
**EL BIODERECHO EN MÉXICO:
ESTADO DEL ARTE Y APLICACIONES**

**BIOLAW IN MEXICO:
STATE OF THE ART AND APPLICATIONS**

**BIODROIT AU MEXIQUE :
ÉTAT DE L'ART ET APPLICATIONS**

**BIODIREITO NO MÉXICO:
ESTADO DA ARTE E APLICAÇÕES**

Ingrid Brena^{200*}

Recibido: 14 de junio de 2020

Aceptado: 14 de julio de 2020

²⁰⁰ Investigadora titular Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Abogada, UNAM, México, y Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Entre sus numerosas publicaciones, destacan los libros Derecho y Salud Temas a Reflexionar; Las Adopciones en México y algo más; Células Troncales: Aspectos científicos-filosóficos y jurídicos; y Compiladora con el Dr. Carlos Romeo Casabona del Código de Leyes Genéticas. Hacia un Instrumento Regional Interamericano sobre la Bioética, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Es la biojurista más importante de México. Miembro fundadora de la International Network of Biolaw (www.internationalnetworkbiolaw.org), la organización académica de bioderecho más importante del mundo. Email: brena@unam.mx.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo describir y analizar ciertos temas que se consideran representativos del avance del bioderecho en México limitado al derecho biomédico. En algunos casos se citan disposiciones constitucionales, normas de derecho sanitario, civil y penal, especialmente las expresadas en los diferentes documentos internacionales, que los principios de la bioética han recibido como denominador común. Finalmente, el capítulo aborda la interpretación de algunas leyes por las sentencias de los tribunales, lo que ha ampliado las perspectivas en materia biomédica en México.

Palabras clave

Bioderecho, Ordenamiento jurídico mexicano, Derecho biomédico, Constitución, Sentencias

Abstract

This chapter aims to describe and analyze certain topics that are considered representative of the progress of biolaw in Mexico limited to biomedical law. In some cases, constitutional provisions, norms of sanitary, civil and criminal law are cited, especially those expressed in the different international documents, which the principles of bioethics have received as common denominator. Finally, the chapter addresses the interpretation of some laws by courts' judgments, which has expanded perspectives on biomedical matters in Mexico.

Keywords

Biolaw, Mexican Legal System, Biomedical Law, Constitution, Courts' Judgements

Résumé

L'objectif de cet article est de décrire et d'analyser certaines questions qui sont considérées comme représentatives de l'avancée de le biodroit Dans certains cas, des dispositions constitutionnelles, des normes de santé, de droit civil et pénal sont citées, notamment celles exprimées dans les différents documents internationaux, dont les principes de la bioétique ont reçu un dénominateur commun. Enfin,

le chapitre traite de l'interprétation de certaines lois par les tribunaux, ce qui a permis d'élargir les perspectives sur les questions biomédicales au Mexique.

Mots-clés

Biodroit, Système juridique mexicain, Droit biomédical, Constitution, Décisions de justice.

Resumo

O objectivo deste artigo é descrever e analisar certas questões que são consideradas representativas do avanço da biodireito no México limitado ao direito biomédico. Em alguns casos, são citadas disposições constitucionais, normas de saúde, civis e penais, especialmente as expressas nos diferentes documentos internacionais, que os princípios da bioética receberam como denominador comum. Finalmente, o capítulo aborda a interpretação de algumas leis por decisões judiciais, o que alargou as perspectivas sobre questões biomédicas no México.

Palavras-chave

Biodireito, Sistema Legal Mexicano, Direito Biomédico, Constituição, Sentenças

1. BIODERECHO EN MÉXICO

Aunque varios autores en México se refieren al bioderecho, no se han abocado a elaborar un concepto original o una postura acerca de su contenido como ha acontecido en otros países de Latinoamérica. Tal es el caso de Gonzalo Figueroa para quien el bioderecho, más que una rama autónoma, impregna tanto al derecho público como del privado, al nacional como al internacional al estar constituido por un conjunto de materias jurídicas que guardan relación con los seres vivos que habitan este planeta (Figueroa 2011). En el mismo sentido Emilssen González estima que el bioderecho se justifica para demostrar que la bioética y sus principios han permeado y deben seguir haciéndolo a la actividad jurídica, sobre todo en la creación constitucional y en la interpretación judicial de las normas (González 2003, 30). En cambio, para otros como en España, Carlos Romeo Casabona define al Bioderecho como una disciplina jurídica autónoma de naturaleza interdisciplinar que estudia los principios y las normas jurídicas que se refieren al nacimiento y desarrollo de la vida humana y su entorno. De

esta manera el Bioderecho pasaría a ser una rama más del Derecho al lado del constitucional, administrativo, civil o penal (Casabona 2011, página). En una propuesta integradora Gros Espiell considera que ninguna disciplina jurídica hoy es ajena a la proyección de la bioética: derecho civil, penal, administrativo o constitucional, pero a este primer reconocimiento hay que reconocer que se ha ido creando un Bioderecho, es decir un conjunto de normas jurídicas internas e internacionales que toman los grandes temas y principios de la Bioética y los regulan jurídicamente (Gros Espiell 2005, 292).

