



BUAP

BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SECRETARÍA DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO

**MUERTE MÉDICAMENTE ASISTIDA: UN DERECHO HUMANO
EMERGENTE EN MÉXICO**

TESIS

**PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO CON TERMINAL EN CONSTITUCIONAL Y
AMPARO**

**QUE PRESENTA EL:
LIC. PAULINO CARLO AGUILAR GALINDO**

**DIRECTORA DE TESIS:
DRA. MAVIS NOHEMÍ OLVERA RAMÍREZ**

PUEBLA, PUEBLA, OCTUBRE 2020

AGRADECIMIENTOS

La elaboración de un trabajo de investigación de grado siempre representa una labor formidable, marcada por momentos de adversidad, prisa y algo de desesperación. Este sendero, cuando es tomado en serio, es difícil de caminar.

El mayor riesgo de la investigación es sentirse abrumado, absorto por una inexorable necesidad de avanzar y una lucha constante contra el reloj. Sin duda, la única forma de salir adelante de este cometido es acompañado. Sin el apoyo y respaldo de todos los que a continuación nombraré, y de los que por economía debo omitir, no hubiera sido posible terminar esta investigación. Todos desde su trinchera, en su particular forma de ser, me guiaron hasta aquí.

A mi esposa, le agradezco la valentía de resistir los embates del camino que transito. En su ejemplo me guió para ensayar hacer las veces de investigador. En su amor y paciencia está mi hogar y mi futuro. Sin ella, nada de esto no sería posible.

A mis padres, les agradezco los cimientos de mi personalidad. De su educación aprendí, aunque a veces parece que lo olvido, a mantener un equilibrio entre lo simple y lo complejo. Agradezco su respaldo en cada decisión que he tomado, siempre brindándome la libertad, a veces peligrosa, de tomar las riendas de mi vida, inculcando un sentido de lucha por la libertad humana, enalteciendo siempre la lealtad como máximo valor.

A mis hermanos, les agradezco su existencia. A mi hermana, le agradezco las lecciones que me enseña, aun cuando no se da siquiera cuenta. A mi hermano, le agradezco recordarme que, casi siempre, solo hace falta un momento para revalorizar toda la vida.

A la familia Apan Araujo, por haberme recibido siempre con la mejor de las actitudes, aunque sin duda no siempre he sido recíproco, sepan que este resultado no habría sido posible sin ustedes y que siempre les estaré inmensamente agradecido.

A mi socio de despacho y aventuras, quien, en mi ausencia, mantuvo a flote nuestro sueño y ahora es su turno de perseguir su crecimiento académico.

A mi Alma Mater, que aún hoy resiste los golpes del abuso sistemático a que ha sido expuesta, espero algún día verla dignificada con un espíritu renovado de lucha social, como fundamentalmente le corresponde. A mi Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, le agradezco el conocimiento que hoy me permite ayudar a las personas, con respeto pero sin temor a la autoridad.

A mi directora de tesis, quien con paciencia me acogió, guiándome hacia un ejercicio investigativo libre de prejuicios y abierto al conocimiento.

A mis catedráticos, quienes con su esfuerzo y dedicación se encargaron de la complicada tarea de instruirme. A los buenos, les agradezco demostrarme como se debe ejercer la loable tarea de la docencia. A los malos, les agradezco el mal ejemplo que, sin duda, habrá de apartarme de sus prácticas y por enseñarme que no importa cuán alto llegue, siempre debo mantenerme humilde.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT), por el apoyo brindado para la conclusión de este grado. Estoy consciente de la obligación social y humana que significa haber sido subsidiado por esta institución.

Finalmente, *a mi bisabuela*, a quien su enfermedad mantuvo presa en vida, encadenada a su cama durante muchos años. Tu dolor y sufrimiento no fueron en vano. Quizá si hubiera existido la posibilidad que se estudia en esta investigación, la hubieras tomado. Quizá en un futuro, los que seguimos, podamos tomarla.

Introducción.....	1
 Capítulo 1. Marco conceptual de los Derechos Humanos en México	3
1.1 El iusnaturalismo moderno	3
1.1.1 La evolución histórica del paradigma iusnaturalista hacia la filosofía del derecho	3
1.1.2 El concepto de lo justo en el paradigma iusfilosófico	8
1.2 La constitucionalización de los Derechos Humanos	13
1.2.1 Desarrollo del Estado preconstitucional al constitucional.....	13
1.2.2 Metafísica de los Derechos Humanos.....	25
1.3 Dignidad humana	33
1.3.1 Componentes de la dignidad humana.....	33
1.3.2 Interpretación de la dignidad humana en el orden constitucional mexicano	37
1.4 El libre desarrollo de la personalidad	40
1.4.1 Componentes del libre desarrollo de la personalidad	40
1.4.2 Interpretación del libre desarrollo de la personalidad en el orden constitucional mexicano	42
1.5 Muerte digna y su interrelación con el concepto de muerte médicamente asistida	44
1.5.1 Componentes de la muerte digna y la muerte médicamente asistida	44
1.5.2 La muerte de alta calidad	49
 Capítulo 2. La bioética y su relación con la muerte médicamente asistida ...	51
2.1 Evolución y desarrollo del concepto de bioética.....	51
2.1.1 Ética y deontología médica	51
2.1.2 Bioética	56
2.2 Distintas concepciones de la bioética.....	64
2.2.1 Bioética de máximos	64

2.2.2 Bioética de mínimos	67
2.3 Principios bioéticos.....	69
2.3.1 Personalismo bioético	69
2.3.2 Principialismo bioético	73
2.4 Alcances y aplicación de los principios del principialismo bioético	81
2.4.1 Segregación de principios	81
2.4.2 Ponderación de principios	86
2.5 Modelos de justificación bioética de la muerte médicamente asistida.....	88
2.5.1 Relación de los principios bioéticos con la muerte médicamente asistida	88
2.5.2 Posturas en contra de la muerte médicamente asistida.....	92

Capítulo 3. Interpretación de la muerte digna en el constitucionalismo mexicano..... 98

3.1 Modelos de estado de derecho	98
3.1.1 Estado legislativo de derecho	98
3.1.2 Estado constitucional de derecho	100
3.2 Constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano	102
3.2.1 Componentes.....	102
3.2.2 Fenomenología de la constitucionalización en México	108
3.3 Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano en México	111
3.3.1 Evolución histórica del constitucionalismo mexicano hacia el paradigma neoconstitucionalista.....	111
3.3.2 Características del neoconstitucionalismo	120
3.3.3 Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano	123
3.4 Interpretación de los derechos de vida y muerte digna en el constitucionalismo mexicano	125
3.4.1 La interpretación del derecho a la vida frente al delito de aborto en la Ciudad de México.....	125
3.4.2 La interpretación al derecho a la muerte digna	133

3.5 La muerte médicamente asistida como modalidad de muerte digna.....	141
3.5.1 Su ponderación frente al derecho a la vida.....	141
3.5.2 Test de proporcionalidad de la muerte médicamente asistida	144
 Conclusiones	149
Recomendaciones	151
Fuentes de información y consulta	152
Bibliografía.	152
Legisgrafía.	163

A B R E V I A T U R A S

ALDF	Asamblea Legislativa del Distrito Federal
CPDF	Código Penal para el Distrito Federal
CPF	Código Penal Federal
CONBIOÉTICA	Comisión Nacional de Bioética
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos
CEI	Comités de ética en investigación
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
INEGI	Instituto Nacional de Estadística y Geografía
LSDF	Ley de Salud para el Distrito Federal
LGS	Ley General de Salud
MMA	Muerte Médicamente Asistida
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PGR	Procuraduría General de la República
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación

Introducción.

La presente investigación se enfocará en analizar teóricamente la figura de la muerte médicamente asistida y su correlación con el derecho a la muerte digna, para establecer su pertenencia como un derecho humano emergente, bajo el supuesto de que la falta de teorización respecto a la relación de la bioética actual con esta modalidad de muerte digna, impide su reconocimiento como derecho humano emergente. Lo anterior, debido a que se identifica la necesidad de sentar las bases que permitan establecer la constitucionalidad de su ejercicio, para efecto de beneficiar a los enfermos en situación terminal.

El interés por analizar la figura de la muerte médicamente asistida, nace de la inquietud por determinar si, efectivamente, es posible conciliar con el parámetro de regularidad constitucional el ejercicio de la disposición de la propia vida. Lo anterior en virtud de que, en distintas ocasiones, se ha observado la condición indigna y degradante en que distintas personas han sido sujetas a tratamientos médicos, posponiendo de manera dolorosa e innecesaria la terminación de la vida. Ante estas condiciones, algunos enfermos terminales suelen solicitar el ejercicio de la muerte médicamente asistida, siendo relegados a yacer postrados en camas, imposibilitados de valerse por sí, entumecidos por medicamentos que les impiden desenvolverse con dignidad, para sobrevivir una vida que ellos reconocen les está abandonando.

Este problema radica en que en la norma ordinaria del Estado mexicano actual, se ha interpretado el derecho a la muerte digna, de manera restringida acotándolo a la renuncia de tratamientos médicos infructíferos y la aplicación de cuidados paliativos, cuyo origen posiblemente se encuentra en una interpretación político-religiosa del derecho a la vida que, como consecuencia, discrimina a los enfermos terminales por lo que respecta al reconocimiento de su autonomía y voluntad.

Por lo anterior, la presente investigación será del tipo teórico y se delimitará en un plano de análisis nacional, dentro de la temporalidad comprendida entre los años 2007 y 2019, en virtud de que en ese lapso se comenzó a interpretar los

derechos a la vida y muerte digna, conforme a la adopción de los modelos del neoconstitucionalismo europeo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Esta investigación se desarrollará conforme a una metodología deductiva, mediante la técnica de investigación documental conforme a la bibliografía, hemerografía y jurisprudencia disponible, a través de tres capítulos, tendientes a establecer un marco teórico e histórico del desarrollo de los Derechos Humanos, así como analizar la relación entre la bioética y el derecho, conforme a la muerte médicamente asistida y reconocer la forma en que el Estado mexicano ha interpretado los derechos de vida y muerte digna.

El primer capítulo, denominado “Marco conceptual de los Derechos Humanos en México”, desarrollado a través de un método histórico-filosófico, tiene como objetivo presentar al lector un marco conceptual de los derechos humanos, partiendo del análisis de la experiencia iusnaturalista clásica hasta la concepción actual de la filosofía del derecho, así como el análisis de los elementos que componen los derechos de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y muerte digna.

El segundo capítulo, denominado “La bioética y su relación con la muerte médicamente asistida”, desarrollado a través de un método histórico y dialéctico, tiene como objetivo establecer la evolución histórica del concepto de ética hasta la bioética actual, además de revisar sus corrientes y concepciones, para identificar su relación con el Derecho, en lo particular por cuanto hace al ejercicio de la muerte médicamente asistida.

Finalmente, en el tercer capítulo, denominado “Interpretación del derecho a la muerte digna en el constitucionalismo mexicano”, desarrollado a través de los métodos histórico y hermenéutico, se analizará la evolución del constitucionalismo mexicano hacia la adopción de los modelos contemporáneos que permiten la interpretación en sentido amplio de los derechos a la vida y muerte digna, para efecto de reconocer si, en el parámetro de regularidad constitucional actual, es posible conciliar la muerte médicamente asistida, como modulación del derecho a la muerte digna y analizar si, conforme al test de proporcionalidad, las restricciones impuestas por las normas ordinarias resultan teóricamente constitucionales o no.

Capítulo 1. Marco conceptual de los Derechos Humanos en México

1.1 El iusnaturalismo moderno

1.1.1 La evolución histórica del paradigma iusnaturalista hacia la filosofía del derecho

Partiendo del análisis filosófico respecto de la naturaleza de las normas realizado por Aristóteles, en la *Retórica*, se estableció una distinción dicotómica entre ley particular y ley común; entendiendo a la primera como aquella que cada pueblo se da a sí mismo y; la segunda, como aquella que rige conforme a la naturaleza, pues existe algo que todos de cierto modo identificamos sobre lo que por naturaleza es justo o injusto en común, aun cuando no haya ninguna comunidad o acuerdo.¹

Por cuanto hace al derecho natural, existen características que lo caracterizan y distinguen del derecho positivo como son; la inmutabilidad, que presupone que, por una u otra razón, escapa a la historia y por ende, puede ser visto como atemporal; la universalidad; la idea de que los hombres tienen acceso a esos principios a través de la razón, de la intuición o de la revelación, por eso se reconocen como principios dados y no creados por convención y; la idea de que la función del derecho no es la de mandar, sino la de calificar como buena y justa, o mala e injusta, cierta conducta.

Doctrinariamente, el análisis del derecho natural puede realizarse en dos planos: el ontológico y deontológico; en el primero, éste se reconoce como el derecho en sí y; en el segundo, se establece como un sistema de valores sistematizados, entendiendo al iusnaturalismo como el deber ser del derecho positivo.² Así, se evidencia la línea divisoria entre el panorama expuesto por el iusnaturalismo clásico y lo que posteriormente sería denominado como iusnaturalismo moderno.

¹ Aristóteles, *Retórica*, 3ra ed., España, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 69, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 39.

² Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 41.

El iusnaturalismo moderno fue teorizado durante los siglos XVII y XVIII, y buscó responder al desplazamiento del objeto del pensamiento de la naturaleza del hombre que caracteriza la modernidad. Entre los procesos históricos que marcan la disolución de la unidad espiritual de la ideología cristiana medieval, como son los de secularización, sistematización, positivación e historización del derecho,³ todos tendientes a explicar el origen del derecho natural no como un derecho otorgado por una deidad, sino como un producto de la observación y razonamiento humano.

La secularización está ligada a los conceptos de soberanía, razón de Estado y a la reforma protestante, elementos que culminaron en la separación de derecho y teología; así como a la búsqueda de un fundamento para el derecho que fuera válido independientemente de la discusión teológica; este movimiento fue particularmente trascendente en virtud de la ruptura que representó entre la diada religión y estado que imperó previo a esos siglos, a través de este proceso, se comenzó a hablar del estado laico como una condición necesaria para la toma de decisiones.

Durante los siglos XVII y XVIII hasta la ilustración, el iusnaturalismo se correlacionó directamente con los conceptos de derechos innatos, estados de naturaleza y el contrato social, sin embargo, no fue sino partir del siglo XIX, gracias al iusnaturalismo moderno que se estableció la afirmación de un derecho racional universalmente válido, lo que generó una repercusión tanto en la teoría constitucional como en la obra de codificación de ese tiempo. A raíz de ello, la codificación se constituyó como un puente involuntario entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, por medio del cual se pretendió una ordenación exhaustiva y universal de todas las diferencias jurídicas posibles, lo que dio lugar a la idea de sistema⁴ y, posteriormente, a la idea de sistema jurídico.

Por lo anterior, se advierte el desarrollo de un ontologismo del derecho positivo estableciendo que, hasta ese momento histórico, la función del derecho era

³ Cfr. Díaz Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, pp. 277 – 286, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 42.

⁴ Lafer, *Ob. Cit.*, nota 2, p. 44.

la de comandar conductas y no la de calificarlas como buenas o malas, a partir de una permanente vinculación entre la ética y el derecho. De esta manera, con el transcurso del tiempo, el término derecho natural fue gradualmente sustituido por el de filosofía del derecho en la Europa del siglo XIX, sustituyendo también el paradigma imperante hasta la fecha, para dar pie al nuevo paradigma iusfilosófico.

