y supervisar la ejecución de la política nacional destinada a garantizar la plena vigencia de los derechos del niño y del adolescente. El Sistema regula e integra los programas y acciones a nivel nacional, departamental y municipal, dando lugar a una estructura descentralizada.

Según el informe periódico presentado por el Paraguay ante el Comité de los Derechos del Niño, el Sistema de Protección Integral está integrado por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, Consejos Departamentales de la Niñez y la Adolescencia, Consejos Municipales de la Niñez y Adolescencia y Consejerías Municipales por los Derechos del niño, niña y adolescente y finalmente la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia se constituye en la autoridad central para la articulación y coordinación entre las instituciones que trabajan en el ámbito de la niñez.

La Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia¹⁰⁵ se constituye un órgano dependiente del poder ejecutivo con facultades para la coordinación entre los distintos niveles de organización del Sistema Nacional de Promoción y Protección Integral, siendo responsable de la ejecución de planes, programas y

¹⁰⁵Creada por Decreto presidencial número 15201 de fecha 31 de octubre del 2001.

proyectos que permiten impulsar políticas públicas dirigidas a la atención efectiva de los problemas sociales que afectan a los derechos de la niñez y la adolescencia.

El Sistema de Protección se integra con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia cuya principal función es la formulación de políticas para la promoción, atención y protección de los derechos del Niño y Adolescente y está integrado por un representante de la Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia; el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; el Ministerio de Educación y Cultura; los organismos no gubernamentales de bien público y sin fines de lucro del departamento y las organizaciones de niños del departamento y los consejos municipales. Asimismo se prevé la creación de Consejos Municipales de la Niñez y Adolescencia en cada municipio.

Finalmente, el Sistema de Protección se completa con órganos ejecutivos a nivel municipal como son las Consejerías Municipales por los Derechos del niño, niña y adolescente cuya finalidad es la atención directa y la promoción y defensa de los derechos del niño y del adolescente. La Consejería estará a cargo de un Director y tendrá una integración interdisciplinaria. La CODENI depende de la municipalidad de cada comunidad, conforme a las necesidades y la disponibilidad de recursos humanos y materiales.

Así, el Comité de los Derechos del Niño se habrían conformado en los 17 departamentos geográficos, los consejos departamentales de niñez y adolescencia, a los efectos de coordinar los programas dirigidos al sector con los consejos municipales y las CODENI y actualmente están instaladas 188 CODENI de los 231 municipios que tiene el Paraguay.

El modelo de sistema de protección creado por el Código de la Niñez y Adolescencia ha Recibido una buena acogida por parte del Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones finales al afirmar su satisfacción con el establecimiento de nuevas instituciones del ámbito de los derechos del niño como la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia y las Consejerías Municipales

por los Derechos del niño, Niña y Adolescente, en coordinación con el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia y los correspondientes consejos municipales y departamentales todavía no hayan sido elegidos y la ausencia de consejerías y la Secretaría Nacional.

Por ello, recomienda que le Paraguay refuerce la implementación del Sistema fortaleciendo el papel del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, instar a los departamentos y municipios a que designen a sus respectivos consejos de la niñez y la adolescencia y estableciendo consejerías en cada municipio del país con el fin de asegurar su representación en todo el país y para todos los niños.

En cuanto a un mecanismo independiente de derechos humanos para la vigilancia y protección de los derechos de NNA en el mes de octubre del 2005 se creó el Departamento de Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo. El Jefe del Departamento de Niñez y Adolescencia es responsable de tomar intervención en casos en donde se vulneren los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, como delegado de la niñez y la adolescencia del Defensor del Pueblo, ya sea en el ámbito judicial, administrativo o entre particulares, velando por la observancia de los derechos humanos en los procesos judiciales y siendo responsable además de la promoción de estos derechos en todos los ámbitos.

Al respecto, el Comité expreso su preocupación que su mandato no sea lo suficientemente claro para permitirle actuar con eficacia en defensa de los intereses del niño y recomienda que se adopte medidas para promover el funcionamiento eficaz de la Defensoría y la difusión efectiva de sus informes entre la población en general, especialmente los niños, y que se cerciore de que los mecanismos de queja sean fácilmente accesibles.

Finalmente, en lo que se refiere a los recursos, el Código de la Niñez establece que el Sistema será Financiado con recursos previstos en el Presupuesto General de la Nación y en los respectivos presupuestos Departamentales y Municipales sin especificar porcentajes ni fuentes explícitas de

esos fondos. Este aspecto ha llevado al Comité de los Derechos del Niño a recomendar que asigne recursos suficientes para los niños a nivel nacional y municipal, de conformidad con el artículo 4 de la Convención y asegure la elaboración transparente y participativa del presupuesto mediante el diálogo y la participación del público, especialmente de los NNA.

5.2.3. Colombia

En este caso se debe hacer mención que dentro del artículo 44 de su Carta Magna se establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás grupos de personas. De igual manera establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen como obligación asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Asimismo, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece en su artículo 7, que la protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Dicho Código establece la creación e integración de un Sistema Nacional de Bienestar Familiar responsable de la aplicación y de la ejecución de la política pública de infancia y adolescencia, un sistema de protección administrativo con las correspondientes medidas tendientes al restablecimiento de derechos y un sistema judicial de responsabilidad penal adolescente especializado.

Así, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el órgano articulador y rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y el restablecimiento de los mismos en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos o territorios indígenas. En la actualidad el Instituto está presente en todas las capitales de departamento

con sedes regionales, atiende a las poblaciones vulnerables en todo el país con 200 centros zonales.