Por su parte, Erick Valdés plantea un análisis más a fondo al considerar al Bioderecho como un derecho aplicado al ámbito biomédico, pero con la capacidad de abrir nuevos plexos normativos, de plantear nuevas categorías de daños antijurídicos, de otorgar valor constitucional a nuevos derechos subjetivos individuales, y brindar con ello una mayor certeza jurídica. No se trata, pues, tan solo de un conjunto de normas y principios jurídicamente coactivos, se trata de un modelo y enfoque legalmente vinculante que permite legislar, regular, sentenciar y sancionar las prácticas biomédicas a partir de una base de principios y reglas constitucionales vistos como derechos humanos de cuarta generación. (Valdés, 2015, 2-5; Valdés 2019).

Sin entrar al problema de denominación, concepto, objeto y naturaleza del Bioderecho, para efectos de esta presentación tomé al Bioderecho como el conjunto de materias jurídicas que se refieren a la ética médica, por cuestiones de extensión dejé fuera las que guardan relación con otros seres vivos, animales y plantas que habitan este planeta, así como el medio ambiente. Aprovecharé la oportunidad para hacer la descripción y análisis de algunos textos jurídicos que nos permitan conocer cuáles son las tendencias que en México se han adoptado y, en algunos casos, cuáles han sido las respuestas de una sociedad poco informada y muy dividida que ha obstaculizado el desarrollo legislativo.

Ante la imposibilidad de presentar un reporte exhaustivo de la normativa mexicana, labor que representaría una investigación de otras dimensiones, que por demás no aseguraría su totalidad, he optado por describir y analizar ciertos temas que he considerado representativos del avance del Bioderecho en México limitada al derecho biomédico, ya de por sí extenso. En algunos casos citaré disposiciones constitucionales, normas de derecho sanitario, civil y penal que tiene como común denominador haber recibido los principios de la reflexión de la bioética y en especial los expresados en los distintos documentos internacionales. Me referiré también a la interpretación y aplicación de las leyes por parte de los tribunales a través de sus decisiones que han ido ampliando la visión en asuntos relacionados a materias biomédicas.

2. INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Por un lado, los adelantos registrados tanto por la ciencia por la tecnología y la importancia de que el país no desaproveche oportunidades derivadas del avance científico, el Estado Mexicano no solo reconoce la libertad de investigación, sino que asume el compromiso del Gobierno para impulsar, fortalecer y desarrollar la investigación científica y tecnológica, a través de varias instancias gubernamentales. Los instrumentos de apoyo no afectarán la libertad de investigación científica y tecnológica, pero que se harán las regulaciones o limitaciones que, por motivos de seguridad, de salud o de ética o cualquiera otra causa de interés público determinen las disposiciones legales. Sin embargo, a pesar de ese reconocimiento en discursos y en los textos legales, falta mucho por hacer. El apoyo a la libertad de investigación depende de los aportes que el Gobierno destine a tal fin.

Estas investigaciones frecuentemente tienen como objeto de estudio al ser humano. La Ley General de Salud²⁰¹ se refiere de manera breve a la investigación con seres humanos, corresponde el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud abordar de manera más amplia el tema y podría decirse que al menos en el texto escrito, se cubren los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica con seres humanos. Sin embargo, se percibe la falta de regulación sobre: integridad científica; mayor protección de grupos en situación de vulnerabilidad; acceso a los beneficios de las investigaciones; prevención y compensación de daños e investigación con material biológico de origen humano.

3. INVESTIGACIONES SOBRE EL GENOMA HUMANO

Existe en la actualidad la conciencia generalizada de que las investigaciones sobre el genoma, y más que nada sus aplicaciones puedan comprometer no solo el presente, sino el futuro de la humanidad y su entorno en forma irreversible. Estas preocupaciones solo podrán ser contrarrestadas proporcionando información a la sociedad, o al menos a las personas interesadas y a través de la elaboración de una regulación jurídica que proporcione certeza, tanto a quienes investigan como a quienes son sujetos de investigación. Es necesario que los investigadores tengan la certeza de que sus conductas no van a ser consideradas ilícita, además deben tener una clara definición sobre cuáles son los intereses que deben ser protegidos tanto antes como durante y después de las investigaciones.

201 México es una República Federal, de manera que existen leyes de competencia federal y otras de competencia locales aplicables solo en la entidad que las emite. La Ley General de Salud es de carácter federal y su fundamento directo es el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

México ha cumplido solo parcialmente con sus compromisos sobre el tratamiento jurídico a la investigación y utilización del genoma humano. La Ley General de Salud garantiza la no discriminación motivada por caracteres genéticos, el consentimiento informado de los sujetos fuente y la salvaguarda de privacidad, la confidencialidad de los datos genéticos de todo grupo o individuo y el respeto a los derechos humanos, la libertad y la dignidad del individuo. Destaca la norma por la cual expresa que, a efecto de preservar el interés público y sentido ético, en el estudio, investigación y desarrollo del genoma humano como materia de salubridad general, la Secretaría de Salud establecerá aquellos casos en los que se requiera control en la materia, asegurándose de no limitar la libertad en la investigación.