Este nuevo paradigma de pensamiento fue desarrollado a través de los siglos XIX y XX, expresando la percepción de la relevancia de hechos y problemas novedosos que ya no encontraron cabida en el paradigma del llamado derecho natural. Consecuentemente, el ciclo del pensamiento jurídico-filosófico que se inició como respuesta a la disolución de la unidad espiritual de la Edad media, caracterizado por una concepción individualista de la historia y de la sociedad, se concretó a comienzos del siglo XIX con la promulgación, en 1807, del Código Napoleónico.⁵

Esta codificación dio inicio a una tendencia positivista en favor de la legislación, como una reacción inspirada por la idea de sistema, propuesta por el iusnaturalismo moderno al particularismo jurídico, es decir, la falta de unidad y coherencia en el conjunto de normas vigentes en casi todos los países de Europa.

En ese sentido, la codificación surgió como un proceso de simplificación y racionalización formal que correspondía a un doble imperativo socioeconómico; primero, la necesidad de poner orden en el caos del derecho privado, a fin de garantizar la seguridad de las expectativas y así atender a las necesidades de cálculo económico-racional de una economía capitalista en expansión y; segundo, proporcionar al Estado, a través de la ley, un instrumento eficaz de intervención en la vida social, estableciendo así la seguridad del principio de legalidad como una de las razones para afianzar, en la vida jurídica, la preponderancia de la ley positiva.

Así, a través de la escuela histórica, preocupada originalmente por la correspondencia entre la norma y su realidad histórico-social, terminó por fortalecer,

⁵ Díaz Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, pp. 260 – 262, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 46.

a partir de otras vertientes, el formalismo que caracterizó en Francia, con la escuela de la exégesis, la reducción del derecho a la ley.

La preponderancia del derecho positivo en la experiencia jurídica de los siglos XIX y XX operó bajo el principio de que no existía otro derecho más que el codificado, negando así la dicotomía previamente existente entre el derecho ideal y el derecho real.

Es así que, las condiciones de universalidad e inmutabilidad del paradigma iusnaturalista clásico se difuminaron en virtud de la transformación continua del derecho contemporáneo. Este cambio conllevó como justificación, la apreciación provechosa de un derecho planeado, directa o indirectamente, por un poder estatal que establece, para distintas sociedades, la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, asegurando su efectividad a través de la sanción.⁶

El iuspositivismo evidenció la ruptura entre la díada derecho-moral con base en la cual el iusnaturalismo clásico justificó su función operacional, de calificar conductas como buenas o malas, para dar lugar a una tecnificación e instrumentación de gestión social, por medio de la cual se prohíbe, permite, ordena, estimula y desalienta comportamientos. Todo ello marcado por las condiciones de mutabilidad y particularidad, a través de la positivización del Estado o coonestado por él, a fin de razonar la utilidad de la norma en favor de la sociedad.

En suma, el nuevo paradigma iusnaturalista visto como una filosofía del derecho conlleva reconocer que la función de la filosofía es la generación del conocimiento a través de la investigación teórica y, la función del derecho lo es el ejercicio práctico, motivo por el cual el iusfilósofo moderno no puede ser sólo teórico ni exclusivamente práctico, sino que requiere de juristas con intereses filosóficos que procuren combinar el análisis teórico y la aplicación práctica del saber.

Atendiendo a la pregunta de ¿qué es el derecho?, la filosofía jurídica delimita su estudio en los siguientes campos: 1) la composición del ordenamiento; 2) la formación del ordenamiento; 3) la unidad del ordenamiento, es decir, la jerarquía y validez de las normas; 4) la entereza del ordenamiento, es decir, el problema de las

⁶ Lafer, *Ob. Cit.*, nota 2, p. 54.

lagunas y su integración; 5) la coherencia del ordenamiento, es decir, lo relativo a las antinomias y su eliminación y; 6) las relaciones espaciales, materiales y temporales entre ordenamientos.⁷

Frente a la pregunta de ¿para qué sirve el derecho? los iusfilósofos reconocen que la correlación entre hecho y derecho conlleva a comprender al derecho como un sistema abierto, que depende de otros que lo abarcan y circunscriben. Dicho análisis de la realidad como un elemento externo que guarda una relación intrínseca con el efectivo funcionamiento de la norma ha sido abordado a través de distintos enfoques, como lo son el antiformalismo, el realismo jurídico y la teoría desarrollada por Rudolf Von Jhering y quienes le sucedieron.

El antiformalismo resulta del contraste entre el derecho establecido y el derecho verdaderamente aplicado,⁸ es decir, es aquel enfoque que analiza la distancia existente entre el derecho formalmente válido y la realidad social; circunstancia común entre los sistemas que tienden a la positivización a priori, sin el análisis riguroso del fenómeno social.

Por otra parte, el desajuste entre los sistemas normativos y las corrientes de vida socioeconómica, en el siglo XIX, se manifestó claramente a partir de la revolución industrial, de ahí que el realismo jurídico enfocó el análisis hacia el momento de aplicación de la norma, examinando los resultados de la colisión entre ésta y la realidad social.

A raíz de esta observación Jhering desarrolló su teoría, con base en la premisa de que el fundamento del orden jurídico lo es su finalidad.⁹ En ésta, se insiste en que tanto la norma como la coerción son elementos puramente formales

⁷ Bobbio Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Italia, 1979, p. 47, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 62.

⁸ Bobbio Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Italia, 1958, pp. 60-70, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 64.

⁹ Von Jhering, Rudolf, *Lo scopo nel diritto*, ed. Mario Losano, Italia, 1972, pp. 307-328, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 64.

del derecho y para evaluarlo es necesario tener en cuenta su fin, que para su autor lo es la garantía genérica de las condiciones de existencia de la sociedad.

En adelante, Phillip Heck como sucesor de Jhering advierte al derecho como una ciencia práctica destinada a dar solución mediante lo judicial a los problemas de la vida.¹⁰ De esta forma, reconoce como una necesidad para el derecho positivo la adaptación continua a las exigencias de la vida social.

A partir de la concepción del derecho contemporáneo como un sistema abierto es que se desvincula a éste de la dogmática jurídica tradicional. Esto en virtud de que en la contemporaneidad el derecho no es sólo aquel instrumento de control social, con funciones predominantemente protectoras de intereses y preservadoras del orden, convirtiéndose en un instrumento de dirección social, no ocupándose únicamente de prohibir o permitir comportamientos, sino estimulando o desalentando comportamientos a través de medidas directas o indirectas.

Por consiguiente, el derecho contemporáneo ha encontrado apoyo metodológico en la teoría del lenguaje, particularmente a partir del análisis de la pragmática, mediante la cual se analiza el discurso jurídico, reconociendo a éste como un elemento prescriptivo, con una necesidad operativa y por tanto irreductible a una estructura formal, entendiendo que este discurso cumple sus funciones cuando sus prescripciones efectivamente han tocado a sus destinatarios. Así, la efectividad de la norma se advierte a través de su efecto persuasivo, más allá de la sanción, a través de la impresión del destinatario respecto de la bondad, justipreciación y oportunidad de la norma, ampliando el espectro por el que elige obedecerla, buscando siempre, a través del discurso, el acercamiento al concepto de justicia.

1.1.2 El concepto de lo justo en el paradigma iusfilosófico

¹⁰ Heck, Phillip, *El problema de la creación del derecho*, trad. Manuel Entenza, Ariel, España, 1961, pp. 130-203, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 64.

En el discurso del derecho siempre ha tenido gran peso el argumento de la justicia, siendo éste el elemento constitutivo del paradigma del derecho natural que examina la norma, esencial y prioritariamente, desde el punto de vista de lo justo. En este sentido Tomás de Aquino, recordando a Agustín de Hipona, en cuanto afirmaba que “[...] no es considerado ley lo que no es justo [...]” define lo justo en el orden de las cosas humanas como lo que es recto según la razón, para concluir a continuación que, si una ley no concuerda con la ley natural, no será ley sino corrupción de la ley.¹¹

El problema que subyace entre derecho y justicia para el paradigma de la filosofía del derecho, reside en la dificultad que los iusfilósofos encuentran en la vida cotidiana del derecho contemporáneo para atribuir a la justicia y a las leyes de la naturaleza las características de una verdad evidente, o demostrable y cuestionable, en virtud de la relatividad en el tiempo y en el espacio de la idea de justicia, es decir, lo que es justo para unos no lo es para otros.

De acuerdo con Bobbio,¹² para la filosofía del derecho, la teoría de la justicia se configura como el análisis del conjunto de valores, bienes e intereses positivados por el derecho y cuya protección, alteración o incremento los hombres buscan a través de la convivencia social que el derecho supone.

De la misma forma, Perelman, partiendo de la premisa por medio de la cual, la retórica proporciona el modo por medio del cual es posible plantear o formular prácticamente un problema, examina la relación entre el proceso de justificación y la idea de justicia.¹³ La justificación de la acción implica el reconocimiento del uso práctico de la razón, y los argumentos utilizados no son correctos o incorrectos sino fuertes o débiles, relevantes o irrelevantes para distintos públicos, cuya instancia última es el público universal.

¹¹ De Aquino, Tomás, *Suma teológica*, trad. Alexandre Correa, Italia, 1980, vol. 4, cuestión XCV, art. II, p. 1769, citado por Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 71.

¹² Bobbio, *Ob. Cit.*, nota 7, p. 72.

¹³ Perelman, Charles, *La giustizia*, trad. Liliana Ribet, Italia, 1959, p.7, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 72.

Es así que el paradigma de la filosofía del derecho a través de la teoría de la justicia destaca el aspecto de que el derecho no es algo dado a descubrir o revelar, sino algo creado a través de la selección entre múltiples principios y valores de justicia. Ésta a su vez, en virtud de no ser la única opción posible para tener efectividad para otros como directiva de conducta o de organización, además de la justificación de su dimensión deontológica, ontológicamente requiere el poder como categoría de su realizabilidad y de su positividad, por ello, Miguel Reale¹⁴ advierte la correlación y la identificación entre derecho y poder como el infinito de una ley social.

De lo anterior se evidencia que a través del surgimiento del Estado, éste ha ejercido el monopolio del poder para decir el derecho. De acuerdo con Bodin, una de las verdaderas marcas de la soberanía consiste en el poder de dar la ley a todos en general y a cada uno en particular.¹⁵ Por esa razón, independientemente de la posibilidad de entender la justicia, ya sea a través del humanismo o de una dimensión espiritual-teológica, la realidad es que la identificación entre derecho y Estado, en el mundo moderno, plantea para la filosofía del derecho el tema de la justicia como sinónimo de legalidad, entendiendo lo justo como derecho positivo indisociable de la voluntad y el poder del soberano.

En la teoría de la soberanía que caracteriza al Estado moderno el rey hace la ley, ello en virtud de que el soberano es el agente público encargado de eliminar el significado inconstante de las palabras, estableciendo un sentido específico en lo general para el entendimiento del mundo exterior, así, el poder legislativo absoluto del soberano es, por tanto, una razón pública definidora de los significado, es decir, de lo justo y de lo injusto. Es precisamente por este fenómeno de justicia-autoridad, que en la actualidad lo positivizado es considerado justo.

¹⁴ Reale, Miguel, *Pluralismo e liberdade*, Brasil, 1963, pp. 207-235, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 73.

¹⁵ Bodin, Jean, *Les six livres de la république*, Francia, 1977, libro 1, cap. 10, p. 224, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 73.

Perelman¹⁶ enumera en seis criterios los que considera como principios de fundamentación de lo justo, a saber: 1) a todos lo mismo, independientemente de sus particularidades; 2) a todos proporcionalmente a sus méritos; 3) a todos proporcionalmente a sus obras; 4) a todos proporcionalmente a sus necesidades, lo que Lafer considera equiparable a la caridad; 5) a todos según su status y; 6) a todos según lo que la ley les atribuye. Es en este último principio en que Perelman establece un nexo entre la justicia y la legalidad, acepción que hasta la fecha impera en nuestro sistema jurídico debido a la renuencia en la integración del bloque de constitucionalidad y la interpretación en favor del proceso de control de regularidad constitucional.

Mientras la justicia como legalidad se fue afirmando en el paradigma de la filosofía del derecho, deontológicamente, resulta necesario hacer patente el elemento que amalgama ambos paradigmas. Weber¹⁷ distingue en su tipología sobre la legitimidad a aquella que se fundamenta en la sacralidad de tradiciones inmemoriales, entendida como una legitimidad tradicional; así mismo, aquella que se basa en la devoción a una persona ejemplar, entendida como legitimidad carismática y, finalmente; aquella que se apoya en la creencia en la legalidad, es decir, la que se fundamenta en las normas y en el derecho, entendida como una legitimidad racional legal.

La legitimidad racional legal se trata entonces de una cualidad en la medida que prohíbe el ejercicio de la tiranía al delimitar el ejercicio del poder, impidiendo por medio de la norma la injusticia de la arbitrariedad. Por este motivo, Guglielmo Ferrero¹⁸ advierte el paradigma de la legitimidad como el puente entre el poder y el miedo; éste se materializa en la sociedad actual a través de la legalidad, puesto que presupone la noción de poder como fuerza ejercida de conformidad con el derecho y en su nombre.

¹⁶ Perelman, *Ob. Cit.*, nota.13, p. 76

¹⁷ Weber, Max, *Economía y sociedad*, Biblioteca virtual universal, p. 4, consultado en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/131823.pdf> el día 03 de marzo de 2020.

¹⁸ Chevalier, Jean Jacques, *La légitimité selon G. Ferrero*, Annales de Philosophie Politique, Francia, 1967, pp. 211-221, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 77.

El análisis del proceso de legitimación del poder a través de la legalidad ha sido estudiado más recientemente por Luhmann,¹⁹ quien busca demostrar el proceso en que la legitimación por el procedimiento ha sustituido, en el mundo contemporáneo, a los fundamentos iusnaturalistas. Ello en virtud de que la concepción del derecho legítimo implica una visión predominantemente procedimental y no sustantiva, estableciendo que la función del derecho no es eliminar conflictos sino resolverlos, decidiéndolos.

La óptica de la justicia como legalidad, en el positivismo jurídico predominante, está correlacionada con el proceso político de legitimación del Estado moderno, mismo que se inició en el siglo XVI, a través de las monarquías absolutas, y que a través de los siglos XVIII y XIX, transitó hacia el Estado resultante de la revolución francesa.

En occidente, el Estado contemporáneo tuvo su inicio a partir de la revolución francesa, toda vez que, a través de ésta, el derecho positivo dejó de ser la enunciación del poder personal del rey y se convirtió en la expresión de la universalidad de un pueblo organizado; también se despersionizó el poder, pasando a ser de la nación, antes de ser concebido jurídicamente como poder del Estado.

Este proceso exigía la obediencia y garantía del principio de legalidad, por lo que las declaraciones de derechos, el control del Ejecutivo por el Legislativo y los procesos de legitimación del poder a través de la Constitución representaron la positivación del derecho, superando las aspiraciones del paradigma iusnaturalista moderno de limitar el poder de la soberanía antes encarnada en el soberano absoluto.

El proceso de identificación de la justicia con la legalidad requirió, en el siglo XIX, de la aceptación de la legitimidad del Estado de derecho, creado de acuerdo

¹⁹ Luhmann, Niklas, *Legitimacao pelo procedimento*, trad. Maria de Ceicao, Brasil, 1980, pp. 1, citado en Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de cultura económica, 1994, p. 78

con los procedimientos y las técnicas del constitucionalismo moderno, entendido como un dispositivo fundamental para el control del proceso del poder.

No obstante lo anterior, en las sociedades contemporáneas se ha gestado una modalidad de legitimidad tópica, caracterizada por el énfasis de situaciones particulares y locales. Esta legitimidad, se expresa en las reivindicaciones concretas de los movimientos profesionales y étnicos, en la política de organizaciones de un solo tema y en las cuestiones suscitadas por la autenticidad dentro de la permisividad, típica de la moral moderna.²⁰

Así, el Estado en las democracias actuales, es mucho menos un ente soberano, dotado de poder y de imperio, capaz de declarar, en última instancia, la positividad de la ley, y mucho más un mediador y fiador de negociaciones entre grandes organizaciones, desvinculando así la unidad del Estado y el derecho establecido en el paradigma del contractualismo clásico; se trata entonces, de un proceso continuo y abierto, especialmente porque las fuerzas sociales no se constituyen y se estabilizan en un momento, sino que se componen y descomponen sin cesar, por lo que el acuerdo de las partes desempeña un papel fundamental.