Dentro del Código en mención, también se detallan las autoridades que intervendrán para el restablecimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes y que en conjunto también forman parte del Sistema de Bienestar Familiar, de las cuales se pueden destacar las siguientes:

- a) Las Defensorías de Familia que son de carácter interdisciplinario y están encargadas de garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- b) Las Comisarias de Familia que son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.

Dentro del multicitado ordenamiento se señala que será el Consejo Nacional de Política Social como el responsable de diseñar las políticas públicas encaminadas a garantizar los derechos de la niñez y adolescencia, asegurar su protección y restablecimiento en caso de vulneración. A su vez, es el ente encargado de movilizar y apropiar los recursos para el financiamiento de esas políticas.

Así y siguiendo los lineamientos que marca el mismo Código, se establece que los alcaldes, gobernadores y el Presidente de la República son los responsables del diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas sobre infancia y adolescencia. Esta responsabilidad es indelegable y conlleva la rendición pública de cuentas y en todos los departamentos, municipios y distritos deberán sesionar Consejos de Política Social, presididos por el gobernador y el alcalde. Tendrán la responsabilidad de articular las funciones de las entidades nacionales y las territoriales, deberán tener participación de la sociedad civil organizada y definirán su propio reglamento y composición.

El Código explícitamente ordena que el gobernador y el alcalde, dentro de los primeros cuatro meses de su mandato, deben realizar un diagnóstico de la situación de la niñez y la adolescencia en su departamento y municipio, con el fin de establecer las problemáticas prioritarias que deberán atender en su Plan de Desarrollo, finalmente, las Asambleas y Concejos para aprobar el plan de desarrollo e inversión deberán verificar que éste se corresponda con los resultados del diagnóstico realizado.

Por lo que respecta a los mecanismos de seguimiento para asegurar que las autoridades involucradas cumplan sus funciones en los diversos ámbitos competenciales de ese país para garantizar los derechos de la niñez y adolescencia y la adecuada distribución de los recursos, las funciones de vigilancia y control son ejercidas por la Procuraduría General de la Nación por medio de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

Como corolario cabe hacer la mención que la Contraloría General de la República es la encargada de practicar el control posterior y selectivo del manejo de las finanzas, la gestión y los resultados de las políticas, relacionados con la infancia, la adolescencia y la familia y la Defensoría del pueblo que ejerce sus funciones por medio de la Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y las Mujeres, mediante la divulgación, protección y promoción de los derechos y por medio del seguimiento de las políticas públicas que tengan relación con los Derechos Humanos de los NNA.

Finalmente cabe destacar que, en el artículo 17 de dicha codificación se estipula la protección del derecho a la vida y a la calidad de vida de todos los niños niñas y adolescentes desde el momento de la concepción, así el Estado a través de las instancias anterior señaladas, debe gestionar las condiciones necesarias para respetar su dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. Sostiene además que dicha calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren -como ya se mencionó- el cuidado,

protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano desde el momento de la concepción.

CAPÍTULO VI

LA NECESIDAD DE LEGISLAR EN MEXICO LOS PROCEDIMIENTOS MÉDICOS EN LOS QUE SE UTILICEN FETOS

6.1. El concepto de derecho a la vida en el ordenamiento jurídico mexicano

Desde 1990, México estableció las bases para la construcción de una política de Estado para la niñez y la adolescencia, con el objetivo principal de asegurar la salud, el desarrollo, la educación, la protección y el bienestar de las niñas, los niños y adolescentes, así como proteger a las mujeres en edad reproductiva.

Para coordinar el esfuerzo institucional en pro del cumplimiento de dichas metas, en enero de 1991, el gobierno mexicano creó la Comisión Nacional de Acción en favor de la Infancia y, en junio de ese mismo año, presentó el Programa Nacional de Acción (PNA): México y la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia, en el cual se expuso la situación de la niñez en el país en 1990 y se establecieron los compromisos con las niñas, los niños y adolescentes para la década.¹⁰⁶

Posteriormente, a diez años de haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, México requería una reforma Constitucional que integrara a nuestra Carta Magna los derechos emanados de este instrumento. Para alcanzar esta meta, gracias al esfuerzo conjunto de sociedad y gobierno, en 1999, se presentó la iniciativa de reforma al artículo 4º Constitucional.

La referida reforma culminó en el 2000 junto con la aprobación de su Ley reglamentaria, denominada Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. En esta ley se recogen los principios de la Convención y los lleva al ámbito nacional. Define que niño, niña o adolescente es toda persona menor de 18 años.

¹⁰⁶ Disponible en www.salud.gob.mx/unidades/cdi/docs./01_marco_general.pdf. Consultado 13 enero de 2015.

Además incluye los derechos a la salud, a la sobrevivencia, al desarrollo, a la protección contra el abuso y la discriminación, así como su derecho a la participación. La Ley obliga a las instituciones del Estado y privadas, así como a las familias y a la sociedad en general a respetar y cumplir con estos derechos, siendo exigibles por toda persona menor de 18 años.

Además de representar un importante avance en el cambio de enfoque sobre los derechos de la infancia, la Ley abrió la posibilidad de impulsar con mayor energía una transformación cultural que sólo podrá lograrse a través de un proceso de sensibilización de la sociedad y de los tomadores de decisiones, como en el apartado oportuno se expuso.

Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño manifestó su preocupación porque la aplicación de las leyes sea tan compleja debido a la estructura federal del Estado, lo cual da lugar a que las nuevas leyes no se lleguen a aplicar debidamente en los distintos Estados que sean parte de la Convención y la necesidad de adoptar las medidas necesarias para armonizar las leyes federales y estatales con la propia Convención y las normas internacionales pertinentes, a fin de asegurar su aplicación efectiva y que todos los estados apliquen, como cuestión prioritaria, las reformas administrativas institucionales necesarias.

La Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes constituyen la base jurídica para el cumplimiento de los derechos de la niñez mexicana. A estos instrumentos se suma la ratificación del gobierno de México a los Protocolos Facultativos de la CDN, en marzo de 2002, relativos a la Participación de Niños en los Conflictos Armados y a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

México ha sido y es un activo promotor de los derechos de los niños al interior de los organismos internacionales. Su activa participación se refleja en la adopción y ratificación de diversos instrumentos internacionales, así como en el

fortalecimiento o la definición de políticas públicas enfocadas a la protección social y al desarrollo de las capacidades de niñas, niños y adolescentes.

Ahora, la discusión actual se centra sobre la necesidad de dictar un nuevo ordenamiento que sea capaz de concretar mecanismos específicos que permitan instrumentar un verdadero Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de la Infancia, en donde uno de los retos principales es reconocer el derecho a la vida del no nacido.

Como parte de los trabajos a nivel internacional y obviamente latinoamericano, es cada vez más frecuente, como a lo largo del presente trabajo se esbozó, que los diferentes Estado firmantes de los principales instrumentos internacionales protectores de derechos humanos amplíen el catálogo de éstos.

Fue el caso en la IX Conferencia Iberoamericana de Ministras, Ministros y Altos Responsables de Infancia y Adolescencia, mejor conocida como Declaración de Pucón, donde se reconoció la importancia que tiene la construcción de sociedades cohesionadas social y territorialmente basadas en la justicia social y equidad para garantizar los derechos de la niñas, niños y adolescentes y así, asegurar el desarrollo integral de éstos y sus familias, en el transcurso de su ciclo vital.

Dentro de los compromisos que allí se acordaron se encuentra el Interés superior del Niño, como ordenador de todas las decisiones, y la Autonomía progresiva del Niño como eje de las acciones a desarrollar en materia de niñez y adolescencia.

Además, generar los canales para lograr sociedades inclusivas, integradas e igualitarias, a partir de las diversas realidades de los países que protejan y garanticen los derechos a niños, niñas y adolescentes, sin discriminación de ningún tipo.

6.2. Las intervenciones médicas y su regulación en México

A lo largo del presente trabajo se ha referido el tema de la concepción del cuerpo y la trascendencia que tiene éste bajo el análisis de diversas posturas, se ha expuesto los instrumentos protectores del no nacido y los argumentos medulares que sustentan el respeto al derecho a la vida y el reconocimiento de su dignidad humana, frente a terceros.

Recuérdese que en la Carta Magna en 1215, es una afirmación para esencial para entender la organización de las relaciones de poder desde los lejanos albores de un Estado que aspira a ser moderno y de una civilización que aspira a considerarse jurídica. Es precisamente la materialidad del cuerpo lo que está en el epicentro de la discusión.

También se ha señalado que en virtud de los cambiantes conceptos que la sociedad acoge de lo que es justo, ético y moralmente aceptable es que el derecho se construye en torno a un entramado de conceptos abstractos, que definen al propio sujeto haciendo precisamente abstracción de todas las condiciones materiales de su existencia.

Además, se ha señalado que la reacción social se inclina hacia la protección del ser humano contra tratos indignos, así como contra aquellos actos que atenten contra su integridad, dignidad humana y violenten sus derechos fundamentales, de allí la promulgación de diversos instrumentos en materia de derechos humanos,

Por lo que respecta a la protección del *nasciturus* contra los embates de la ciencia y su utilización en las prácticas médicas es necesario aludir uno de los instrumentos de más trascendencia en materia de Bioética y que es la Convención para la protección de los derechos del hombre y de la dignidad del ser humano en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina.

Una de las principales recomendaciones que es de interés destacar, es la participación de la Secretaria General del Consejo de Europa, Katherine La

lumiere, quien dio un importante apoyo a la Convención en mención, durante su intervención en la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, misma que reconocía que los derechos fundamentales de las personas pueden ser amenazados por el desarrollo de las ciencias biomédicas.

Consecuencia de ello, se promulga en Protocolo Adicional a la Convención de Asturias de Bioética “Sobre trasplante de órganos y tejidos humanos, el 24 de enero de 2002.

Si bien es cierto que dicho Convenio se suscribió y ratificó por 21 Estados europeos, también lo es que por su relevancia equiparada a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se dejó como instrumento universal para que cualquier nación pueda suscribirlo y hacerlo vinculante a su sistema jurídico.

Las aristas respecto a la cosificación del *nasciturus* son innumerables, y los criterios como se expuso son divergentes, más sin embargo, dentro de los disensos las coincidencias versan respecto al derecho a la vida y dignidad humanas, por ello es cada vez más frecuente la prohibición de la utilización de no nacidos en prácticas médicas.

Uno de los casos más recientes sobre manipulación de embriones es el sucedido en Reino Unido, donde en diversos hospitales queman los restos de miles de niños abortados junto con los desechos médicos, algunos incluso para ser utilizados como calefacción de los propios hospitales.