No obstante, estas disposiciones, consideramos que la legislación actual no es suficiente para regular las investigaciones sobre el genoma humano y estas carencias se deben a la falta de una debida información a la sociedad. El debate, aunque ha sido abierto y participativo, no ha estado alejado de dogmatismos y la insuficiencia de conocimientos básicos sobre los temas de quienes tienen la responsabilidad de legislar han alejado la posibilidad de lograr los consensos entre los distintos puntos de vista. Por un lado, se requiere la perspectiva de los científicos, pero también de quienes están preocupados por la protección de los derechos humanos de los involucrados.

Debemos tomar en cuenta que no solo los legisladores deben adquirir los conocimientos necesarios para poder legislar sobre la materia, sino que también quienes tienen la obligación de actuar conforme a la norma deben poseer los conocimientos necesarios. Por su parte, los encargados de interpretar y aplicar la norma, los miembros del poder judicial en sus distintas instancias, igualmente deben tener la experiencia y conocimiento de los instrumentos internacionales relativos al genoma humano que México ha aceptado cumplir.

4. MANIPULACIÓN GENÉTICA

La manipulación genética fue regulada por primera vez en el Código Penal Distrito Federal²⁰² de 2002. La inclusión en el texto penal de este tema, reflejo la preocupación de la sociedad actual sobre el desarrollo de las nuevas técnicas de la ingeniería genética. Conductas tradicionalmente consideradas como propias del quehacer científico y alejadas del ámbito del Derecho penal, son ahora visualizadas como una amenaza a bienes jurídicos tan importantes como pueden serlo el futuro de la especie humana. Este reconocimiento se

202 Se trata de una legislación local aplicable sólo en el Distrito Federal.

ha visto reflejado en la tipificación de nuevas conductas consideradas como delictivas (Brena 2006).

El CPDF recoge diversas conductas agrupadas bajo la denominación de manipulación genética, identificada ésta como el conjunto de metodologías para tratar, con fines diferentes, la información genética contenida en el ADN, o bien más sintéticamente, la modificación inducida en el material hereditario con técnicas moleculares. Por tratarse de conductas íntimamente relacionados con las nuevas técnicas científicas, la aplicación de estos preceptos depende de la legislación específica como necesario marco de referencia. Este marco está constituido por la Ley General de Salud y sus reglamentos, especialmente los de Investigación para la Salud y Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, las normas oficiales técnicas que emita la Secretaría de Salud.

La manipulación genética es sancionada cuando persiga una finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que alteren el genotipo; se fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana y se creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos. La lectura y análisis de sus preceptos, nos permiten prever su complicada aplicación. Entre otras causas por la dificultad para determinar la ilicitud.²⁰³

Conviene precisar que del CPDF no prohíbe las técnicas ni la experimentación científica, sino sólo aquellas prácticas que puedan afectar bienes jurídicos considerados de gran importancia para la humanidad. Se reconoce que no le corresponde al Derecho dictar al biólogo cómo experimentar o como definir los diferentes pasos del propio proceso de investigación. A la ciencia jurídica sólo le compete señalar los límites de lo que es socialmente aceptable y dar seguridad sobre lo que está prohibido y lo que está permitido. Un exceso en la reglamentación, además de limitar una libertad tan preciada como lo es la investigación científica, podría cortar la senda hacia el logro de los avances tan loables como la reducción del dolor, la cura de enfermedades o el aseguramiento de condiciones de vida más dignas al ser humano. De igual forma, una actitud condescendiente podría conducir –y de hecho ha conducido– a situaciones capaces de vulnerar derechos y valores considerados por la sociedad como dignos de protección (Brena 2006).

203 En su artículo 154.

5. CÉLULAS TRONCALES

No existe en la actualidad una legislación sobre la investigación con células troncales, solo un artículo de la Ley General de Salud se refiere a la donación altruista de placenta y sangre de cordón umbilical para obtener de ella células troncales o progenitoras para usos terapéuticos o de investigación, sin que esta disposición haya sido desarrollada. Esto a pesar de que se han presentado varias iniciativas al Congreso para legislar en la materia, algunos proyectos han estado a favor de su uso incluso cuando se traten de células embrionarias y aun cuando se destinen a la a investigación, otros, en cambio, promueven su prohibición de manera tajante.

Ante la dificultad para modificar la Ley General de Salud o sus reglamentos, la Secretaría de Salud, a través del Consejo General de Salud, ha reunido a un grupo de expertos en el tema para que redacten un Proyecto de Norma Oficial Mexicana, para que, sin entrar al proceso legislativo, se regule la donación, recepción para uso terapéutico o de investigación células troncales, principalmente hematopoyéticas, pero también de origen embrionario. Se espera que este documento cause una gran polémica, pero estamos al pendiente.