En suma, se advierte que la conceptualización del iusnaturalismo actual ha sido materializada en la actualidad a través del positivismo, a efecto de establecer un marco normativo fundamentado en la legitimación racional legal, sin embargo, es necesario analizar el proceso evolutivo por medio del cual, los derechos naturales son reconocidos actualmente como derechos humanos constitucionalizados.

1.2 La constitucionalización de los Derechos Humanos

1.2.1 Desarrollo del Estado preconstitucional al constitucional.

Habiendo entendido la postura en el contexto histórico respecto del paradigma iusnaturalista y su acercamiento hacia el concepto de justicia, es preciso realizar un análisis evolutivo del concepto de los Derechos Humanos, partiendo de la distinción histórica entre Estado preconstitucional y constitucional, cuyo parteaguas lo es la

²⁰ Lafer, *Ob. Cit.*, nota 2, p. 82.

revolución francesa. Lo anterior, para advertir así su desarrollo desde la desigualdad del estado natural del hombre, hasta el imperio de la condición de igualdad como reflejo de la dignidad humana a través de la Constitución, entendiendo a ésta como la forma más reciente de organización del poder.

En la época antigua, particularmente en los sistemas matriarcal y patriarcal, no es posible hablar de la existencia de derechos del hombre, considerados éstos como un conjunto de prerrogativas del gobernado de observancia jurídica obligatoria e imperativa para los gobernantes.²¹ Tampoco se puede afirmar que el individuo tuviera potestades o facultades de que pudiera gozar dentro de la comunidad a que pertenecía y que constituyesen una esfera de acción o actividad propia frente al poder público.²²

El carácter de poder absoluto de estos regímenes permitía a la autoridad de la madre o del padre disfrutar de un respeto total por parte de quienes se encontraban bajo su tutela, e incluso ejercían un poder directo sobre la vida o muerte de dichos individuos.²³

Resulta transcendente mencionar que en China, entre los años 800 y 200 a.C. con Confucio y Lao-Tsé, la capacidad de reflexión sobre las injusticias sociales ocupó un lugar importante. Se predicó la igualdad entre los hombres, argumentando que la democracia era la forma idónea de gobierno. Estos pensadores también promovieron el derecho legítimo del gobernado para rebelarse contra los tratos despotas y arbitrarios del gobernante, lo cual nos da una idea de los derechos o garantías individuales del hombre, tal como jurídicamente en la actualidad se conciben.²⁴

En Roma, específicamente en el siglo V a.C. se expidió la Ley de las Doce Tablas, cuya integración era extensa y variada pues contenía derechos referentes

²¹ Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 1.

²² Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1996, p. 58, citado en Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 1.

²³ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 1.

²⁴ Barreiro Barreiro, Clara, *Derechos humanos*, España, Salvat Editores, 1981, p.10, citada en Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 1.

a diferentes aspectos. Ésta, fue publicada durante la época republicana, y consagró algunos principios que significaron un símil al principio de seguridad jurídica de los gobernados frente al poder público.²⁵ Así, por ejemplo, la Tabla IX consignó el elemento de generalidad de la ley, prohibiendo que ésta se contrajese a un individuo en particular. Esta prohibición significa el antecedente jurídico romano del postulado constitucional moderno que prohíbe que todo hombre sea juzgado por leyes privativas.

Aunado a lo anterior, en la propia Tabla se estableció una garantía competencial, en el sentido de que los comicios por centurias eran los únicos que tenían la facultad de dictar decisiones que implicasen la pérdida de la vida, de la libertad y de los derechos del ciudadano.²⁶

No obstante, cabe destacar que pese a que el ciudadano romano tenía el *status libertatis*,²⁷ compuesto de derechos civiles y políticos, sin embargo no tenían derechos públicos oponibles al Estado que les permitiera defenderse de las violaciones que cometieran en su contra las autoridades estatales.

En algunos pueblos del Oriente antiguo, como es el caso del pueblo hebreo, la actividad de los gobernantes era restringida por normas de carácter religioso, en las que implícitamente se reconocían ciertos derechos a los súbditos, pues se suponía que dichas normas, como las de Jehová, eran producto de un pacto entre Dios y el pueblo, y por ende, dichas disposiciones debían ser inviolables. No obstante lo anterior, estos derechos resultaban operativamente débiles, debido a que la apreciación de su extralimitación quedaba al arbitrio de los propios gobernantes, toda vez que en ellos recaía la potestad de su interpretación, aunado a que no existía ninguna sanción respecto de sus posibles contravenciones.²⁸

²⁵ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 2.

²⁶ Burgoa, Ignacio, *Ob. Cit.*, nota 22, p. 70, citado en Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 2.

²⁷ En Roma, el primer requisito para que el hombre fuera sujeto de derecho era el *status libertatis*, es decir, la condición de libre. El esclavo era persona *-Servile caput-*, pero no sujeto sino objeto de derechos; solo el hombre libre *-liberum caput-* puede ser sujeto de derecho, véase enciclopedia jurídica, edición 2020, consultado en <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/status-libertatis/status-libertatis.htm> el 02 de diciembre de 2019.

²⁸ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 2.

Así mismo, los regímenes de gobierno basados en principios o creencias religiosas, se oponían contra toda idea de libertad humana y de su reconocimiento, por lo que tampoco es posible aseverar que en los pueblos orientales de la antigüedad existiera tal derecho y mucho menos un medio de preservarlo.²⁹

Si bien algunas sociedades antiguas, sobre todo de la Península Helénica, llegaron a integrar importantes organizaciones políticas, estableciendo amplias estructuras normativas para regular la vida de su ciudadanía, lo cierto fue que esos derechos generalmente tuvieron alcances parciales, en virtud de que la ciudadanía únicamente contaba con derechos de tipo electoral, lo que les permitía tener injerencia en los diferentes órganos de gobierno, tales como la Asamblea y los Tribunales, pero no existían dispositivos que les permitieran hacer frente a la autoridad del Estado.³⁰

No obstante, bajo este contexto social, no fue sino en Grecia que, a través de la corriente filosófica del estoicismo, fundada aproximadamente en el 301 a.C. por Zenón de Citio y mayormente reconocida a través del pensamiento de Séneca, se comenzó a dignificar la concepción del ser humano. Esta corriente filosófica se desarrolló desde dos siglos antes de nuestra era y tuvo influencia hasta bien entrados los tiempos del Imperio Romano. Tal fue su impacto que fue diseminada en Roma y adoptada por el emperador Marco Aurelio (121-180 d.C.), quien difundió ampliamente esta corriente ética.³¹

Con el estoicismo surgió por primera ocasión en la cultura occidental una idea dignificadora del hombre, al entender que todo el género humano está hermanado por la razón; es decir, que todos los hombres como seres racionales son hermanos, independientemente del origen, la raza o las creencias de cada grupo o sociedad. El estoicismo aportó también la idea de la ley natural, al concebir que el orden de la naturaleza es eterno e inmutable, por ello el proceso de lo natural, en armonía con

²⁹ Burgoa, Ignacio, *Ob. Cit.*, nota 22, pp. 59 -60, citado en Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 2.

³⁰ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 2.

³¹ Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, México, UNAM, 1974, p. 89, citado en Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 3.

la razón, refleja el carácter divino del universo; ideas que trascenderían de manera significativa al Derecho Romano y al pensamiento político de la edad media.³²

De la corriente estoica se advierte la alusión reiterada del carácter imperante de la razón humana como base del derecho, por medio de la cual establecieron que los hombres son iguales en cuanto seres racionales, y por ello todos deben disfrutar de los mismos derechos por estar sometidos a las mismas leyes naturales.³³

En la etapa de dominación occidental de la ideología cristiana, y retomando los principios dignificadores del hombre establecidos por los estoicos, mediante el mensaje de Cristo difundido a través de sus discípulos, se amplió su concepción hacia todos los hombres, fundamentando esta dignidad en una postura creacionista, es decir, por haber sido creados por Dios.³⁴

La filosofía cristiana, se diseminó por buena parte de los territorios del Imperio Romano. Así, estas ideas otorgaron al ser humano un valor superior, proclamando también la igualdad de los hombres como hijos y criaturas de Dios, fomentando ideas de rechazo a la esclavitud y estableciendo nuevos valores morales a la conducta individual y colectiva de los seres humanos,³⁵ que si bien pueden ser reprochables por lo que a la moralidad se refiere, representan un avance hacia el horizonte de los derechos humanos como en la actualidad se entienden.

Esta propagación de ideas, paralelamente con la organización de la Iglesia, fue un factor fundamental en la nueva forma de integración y evolución de la sociedad occidental. Debido a ello, podemos destacar que debido al Cristianismo se creó una amplia corriente de doctrina y de ordenamientos jurídicos que transformaron sustantivamente al Derecho Romano, introduciendo en su esquema instituciones humanitarias que posteriormente se transformarían en derechos que reconocen la dignidad de la vida de todos los hombres.³⁶

³² Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 3.

³³ *Ídem.*

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Ibídem*, p. 4.

³⁶ *Ídem.*

La historia de la humanidad registra que se observaron cambios sustanciales en la estructura jurídica política y religiosa de Roma con la institucionalización del cristianismo en el siglo IV por parte de Constantino. Su adopción repercutió radicalmente en la forma en que se instrumentaba el derecho público, incidiendo para que los pueblos cristianos se organizaran en Estados independientes al declinar el Imperio Romano de Occidente, cuyo debilitamiento es explicado, por la invasión de las tribus germánicas, denominadas por el gobierno romano como “bárbaras”.³⁷

Es por lo anterior que en el siglo V d.C. se da inicio a la edad media, misma que históricamente se ha clasificado en tres épocas;³⁸ la de las invasiones; la feudal; y la municipal.

Respecto a la denominada época de las invasiones, caracterizada por los asentamientos de tribus en territorio ajeno, y debido a la constante violencia que imperaba, en virtud a que los integrantes de la comunidad ejercían la justicia privada, situación que llevo a prácticas arbitrarias y déspotas de los más fuertes hacia los más débiles, por lo que no se puede hablar de la existencia de derechos del individuo.³⁹

En la denominada época feudal, caracterizada por un sistema de supra-subordinación hacia el señor feudal, quien no sólo era dueño de las tierras sino casi de forma ilimitada de la servidumbre que las trabajaba, los siervos y los vasallos le debían obediencia absoluta, y consecuentemente, éstos mandaban en todos los órdenes de su vida, por lo cual tampoco es posible hablar de derechos oponibles hacia esta autoridad.⁴⁰

No fue sino hasta la época municipal, que se advierte un debilitamiento del feudalismo originado por el desarrollo económico y político que experimentaron las poblaciones medievales. Ello motivó que los ciudadanos se impusieran a la autoridad del señor feudal y obtuvieran el reconocimiento de algunos derechos que se

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ídem.*

³⁹ *Ídem.*

⁴⁰ *Ibídem*, p. 5.

plasmaron fundamentalmente en el denominado Derecho Cartulario, el cual podemos considerarlo como un antecedente de las llamadas garantías individuales, en virtud de que por primera vez una persona, sujeta a una autoridad, lograba en su beneficio el respeto de ciertos derechos.⁴¹

Derivado del mencionado Derecho Cartulario fue que se generaron diversos ordenamientos que regularon lo que, hasta la fecha, se reconoce como los antecedentes más formales de los Derechos Humanos, de los que se reconoce principalmente la Carta Magna,

A partir del siglo XII, derivado de la disminución de las incursiones de nuevos pueblos es que la cristiandad occidental inicia su recuperación. Así mismo, surge una nueva clase social formada por comerciantes y artesanos se asienta en las ciudades, mejor denominadas como burgos.⁴²

El control respecto de la autoridad real en la edad media, se desarrollaba a través de una asamblea de notables denominada Witenagemot, la cual tenía entre sus funciones la de ayudar a administrar la justicia, elegir al Rey y sancionar impuestos. Pese a ello, el Rey Juan Sin Tierra, pretendió traspasar las prácticas imperantes, oprimiendo a la nobleza, la iglesia y los pequeños propietarios, situación que ocasionó que éstos se rebelaran en su contra, imponiéndole ciertos derechos que se traducían en limitaciones tajantes al poder arbitrario y despótico por él ejercido.⁴³

Así, comenzó una lucha por la que los burgueses persiguieron la consecución de derechos civiles, mismos que lograron obtener de la realeza, aprovechando muchas veces sus situaciones de debilidad. Por ello, en 1215, el Rey de Inglaterra,

⁴¹ Ortiz Herrera, Margarita, *Manual de Derechos Humanos*, México, Ed. PAC, 1993, pp. 58-59, citada en Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 5.

⁴² 1. m. En la Edad Media, fortaleza construida por los nobles feudales para vigilar los territorios de su jurisdicción, donde se asentaban los gremios, entre otros, de comerciantes y artesanos y 2. m. p. us. Aldea o población muy pequeña, dependiente de otra principal, véase Diccionario de la lengua española, RAE, 23.^a edición, 2014, consultado en <https://dle.rae.es/?w=burgo> el 03 de diciembre de 2019.

⁴³ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 6.

Juan Sin Tierra, se vio obligado a aceptar la Carta Magna que le presentaron los barones en su reino.⁴⁴

Esta Carta Magna, se considera como el precedente más antiguo de un documento constitucional que contiene formalmente un conjunto de derechos civiles, en virtud de que en ésta el Rey se comprometió a respetar las propiedades de los hombres libres, a no privarles de su vida, ni de su libertad, ni desterrarlos o despojarlos de sus bienes sino mediante juicio de sus pares y de acuerdo con la ley de su propia tierra o comarca. Se estableció también, la imposibilidad de que el monarca impusiera tributos unilateralmente, debiéndolo hacer con acuerdo de las Asambleas.⁴⁵

El mérito de la Carta Magna fue compilar por primera vez, de forma escrita, el conjunto de normas y principios consuetudinarios reconocidos en Inglaterra y en la mayor parte de los países de Europa central y occidental en los siglos XII y XIII. Esta carta contempla entre otros puntos, aspectos relacionados con el derecho de propiedad, regulación y limitación respecto de las cargas tributarias; además de que consagra la libertad personal y de la Iglesia.⁴⁶

Este documento no se limita a una enumeración teórica de derechos del hombre, sino que garantiza su efectivo cumplimiento mediante mecanismos concretos que llegan hasta el establecimiento de una comisión fiscalizadora. Ésta, podía actuar en los casos en que se violara la paz, la seguridad o la libertad, hasta que no fueren reparadas oportunamente. Así mismo, estaba facultada para embargar castillos, tierras y posesiones reales, así como para adoptar todas las medidas que fueran necesarias, hasta lograr, la reparación a su entera satisfacción.⁴⁷ Por ello, se reconoce un factor de verdadera operatividad y protección a los derechos que de la Carta Magna emanan.