Se calcula que en tan solo 2 años al menos 15,500 no nacidos por abortos y nacimientos fallidos han sido quemados por los 27 hospitales del Servicio Nacional de Salud, como desechos, de los cuales unos miles fueron incinerados en las plantas que convierten los residuos en energía utilizada para la calefacción de los hospitales.

Incluso en hospital Addenbrooke además que los padres no fueron consultados sobre su voluntad con respeto a los niños no nacidos se llegó a decir a los padres que sus niños fueron incinerados en crematorios, aunque en realidad

los incineraba como residuos. Otro hospital que cuenta con una planta para convertir los residuos en energía, el Hospital Ipswich, en realidad incineraba a los niños en crematorios, pero al mismo tiempo quemaba junto con los desechos médicos a los niños llevados de otros hospitales que no cuentan con sus propias plantas.

Dicha práctica provocó mucha indignación en aquel país, lo que ha obligado al Departamento de Salud a prohibirla completamente argumentando que es totalmente inaceptable, según el dicho del ministro de Salud, Dan Poulter, el diario 'The Telegraph'.¹⁰⁷

Como se ha expuesto, la incorporación de prerrogativas protectoras de no nacidos, niñas, niños y adolescentes ha sido gradual, durante el camino que ha recorrido se ha enfrentado a múltiples avatares, ahora uno de los principales retos es el relativo a la determinación de la condición humana del *nasciturus*.

Si bien es cierto que la interpretación progresiva de los derechos humanos en criterios referidos que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los principales tribunales en la materia, reconocen que sin la protección del derecho a la vida los demás devienen innecesarios.

En el caso de México a pesar que en la década de los 90's, fue de los principales propulsores en materia humanitaria, fue hasta junio del 2011 que reforma la Carta Magna, para ir acorde con los Tratados, Pactos y Convenios que con antelación había firmado.

Por ello, la trascendencia de reconocer prerrogativas fundamentales a los sectores más desprotegidos y vulnerables de la sociedad mexicana, habla del esfuerzo por modificar los ideales sociales, políticos y filosóficos que aún lo conservan en el retraso en comparación de algunos país de habla hispana, como es el caso de España, Colombia, Chile y Argentina, por solo nombrar algunos, de

¹⁰⁷Disponible en www.telegraph.co.uk. Aborted babies incinerated to heat UK hospitals, publicado 24 marzo 2014, consultado 24 de marzo 2014.

los que ya cuentan con el reconocimiento del *nasciturus*, como capítulo especial del respeto al derecho de la vida.

Así, el interés superior del menor tiene unos de sus puntos normativos de referencia el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la par de la ya referida Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, niños y Adolescentes. Tomando en cuenta ambos cuerpos normativos se hace de manifiesto que éste es un concepto jurídico indeterminado con ciertas características especiales.

La primera la relatividad y la segunda la movilidad y su consiguiente necesidad de adaptación a las nuevas realidades axiológicas, intelectuales, jurídicas y sociales.

Para el caso sirve de referencia la reciente tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que concentra la esencia del acceso a una vida digna en donde por principio de cuentas se reconozca un derecho a la vida, como ya un sin número de dispositivos jurídicos internacionales lo ha hecho, dicha tesis reza:

DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR.

En el orden constitucional mexicano, el derecho al "mínimo vital" o "mínimo existencial", el cual ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscritos por México y constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y

de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera.), por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho, pues si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 3 de 1990, ha establecido: "la obligación mínima generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión.". Así, la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales, en su connotación de interdependientes e indivisibles, fija la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma constitucionalmente protegida, que es el universal para sujetos de la misma clase y con expectativas de progresividad en lo concerniente a prestaciones. En este orden de ideas, este parámetro constituye el derecho al mínimo vital, el cual coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias 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. Aunado a lo anterior, el mínimo vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales, siendo necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, pues a partir de tales elementos, es que su contenido se ve definido, al ser contextualizado con los hechos del caso; por consiguiente, al igual que todos los conceptos jurídicos indeterminados, requiere ser interpretado por el juzgador, tomando en consideración los elementos necesarios para su aplicación adecuada a casos particulares, por lo que debe estimarse que el concepto no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que por el contrario, es cualitativa, toda vez que su contenido va en función de las condiciones particulares de cada persona, de esta manera cada gobernado tiene un mínimo vital diferente; esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso.¹⁰⁸

Por ello, el referente inmediato al momento de establecer criterios para la protección del derecho a la vida y acceso a una vida digna, es la propia dignidad humana, misma que se adapta a las características y necesidades propias de la

¹⁰⁸Tesis 1.4º.A. 12 K (10ª.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 2002743 37 de 101, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, Pág. 1345.

infancia. Hasta hace unos años fue aceptable exterminar miles de personas por su condición racial, sin embargo, la nueva perspectiva de lo que es jurídica y éticamente aceptable ha cambiado.

Por ello ahora la instrumentalización del hombre es inaceptable por contravenir a los fines y objeto de todos los Convenios y Tratados que aparecieron como un freno a los abusos que pudiesen cometerse contra la raza humana.

De allí la imperiosa necesidad de buscar mecanismos orientados a evitar la cosificación de la persona, cuanto más de los *nasciturus*, que por ser el primer eslabón del ciclo vital es el más vulnerable y desprotegido.

6.3. Problema actual por falta de regulación de las prácticas con *nasciturus*

A lo largo del presente trabajo se ha reflexionado sobre dos conceptos recurrentes, el concepto de persona y el de derecho a la vida.