6. PRUEBAS GENÉTICAS PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN

El reconocimiento de las pruebas genéticas para determinar la filiación ha recorrido un camino largo desde sus inicios. La primera vez que se presentó un amparo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación se hizo alegando que su admisión y desahogo representaba para el implicado una afectación a sus derechos sustantivos. El órgano judicial máximo emitió la Jurisprudencia 17/2003 bajo el siguiente rubro: *PRUEBA PERICIAL EN GENETICA. SU ADMISIÓN Y DESHAGO TIENE UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA*. La protección de la ley recayó sobre el supuesto padre quien alegó la afectación que la prueba para determinar la paternidad podía infligir tanto a su integridad física como a su intimidad genética (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2005).

Poco tiempo después de la publicación de esta sentencia, la Corte con más conocimiento sobre el tema modificó su criterio y estableció la validez e idoneidad de la prueba genética para determinar la filiación en beneficio del mayor interés del menor de establecer la filiación respecto a su padre y su madre. Más tarde, una reforma en 2003 al Código Civil para el Distrito Federal, acogió

el nuevo criterio jurisprudencial y actualmente su artículo 382 no sólo admite la prueba sino que establece una presunción contra quien se niega a su práctica: “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios, si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

7. FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Por diversas motivaciones generadas por el desarrollo profesional de las mujeres en la sociedad contemporánea, aunado a problemas de salud de origen genético, de enfermedades mal atendidas o de consecuencias de operaciones quirúrgicas tanto de hombres como de mujeres, que no expondré en este texto, la infertilidad de las personas y como una natural derivación, el uso de las técnicas de reproducción asistida se ha incrementado. Si bien la nueva tecnología ofrece ayudar en la solución de los problemas de infertilidad también han conducido a una modificación substancial a nuestra concepción tradicional de la reproducción humana. El embarazo producto de una relación física, el coito, y la gestación en el útero de la madre ya no es la única manera de tener hijos. Ahora las posibilidades de procrear alejadas de estos modelos han ido en aumento, cada vez se concede mayor relevancia a la voluntad procreacional, derecho a decidir tener o no tener a un hijo con la ayuda de la tecnología, que el hecho natural de la procreación.

A pesar de la práctica común de las técnicas de reproducción asistida el vacío legal en torno a regulación de estas técnicas es evidente (Brena Ingrid 2012). La inseminación artificial está regulada por la Ley General de Salud, por el Reglamento General de Salud en materia de Investigación para la Salud y por el Reglamento sobre Trasplantes de Órganos y Tejidos, pero la regulación es mínima. El Reglamento se refiere a la necesidad de obtener el consentimiento informado tanto de la mujer como de su cónyuge o concubinario, o sea que la inseminación de una mujer sola no está permitida, pero en la práctica se llevan a cabo estas inseminaciones al margen de la ley. El mismo Reglamento señala que a investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, disposición que tampoco se cumple cuando una mujer soltera y sin pareja ni problemas de infertilidad es atendida en los servicios de salud.

En cambio, a pesar de la poca reglamentación administrativa, el Código Penal para el Distrito Federal sanciona la disposición de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes y la realización de una inseminación

artificial o implantación de un óvulo fecundado en una mujer, si ésta no manifestó un consentimiento válido.

México presenta un vacío legal importante en materia de reproducción asistida. Se han realizado intentos para generar una regulación sobre la práctica y aplicación de las técnicas, pero hasta hoy, ninguno de los proyectos legislativos ha logrado prosperar.

Para no irnos más atrás en el tiempo, comentaré los sucesos a partir de 2010. Desde ese año las distintas bancadas partidistas han presentado un total de 12 proyectos legislativos. El partido que más iniciativas ha presentado es el Revolución Institucional, PRI con 5 proyectos, después el Acción Nacional PAN, 4 y el la Revolución Democrática PRD, presentó 3. La mayoría de las propuestas legislativas, han buscado reformar y adicionar la Ley General de Salud de aplicación en toda la República, sólo una propuesta del PAN se encamina a la creación de una ley especial. Este último partido insiste en el reconocimiento del estatuto ontológico del embrión. El PAN, partido conservador por antonomasia, propugna por un acceso restringido a la reproducción asistida, abierta sólo o las parejas unidas en matrimonio y a las que les haya sido diagnosticada la esterilidad. En cambio, los partidos políticos de izquierda y de centro – izquierda (PRD/PRI) han presentado propuestas más liberales encaminadas a plantear un acceso libre a la población en general a las técnicas de reproducción asistida.