Posterior a la Carta Magna, fue redactada, tanto por lores como por comunes, la *Bill of Petition* y presentada a Carlos I de Inglaterra por el Parlamento y aceptada

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ *Ídem.*

⁴⁶ *Ídem.*

⁴⁷ *Ídem.*

en 1628. En ella se confirman y amplían las garantías concedidas en la Carta Magna. Ésta disponía que ningún hombre libre sería preso sin expresar el motivo de su detención, que nadie sería juzgado, sino según las leyes y procedimientos del país y que no se impondrían contribuciones sin el consentimiento del Parlamento. De los principios establecidos se arribó a la concepción de la libertad civil y la limitación al poder monárquico.⁴⁸

Así mismo, fue promulgado el llamado *Habeas Corpus* en la Inglaterra de 1679, bajo el reinado de Carlos II. Este documento tenía el propósito de garantizar la efectividad de la libertad corporal, poniendo al alcance de los individuos un mecanismo legal para obtener la protección del Estado contra las detenciones o arrestos arbitrarios.⁴⁹

De igual forma, en 1689, se promulgó la *Bill of Rights*, misma que constituye una declaración de derechos comprendida en diversas leyes, en donde se establece el derecho a la libertad de culto, se reconocen las garantías de petición, el derecho de portación de armas, la libertad de expresión, y se establecen los principios de legalidad, suprimiendo al poder real la facultad de suspender o dispensar leyes, la libertad de elección de los miembros del parlamento, el derecho del procesado a ser asistido por un abogado y a exigir la declaración de dos testigos; además de que se definían las condiciones de ejercicio del poder real y la estabilidad e independencia de los magistrados.⁵⁰ Esto se traduce en una evidente reducción del poder absoluto del que gozaba el monarca.

Posterior a ello, y debido al fenómeno de expansionismo, durante el siglo XVIII fue difundida la doctrina de la ilustración, según la cual la opresión, la pobreza y las calamidades del mundo no son más que consecuencias de la ignorancia, misma que únicamente podía ser anulada por medio una educación conveniente,

⁴⁸ Peces Barba, Gregorio, *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, España, Ed. Debate, 1987, citado en Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 7.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ *Ibídem*, p. 7.

así mismo pugnaba porque la abundancia y la felicidad fueran reconocidos como patrimonio de los hombres.⁵¹

Su difusión conllevó como primera afrenta, para desmontar el orden existente hasta ese momento, la dura crítica de las dos grandes instituciones sobre las que se asentaba el fenómeno del poder: la Iglesia y la Monarquía.⁵²

Este fenómeno tuvo su primer ejercicio debido a la exclusión de los colonos americanos del sistema parlamentario inglés y la implantación de un sistema fiscal abusivo, derivado de que en 1763 se impuso un impuesto arbitrario sobre el té, lo que provocó el primer estallido revolucionario de los tiempos modernos. Reunidos los representantes de las colonias de Norteamérica en Filadelfia el 14 de octubre de 1774, redactaron y votaron la Declaración de Derechos Humanos para garantizar la igualdad y libertad de los habitantes.⁵³

Consecuencia de ello inició la guerra contra Inglaterra, entre los años 1775 y 1783, en el curso de la cual las colonias se declararon independientes de la Gran Bretaña el 4 de julio de 1776. Fue en la declaración de independencia redactada por Thomas Jefferson, que se consolidó el reconocimiento legal de los derechos del hombre; vida, libertad y búsqueda de la felicidad, como las aspiraciones básicas que justifican la resistencia armada frente a todo poder que no garantice el ejercicio de esos derechos.⁵⁴

Dos años después de esa declaración, la colonia de Virginia dio a conocer la propia, el 12 de junio de 1776, en la cual se constata la influencia del contrato social de Rousseau, así como el pensamiento de Montesquieu, y la influencia de la tradición y el pensamiento de Locke.⁵⁵ Esta declaración, adquirió relevancia en su tiempo, debido a su claridad y precisión en cuanto a redacción y enumeración de

⁵¹ Barreiro Barreiro, *Ob. Cit.*, nota 24, p. 14.

⁵² Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 7.

⁵³ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁵ *Ídem*.

los derechos fundamentales del hombre que en ella se plasmaron, así mismo, fue la primera que estableció en su texto un catálogo de derechos.⁵⁶

Es menester destacar que existe consenso en afirmar que las primeras declaraciones modernas de Garantías Individuales o Derechos Humanos, aparecieron en las cartas constitucionales de las colonias Norteamericanas.⁵⁷ No obstante ello, la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, originalmente no contenía una declaración de Derechos Civiles, sin embargo, fue con las posteriores enmiendas que se incorporaron los preceptos de garantías individuales, particularmente con la adopción de la Carta de Derechos en 1791.⁵⁸

Por ello, el siguiente movimiento histórico que forjó un nuevo paradigma en lo relativo a los Derechos Humanos y a la institución del Estado constitucional, lo fue la revolución francesa, toda vez que representa el acontecimiento político y social de mayores repercusiones en el cambio de las ideas de la filosofía política moderna, y consecuentemente, de la organización jurídica del Estado en el siglo XVIII. Por este motivo, se le considera como la línea divisoria entre la Edad Moderna y la Época Contemporánea.⁵⁹

De las aportaciones jurídicas derivadas del movimiento revolucionario de 1789, se destaca la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea francesa el 26 de agosto del mismo año.⁶⁰ Esta Declaración, es el instrumento de referencia obligada en que se orienta la filosofía de los derechos civiles en la época contemporánea.

En esta declaración, se denota la influencia de la corriente filosófica de la ilustración y del iluminismo, al proponer en ella un modelo universal, dirigido más a la humanidad que a la propia nación francesa.⁶¹ Su trascendencia descansa en su

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁸ Marquet Guerrero, Porfirio, *Los Derechos Humanos. La Estructura Constitucional del Estado Mexicano*, México, UNAM, IJm 1975, p. 112, citado en Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016, p. 11.

⁵⁹ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 11.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁶¹ *Ídem*.

carácter de universalidad, al no haber limitado los derechos a los hombres libres, como lo hicieron los norteamericanos, ya que, en su caso, conservaron un régimen de tolerancia esclavista, hasta los años del mandato de Abraham Lincoln.⁶²

A raíz de este precedente, se incorporaron capítulos de garantías individuales en la gran mayoría de las Constituciones de los Estados democrático-liberales, por lo que se considera que a partir de este movimiento histórico surgió formalmente el Estado constitucional, como la forma más novedosa que el ser humano ha convenido para la organización de las relaciones de poder. El constitucionalismo moderno se caracteriza por el reconocimiento de los Derechos Humanos o Garantías Individuales, con una orientación liberal.⁶³

Así, a través del tiempo, la forma en que se conciben los derechos humanos se mantuvo circunscrita al espíritu resultante revolución francesa con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, sin embargo, a través del paradigma iusfilosófico, en suma a las exigencias de la sociedad actual, la interpretación de los Derechos Humanos comienza a entenderse desde de la óptica de la sociedad y no únicamente desde la estatal. Por lo anterior, en la actualidad, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, elaborada en el marco del fórum universal de las culturas de Barcelona en septiembre de 2004, y aprobada en el fórum de Monterrey en México, en noviembre de 2007⁶⁴, publicada por el Instituto de derechos humanos de Cataluña en el año 2009, se ha gestado la idea de una teoría de los derechos humanos emergentes, los cuales tiene su base en el postulado de que todos los seres humanos, como individuos libres, iguales y dotados de dignidad, son acreedores de más derechos de los que tenemos reconocidos, protegidos y garantizados por los Estados, advirtiendo que los derechos humanos no han sido definidos de manera permanente porque cada evolución social o técnica vuelve las relaciones más complejas.

⁶² *Ibidem*, pp. 13 – 14.

⁶³ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁴ Farías Hernández, José Antonio, “Los Derechos Humanos Emergentes desde la tradición social y su aproximación en el México actual”, *Revista Virtual Entre Textos*, México, año 8, núm. 22, abril – julio de 2016, pp. 2, consultado en <http://entretextos.leon.uia.mx/num/22/PDF/ENT22-2.pdf> el 22 de noviembre de 2019.

Esta teoría se fundamenta en los valores de dignidad, vida, igualdad, solidaridad, convivencia, paz, libertad y conocimiento; así mismo, comprende los principios de seguridad humana; no discriminación; inclusión social; coherencia; horizontalidad; interdependencia y multiculturalidad; género; participación política; responsabilidad solidaria y; exigibilidad.

Los derechos humanos emergentes se reconocen como reivindicaciones legítimas de la sociedad civil dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos, en virtud de que tanto la sociedad en lo nacional como en lo internacional, ha sufrido profundas transformaciones a consecuencia de la intensificación de la globalización, dando lugar a nuevas y apremiantes necesidades humanas. Por ello comprende un nuevo parteaguas en la participación ciudadana y un innovador paradigma para el estudio iusfilosófico de los derechos humanos.

1.2.2 Metafísica de los Derechos Humanos

Considerando a los Derechos Humanos como derechos subjetivos públicos, es preciso advertir que, más allá de su conceptualización, también existen diversas clasificaciones, dentro de las cuales la que impera es aquella que los divide a través de generaciones.

Por ello Cipriano Gómez Lara los clasifica en primer, segundo y tercer grado/generación. Los de primer grado/generación son todos aquellos derivados de las relaciones jurídicas en general, es decir, los derechos subjetivos tradicionales.

Consecuentemente, los de segundo grado/generación son aquellos que están enfocados a un sentido más político e ideológico, con un profundo contenido de respeto a la integridad física y sociológica del hombre entendido como individuo digno de respeto y consideración en una esfera mínima de bienestar social.

Y los de tercer grado/generación son los denominados derechos sociales que se manifiestan en el contexto de la colectividad o de la propia humanidad en su conjunto, en cuanto a su supervivencia, sanidad y disfrute de la vida sobre la tierra;

tales como el derecho a la paz, derecho a la conservación ecológica, derechos colectivos de los consumidores, derechos de refugiados, y de minorías étnicas.⁶⁵

Así mismo, Magdalena Aguilar Cuevas establece una clasificación similar en tres generaciones, basada en la progresiva cobertura de los Derechos Humanos, estableciendo que los de primera generación surgen con la Revolución Francesa como rebelión contra el absolutismo del monarca e imponen al Estado respetar siempre los Derechos fundamentales del ser humano.

Los de segunda generación los constituyen los derechos de tipo colectivo, los derechos sociales, económicos y culturales, mismos que surgen como resultado de la Revolución Industrial. Reiterando que es mundialmente reconocido que la Constitución mexicana de 1917 incluyó los derechos sociales por primera vez en el mundo.

Y los de tercera generación son aquellos que contienen los llamados derechos de los pueblos o de solidaridad, los cuales surgen como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como de los distintos grupos que la integran.⁶⁶

Los derechos del hombre como derechos humanos de primera generación, se cimientan en una demarcación clara entre Estado y no-Estado, fundamentada en el contractualismo de inspiración individualista. Son vistos como derechos naturales puesto que preceden al contrato social; por ello son derechos individuales en cuanto a su modo de ejercicio, a través del individuo; el sujeto pasivo del derecho; y la titularidad de ese derecho que recae en su individualidad.⁶⁷

Los derechos de segunda generación son derechos individuales ejercidos colectivamente y fueron incorporados en el curso del siglo XIX, de conformidad con

⁶⁵ Gomez Lara, Cipriano, "La Protección Procesal de los Derechos Fundamentales", en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Núm. 4, España, 1990, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=760144> el 02 de diciembre de 2019.

⁶⁶ Aguilar Cuevas, Magdalena, Las tres generaciones de los Derechos Humanos, *Revista Derechos Humanos*, núm. 30, abril 1998, México, pp. 93, consultado en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5117/4490> el 02 de diciembre de 2019.

⁶⁷ Lafer, *Ob. Cit.*, nota 2, p. 146.

la doctrina liberal, son derechos de crédito del individuo y tienen como sujeto pasivo al Estado. Éstos, buscan asegurar las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos de primera generación.⁶⁸ Éstos sólo aparecerían en los textos constitucionales del siglo XX, debido a la influencia de la Revolución rusa, de la Revolución mexicana y de la Constitución de Weimar.⁶⁹

Finalmente, en el proceso de afirmación histórica de los derechos humanos, existen los que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha denominado como derechos de tercera generación; los cuales tienen como titular no al individuo en su singularidad, sino a grupos humanos como la familia, el pueblo, la nación, colectividades regionales o étnicas o la humanidad misma;⁷⁰ así mismo, de manera más reciente se ha propuesto la configuración de una cuarta generación de Derechos Humanos, en la que se comprenden los derechos de todas las personas sobre el ciberespacio y la vinculación con las nuevas tecnologías de la información propias de lo que se ha denominado sociedad y cultura del conocimiento.⁷¹

Es así que, a partir de la mitad del siglo XX a la actualidad se ha retomado de forma distinta la idea de los Derechos Humanos, aunque conservan su designación original. Esto en virtud de que se les equipara a los derechos civiles, como garantías individuales o prerrogativas del ciudadano.⁷²

Sobre este punto afirma Jorge Carpizo que el “[...] tema de los Derechos Humanos es recurrente en la historia de la humanidad, porque está estrechamente ligado con la dignidad humana; tuvo un gran impulso hace poco más de dos siglos, con las declaraciones norteamericanas y francesas sobre ellos; pero es especialmente después de la Segunda Guerra Mundial y en estas últimas cuatro décadas cuando se convierten en una de las grandes preocupaciones de las sociedades y cuando el tema se internacionaliza. Los horrores y la barbarie del fascismo, y especialmente del nazismo, provocaron una reacción de indignación

⁶⁸ *Ibidem*, p. 147.

⁶⁹ *Ibidem*, p.148.

⁷⁰ *Ibidem*, p.151.

⁷¹ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 15.

⁷² *Ídem*.

mundial. Con claridad se vio que este planeta tenía una alternativa: vivir civilizadamente bajo regímenes democráticos y representativos, donde se respete la dignidad humana, para no caer en regímenes salvajes donde impere la ley del más fuerte y del gorila”.⁷³

Derivado de la clasificación generacional de los Derechos Humanos, así como la concepción actual, resultado de la evolución histórica del raciocinio del ser humano, se han realizado diversas conceptualizaciones de los mismos.

El diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, define a los Derechos Humanos como el “[...] conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural. Incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente.”⁷⁴

Así mismo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) los conceptualiza como “[...] el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.”⁷⁵

De igual forma, la ONU precisa que los derechos humanos son “[...] derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.”⁷⁶

⁷³ Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, CNDH-IIJ, 1993, p. 77, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3848/10.pdf> el 02 de diciembre de 2019.

⁷⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Serie E, varios, núm. 24, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1170/5.pdf> el 02 de diciembre de 2019.

⁷⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos, consultado en <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos> el 02 de diciembre de 2019.

⁷⁶ ONU, consultado en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> el 02 de diciembre de 2019.

No obstante a ello, debe reconocerse que el concepto de Derechos humanos no debe restringirse únicamente a la interpretación jurídica, por lo que es conveniente su análisis desde el punto de vista filosófico valorativo, por ello se pueden definir como el conjunto de derechos y garantías que salvaguardan la vida y la dignidad de los seres humanos y que los criterios valorativos de la cultura y de la civilización moderna atribuyen a todos los integrantes de la especie humana sin distinción alguna.⁷⁷

Respecto a su aspecto teórico y filosófico, son diversas las corrientes teóricas que se han enfocado su estudio y explicación, éstas suelen ir desde posturas de tipo naturalista, hasta otras de carácter histórico y sociológico, además de las de tipo positivista.⁷⁸

La teoría del historicismo cultural, hace hincapié en la categoría histórica del ser humano, de su evolución, de su transformación y superación. De acuerdo a ésta, los Derechos Humanos son producto de la convivencia social que en la medida en que ha pasado por diversas etapas temporales va a acumulando el conocimiento de la dignidad del hombre mismo y va creando valores y garantías para su protección.⁷⁹

De manera distinta, la corriente positivista asume la idea de que solamente el Estado, esto es, el poder público, es el creador de derechos y establece limitantes a su propio ejercicio. Aquella teoría, postulada principalmente por Kelsen establece una manera de entender la validez de las garantías que establece la ley.⁸⁰

Si bien queda claro que corresponde a la ley positiva, como resultado de la voluntad general de la sociedad, catalogar en su contenido normativo a los Derechos Humanos y así establecer su operatividad, no por ello se concluye que su validez resulte solamente del proceso formal de su creación. La labor del legislador es recoger en el contenido de la ley un conjunto de valores morales, filosóficos y

⁷⁷ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 21.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁰ *Ídem*.

políticos, para plasmarlos en el texto normativo, para de esa manera integrar el orden jurídico y el Estado de Derecho.⁸¹

Desde una postura ontológica, el análisis se enfoca en la apreciación del ser y la esencia de los Derechos Humanos, es decir, en descubrir qué son, qué permanencia tienen y por qué son especiales. Consecuentemente, es menester preguntar sobre la etiología de estas prerrogativas fundamentales, en cuanto a distinguir sobre sus causas.⁸²

Existe concordancia en el sentido de que la esencia y la causa de los mismos, obedecen a la particular naturaleza del hombre, que como se ha dicho, es distinta a la de las demás cosas o seres que existen en el universo. Por ello surgen los Derechos Humanos como la forma en que la sociedad reconoce esa esencial distinción, otorgando, en consecuencia un rango superior de dignidad a todos los que formamos parte del género humano.