Se ha expuesto también que es necesario, evitar que las técnicas retóricas oscurezcan el alcance de lo que pretende obtener a través de ellas. Los conceptos jurídicos se forjan como modos de argumentar que nos permiten extraer soluciones razonables sobre comportamientos sociales y que, a la vez, son susceptibles de generalización y coordinación entre sí, en una aspiración de coherencia e intelegibilidad que permite hablar propiamente de un sistema jurídico.

En este sentido, los conceptos técnico-jurídicos tienen una cierta naturaleza funcional y padecen de contingencia. Por ejemplo, en el Derecho romano y en el orden jurídico medieval no existía ni el concepto de persona ni el de derecho a la vida, tal como se suele utilizar en estos días.

Sin embargo, ello no significa que la vida humana no fuera considerada como una realidad de intensa protección, pero esa protección era dispensada y justificada en el entramado de reglas y relaciones por nociones diferentes a las que se conciben son las que convienen a determinada cultura jurídica.

En consecuencia, lo que debe plantearse como interrogante de fondo es si el Derecho, el orden jurídico, debe considerar la subsistencia y conservación de la vida de un ser humano concreto, hombre o mujer, como algo que ha de ser respetado en forma absoluta y al margen de comparaciones de mayor o menor utilidad para el mismo individuo y los demás.

Esta pregunta se contesta en la cultura jurídica actual con un poder mayor de explicación y justificación, haciendo uso de dos nociones: la de persona y la de derecho a la vida.

Conviene, sin embargo, efectuar alguna digresión sobre la manera en la que hemos arribado al contexto cultural en la que estas nociones aparecen como basilares.

Dilucidado lo anterior, es ahora necesario explorar qué sucede cuando en un contexto jurídico-cultural caracterizado por el lenguaje de los derechos y la personalización, se intenta separar las categorías de persona y vida humana protegible jurídicamente.

Es la tesis de Ronald Dworkin un intento por conciliar las posturas que dividen el debate político norteamericano sobre el aborto: *pro choice* y *pro life*.

En su opinión, la vida puede defenderse como valiosa por razones autónomas o por razones derivadas. Lo que Dworkin llama razones derivadas son la que explican la protección jurídica de la vida como una necesaria consecuencia del reconocimiento de persona al titular de ella.

Esta justificación de la defensa de la vida humana le parece insatisfactoria a Dworkin porque estima que el feto no puede ser considerado una persona, al menos en el sentido que le daría a esa expresión el texto constitucional de Estados Unidos.

Comparte plenamente lo señalado por la sentencia *Roe vs. Wade* (1973) que en forma previa a declarar la inconstitucionalidad de las leyes estatales que penalizan el aborto desechó que el concebido pudiera ser considerado persona.

Además, dice Dworkin la mayoría de las personas que rechazan el aborto, lo admiten sin embargo cuando se trata de violación de una hija, lo que sería inadmisibles si efectivamente creyeran que el feto es una persona con derecho a la vida.

Desconectada la defensa de la vida de la noción de persona, Dworkin pretende encontrar una justificación suficiente para su tutela en razones autónomas: la vida humana en sí es valiosa, independiente de que tenga o no como sustento una persona individual. De esta manera, el debate sobre el aborto y la eutanasia debería reformularse, dejando atrás la estéril polémica sobre la personalidad y los derechos individuales, y plantearse más bien sobre la pregunta de cómo puede obtener un mejor respeto a la santidad de la vida humana.

Este planteamiento podría ser seguido como consecuente si se está dispuesto a prescindir completamente de las nociones de persona y de derechos subjetivos para articular el orden jurídico.

Pero no es el caso de la propuesta de Dworkin su pretensión es no enturbiar el debate sobre si la vida debe ser respetada incondicionalmente con la molesta cuestión de si el feto es persona, y que se acepte calificar la vida como un bien altamente valioso, pero en un contexto en el que a los nacidos, y en particular a la madre, se les reconoce como personas y con derechos en el sentido fuerte de la expresión (derechos en serio, en la expresión acuñada por el mismo Dworkin, en otra de sus obras).

Se advierte inmediatamente que la estrategia no tiene por objeto, en realidad, aportar una perspectiva diferente de análisis, sino abogar por la cosificación de la vida de ciertos seres humanos. En efecto, si la vida no es una cualidad de un ser humano concreto y real, y pasa a ser un valor o bien en abstracto, queda reducido al mundo de las cosas que, por su misma naturaleza, presentan un grado de protección menor que el de las personas (tienen precio y no dignidad, diría Kant).

Por ello, si frente a la vida reducida a la categoría de bien se opone el ejercicio de un derecho fundamental de un individuo reconocido como persona, la decisión en términos jurídicos viene ya resuelta en favor del derecho y contra del bien, por muy valioso que éste sea.

Justamente la teoría de los derechos fundamentales sostiene su aplicación incluso aunque su ejercicio posea consecuencias disvaliosas colectivamente.

La práctica prueba que la desvinculación entre las nociones de persona y vida humana son funcionales a una desprotección jurídica de la vida de ciertos seres humanos, la que es dejada en manos de la decisión de otros para el logro de sus propios intereses: de autonomía, libertad, realización personal, etc.

No es baladí que las principales sentencias de los tribunales que han debido juzgar el problema de si es constitucional la privación de la vida de niños concebidos pero aún no nacidos, lo hayan hecho previa descalificación de que el feto, incluso en los grados más avanzados de su desarrollo, tenga el *status* de persona constitucionalmente protegida y reconociendo todos que la vida humana es protegida en sus textos constitucionales como un valor o bien jurídico mas no como un derecho fundamental.