Particularmente el PRD ha insistido en la necesidad de una legislación especial para regular los procedimientos de maternidad subrogada en el Distrito Federal. Actualmente existe una Ley aprobada por la Asamblea Legislativa sobre Gestación Subrogada pero detenida por el Jefe de Gobierno quien no la ha publicado para su vigencia. Este vacío legal ha generado serios problemas a quienes acuden a esta práctica, ya que el Registro civil se niega a registrar a los menores que nazcan como resultado de una gestación por sustitución como hijos de quienes la solicitaron y que en muchos casos aportaron su carga genética con el deseo de tener descendencia.

Una de las propuestas del PRI presentada en mayo de 2013, incluye ciertos aspectos de la investigación con embriones y células germinales, pero el proyecto no ha pasado al siguiente paso del proceso legislativo. Otro más, presentado desde 2011 menciona la posibilidad de llevar a cabo un diagnóstico genético preimplantacional y se refiere a “las mujeres heterogestantes” con una reforma a la Ley General de Salud, en un claro interés de abrir la posibilidad de llevar a cabo procedimientos de gestación subrogada en toda la República.

Pero todos y cada uno de los proyectos han sido detenido. Las distintas posturas de los partidos no logran los acuerdos necesarios. Los conservadores que insisten en proteger la vida desde la concepción están en contra de la crioconservación de embriones y sólo están a favor de admitir la fertilización e implantación de un solo embrión, con lo cual las probabilidades de éxito para lograr un embarazo son muy escasas. Los partidos de izquierda, con propuestas progresistas, admitirían la crioconservación, la selección de embriones por causas eugenésicas y la investigación con células embrionarias. Ninguno de esos partidos logra la mayoría en las Cámaras y el partido del centro, PRI algunas veces apoya a los conservadores y otras a los liberales, según convenga a sus intereses, pero ni con su apoyo se ha logrado la votación mayoritaria.

La falta de normativa ha auspiciado que clínicas de fertilización asistida actúen sin una reglamentación adecuada. Urge que se legisle sobre donación de gametos; selección de embriones; utilización terapéutica de embriones y células embrionarias, sobre la posibilidad de seleccionar el sexo solo por motivos terapéuticos, diagnóstico genético preimplantatorio, la situación de los embriones congelados, investigación con embriones sobrantes y la gestación por sustitución.

8. INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO

La definición clásica de aborto nos lleva a considerarlo como la interrupción espontánea o voluntaria del embarazo antes de la viabilidad del feto. El tema puede ser considerado en México, junto con el matrimonio de los homosexuales como uno de los que más controversias ha generado. Los grupos conservadores insisten en la protección del derecho a la vida del concebido y los liberales al derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. Por eso no es de extrañar que la Ciudad de México, con una presencia amplia de grupos de izquierda y liberales, sea la única entidad del país que permite la interrupción del embarazo. El Código Penal para el Distrito Federal define al delito de aborto, como “la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación” lo cual significa que antes de ese plazo, la interrupción del embarazo no es sancionada, por lo tanto, su práctica es legal en esa entidad a partir de 2007.

Poco después de la entrada en vigor de esta norma, el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de ella, alegando, entre otros argumentos, la supremacía del derecho a la vida del concebido sobre cualquier otro derecho ya que la vida es el primer derecho sin el cual no es pensable hablar de otros derechos. Después de un largo y minucioso análisis la Suprema Corte de Justicia de la Nación pronunció su sentencia en el sentido de que no podía ponderarse el derecho a la vida del

producto de la concepción, en relación con los de la madre porque se trataban de derechos con diferente rango que el derecho a la vida no es absoluto ni se puede otorgar este derecho con el propósito de anular otros como son la dignidad, igualdad, salud, intimidad y autodeterminación de la mujer para decidir sobre su propia maternidad y que si no existe un individuo, no hay posibilidades de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente (González 2009, 32). Bajo estos argumentos la Suprema Corte desechó la acción de inconstitucional y el texto penal sigue vigente en el Distrito Federal.

Como reacción a esta Sentencia por parte de los grupos conservadores, 16 han modificado sus constituciones locales para elevar a rango constitucional el derecho a la vida desde la concepción y con ello evitar que las legislaturas locales permitan la interrupción legal del embarazo. La falta de reconocimiento de los derechos de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo se ve aún más agravada en aquellos estados en los que se sanciona a las mujeres con penas de prisión muy elevadas pues son acusadas de privación de la vida en grado de parentesco y condenadas hasta a 30 años de prisión incluso se han dado casos de penas que se aplican, aun cuando la mujer haya sufrido de un aborto accidental o espontáneo.