Ontológicamente adquieren los Derechos Humanos una esencia que los hace tener existencia prioritaria frente a la actuación del poder público, quien los debe respetar para justificar su propia legitimidad. Etiológicamente tienen como causa congénita a dicha esencia la dignidad humana.

Axiológicamente, es decir, en términos de valor, los Derechos Humanos tienen que ser interpretados. El valor que pretenden alcanzar y que los uniforma es el de la dignidad del hombre. Así mismo, el valor central no es otro que la justicia, en virtud de que se trata de plasmar como justos los límites de respeto que el poder público debe asumir frente a las personas, por el mero hecho de formar parte de la especie a la que pertenecemos. Estaremos frente a un sistema axiológicamente justo siempre que la norma jurídica reconozca como base de toda su estructuración el respeto a los Derechos Humanos.⁸³

Teleológicamente, se afirma que los Derechos Humanos tienen como fin esencial de existencia, el ser respetados, ya que nada valdría, la declaración más solemne de Derechos Humanos, si no se hicieran efectivos.

⁸¹ *Ídem*.

⁸² *Ibídem*, p. 28.

⁸³ *Ibídem*, p. 30.

Desde una óptica sociológica, Norberto Bobbio, precisa que “[...] No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean violados continuamente.”⁸⁴

Por ello, la perspectiva sociológica se encarga de analizar la apreciación real de los Derechos Humanos por medio de la investigación cuantitativa, a través de informes, que contextualizan respecto de su avance, tanto a nivel internacional, nacional y local.⁸⁵

Finalmente, habiendo entendido el alcance iusfilosófico y la progresión histórica por medio de la cual se han afianzado los que hoy denominamos como derechos humanos, cabe preguntarse ¿Qué hace que un derecho sea elevado a la categoría de derecho humano? En este sentido, Carlos Bernal Pulido, en el estudio relativo a la categorización de los derechos humanos como derechos jurídicos subjetivos reconoce que, para que un derecho pueda ser elevado a la categoría de derecho humano, se deben colmar, en un grado de suficiencia, ciertos requisitos formales y materiales.

Por cuanto hace a la formalidad, Bernal Pulido expone lo que denomina como las dos teorías “[...] más aludidas [...]”⁸⁶ del formalismo; la primera, propone que un derecho debe ser reconocido como un derecho humano siempre que forme parte de algún instrumento convencional que pertenezca al sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, al derecho internacional humanitario o, a alguno de los tres sistemas regionales (europeo, interamericano o africano); la segunda, plantea la hipótesis relativa a que un derecho, podrá ser considerado como derecho humano, siempre que sea adoptado e interpretado, de manera

⁸⁴ Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 1, España, 1981, p. 9, consultado en http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf el 02 de diciembre de 2019.

⁸⁵ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 31.

⁸⁶ Bernal Pulido, Carlos, La metafísica de los derechos humanos, *Revista Derecho del Estado*, España, núm. 25, julio – diciembre de 2010, p. 124, consultado en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2569> el 11 de mayo de 2020.

adsrita o implícita, por la jurisprudencia establecida por tribunales de derechos humanos.⁸⁷

No obstante, Bernal Pulido reconoce que estos requisitos de formalidad no deben ser exigidos de manera tajante ni restrictiva, ello en virtud de que, en el caso de la primera teoría, “[...] siempre es probable que un derecho que cumpla con alguna propiedad esencial formal o sustancial [...] pueda ser considerado como un derecho humano, a pesar de no estar incluido en un instrumento internacional sobre derechos humanos”;⁸⁸ por cuanto hace a la segunda teoría, se debe advertir que las disposiciones que establecen los derechos humanos se caracterizan por una indeterminación normativa, por medio de la cual, al ser enunciados a los que se atribuye una pluralidad de significados normativos, no se hace explícita la manera en que debe entenderse, e impide al intérprete conocer si una o varias normas o posiciones pueden ser consideradas como normas o posiciones establecidas por la disposición,⁸⁹ por lo que resulta evidente que un derecho humano ya reconocido por la jurisprudencia, puede contener un significado normativo distinto.

Por lo que respecta a los requisitos materiales de los derechos humanos, éstos se ven vinculados, desde la óptica filosófico-política, a la concepción moral del individuo. Así, estos se representan como una limitante del poder del Estado sobre la libertad privada, y como una herramienta que permite igualar la situación jurídica de las personas en el ámbito de lo público. Por ello, dentro de la filosofía política del mundo occidental existen tres diversas concepciones morales del individuo, a saber: la liberal, la democrática y la del Estado social.⁹⁰

Por lo anterior, en la tesis liberal, la finalidad del Estado es proteger el ejercicio de la libertad y los bienes personalísimos del individuo, en virtud de que la persona está caracterizada por tener un sentido de justicia y la capacidad para albergar una concepción del bien. De esta manera, con base en esas facultades morales, se establece un catálogo de libertades esenciales para el desarrollo de las

⁸⁷ *Ídem*, p. 124.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 125.

⁸⁹ *Cfr. Ibidem*, p. 127.

⁹⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 129.

capacidades de la persona, tales como la libertad de pensamiento y de conciencia, la libertad política de asociación, la libertad física y de integridad de la persona y los derechos y libertades implícitos en el principio de legalidad.⁹¹

Por otro lado, desde el punto de vista de la tesis democrática, se propugna por la atribución al individuo de la capacidad de darse normas a sí mismo; capaz de autogobernarse por medio de un colectivo unido que permita la protección de todos sus individuos. Por lo anterior, se considera que los derechos humanos prioritarios son aquellos que tienen relación con la actividad política y la participación social, como la libertad de expresión e información o el derecho a la educación.⁹²

De manera muy distinta, la teoría del Estado social considera al sujeto como un ser que debe ser protegido por el Estado, sin embargo, éste no se compone de un conjunto de facultades, sino de necesidades básicas. Esta teoría se contrapone a la idea de que la sociedad está conformada por individuos capaces, autónomos y autosuficientes que intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones, reconociendo que la situación de carencia en que se encuentran vastos sectores de la población es un hecho de importancia social. Por ello, busca reconocer como derechos humanos a aquellos que propugnen satisfacer las necesidades básicas de toda la población, a través del principio de solidaridad. Así, para el Estado social, la materialidad de los derechos humanos debe atender a la protección del mínimo vital de todos los individuos que conforman la sociedad.⁹³

1.3 Dignidad humana

1.3.1 Componentes de la dignidad humana

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, y entendido que los derechos humanos son las prerrogativas mínimas que todo miembro de la especie humana, por su propia naturaleza debe gozar, cuyo respeto y observancia deben

⁹¹ Cfr. *Ibídem*, p.140.

⁹² Cfr. *Ibídem*, p. 131.

⁹³ Cfr. *Ibídem*, p. 133.

ser garantizados por el Estado en todo tiempo y lugar, es posible comprender que en su respeto y cumplimiento se concretan las exigencias de la dignidad humana.⁹⁴

Podemos conceptualizar la dignidad humana como el principio “[...] de validez universal que consiste en el respeto a la persona como ser individual y social, con características y condiciones particulares, el cual se erige como el principio esencial de los valores de autonomía, de seguridad, de igualdad y de libertad, los que, a su vez, fundamentan los distintos tipos de derechos humanos. Se trata de una construcción filosófica para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible”.⁹⁵

El origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos lo es la dignidad humana,⁹⁶ constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, reconoce inclusive que del mismo se desprenden todos los demás derechos.

La afirmación anterior, se reconoce desde la teoría de la desagregación de los derechos humanos, que postula que un derecho humano está constituido por múltiples subderechos, los cuales, son factores integrantes de los derechos humanos en tanto principios, claramente precisados y, otros, fruto del desarrollo de la ciencia jurídica. En consecuencia, no se trata de una lista cerrada, sino resultado de una interpretación abierta con base en razonamientos jurídicos elaborados para satisfacer las necesidades que los cambios políticos, sociales y económicos imponen a las personas.⁹⁷

⁹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Derechos Humanos: parte general*, México, SCJN, 2018, p. 4.

⁹⁵ Lugo Saucedo, Paloma et al., *Vademécum de derechos humanos*, Sergio Díaz Rendón y Magda Yadira Robles Garza (coord.), Luis Efrén Ríos Vega e Irene Spigno (Dir.), México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 155.

⁹⁶ SCJN, *Ob. Cit.*, nota 94, p. 6.

⁹⁷ Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, México, FLACSO, p. 39, consultado en <http://www.cjslp.gob.mx/SEMINARIO/programa/Panel%20IV/Enfoque%20de%20derechos.%20Operacionaliza%20C2%B4n%20de%20esta%20C2%B4ndares%20internacionales.pdf> el 01 de diciembre de 2019.

Es preciso señalar que esto no se refiere a la existencia de una jerarquía de derechos humanos, ni mucho menos a que los derechos reconocidos como principios se sobrepongan a los subderechos reconocidos, ya que únicamente se atiende a ello como una herramienta de diferenciación entre los derechos originalmente reconocidos y los que con el devenir de la ciencia jurídica han sido identificados.⁹⁸

Por lo anterior, la Filosofía, la Ética, la Antropología, el Derecho y la Sociología, unánimemente reconocen que las características y atributos humanos, como son la razón, la inteligencia, la voluntad, el libre albedrío y la libertad, pueden ser integrados unitariamente para comprender el concepto de lo que es la dignidad humana.⁹⁹

El principio de la dignidad humana es universal y se refleja en lo particular en el respeto que cada ser humano merece de incondicional y absolutamente por parte de quienes detentan el poder público, de la sociedad y de sus integrantes.¹⁰⁰

De manera clara podemos entender que la dignidad humana es “[...] el valor supremo de la condición humana y el atributo propio de los integrantes de nuestra especie, que les reconoce su innata diferencia con el resto de los demás seres que existen en el universo, por contar al ser humano con cualidades de inteligencia, razón, voluntad, libre albedrío y tendencia a la libertad, que lo hacen único, singular e irrepetible.”¹⁰¹

Establece así la máxima de que la persona humana es un fin en sí mismo y nunca un medio para lograr otros fines u objetivos. Por ello, la dignidad humana implica el respeto integral a este valor superior de todos los individuos.

En este sentido, se derivan una serie de elementos o principios propios de la dignidad humana, como son el reconocimiento; el respeto; la integridad; la justicia y; la legalidad.

⁹⁸ *Ídem.*

⁹⁹ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 33.

¹⁰⁰ *Ídem.*

¹⁰¹ *Ídem.*

El reconocimiento conlleva que la primera actitud que debe surgir tanto en la sociedad, como en el poder público y en nuestros propios congéneres, es la de tener claro que cualquier ser humano, cuenta con una serie de derechos fundamentales, con independencia de los aspectos particulares en que realice su vida.

El respeto, hace referencia al aspecto pragmático del mencionado reconocimiento, toda vez que el ser humano requiere de ese respeto irrestricto, sin que se pueda condicionar o supeditar a requisitos o exigencias especiales.

Por lo que hace a la integridad, supone la conciencia de que en todo momento la conducta humana debería llevarse a cabo con honestidad, considerando los fines de la participación humana en la integración social. En consecuencia, en lo individual y en lo colectivo, habrá de llevarnos así a la concordia y a la armonía social.

En lo tocante a la justicia, implica igualdad y equidad, al considerar que es justo el que los seres humanos convivamos con orden y cooperación para nuestros semejantes.

Respecto al elemento de legalidad, concluye que los valores contenidos en los elementos antes expuestos, deberán positivarse por conducto de la norma. Por ello, corresponde a la estructura jurídica, nacional o internacional, establecer un cuerpo normativo que defina con precisión a los derechos humanos; integrando sus instituciones y mecanismos defensores y que sancione a quienes los violenten, los menosprecien o transgredan.¹⁰²

Es así que, la dignidad humana implica un principio axiomático que resulta evidente en sí mismo, por esta dignidad toda persona debe ser tratada de manera tal que goce de una serie de libertades que le pertenecen y son exclusivos en virtud de su humanidad.

De esta forma la dignidad, como pieza del sistema, acarrea la carga filosófica y moral, mientras que los derechos deben concretarse por el ordenamiento jurídico para ser útiles.¹⁰³

¹⁰² *Ibidem*, p. 34.

¹⁰³ Belda, Enrique, Dignidad y discapacidad: una perspectiva desde los derechos humanos, México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 9.

1.3.2 Interpretación de la dignidad humana en el orden constitucional mexicano

Habiendo establecido que la preminencia de los derechos humanos en nuestro Estado social y democrático de derecho es el elemento de fondo y la finalidad por la que velan los poderes públicos e, inclusive, el límite ante sus actuaciones, parece que la dignidad, como fuente los mismos, y como esa condición humana de la que emanan, debe ser analizada con mayor atención sociojurídica de la que parecen advertir legisladores, jueces e investigadores.¹⁰⁴

La dignidad opera como límite a la regulación positiva de los derechos constitucionalizados, utilizada como fundamento del orden político y de la paz social, es que obtiene una relevancia constitutiva del orden político en democracia.

Así, como pieza del sistema, la dignidad transporta la carga filosófica y moral, mientras que los derechos deben concretarse por el ordenamiento jurídico para ser útiles.¹⁰⁵

Las constituciones de los países de nuestro entorno democrático han pretendido descender a la dignidad de un cierto estatuto de anhelo o pretensión, a la realidad del Estado Social. Ello la convierte en un elemento positivizado al que asignar un rol en el sistema ideológico de los textos que se sitúan en la cúspide del ordenamiento jurídico, por lo que, a partir del momento de su mención en el texto constitucional, se hace presente como elemento finalista e interpretador.¹⁰⁶

Desde ese avance, es mucho más sencillo para los operadores jurídicos descubrir cómo habrá de ser utilizada, y se evita así cualquier manejo de los derechos que transite desprovisto de un código valorativo o teleológico, hacia una mera declaración ética e inoperativa.¹⁰⁷

En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el constituyente derivado optó por trasladar los derechos universalizados

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 57.

¹⁰⁷ *Ídem*.

internacionalmente a un catálogo que se desarrolla a lo largo del Capítulo I, denominado De los Derechos Humanos y sus Garantías.¹⁰⁸

En cuanto al régimen de protección de los derechos humanos, es comúnmente aceptado que se califiquen como fundamentales una serie de derechos que pueden ser objeto de cobertura inmediata por el Estado.

Aquellos mandatos son de tal magnitud e importancia, que terminan por caracterizar al texto constitucional del que forman parte, como propio de una concepción avanzada de la democracia, continuando con una racional aplicación del principio de supremacía constitucional¹⁰⁹ establecido en el artículo 133 de la CPEUM.