Algo similar ocurre cuando se encuentra el tema de la manipulación embrionaria para efectos de fertilización asistida o de clonación con finalidades de trasplante de tejidos. Si el feto no es persona, su vida-valor cuenta bien poco, frente a los intereses múltiples ligados a su manipulación.

Si se enfrenta el otro lado de la protección de la vida humana, el que dice relación con la asistencia a los moribundos y la autorización del suicidio asistido, el que la vida sea un valor o bien, y no la misma persona, lleva a admitir que al titular de la vida debe serle reconocida la facultad de decidir si termina o no con ella y con qué medios.

La vida ya cosificada es objeto de disposición, de dominio. Es la conclusión a la que llega el mismo Ronald Dworkin, a pesar de todas las argumentaciones

que pretenden demostrar su adhesión a la vida como un valor en sí y no en razón de su inherencia a una persona humana.

Pero lo cierto es que si se quiere tomar en serio los valores éticos que legitiman un orden jurídico, en el caso en concreto el sistema normativo mexicano, como igual dignidad de las personas, todo ser humano es persona, toda persona tiene derecho a la vida, se debe estar dispuesto a admitir que el concebido, en cuanto ser humano actual en desarrollo y perteneciente a la especie humana, tiene derecho a la vida y merece ser defendido contra las acciones de terceros que persiguen su muerte.

Del mismo modo, si la persona es un fin en sí mismo, lo es incluso a pesar de ella, por lo que la vida que constituye la personalidad reclama un respeto absoluto incluso por parte del propio individuo viviente. Kant puede decir así que el hombre no es propietario de su propio cuerpo (de su vida), ya que él es responsable de la humanidad en su propia persona.

6.4. La necesidad de incorporar a los dispositivos legales mexicanos preceptos reguladores de prácticas con *nasciturus*

El tema objeto del presente trabajo, lo fue la discusión en torno a la utilización de material de procedencia embrionaria para trasplantes. Por ejemplo, la anencefalia, como ya se explicó, es la ausencia congénita de una gran porción del cerebro, cráneo y cabellera, con su génesis en el primer mes de gestación.

Al respecto se asevera que queda fuera de discusión el hecho de que el anencefálico es fruto de una fecundación humana, así, con una forma humana, que desde el momento de la fecundación está dirigido por un principio vital propio.

Por ello no se debería dudar, que se está frente a un individuo de la especie humana, que hay que respetar como persona del mismo modo que a cualquier otro.

Como respuesta natural, la vida del ser humano debe ser respetada desde el momento de su concepción y hasta su muerte natural.

Lo mismo ocurre cuando se habla de obtención de órganos a partir de anencefálicos no nacidos y cobra relevancia por haber sido objeto de comentarios precedentes, por constituir una variante dentro del tema propuesto y robustecer el criterio que se ha sostenido.

Por ello al hablar de esa práctica, hay que decir que la obtención de órganos del anencefálico con vida, es un procedimiento aceptado por quienes consideran que no es un individuo humano, o por quienes consideran que la ausencia de gran parte de la masa cerebral es una situación análoga a la de la muerte cerebral.

Ahora bien, es falso que no sea un individuo humano. En cuanto a la analogía que suele establecerse con la muerte cerebral, no es una hipótesis científica, pues en este caso la lesión cerebral es sólo parcial, no involucra las estructuras del tronco que son capaces, por tanto, de mantener de modo autónomo las funciones vitales.

También se podría actualizar la hipótesis propuesta, al abordar cuatro procedimientos que son empleados tanto para no nacidos sin presencia de algún padecimiento como para anencefálicos, lo anterior ahondando en el problema jurídico, filosófico, ético y moral que refleja la obtención de órganos de no nacidos.

1. Apenas nacido, el anencefálico es entubado y conectado al respirador, manteniendo todos los parámetros vitales a fin de proceder a la extracción de los órganos en función de las necesidades del momento e independientemente de la presencia o no de actividad del troncoencéfalo; en caso de no ser anencefálico.
2. Apenas nacido es reanimado y vigilado hasta que desaparece la actividad del troncoencéfalo; esta práctica parece desproporcionada respecto del diagnóstico, configurándose como un auténtico ensañamiento terapéutico, es decir, ciertas intervenciones médicas inadecuadas a la situación real del

enfermo, desproporcionadas a los resultados que se esperan o demasiado gravosas para el enfermo o su familia.

3. El *nasciturus* es seguido con los solos cuidados ordinarios hasta que aparece hipertensión o bradicardia, momento en que es reanimado a la espera de la muerte del troncoencéfalo, o caso contrario debido a la extracción de sustancias cerebrales muere instantes posteriores como el caso que fue objeto de estudio.

Dichos procedimientos con la sola finalidad de trasplantar los órganos, representa una forma de instrumentación del ser humano, y es éticamente inaceptable.

4. Puede mencionarse también el caso que el recién nacido sea seguido con los solos cuidados ordinarios hasta que se presenta el paro cardio-respiratorio, a continuación del cual se procede a extraer los órganos, en el caso del anencefálico.

Por tanto, obtener órganos del *nasciturus* en vida, con independencia de la situación particular de la que se trate, es una aberración, un personismo, una instrumentalización y cosificación de la persona humana.

Durante el presente trabajo se ha expuesto cómo la autonomía ha sido la única realidad que atribuye derechos, basándose en una postura reduccionista en la cual se separa a los seres humanos adultos, que tienen derechos, y a los seres humanos simplemente biológicos, que no tienen derechos como los niños.