9. TRASPLANTE DE ÓRGANOS

La ciencia y la tecnología han logrado el trasplante de órganos en seres humanos, aliviando padecimientos crónicos y terminales. El trasplante se ha convertido en un tratamiento tan eficaz que ha generado una gran demanda tanto de órganos como de tejidos. En México, desde mayo de 2000 se reformó la LGS con un capítulo especial dedicado al trasplante de órganos y existe un Reglamento especializado. La normativa se ha ido actualizando conforme a los avances científicos y al mayor conocimiento sobre el tema. Una de las principales reformas tuvo su origen en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 14 de julio 2003 en resolución del amparo 115/2003 que a la letra dice: *El artículo 333 F. VI de la LGS que permite el trasplante de órganos únicamente entre personas relacionadas por parentesco, matrimonio o concubinato, transgrede los derechos a la Salud y la vida consagrados en el artículo 4º de la Constitución Federal.* (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2004). El texto anterior exigía como requisito para la donación entre vivos que donante y receptor estuvieran unidos por lazos de parentesco o de matrimonio o concubinato. La Sentencia abrió la posibilidad de donar a aquellas personas que unidas por lazos de afectividad con el receptor o simplemente por motivos altruistas. Poco después de emitida la sentencia, el texto de la LGS fue reformado, ahora cualquier persona pueda donar un órgano a otra sin tener que cubrir el requisito del parentesco a relación de matrimonio o concubinato.

Otra de las adecuaciones más importantes a la Ley ha sido el establecimiento de comités hospitalarios dedicados exclusivamente a tomar decisiones que tienen que ver con la asignación de órganos. Sin embargo, a pesar de las actualizaciones legales, el problema que no se ha podido solucionar es la poca cultura que la sociedad posee sobre trasplantes tanto entre vivos como de donante cadavérico. La consecuencia es que aun cuando cifras recientes mencionan la necesidad de 20,000 los trasplantes que se llevan a cabo son muy pocos.

10. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La intimidad que no es dada por la naturaleza, no requiere del derecho para existir, pero sí para protegerla de la intrusión de los demás. Tenemos pues un derecho a la protección de nuestra intimidad o como el derecho anglosajón expresa con claridad, el derecho a la privacidad, a mantener en privado nuestra intimidad (Brena 2008, 19). Este derecho implica la facultad para exigir la intervención de los poderes públicos y evitar que nuestra intimidad pueda ser accesible a nadie, sólo el mismo sujeto puede decidir a quién y en qué condiciones admite el acceso a su intimidad, a través, del derecho a la autodeterminación informática. Actualmente son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren al derecho a la privacidad o a la intimidad.

A nivel nacional, México cuenta con una variedad de leyes destinadas a proteger los datos personales. Las distintas leyes se refieren a los diversos ámbitos de validez, ya sea locales o federal, otra diferencia se basa en la intervención de ya sea de autoridades públicas o de privadas. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, obligatoria únicamente para los poderes públicos del Estado Federal, tiene como uno de sus objetivos garantizar la protección de datos personales. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, así como sus reglamentos y protocolos establecen las garantías necesarias para salvaguardar los datos personales, incluidos los genéticos, desde la recolección hasta su utilización final o su destrucción. Para el Distrito Federal, la Ley de Protección de datos personales regula la protección y tratamiento de los datos personales en posesión de los entes públicos de la administración pública de Distrito Federal. En su definición de datos personales se refiere expresamente al estado de salud y el ADN.

A pesar de la prolífica legislación, en la práctica, durante el desarrollo de las investigaciones o de tratamientos médicos, nos encontramos un desconocimiento por parte de los investigadores y personal de salud de la existencia de las leyes. También existe una falta de conocimiento respecto al manejo de datos personales, médicos o genéticos, ya sea que estén en archivos manuales o electrónicos o en el

expediente clínico físico de los sujetos de investigación. Algunos de los operadores de datos, desconocen además el deber de confidencialidad y el restringido acceso a los datos de salud a terceros como familiares, aseguradoras, arrendadoras financieras, empleadores, entre otros. También desconocen los mecanismos adecuados para lograr la protección de datos. Se requiere, por tanto, una mayor difusión de los textos legales que garantizan adecuadamente la privacidad de los datos personales, incluidos en estos tanto los médicos como los genéticos.

11. MANIFESTACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD

Las voluntades anticipadas, conocidas bajo diferentes denominaciones: instrucciones previas, living will, directrices avanzadas, deseos expresados anteriormente, otorgan al paciente el derecho a manifestar su voluntad sobre los tratamientos médicos que admitiría le fueran proporcionados y cuáles no para el caso de llegar a encontrarse en una situación que les impida expresar sus deseos, como es el caso de pacientes en estado de coma prolongado o de demencia o el simple deterioro de sus capacidades mentales y no solo en situaciones terminales y siempre que haya recibido previamente la información necesaria.

Las voluntades anticipadas ha sido un tema de interés tanto para la Federación como por los estados. En México suman 12 los estados de la República que han emitido leyes cuyo contenido tiene que ver con voluntad o directriz anticipada, además, a éstas hay que agregar el Ley General de Salud, posterior a las legislaciones locales, que también la regula. Esta doble regulación está generando problemas de aplicación cuando las disposiciones de distinto nivel son contradictorias,²⁰⁴ veamos algunos ejemplos.