Las constituciones difícilmente pueden desarrollar un ensayo de lo que entienden exactamente por el concepto de dignidad,¹¹⁰ pero sí permiten una aproximación al mismo al tratarse de un elemento personal o individual, que ha de estar presente en la aplicación de sus mandatos, demandará una adaptación a cada caso. Por ello, surge la necesidad de conciliar la abstracción de su propia naturaleza, cuando se requiera la protección de la dignidad para cada ciudadano y para cada circunstancia, mediante parámetros de reconocimiento general.

A partir del neoconstitucionalismo latinoamericano, la protección a la dignidad goza de cuatro dimensiones, la primera y más clásica, pretende defender a la persona de injerencias del Estado, que hoy también es exigible hacia los particulares, por lo que se está frente a un derecho público subjetivo, fundamental, frente al Estado y frente a la comunidad, mismo que puede hacerse efectivo a través de vías jurídicas y procesales, que a su vez corresponden a la segunda dimensión.

Una tercera dimensión es la protección ideal y material, la cual impone al Estado un compromiso que encierra una prestación exigible y que obliga su respeto.

¹⁰⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, texto vigente, última reforma publicada DOF 27-08-2018, p. 1, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf.

¹⁰⁹ Belda, *Ob. Cit.*, nota 103, p. 59.

¹¹⁰ González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, 3ª ed., Civitas Thomson Reuters, España, 2017, pp. 87 - 111, citado en Belda, Enrique, *Dignidad y discapacidad: una perspectiva desde los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 59.

Finalmente, la cuarta dimensión, hace referencia a que la dignidad es inherente al hombre pero no se queda en el interior del hombre, sino que tiene consecuencias sociales, es decir, “[...] la persona conforma el contenido de su dignidad humana, la autocomprende, el Estado la implementa, y la dinámica de la sociedad ofrece ejemplos negativos y positivos para delimitar ese contenido y fijar cánones”.¹¹¹

Dentro de la CPEUM, el principio de dignidad humana se encuentra establecido en el artículo 1º.¹¹² Es de subrayar que el constituyente derivado prefirió vincular este principio con la igualdad y la no discriminación, a la que utiliza también en el mismo párrafo, como regla horizontal de atención al respeto de los derechos.

La atención a la dignidad en México se suele quedar en plano iusfilosófico, que únicamente en momentos inciertos desciende al detalle de su utilización por el operador jurídico o la jurisprudencia, si bien su consulta resucita cuando se trata de valorar la garantía y aplicación de nuevos derechos como la muerte digna, o todo el campo de las reproducciones asistidas que aborda la concurrencia de la bioética.¹¹³

El debate de fondo se reduce a la pregunta de cómo conciliar la preminencia del positivismo como garantía de los derechos y base del Estado democrático, con la necesidad que impone el Estado social y democrático de derecho de acompañarse con cláusulas que le permitan hacer efectivos los derechos humanos y contribuir a la realización personal de cada ciudadano, huyendo de las limitaciones que impidan o dificulten cualquier interpretación avanzada.¹¹⁴

¹¹¹ Häberle, Peter, “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Francisco Fernández Segado (coord.) pp. 175 – 237, citado en Belda, Enrique, *Dignidad y discapacidad: una perspectiva desde los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 67.

¹¹² “[...]Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” véase *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, texto vigente, última reforma publicada DOF 27-08-2018, p. 1, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf.

¹¹³ Belda, Ob. Cit., nota 103, p. 60.

¹¹⁴ *Ídem*

La incorporación constitucional de la dignidad, puede ser de mayor o menor relevancia, dependiendo el interlocutor, pero en la práctica se presenta difícilmente comprendida, toda vez que la doctrina confiesa que el término se le escapa¹¹⁵ sin la concurrencia de la interpretación jurisprudencial y doctrinal, por ello es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en un esfuerzo de hermenéutica jurídica se ha pronunciado en primer término distinguiendo a la dignidad humana “[...] como el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”.¹¹⁶

Así mismo, ha establecido que la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una principio que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta, en su núcleo más esencial, como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada, reconociendo así que el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio para ello.¹¹⁷

1.4 El libre desarrollo de la personalidad

1.4.1 Componentes del libre desarrollo de la personalidad

A través de su inteligencia, el ser humano es capaz de conocer y de entender el mundo en que vive y del que forma parte, es capaz de conocerse a sí mismo y de reflexionar sobre las razones de su existencia. La persona humana cuenta con una serie de capacidades para decidir sobre su conducta, para orientarla hacia un camino o hacia otros; para decidir los medios que habrá de ocupar; para determinar

¹¹⁵ González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, 3ª ed., Civitas Thomson Reuters, España, 2017, p. 216, citado en Belda, Enrique, *Dignidad y discapacidad: una perspectiva desde los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 59.

¹¹⁶ *Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.)*, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, octubre de 2011, SCJN, p. 1528.

¹¹⁷ *Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.)*, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, agosto de 2016, SCJN, p. 633.

por sí misma las decisiones que habrá de tomar para desarrollar su vida y sus actividades sociales.¹¹⁸

El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido conceptualizado como aquel que “[...] permite que cada persona elija de forma autónoma quién quiere ser, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus proyectos de vida, que entre otros aspectos incluye la forma en cómo se relaciona sexual y afectivamente con las demás personas. Este derecho comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo, de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos, escoger su apariencia personal, su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual”.¹¹⁹

El libre desarrollo de la personalidad no comprende un sólo derecho humano en específico, sino que se compone por un sector mucho más amplio, que abarca derechos como el de la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.¹²⁰

Derivado de lo anterior, es posible identificar como elementos vinculantes y formativos del derecho al libre desarrollo de la personalidad los relativos a la igualdad y a la libertad. Por lo que hace a la igualdad como elemento formativo, se refiere a que todo individuo gozará de los derechos reconocidos, en el ámbito nacional e internacional, sin que puedan ser restringidos, salvo las condiciones que los textos constitucionales determinen.

Respecto a la libertad, se establece que todo individuo goza de la facultad para elegir de manera autónoma su forma de vivir.¹²¹ Por ello, este derecho tiene, como objeto principal tutelar la esfera del individuo relacionada con la

¹¹⁸ Quintana Roldán y Sabido Peniche, *Ob. Cit.*, nota 21, p. 35.

¹¹⁹ Lugo Saucedo, Paloma et al., *Vademécum de derechos humanos*, Sergio Díaz Rendón y Magda Yadira Robles Garza (coord.), Luis Efrén Ríos Vega e Irene Spigno (Dir.), México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 96.

¹²⁰ Ortiz Hernández, Cristina, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana”, *Revista letras jurídicas*, núm. 39, enero 2019, p. 172, consultado en el repositorio Vlex por conducto de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), en https://www.proxydgb.buap.mx:2212/#WW/vid/772224505/graphical_version el 02 de diciembre de 2019.

¹²¹ *Cfr. Ídem.*

construcción de su plan de vida, estableciendo una norma abierta que protege diversas posibilidades de comportamientos o conductas, que conllevan un hacer o no hacer, de conformidad con las particularidades de cada persona.¹²²

Aquellos, son elementos esenciales que permiten al individuo desarrollar su proyecto de vida de manera autónoma, sin que el Estado interfiera, con excepción de la salvaguarda de derechos similares de terceros, a fin de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás.

En consecuencia, el Estado se encuentra restringido para interferir en la elección de vida de sus ciudadanos, debiendo limitarse únicamente a diseñar instituciones para facilitar la persecución individual de los planes de vida de los ciudadanos, la satisfacción de los ideales que se propongan, e impedir que otras personas interfieran injustificadamente en la persecución de dichos planes.¹²³

1.4.2 Interpretación del libre desarrollo de la personalidad en el orden constitucional mexicano

La dignidad humana conforma un bloque con el libre desarrollo de la personalidad, que bien se puede traducir en un encadenamiento. Esa personalidad cuyo libre desarrollo debe garantizar el poder público es la capacidad que tiene el individuo para autodeterminarse, dentro de un sistema pensado para no coartar el desenvolvimiento de la actividad vital que se proyecta por cada uno de los derechos, pero referida a los aspectos íntimos y no siempre visibles que ayudan al crecimiento moral del ser humano.¹²⁴

¹²² Del Moral Ferrer, Anabella, "El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana", *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Vol. VI, Núm. 2, julio-diciembre de 2012, citado en Ortiz Hernández, Cristina, "El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana", *Revista letras jurídicas*, núm. 39, enero 2019, p. 176, consultado en el repositorio Vlex por conducto de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), en https://www.proxydgb.buap.mx:2212/#WW/vid/772224505/graphical_version el 02 de diciembre de 2019.

¹²³ Ortiz Hernández, *Ob. Cit.*, nota 120.

¹²⁴ Belda, *Ob. Cit.*, nota 103, p. 60.

Este bloque, otorga a los derechos humanos una fuerza que de otra manera les sería imposible. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad justifican el origen más espiritual de esa protección, la inviolabilidad de los derechos también ha de nacer de la fuerza de otros valores como son la libertad, la igualdad o la justicia.

De la dignidad humana, como derecho fundamental, derivan, entre otros derechos personalísimos, aquel que tiene todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida.

Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia, es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas y deseos.

El libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.¹²⁵

Por lo anterior, la doctrina especializada señala que el libre desarrollo de la personalidad contiene dos dimensiones; una externa y una interna. Desde el punto de vista externo, el derecho da cobertura a una genérica libertad de acción, misma que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una esfera de privacidad del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.¹²⁶

Al respecto, si bien en un plano conceptual puede trazarse esta distinción entre los aspectos externos e internos, resulta complicado adscribir los casos de

¹²⁵ Tesis: P. LXVII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7.

¹²⁶ Tesis: 1a./J. 4/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 63, febrero de 2019, p. 491.

ejercicio de este derecho a una sola de estas dimensiones. Ello es así, porque las acciones que realizan los individuos en el ejercicio de su autonomía personal suponen la decisión de llevar a cabo esa acción, al tiempo que las decisiones sobre aspectos que en principio sólo incumben al individuo normalmente requieren de ciertas acciones para materializarlas.

En todo caso, parece que se trata de una cuestión de énfasis. Así, mientras que hay situaciones en las que el aspecto más relevante de la autonomía personal se aprecia en la acción realizada, existen otras situaciones en las que el ejercicio de la autonomía se observa más claramente a través de la decisión adoptada por la persona.¹²⁷

No obstante, si bien es cierto que en nuestro país la figura del derecho al libre desarrollo de la personalidad no se encuentra establecida de forma expresa dentro de nuestra constitución, lo es también que se deriva de forma implícita en el artículo 1º Constitucional.¹²⁸

1.5 Muerte digna y su interrelación con el concepto de muerte médicamente asistida

1.5.1 Componentes de la muerte digna y la muerte médicamente asistida

La muerte digna ha sido conceptualizada como “[...] la muerte que, deseada por una persona, se produce asistida de todos los alivios y cuidados paliativos médicos adecuados, así como con todos los consuelos humanos posibles. En otras palabras; una muerte digna es el hecho y el derecho a finalizarla vida voluntariamente sin

¹²⁷ Tesis: 1a. CCLXI/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 898.

¹²⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, texto vigente, última reforma publicada DOF 27-08-2018, p. 1, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf.

sufrimiento, propio o ajeno, cuando la ciencia médica nada puede hacer para la curación de una enfermedad mortal. [...]”¹²⁹

El concepto de muerte digna lleva implícita la idea que ante la inevitabilidad de la muerte cabría un cierto ejercicio de “[...] nuestra libertad. La muerte no podría ser considerada como un fenómeno meramente pasivo, que ocurre en nosotros y frente al cual permanecemos impotentes, sino como un "acto humano", es decir, como un acto en el que nuestra libertad podría intervenir en alguna medida. [...]”¹³⁰

Así, en la situación del ser humano muriente, el alcance de la expresión morir con dignidad supone una serie de elementos, que se tornan en exigencias hacia el Estado por parte de la sociedad, tales como “[...] la atención al moribundo con todos los medios que posee actualmente la ciencia médica: para aliviar su dolor y prolongar su vida; no privar al moribundo del morir en cuanto a que la acción personal de morir es la suprema acción del hombre; liberar a la muerte del ocultamiento a que es sometida en la sociedad actual, en virtud de que la muerte es encerrada actualmente en la clandestinidad; organizar un servicio hospitalario adecuado a fin de que la muerte sea un acontecimiento asumido en forma consciente por el hombre y vivido en forma comunitaria; y favorecer la vivencia del misterio humano religioso de la muerte, mediante la asistencia religiosa, la cual cobra en tales circunstancias un relieve especial”.¹³¹

Resulta menester señalar que dentro del orden normativo mexicano la única norma que hace mención explícita del derecho a la muerte digna es la Constitución Política de la Ciudad de México, que en lo relativo señala que “[...] [l]a vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna.”¹³²

¹²⁹ Macía Gomez, Ramón, *El concepto legal de muerte digna*, España, Derecho a morir dignamente, 2008, p. 2, consultado en <https://derechoamorir.org/2009/10/02/el-concepto-legal-de-la-muerte-digna/> el 22 de noviembre de 2019.

¹³⁰ Taboada R., Paulina, “El derecho a morir con dignidad”, *Acta Bioética*, Chile, volumen 6, número 1, 2000, par. 6, consultado en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2000000100007, el 22 de noviembre de 2019.

¹³¹ *Ibidem*, p. 10.

¹³² Artículo 6°, apartado A, punto 2 de la *Constitución Política de la Ciudad de México*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 2017, texto vigente, p. 24, disponible en http://infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf.

Por lo anterior, resulta pertinente realizar un análisis de lo tocante al derecho a la vida, en lo relativo a la vida digna. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.¹³³

De esta forma, el derecho a la vida comprende en esencia dos aspectos; el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente y el derecho a una vida digna. Particularmente, en lo referente a la arbitrariedad, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su artículo 4.1, establece que “[...] nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]”¹³⁴; y, para tal efecto, se debe entender por arbitrariedad a “[...] todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, sujeto a la libre voluntad o al capricho”.¹³⁵

De esta forma, la normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que ésta se dé de manera arbitraria, esto es de manera ilegítima, caprichosa, injustificada, desautorizada o rechazada por la ley.

Respecto a esta vertiente del derecho a la vida la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado que “[...] una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a

¹³³ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la calle”* (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, Núm. 63, consultado en http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=321, el 01 de diciembre de 2019.

¹³⁴ Artículo 4, punto 1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, del 7 al 22 de noviembre de 1969, texto vigente, consultado en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm el 03 de diciembre de 2019.

¹³⁵ Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón, véase Diccionario de la lengua española, RAE, 23.^a edición, 2014, consultado en <https://dle.rae.es/arbitrario?m=form> el 03 de diciembre de 2019.

una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria [...]”¹³⁶

En consecuencia, la humanidad ha encontrado distintas formas de acercamiento hacia el fenómeno de la muerte digna, por lo que se reconoce una distinción entre la denominada eutanasia pasiva, la cual consiste en la renuncia a todo tratamiento que no resulte efectivo o tenga un pronóstico efectivo, y activa, a su vez, actualmente se ha impulsado una cultura de cuidados paliativos en vistas de proveer la atención al dolor generado a consecuencia de los padecimientos del enfermo en situación terminal.

Al referirnos al término de muerte médicamente asistida (MMA), mejor conocida como eutanasia activa, se debe hacer referencia al origen etimológico de la palabra, la cual deviene del griego *eu*, que significa bueno y; *thánatos*, que significa muerte; por lo que se puede entender como buena muerte.¹³⁷

La MMA también ha sido definida como la intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura¹³⁸ y como la toma de medidas deliberadas para poner fin la vida de un paciente, con el objetivo de evitar prolongar el sufrimiento.¹³⁹ En suma, se refiere a la muerte sin sufrimiento físico de un enfermo terminal.