Así es como los adultos en cuanto dotados de conciencia y autonomía, son dignos, merecen ser respetados, poseen la plenitud de sus derechos y no pueden ser utilizados sin su voluntad.

En base a ese poder de disposición, tienen derecho a cambiar de sexo, a tener hijos, aunque no puedan engendrarlos naturalmente, o bien a no tenerlos habiéndolos concebido.

En cambio sólo los adultos son personas y sujetos de derechos, mientras los embriones y los niños son reducidos a la categoría de objetos que pueden crearse o destruirse según el deseo o beneficio de los adultos.

Con lo anterior se establece una discriminación en el propio seno de la familia, ello en función de adoptar personismos, degradando *per se* el concepto de persona al tomarlo como base para la discriminación entre los seres.

De igual forma se podría abordar el diagnóstico preimplantatorio, el cual rompe con las relaciones paterno-filiales, basadas en el respeto y cuidado del débil, para sustituir estos criterios por los de violencia y pervivencia del fuerte sobre el necesitado.

En efecto la vida, la muerte o la instrumentalización de algunos miembros del colectivo familiar, como los hijos no nacidos, dependerá, inminentemente de la voluntad de sus padres.

De esta forma el no nacido seleccionado podrá seguir viviendo si es capaz de en un futuro salvar la vida de un tercero o, estará abocado a la muerte si no supera el control de calidad genético.

En ese caso, la pretensión de eliminar una hipotética patología con la supresión del portador de la misma. También se truncará su proceso vital en el caso de que el o los donantes de gametos manifiestan su deseo de detener el desarrollo del *nasciturus* en pos de la investigación científica.

De esta manera, el principio de respeto al prójimo, considerado desde el derecho romano como la expresión más clara y genuina de lo jurídico, incluye necesariamente la dimensión de la universalidad.

Ésta, como elemento esencial de todo orden jurídico, implica que ningún individuo humano debe quedar excluido de las garantías que el propio derecho otorga. Del principio del reconocimiento de la igualdad y dignidad de todos los sujetos se deriva, directamente, otra exigencia esencial del derecho, la de eliminar la violencia sobre los seres humanos.

Así es como cobra fuerza un factor de desigualdad, al privar a los seres humanos en cualquier etapa de desarrollo de la protección que se les otorga en otros periodos, sino que se permite que esa violencia sea liderada además, por el propio entorno familiar.

Además, esa violencia se genera en el núcleo de la sociedad, en la familia. Los padres se han visto revestidos de la potestad para decidir sobre la utilización, la vida o la eliminación de sus hijos. Este modelo de familia, interesado y endeble, quedará deslegitimado para seguir siendo la estructura que cimienta la convivencia social.

En la formación del ser humano se necesita, el respeto no sólo de los hijos a los padres, sino también de los padres a los hijos la dimensión del cuidado. Pero para que tal cuidado se produzca es necesario que los padres vean en cada nueva vida algo inalienable.

Sólo así se estará en condiciones de empezar a hablar de no reducir la violencia, sino erradicarla.

Se ha abierto la espita de unos nuevos campos de exterminio, en esta ocasión revestidos de asepsia y lujo, para aquellos miembros de la especie humana que no superan unos determinados controles de calidad.

Así, en la investigación biomédica está referido a la equitativa distribución de cargas y beneficios derivados de la mutua participación en la investigación, protegiendo principalmente derechos humanos y el bienestar de las personas o grupos vulnerables como pueden ser, entre otros, aquellos privados de atención médica alternativa, o los dependientes o subordinados del investigador, su equipo, familiares o patrocinadores.

El gran reto de disciplinas como el derecho y la bioética, es precisamente ponderar en el terreno de los fundamentos, por ello al hablarse de negación de la universalidad de los derechos responde a la elevación de una de las propiedades del ser humano para ser considerado persona o titular de derechos.

Frente a ese cada vez más frecuente personismo, se debe establecer la continuidad del ser humano desde su constitución como organismo en la primera célula totipotente o cigoto.

Por ello, la razón de la defensa del *nasciturus*, a partir del momento que posee el fenotipo cigoto es de ahí que comienza la identidad personal, aunque aún no se cuente con la capacidad de sentir, pensar o que la forma humana aún este en vías de desarrollo.

Es así como la personeidad, aún y cuando se modifique la personalidad, es un quién y no un instrumento o valor de terceros.

CONCLUSIONES

Las medidas especiales de protección de los derechos fundamentales, se ha basado en la protección de la dignidad del ser humano, siempre con estricto respeto a ella basándose en los principios de universalidad, inalienabilidad, inviolabilidad, intransigibilidad y personalismo.

Al tratarse de derechos verticales el papel de garantista que le corresponde al Estado, debe ser proteccionista completamente, sin embargo, aún persiste la línea de adoptar medidas de protección cuando exista un alto riesgo de violencia, maltrato, abuso y explotación sexual.

Para el caso en comento, se trata de la violación del derecho fundamental por excelencia, el derecho a la vida, el cual debe primar sobre el resto, sería inconcebible hablar de igualdad, cuando el *nasciturus* es entendido como objeto, es instrumentalizado y sobajado, por ello impera la necesidad que el Estado y sociedad sean responsables solidarios al momento de garantizar las condiciones mínimas de subsistencia para el no nacido.