Las leyes locales, incluida la del Distrito Federal, permiten el acceso a los documentos que la formalizan sólo a quienes padecen enfermedades terminales. Sin embargo, la LGS de nivel jerárquico superior y de aplicación en toda la República expresa que toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad bajo ciertas formalidades y requisitos. La legislación federal, aunque tiene relativamente menos disposiciones que las leyes locales, está mejor redactada.

204 LGS Artículo 166 Bis 11.- En caso de urgencia médica, y que exista incapacidad del enfermo en situación terminal para expresar su consentimiento, y en ausencia de familiares, representante legal, tutor o persona de confianza, la decisión de aplicar un procedimiento médico quirúrgico o tratamiento necesario, será tomada por el médico especialista y/o por el Comité de Bioética de la institución.

El Reglamento de la Ley General de Salud para la atención médica establece como límites para la formulación de una directriz anticipada que ésta no contravengan lo establecido en las disposiciones jurídicas aplicables. Un ejemplo claro de prohibiciones legales que impiden el cumplimiento de una voluntad anticipada sería la petición de una eutanasia. Tanto la ley sanitaria administrativa como la penal de nuestro país consideran delito la práctica de la eutanasia y del suicidio asistido²⁰⁵, de tal modo que las directrices anticipadas que establecieran el pedimento para asistir o provocar intencionalmente la muerte, serían nulas.

Algunas legislaciones como la del estado de Guanajuato y la del Distrito Federal²⁰⁶ permiten al personal de la salud cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias las voluntades anticipadas ser objetores de conciencia y, por tanto, excusarse de intervenir en su aplicación. Sin embargo, hay muchas voces que han estado en contra de estas disposiciones bajo los siguientes argumentos:

El objetor de conciencia que no acata una directriz anticipada daña el interés del paciente al negarle reconocimiento y aplicación de su voluntad, en especial, en momentos en que la voluntad no puede ser expresada de manera directa. Desde luego, una sociedad respetuosa debe buscar que personas con creencias específicas sean respetadas, siempre que tales creencias no dañen a terceros o les causen algún perjuicio o afecten sus derechos. La objeción de conciencia solo debe admitirse cuando el paciente no sea disminuido en sus derechos fundamentales, como lo es el ejercicio de su autonomía y siempre que exista personal médico suficiente no objetor dispuesto a acatar la directriz anticipada.²⁰⁷

Con tino y atendiendo a estos argumentos, la Secretaría de Salud ha asumido el compromiso de garantizar y vigilar en las instituciones de salud la permanente disponibilidad de personal de salud no objetor, a fin de garantizar el otorgamiento de los cuidados paliativos como parte del cumplimiento de la voluntad anticipada del enfermo en etapa terminal.

205 LGS Artículo 166 Bis 21.

206 Artículo 25.LVA D:F: - El personal de salud a cargo de cumplimentar lo dispuesto en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato y lo prescrito en la presente Ley, cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tales disposiciones, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en su aplicación.

207 Debe tenerse en cuenta que la objeción de conciencia es un acto ético de carácter individual, no institucional ni colectivo, de manera que un hospital o centro de atención sanitaria no puede declararse objetor de conciencia.

12. EUTANASIA

A pesar de los intentos que se han llevado a cabo con el propósito de sensibilizar a la sociedad y en especial al legislador sobre la necesidad de abrir el tema de la eutanasia a una discusión seria y laica, los resultados han sido escasos. La ayuda o inducción al suicidio caen en la descripción de delitos tipificados por el Código Penal del Distrito Federal, “si el agente prestare el auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena aplicable será de cuatro a diez años de prisión.” Por su parte la Ley General de Salud, prohíbe textualmente la práctica de la eutanasia, entendida como homicidio por piedad, así como el suicidio asistido conforme lo señala el Código Penal Federal.

13. OTROS TEMAS QUE DEBEN SER ABORDADOS POR EL BIODERECHO EN MÉXICO

Los temas que puede abarcar el Bioderecho se han ido ampliando conforme surgen nuevas necesidades, tal es el caso de la situación de las personas que padecen alguna discapacidad, en especial la mental la cual se puede presentar en distintos grados lo que implica un distinto tratamiento. Es responsabilidad de la sociedad incorporar a estas personas a la vida cotidiana y tratarlas con el respeto que se merecen y permitir que expresen su voluntad de acuerdo a sus capacidades. Se debe trabajar para lograr el trato digno para los pacientes y protección de sus derechos humanos, así como el control sanitario en las instituciones que prestan servicio a estas personas.

El envejecimiento de la población ha propiciado en interés por revisar los aspectos éticos al final de la vida y el reconocimiento de los derechos de las personas ancianas. Se observa una falta de legislación adecuada sobre la voluntad anticipada y tratamiento de personas con enfermedades crónico degenerativas y una legislación sobre cuidados paliativos y tanatológicos.