Por todo lo anterior, cuando nos referimos al término eutanasia o al de MMA, se debe entender “[...] la ayuda prestada por un médico a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones.”¹⁴⁰

¹³⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakya Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, Núm. 125, consultado en http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258 el 01 de diciembre de 2019.

¹³⁷ Rodríguez Estrada, Mauro, *La controversia de las eutanasias*, México, Botas y Alonso Editores, 2004, p. 25.

¹³⁸ Véase, *Diccionario de la lengua Española*, 23ª. ed., 2014, consultado en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=eutanasia> el 22 de noviembre de 2019.

¹³⁹ Angel Campos, Miguel, *Diccionario de términos de derechos humanos*, México, Editorial Ariel, 2008, p. 270.

¹⁴⁰ Roxin, Claus, “Tratamiento Jurídico-Penal de la Eutanasia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Alemania, núm. 1, año 1999, consultado en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html#1 el 22 de noviembre de 2019.

Cuando el médico reconoce que los tratamientos son infructuosos para lograr la recuperación deseada, debe cambiar su objetivo y acordar con su paciente las acciones médicas para aliviar su dolor y otros síntomas que lo afecten. Ésta es una decisión muy difícil, no porque haya duda de que esto sea lo más beneficioso, sino porque se requiere aceptar, que el enfermo se encuentra en la última etapa de su vida.¹⁴¹ De esta forma, el enfermo en etapa terminal estará en aptitud de tomar decisiones sobre la forma en que quiere vivir esa etapa, y qué tratamientos médicos quiere recibir y cuáles no.¹⁴²

Los cuidados paliativos deben formar parte de la atención de todos los enfermos en etapa terminal, no obstante, no siempre serán suficientes para aliviar su sufrimiento físico; además, también debe considerarse el dolor emocional o existencial, que la persona no desee vivir en un cuerpo en el cual ya no reconoce y sobre el que ha perdido cualquier forma de control. Al ser la integridad y dignidad principios primordialmente subjetivos, para algunos enfermos estos aspectos son determinantes para decidir adelantar su muerte. Por lo anterior, es un error considerar que los cuidados paliativos y la muerte médicamente asistida son excluyentes,¹⁴³ inclusive opuestos.

¹⁴¹ Onora O'Neill, "Children's Rights and Children's Lives", *Ethics* 98, abril, 1988, pp. 461 y 457, citado en, Álvarez del Río, Asunción, "Elementos para un debate bioético de la eutanasia", *Eutanasia: hacía una muerte digna*, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, pp. 41-42, consultado en https://www.academia.edu/4230703/Eutanasia_Hacia_una_muerte_digna_coord_?auto=download el 03 de diciembre de 2019.

¹⁴² Álvarez del Río, Asunción, "Elementos para un debate bioético de la eutanasia", *Eutanasia: hacía una muerte digna*, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, p. 42, consultado en https://www.academia.edu/4230703/Eutanasia_Hacia_una_muerte_digna_coord_?auto=download el 03 de diciembre de 2019.

¹⁴³ Cfr. T. Quill y M. Battin M. Physician-Assisted Dying. The Case for Palliative Care & Patient Choice, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2004, pp. 1-12, citado en Álvarez del Río, Asunción, "Elementos para un debate bioético de la eutanasia", *Eutanasia: hacía una muerte digna*, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, p. 42, consultado en https://www.academia.edu/4230703/Eutanasia_Hacia_una_muerte_digna_coord_?auto=download el 03 de diciembre de 2019.

1.5.2 La muerte de alta calidad

La sociedad se entiende como una entidad eterna; pero aunque sea sentida de ese modo sus miembros siempre mueren. Para algunas personas morir es tan sólo el final trágico después de estar condenado a vivir en forma de muchedumbre solitaria.¹⁴⁴

Desde las sociedades primitivas a las contemporáneas la evolución es lineal y la muerte es considerada un tabú, de a poco las personas que mueren dejan de existir para los vivos y son arrojadas simbólicamente fuera del grupo.¹⁴⁵

¿Cómo le gustaría morir? Fue la pregunta que plantearon Marga Marí-Klose y Jesús M. de Miguel, a un grupo de asistentes al seminario de enfermedad y sociedad a finales del siglo XX, en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en Valencia; de las respuestas obtenidas de los 127 asistentes se planteó lo que posteriormente denominaron como el canon de la muerte, el cual es un modelo idealizado de muerte, mismo que recoge las impresiones y las formas en que la mayoría de las personas anticipan su muerte.¹⁴⁶

El concepto de muerte ideal o de alta calidad,¹⁴⁷ se formuló con base en aquel canon, por lo que se describe a la muerte de alta calidad como aquella sin dolor; inconsciente o durmiendo; rápida, aunque no por accidente; acompañado el individuo por familiares o amigos íntimos; a edad preferentemente avanzada y en casa.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Marí-Klose, Marga y de Miguel, Jesús M., "El canon de la muerte", *revista política y sociedad*, España, vol. 35, año 2000, p. 115, consultado en <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/download/POSO0000330115A/24501> el 03 de diciembre de 2019.

¹⁴⁵ *Ídem*.

¹⁴⁶ *Cfr.* Marí-Klose, y de Miguel, *Ob. Cit.*, nota 144.

¹⁴⁷ Ángeles Durán, María, La calidad de muerte como componente de la calidad de vida, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, España, núm. 106, abril-junio de 2004, pp. 9-32, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/970288.pdf> el 03 de diciembre de 2019.

¹⁴⁸ Marí-Klose y de Miguel, *Ob. Cit.*, nota 136, p. 144.

Bajo esta idea, lo más importante es morir sin dolor, sin sufrimiento. Sentir dolor resulta lo más atemorizador y preocupante de la muerte, incluso más que la propia muerte.

Aunado a ello, es preferente morir durmiendo o inconsciente, ello debido a que es una forma de evadir el dolor y sobre todo de la conciencia sobre la muerte. Aquel estado de inconsciencia resulta una forma efectiva de reprimir la muerte y sus manifestaciones. Se desea morir del mismo modo que se ha vivido: de espaldas a la muerte. Se pretende así una muerte sin conocimiento, que sobrevenga en el sueño.

Así mismo, se prefiere que la muerte suceda de forma rápida para evitar al máximo la angustia y el sufrimiento, de esta forma la muerte se acorta; sin embargo, se reconoce que la muerte debe representar un incidente que no sea causado por un accidente, sino preferiblemente de forma instantánea, fortuita, imprevista, casual, y repentina.

Se considera como elemento importante el estar rodeado de familiares y amistades íntimas. Aquello se expresa idealmente como contraposición a la soledad y el abandono, ya que se teme a la marginación que acompaña a la persona moribunda, y la llamada muerte social previa a la muerte física. Lo peor para el moribundo es la soledad.

La muerte debe suceder, preferiblemente, en edad avanzada, después de haber vivido una larga vida, llegando al menos hasta los ochenta o noventa años. Así mismo, lo ideal es morir en casa y no hospitalizado, ni en una residencia de ancianos. Supone que las personas prefieren morir donde vivieron, en su casa y, de ser posible, en su propia cama.¹⁴⁹

Aunado a ello, María Ángeles Durán, añade como elementos de la muerte ideal o de alta calidad que esta se suscite sin estigma, y con bajo coste para los demás. Lo anterior en virtud de que en “[...] algunos casos, no infrecuentes, la vida se prolonga bajo condiciones dolorosas y muy onerosas, en las que el conflicto encubierto de intereses dificulta la toma de decisiones por las partes implicadas en

¹⁴⁹ Cfr. Marí-Klose, y de Miguel, *Ob. Cit.*, nota 144.

el asunto. Para algunos de los implicados, su interés es mantener con vida al paciente mientras utiliza costosas y amplias tecnologías y servicios médicos [...]”.¹⁵⁰

En este sentido, es preciso señalar que, por la naturaleza del concepto de la muerte médicamente asistida así como por sus complicaciones éticas, a continuación, se abordará lo relativo al estudio de la disciplina bioética, como un paradigma evolucionado de la ética y deontología médica hacia una ética mucho más enfocada a la interacción del ser humano con su entorno, así como las distintas corrientes bioéticas, sobre las cuales se profundizará hasta cimentar los principios que conllevan el ejercicio de la MMA como una modalidad de muerte digna.

Capítulo 2. La bioética y su relación con la muerte médicamente asistida

2.1 Evolución y desarrollo del concepto de bioética

2.1.1 Ética y deontología médica

Las normas jurídicas son necesarias para garantizar la efectiva operatividad de los derechos humanos en la contemporaneidad, sin embargo, en materia de salud pública, es necesario el valor agregado de la ética médica para impulsar el compromiso del bien y del respeto del paciente, es por ello que el concepto de ética médica se reconoce como el auténtico motor de la buena medicina, ya que aún sin leyes, sería posible hacer buena medicina, pero sin ética resulta imposible.¹⁵¹ Por lo anterior, se debe reconocer que la práctica de la medicina siempre se ha guiado por principios y reglas de carácter moral,¹⁵² más allá de la existencia de un marco jurídico en la materia.

En principio, es prudente afirmar que el ser humano, de una forma intuitiva siempre ha buscado identificar el bien del mal por lo que, en los primeros años de

¹⁵⁰ Ángeles Durán, *Ob. Cit.* nota 142, p. 32.

¹⁵¹ Altisent, Rogelio, Ética, bioética y deontología, *Revista Bioética*, Brasil, vol. 17, núm. 3, 2009, p. 366, consultado en http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/504/505 el 23 de marzo de 2020.

¹⁵² De Lora, Pablo y Gascón, Marina, *BioÉtica: Principios, desafíos, debates*, España, Alianza editorial, 2008, p. 15.

su experiencia social, desarrolló la disciplina ética como medio encargado del estudio de la moral. Así, el diccionario de filosofía de Cambridge, define a la ética como “[...] el estudio filosófico de la moral [...]”, locución que en ocasiones también ha sido usada, en un sentido más estricto, para expresar los principios morales de una determinada tradición, grupo o individuo.¹⁵³ La principal ocupación de la ética corresponde al estudio general de dos conceptos: el bien y la acción moralmente correcta. Sustantivamente, los cuestionamientos cuyo objeto pretende responder son, respectivamente, ¿qué fines deberíamos, en tanto seres humanos plenamente racionales, elegir y perseguir? y ¿qué principios morales son los que deberían regir nuestras elecciones y metas?¹⁵⁴

El concepto de ética y su aplicación ha evolucionado en conjunto con el ser humano. Es así que Cárdenas Arévalo afirma que hasta el más primitivo de los Homos tenía idea de lo bueno, lo justo, el deber y la virtud, sentimiento que evolucionó y se desarrolló en búsqueda de la mejor manera de determinar y justificar sus acciones. También señala que desde la antigüedad, 4.500 años a.C., los seres primitivos tenían ya una preocupación por determinar lo que era el bien o el mal, aplicando un conjunto de valores, principios y normas concretas que, en caso de infringirlos, suponía un castigo.¹⁵⁵

Es pertinente establecer que el desarrollo de la conciencia humana deviene del establecimiento evolutivo del lenguaje verbal articulado, el cual estableció, para los homínidos, una realidad específicamente humana, tanto en el plano psicológico como en el plano social.¹⁵⁶ La aparición de este tipo de lenguaje implicó el nacimiento de un territorio espiritual o conceptual, el cual está poblado de cosas que no se ven, que se hayan fuera de la sensibilidad, rodeado de conceptos, a través de elementos que pueden ser pensados, comunicados y que condicionan la

¹⁵³ *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, en diccionario AKAL de filosofía, Marraud, Trad. de Huberto y Alonso Enrique, Audi, Robert (Edit.), Universidad Autónoma de Madrid, España, 2004, p. 326, consultado en <http://josemramon.com.ar/wp-content/uploads/Diccionario-Akal-de-Filosofia.pdf> el 23 de marzo de 2020.

¹⁵⁴ *Ídem*.

¹⁵⁵ Cárdenas Arévalo, Jorge, *Historia de la ética*, Ética, deontología y bioética, Perú, 2001, consultado en <http://www.cardenashistoriamedicina.net/etica/es-Histetica.htm> el 23 de marzo de 2020.

¹⁵⁶ Cfr. Ribas Alba, José María, *Prehistoria del Derecho*, Almuzara, España, 2015, p. 23.

conducta del individuo y del grupo,¹⁵⁷ dando lugar a lo que posteriormente sería conocido como moral, a través del reconocimiento de los conceptos del bien y del mal, o de lo que es benéfico o dañino para el grupo.

Así, como fue advertido en el primer capítulo, el primer acercamiento ético jurídico que pretendió dar explicación de lo que es el bien o el mal, se hizo a través de la identificación mediante la observación de aquellas leyes inmutables de la naturaleza –no importando su fuente-, creando en consecuencia normas o códigos morales marcados por la tradición.

En la Grecia antigua, Sócrates, a través de la mayéutica, definió las virtudes de la disciplina ética mediante la demostración de la existencia de valores absolutos como el bien y la justicia. Estos elementos son necesarios para establecer leyes, las cuales equiparó como valores que el hombre puede alcanzar mediante el uso de la inteligencia y la razón. Si se alcanzan, el hombre se vuelve sabio y virtuoso y, consecuentemente, a través de la sabiduría suprema se distinguen los bienes de los males. Por esto, la intelectualidad moral identifica el saber con la virtud y el vicio con la ignorancia.¹⁵⁸

En la edad media, de los siglos IV a XV d.C., la influencia del cristianismo impuso el estudio de la ética con base en un origen teológico. Por lo anterior, Tomás de Aquino, pregonó que a través del cumplimiento de las leyes naturales –dictadas por la deidad- le es indicado al hombre lo bueno y lo malo, y que la razón nos hace diferenciar entre ello hasta llegar a la finalidad suprema la cual, concluye, no puede ser otra que la unión con Dios, proclamando así, que la ética adquiere su sentido último y profundo a través de la religión.¹⁵⁹

En el siglo XV d.C., René Descartes irrumpió con el sentido ético de la época, al proponer la ruptura entre la diada de la ética-teológica imperante hasta la fecha, al proponer la separación de la razón y de la fe, por lo que la ética dejó de estar vinculada a la religión, estableciendo entonces una ética-racional, con base en los principios de la ilustración, en la que la razón se reconoce como la única fuente de

¹⁵⁷ Cfr. *Ibídem*, p. 24.

¹⁵⁸ Cfr. Cárdenas Arévalo, Jorge, *Op. Cit.*, nota 155.

¹⁵⁹ *Idem*.

conocimiento y la base en que se cimienta el individualismo. Más adelante, Kant estableció que el centro de la reflexión lo es el sujeto pensante, ya que, a través de las condiciones de su conciencia, se da a sí mismo su propia ley moral, por lo que el ser humano debe ser responsable de sus actos ya que tiene conciencia de su deber moral.¹⁶⁰

En cuanto a la ética médica, fueron los propios médicos, no precisamente los filósofos quienes, a través de su experiencia práctica y sentido común cristalizaron, en juramentos o códigos, esas competencias y requisitos de rectitud que los encargados de la salud habían de reunir para permitirles trabajar en los hospitales o inscribirles en las academias y sociedades profesionales. Por ello, la ética médica se ha expresado básicamente como una deontología médica, cuya primera y más conocida manifestación se encuentra en el juramento hipocrático, el cual fue elaborado en el siglo V a.C., y corresponde a una primera señal histórica de la conciencia del poder que tienen los médicos sobre la supervivencia y bienestar de los seres humanos.¹⁶¹

El término deontología, tiene su origen en la voz griega *deon*, que significa lo que debe ser hecho. Por lo cual, frente al término ética, más amplio, el término deontología es más preciso. La deontología tiende a ser una ética codificada, y, desde el siglo XIX, esa ética común identificadora de la profesión médica es normalmente reflejada en un cuerpo normativo denominado como código deontológico. Por ello, se entiende que la exigencia de responsabilidades deontológicas discurre a través de un procedimiento parajurídico.¹⁶²

Los conceptos de ética y deontología son parcialmente coincidentes y parcialmente discrepantes. Lo primero, debido a que la deontología, comúnmente, es la proyección práctica de la ética en el ejercicio de una profesión; lo segundo, en virtud de que, mientras la deontología usualmente se materializa en un código y un procedimiento, la ética encuentra su fundamento y juicio en la conciencia del

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 21.