Así, es obligación de los estados instrumentalizar programas de protección social para los menores que se contextualizan en situaciones de riesgo, partiendo de la condición de extrema vulnerabilidad en la que se encuentra el *nasciturus*, sin poder valerse por sí mismo o resolver si quiere los problemas que le atañen.

Para poder arribar a la mencionada postura, históricamente se tuvo que hacer frente a un sin número de violaciones hacia el ser humano, fue el caso tomar de referencia los primeros experimentos realizados en los hijos y familiares de los científicos, a efecto de probar las reacciones por la administración de determinado medicamento, posteriormente tanto la época de la inquisición así como los campos de concentración, son los ejemplos palpables sobre la falta de sensibilidad y empatía hacia el ser humano.

A partir de eso, la retrospectiva sobre lo que era moralmente aceptable y no, se convirtió en tema recurrente de profundas reflexiones y debates, el mundo ya no podía permanecer ciego ante tales atrocidades, ante la violación de los derechos más sagrados de cualquier individuo y ante los tratos indignos.

Fue necesario establecer los principios bajo los cuales en ocasiones sería permitida la instrumentalización del ser humano.

Sin embargo mientras se protegía una parte de la sociedad se desprotegía otra, al *nasciturus*, persona endeble y sujeta a las mayores vejaciones posibles, como el caso en comento; de allí que los trasplantes fetales merecieran un espacio considerable dentro de las discusiones contemporáneas en los principales foros sobre protección de derechos fundamentales, partiendo desde el punto de vista bioético, disciplina coadyuvante en la resolución de casos difíciles o especiales como el que se menciona.

Así el papel fundamental del derecho es ayudar a dirimir los conflictos cuando el bien o bienes jurídicos tutelados se contraponen, así la ponderación será imprescindible para la resolución de dichos problemas, aquellos en donde el tema toral es el respeto a la dignidad del ser humano, así el derecho a la vida será el derecho primario por excelencia.

Solo cambiando la perspectiva respecto a la contextualización del humano no nacido, se podrán generar líneas protectoras al respecto, el principal reto es romper con esa creencia retrógrada en la cual el *nasciturus* es todo menos un ser humano.

El respeto y el reconocimiento que se otorgue a los integrantes de una sociedad, habla de la evolución de la misma, por ello se debe dejar de especular en relación al momento desde el cual se considera al ser humano como tal. Es incongruente hablar de proteccionismo a los derechos de las niñas, niños y en su caso adolescentes, si su vida está condicionada a determinado momento o etapa de su desarrollo.

Desde el momento de la concepción, el material genético está determinado, será una vida nueva, con un ADN particularizado y con información necesaria para desarrollarse, es por tal razón que el Estado desde el momento de la concepción debe velar por la protección de esa nueva vida irremplazable y única.

Como se mencionó, la Bioética jugará un papel primordial al momento de la toma de resoluciones, precisamente esa reflexión filosófica y sociológica que tiene como objeto de estudio dicha disciplina, avoca al trato digno del ser humano, sin hacer distingos respecto a cuestiones accesorias como la nacionalidad, color de tez, ideologías, creencias religiosas e incluso grado de madurez del individuo.

Debido a la incesante transformación tecnológica, los retos para el Derecho son más grandes y conllevan la adecuación de los sistemas normativos vigentes, así con ayuda de la jurisprudencia emitida por los principales organismos encargados de la salvaguarda de los derechos fundamentales y con la expedición de instrumentos que garanticen el reconocimiento de un manto protector para la infancia se consolida el fortalecimiento de una sociedad que reconoce que el ser humano es tal, desde el momento de la concepción.

México ha sido impulsor del reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consecuentemente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, será el instrumento pilar para la salvaguarda de los derechos fundamentales. Partiendo de ello, la adecuación de las normas secundarias será indispensable, toda vez que de acuerdo a las actuales corrientes en materia de derechos humanos y de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *nasciturus* es integrante de esta sociedad y por su condición extremadamente vulnerable necesita el cobijo de la sociedad a la que pertenece. A diario se conocen los hechos lastimosos, con cifras extremadamente alarmantes, de las que son objeto y punto débil la infancia, ante esa realidad innegable no se puede ser omiso y mucho menos indiferente, la necesidad del surgimiento de mecanismos jurídicos que garanticen el derecho a la vida atiende al dinamismo de una sociedad que no puede permitir vejaciones hacia ninguna forma de vida, ni mucho menos hacia seres humanos. Ese pequeño ser humano

que independientemente de la etapa de desarrollo en la que se encuentre, es un ser único e irremplazable con la capacidad suficiente para sentir angustia, estrés o tranquilidad y que por su vulnerabilidad es necesario que el Estado procure y proteja.

La protección de los derechos de la infancia se rige bajo ciertas premisas interpretativas desde la perspectiva de la protección especial de sujetos pertenecientes a la categoría específica de los menores de edad, en donde el Estado adopta las medidas necesarias de protección cuando existe un alto riesgo de violencia, maltrato, abuso y también explotación sexual. Siendo junto con la familia, responsables solidarios al momento de garantizar las condiciones mínimas de subsistencia para los menores respetando en todo momento su dignidad humana.

Al encuadrar en este supuesto el *nasciturus*, será obligación del Estado instrumentar programas de protección social y jurídica para los menores que se contextualicen en esa situación de riesgo. Por ello, los infantes expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su vida, por carencia de un medio familiar favorable, pueden considerarse también insuficiencias educativas, desviaciones de comportamiento y la primordial, afectaciones en la salud que pongan en peligro su vida.