Se requiere regular la práctica de cirugías estéticas en especial en temas como consentimiento verdaderamente informado para evitar el encarnizamiento estético y las consecuencias de la reasignación sexogenérica. Atender los problemas médicos derivados de las adicciones desde la perspectiva de los principios bioéticos y cuidando la prevención y la rehabilitación de enfermos y queda pendiente el debate sobre la revisión del marco jurídico sobre la posibilidad de permitir el uso de determinadas substancias. Se observa un vacío legal en torno a la operación de los biobancos de la utilización de Xenotrasplantes del conocimiento del significado de los avances científicos y tecnológicos de las neurociencias.

México es ya el primer país en número de personas con problemas de obesidad, urgen políticas públicas adecuadas para evitar el sobrepeso y la obesidad, pero evitando la aparición de trastornos alimenticios como la bulimia, la anorexia, entre otros. La legal interrupción del embarazo debería admitirse en todo el país en respeto al derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, pero también urge evitar la violencia obstétrica y controlar y tratar de evita el alarmante crecimiento de embarazo de adolescentes.

En vista de la variedad étnica del país se requiere de una incorporación del enfoque intercultural en la prestación de servicios de salud, de una promoción de la medicina alternativa y complementaria y una adecuación de los servicios de salud en comunidades indígenas y rurales.

Según la evaluación formulada por Comisión Nacional de Bioética, creada por Decreto presidencial de 2005 como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Salud, se detectan varias líneas de acción para situar a la bioética como política de gestión y que considero necesarias para la elaboración de la normativa urgente.

Fomentar el respeto a la dignidad, la autonomía y los derechos humanos en la prestación de servicios de salud; Fomentar que la investigación atienda a criterios éticos, de pertinencia e integridad científica y protección de los derechos humanos. Incorporar el enfoque bioético en el diseño, análisis y evaluación de las políticas públicas y asignación de recursos. Consolidar a las comisiones nacional, estatales de bioética, y los comités hospitalarios de bioética y de ética en investigación. Promover la observancia de criterios de bioética internacionales acordes con el interés y las políticas de salud del país y difundir la cultura bioética entre la sociedad, impulsar capacitación del personal y la formación de profesionales en la materia.

14. REFLEXIONES FINALES

De este informe general se desprende que el bioderecho se ha desarrollado en México de acuerdo a los avances culturales, trabajos de académicos, a la existencia de documentos internacionales de la bioética y a los esfuerzos de la Comisión Nacional de Bioética. Sin embargo, también se observa que resta mucho por hacer, existen graves vacíos legales. Tanto la sociedad como los legisladores tiene tareas por delante para conseguir la estructuración y sistematización de normas necesarias para un desarrollo de las biotecnologías. Se debe legislar con gran sensibilidad para evitar coartar la libertad tan preciada como la investigación científica, pero al mismo tiempo lograr una protección de los derechos humanos de todos los involucrados. Los legisladores deben actuar con un espíritu democrático y laico

que no admita imposiciones ni trababas de carácter religioso. Tratar de imponer una concepción religiosa o moral, aunque fuera de la mayoría de la sociedad, atenta gravemente contra la libertad de conciencia, de pensamiento y de culto (Carpizo, Jorge y Valadés, Diego 2008, 81).

REFERENCIAS

Brena, Ingrid. 2006. "Comentario al artículo 154". En Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado, coordinado por Sergio García Ramírez, Olga Islas y Leticia Vargas, libro 2, t. II, México: Porrúa y Universidad nacional Autónoma de México.

———. 2008. "Privacidad y confidencialidad de los datos genéticos". En Boletín Mexicano de derecho Comparado", no. conmemorativo, sexagésimo aniversario, 109. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Universidad Nacional Autónoma de México.

———, coord. 2012. Reproducción asistida, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Universidad Nacional Autónoma de México.

Casabona, Carlos Romeo. 2011. "Voz Bioderecho y bioética". En Enciclopedia Bioderecho y Bioética, t. I, Granada: Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano.

Carpizo, Jorge y Valadés, Diego. 2008. Derechos humanos, aborto y eutanasia, 81. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Universidad Nacional Autónoma de México.

Figuroa, Gonzalo. 2011. "Voz: Bioderecho (jurídico)". En Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, t. I, Granada: Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano.

González, Emilssen. 2003. "Derecho y bioética, la experiencia colombiana". En Memorias del 1 Seminario Franco Andino de Derecho y Bioética. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 30.

González, Juan. 2009. "Constitucionalidad de la despenalización del aborto en el Distrito Federal". En Decisiones Relevantes de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación, 32. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Gros Espiell, Héctor. 2005. *Ética, bioética y derecho*. Bogotá: Temis S.A, 292.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2004. *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Donación de órganos. Inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

———. 2005. *Decisión Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Prueba pericial en genética. Su admisión es de imposible reparación, ya que afecta un derecho sustantivo*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Valdés, Erick. 2015. “Bioderecho, Daño Genético y Derechos Humanos de Cuarta Generación”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 144. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Valdés, Erick. 2019. “Towards a New Conception of Biolaw”. In, Valdés, E. & Lecaros, J.A. *Biolaw and Policy in the Twenty First Century: Building Answers for New Questions*. Switzerland: Springer.