¹⁶² *Ibidem*, p. 16.

individuo,¹⁶³ es decir, la deontología corresponde objetivamente a la realidad del sujeto y la ética a la subjetividad.

Sin embargo, la deontología no corresponde únicamente a la aplicación práctica de la ética, debido a que, a su vez, cumple con diversas funciones como son la de informar, la cual consiste en precisar o especificar en un código las reglas para la conducta ética en circunstancias particulares y típicas del ejercicio de la medicina; y la de regular, puesto que en los denominados códigos deontológicos, se contienen los compromisos que los médicos contraen públicamente para garantizar a la sociedad un adecuado nivel de calidad de sus servicios profesionales.¹⁶⁴

Así mismo, la deontología médica tiene injerencia en el aspecto público o institucional dentro del área de la salud, pues le ha sido conferido un estatus intermedio entre la mera normatividad ética, cuyo cumplimiento es jurídicamente optativo, y la normatividad jurídica, por cuanto obliga a su cumplimiento a través de los distintos códigos deontológicos.

Estos códigos contienen normas de tres tipos; aquellas puramente reiterativas de normas jurídicas, en el sentido de que traducen al sentido médico lo que jurídicamente fue establecido por el legislador en una norma objetivo pública, sin sumar o abundar las exigencias legales; aquellas puramente éticas o perfeccionistas, que introducen exigencias o requisitos mayores a los mínimos impuestos por la norma jurídica, con base en la pretensión en la mejora de la calidad y excelencia de los servicios profesionales y; finalmente, aquellas normas puramente deontológicas, las cuales regulan los aspectos del ejercicio profesional que no están regulados por la norma jurídica, por la simple razón de que, por colegiación o academia, se ha asumido el compromiso de garantizar el recto desempeño de la profesión.¹⁶⁵

En México la Comisión Nacional de Arbitraje Médico es la encargada de la vigilancia y cumplimiento de las exigencias ético-deontológicas del ejercicio de la

¹⁶³ *Ibidem*, p. 17.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 18.

profesión médica, a través del código de ética para enfermeras¹⁶⁶; sin embargo, en materia de deontología, son las comisiones deontológicas de los distintos colegios médicos quienes cumplen con la función del control ético-profesional, a través de la instauración endógena de distintos códigos deontológicos, por lo que existen tantos códigos deontológicos en el país como colegios de medicina.

Pese a lo anterior, a nivel internacional, la función de estas comisiones es muy importante, pues de su calidad y seriedad depende la reputación social y profesional de los colegios. No obstante, tienen poco poder para llevar a cabo este control, en virtud de que, por un lado, a la comisión se le envían sólo los temas que el presidente del colegio o la junta directiva decide que traten y, por otro, la efectividad de sus resoluciones es competencia de la junta, es decir, es la junta directiva del colegio la que eventualmente y a la vista del dictamen de la comisión decide si abrir o no un expediente disciplinario o un expediente informativo.¹⁶⁷

En todo caso, durante mucho tiempo se consideró que la deontología médica agotaba el universo de la ética médica, sin embargo, actualmente, se ha desarrollado el concepto de bioética como un discurso novedoso, asociado al enorme desarrollo de los conocimientos y tecnologías biomédicas y a la preocupación por el riesgo de abuso de los mismos y el mal empleo de la medicina; estableciendo así, un discurso más amplio que engloba las obligaciones y responsabilidades éticas o deontológicas de los profesionistas relacionados con la vida.¹⁶⁸

2.1.2 Bioética

Para comprender la amplitud del concepto de bioética, es preciso identificar las diversas circunstancias que debieron coincidir para que ese cúmulo de preocupaciones genéricas evolucionara de la ética y deontología médica, hasta llegar a lo que hoy conocemos como bioética.

¹⁶⁶ Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Código de ética para enfermeras, CONAMED, consultado en http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/codigo_enfermeras.pdf el 26 de marzo de 2020.

¹⁶⁷ De Lora y Gascón, Ob. Cit., nota 152., p. 19.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 20.

La primera, consistió en que la medicina y la biología consiguieran de manera efectiva impactar en la vida de los seres humanos,¹⁶⁹ es decir, la coincidencia de resultados efectivos como consecuencia de la aplicación de la ciencia natural en el campo de la genética y calidad de vida. Circunstancia que no sucedió sino hasta el siglo XIX.

La segunda, consistió en el aprovechamiento masivo de los seres humanos como sujetos de investigación biomédica, hecho que se vio trastocado por la interpretación realizada por el régimen de la Alemania NAZI, a través de lo que se conoce como el horror del Tercer Reich, por medio del cual, con base en una ideología racista, se propició y promovió la mejora de la especie humana mediante la mal llamada “eutanasia” de los débiles o inútiles y la práctica de la eugenesia. Se calcula que para agosto de 1941 más de 70,000 enfermos mentales y físicos fueron víctimas del programa eutanásico que comenzó en 1929. Evidentemente, las ejecuciones se practicaron sin el consentimiento de la víctima, lo cual hace de ellas llanos homicidios de aquellos a quienes se consideró errores en la suprema condición aria.¹⁷⁰

Pese a que a través del denominado horror del Tercer Reich esta experimentación fue llevada a niveles aberrantes, ésta no fue una idea generada por el intelecto alemán, sino producto de las ideas de Francis Galton, un explorador y antropólogo británico que murió en 1911 y bajo cuya inspiración se pusieron en práctica políticas de mejora de la especie en diversos países occidentales;¹⁷¹ tanto así que, en Estados Unidos, la eugenesia fue refrendada incluso por su Corte Suprema, la cual, dentro de sus debates más anecdóticos, se encuentra la célebre la opinión del juez Holmes, quien en una sentencia en la que se ratificaba la constitucionalidad de la ley que permitía esterilizar a los deficientes, afirmaba, en

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹⁷⁰ *Cfr. Ibidem*, pp. 21-22.

¹⁷¹ *Cfr. Idem*.

referencia al recurrente que “[...] tres generaciones de imbéciles [eran] suficientes”.¹⁷²

Por lo anterior, la comunidad internacional, motivada por este empleo de la ciencia al servicio del mal radical, promulgó en 1964 la Declaración de Helsinki,¹⁷³ por medio de la cual se estableció la prohibición absoluta de la experimentación con seres humanos sin que mediara su consentimiento informado.

Así mismo, durante los años que mediaron entre el ocaso del régimen NAZI y la declaración de Helsinki, en los Estados Unidos, se llevó a cabo una investigación en individuos que no fue descubierta sino hasta la década de los setenta. Este experimento fue denominado como “experimento de Tuskegee”, pues en esa localidad de Mississippi, un grupo de control de cerca de cuatrocientos afroamericanos que padecían sífilis fue sometido a seguimiento durante casi cuarenta años sin que los individuos fueran informados de ello.¹⁷⁴ Dicho experimento provocó el surgimiento en 1974 de la Comisión Nacional de Bioética del Congreso de Estados Unidos, a la cual le fue encomendada la redacción de un documento conocido como “Informe Belmont”¹⁷⁵ en cuyas conclusiones finales, publicadas en 1979, se establecieron los principios rectores de la bioética.

La tercera circunstancia se dio en 1967, cuando el médico Christiaan Barnard, llevó a cabo uno de los avances terapéuticos y quirúrgicos más cruciales en la historia de la medicina, al llevar a cabo el primer trasplante de corazón en un hospital de Sudáfrica. Al mismo tiempo, en Estados Unidos, la perspectiva de los trasplantes de órganos llevó a la creación del “Comité Ad Hoc de la Facultad de Medicina de Harvard para examinar la definición de muerte cerebral”, dicho comité

¹⁷² Alandete, David, EE UU compensará las esterilizaciones obligatorias, *Diario El País*, Sociedad, España, 2011, consultado en https://elpais.com/sociedad/2011/12/12/actualidad/1323682412_092258.html el 26 de marzo de 2020.

¹⁷³ Asociación Médica Mundial, *Declaración de Helsinki*, adoptada en la asamblea médica mundial en junio de 1964, p. 2, consultado en http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/helsinki.pdf el 26 de marzo de 2020.

¹⁷⁴ Cfr. De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 23.

¹⁷⁵ Instituto Nacional de Salud (National Institutes of Health), *Informe Belmont*, EUA, 1979, CONBIOÉTICA, consultado en http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinternacional/10._INTL_Informe_Belmont.pdf el 26 de marzo de 2020.

generó un informe que conllevó la modificación de las relaciones médico-paciente en la mayoría de los países del mundo.¹⁷⁶

Los escenarios anteriores, supusieron el abandono progresivo del ideal paternalista tradicional que había dominado secularmente la práctica médica y la consiguiente afirmación de la autonomía del paciente y de su derecho a ser informado. Este cambio generó conflictos de intereses muy profundamente éticos, dentro de los que destacan el rechazo de tratamientos vitales y el, denominado, auxilio al suicidio.

Es el debate de estas preocupaciones éticas sobre el ejercicio de la biomedicina y la biotecnología el que se designa como bioética. La bioética no constituye en sí una disciplina autónoma porque disponga de un método y objeto propios, sino que es un subconjunto de la ética normativa que agrupa casos moralmente problemáticos, vinculados entre sí, sobre cuya identificación precisa tampoco hay consenso absoluto.¹⁷⁷ Manuel Atienza ha señalado que los criterios éticos que rigen sobre esos asuntos “[...] no pueden ser otros que los principios generales de la ética, que adquieren una especial modulación [...] de acuerdo con ciertas características típicas de esas esferas de actividad”¹⁷⁸

Para dar una idea más clara de los retos actuales de la bioética ante la ciencia contemporánea es preciso recordar las ideas que gestaron las bases de la disciplina bioética actual.

En 1927, el filósofo y teólogo, Fritz Jahr, quien es reconocido como el padre de la bioética, estableció este concepto en el artículo denominado “Bioética: una perspectiva de la relación ética de los seres humanos con los animales y las plantas”, quien consideró a ésta como una rama de la ética, la cual se debía abocar

¹⁷⁶ Cfr. De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 24.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 26.

¹⁷⁸ Atienza, Manuel, *Juridificar la bioética*, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, biblioteca virtual Miguel de Cervantes, España, núm. 8, abril 1998, pp. 75-99, consultado en <http://www.cervantesvirtual.com/research/juridificar-la-biotica-0/> el 26 de marzo de 2020.

al análisis y al estudio de las relaciones que, desde la perspectiva ética, debemos guardar básicamente para con los seres humanos y no humanos.¹⁷⁹

Es importante hacer notar que Jahr no sólo creó este término, sino que también fue el primero en establecer una relación entre Kant y la bioética, mediante la interpretación del imperativo moral kantiano que proponía tratar a todo ser racional como un fin en sí mismo y no únicamente como un medio; aplicándolo no solamente a los seres racionales, sino a todo ser viviente.¹⁸⁰

Casi 50 años después, en 1970, Van Rensselaer Potter retomó el término para referirse a la rama de la ética que se dedica a proveer los principios para la conducta correcta del humano respecto a la vida humana como de la no humana (animal y vegetal), así como el ambiente en el que pueden darse condiciones aceptables para la vida.¹⁸¹ A lo largo de su vida Potter creó definiciones alternas y complementarias de la bioética, en algunas de las cuales resultó visible su inclinación hacia el área médica, definiéndola como “[...] el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales”,¹⁸² por

¹⁷⁹ Graue Wiechers, Enrique, *El enfoque bioético ante los avances científicos y tecnológicos*, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones*, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, p. 42, consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_a_os_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

¹⁸⁰ Rivero Weber, Paulina, *Una nueva visión del humanismo*, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones*, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, p. 39, consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_a_os_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

¹⁸¹ Cfr. Potter, Van Rensselaer, *Ciencia de la Supervivencia*, 1970, pp. 127-165, citado en Graue Wiechers, Enrique, *El enfoque bioético ante los avances científicos y tecnológicos*, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones*, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, p. 42, consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_a_os_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

¹⁸² Cfr. Potter, Van Rensselaer, *Bioética: un puente hacia el futuro*, 1971, pp. 127-165, citado en Graue Wiechers, Enrique, *El enfoque bioético ante los avances científicos y tecnológicos*, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones*, México, Comisión Nacional de

lo que más adelante, el término fue incorporado a la academia por médicos y científicos, centrando la atención en la práctica clínica.

Potter alude a los problemas que el desarrollo de la tecnología esboza en un mundo en plena crisis de valores, planteando la necesidad de superar la ruptura entre la ciencia y la tecnología, por una parte, y las humanidades, por otra. Así, la bioética surge como un intento de establecer un puente entre la ciencia experimental y las humanidades y, de esta disciplina se espera una formulación de principios que permitan afrontar con responsabilidad las posibilidades que nos ofrece hoy, y a futuro, los impensables avances de la ciencia y, por ende, de la tecnología.¹⁸³

Lo anterior condujo a múltiples confusiones entre la ética médica y la bioética. Ello en virtud de que, en efecto, la bioética aborda los problemas inherentes a la medicina pero “[...] no todo lo que atañe a la vida humana entra, de por sí, en la bioética, ni todo lo que atañe a la bioética tiene como centro la vida humana”.¹⁸⁴ El ser humano existe rodeado de millones de formas de vida y se relaciona con ellas permanentemente, pero de manera casi inevitable hay en nosotros una tendencia a reducir el mundo ético al ser humano.

Esa tendencia antropocentrista en bioética es consecuencia en gran parte de los acontecimientos que ubicaron a la bioética como un saber incuestionable, que provenía de problemas propios del ser humano y no de la vida del planeta en su

Bioética, Editorial Fontamara, 2018, p. 42, consultado en

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_a_os_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

¹⁸³ Kawa Karasik, Simón, *Impacto de las declaraciones Unesco: Genoma Humano, bioética y Derechos Humanos*, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones*, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, p. 119. consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_a_os_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

¹⁸⁴ De Vecchi, Gaia, *Introducción a la Bioética*, 2007, p. 41, citado en Graue Wiechers, Enrique, El enfoque bioético ante los avances científicos y tecnológicos, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones*, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, p. 42, consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_a_os_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

conjunto.¹⁸⁵ Considerando que fue a través del fracaso de la ética médica tradicional, a la luz de los experimentos antes mencionados, que surgió la necesidad de garantizar que ningún ser humano volviera a pasar por situaciones semejantes.

Ante este tipo de situaciones no debe extrañarnos que la bioética suela confundirse con la ética médica, ya que han sido muchos y muy importantes los temas médicos que se entrecruzan con dilemas bioéticos. A ello se suma la importancia que hoy en día tienen en el mundo temas como el aborto, la MMA, y el consumo y uso de la marihuana, los cuales han atraído la atención no sólo de los ciudadanos, sino también de los legisladores. Sin duda de estos temas se debe ocupar la bioética, sin embargo, no debe limitarse a las cuestiones meramente humanas, porque la vida humana depende de una serie de acontecimientos que involucran al mundo en su totalidad.

La bioética es una disciplina surgida de la ética y forma parte del área de la filosofía que se ocupa de estudiar la moralidad de las conductas. Puede caracterizarse como estudio de decisiones y comportamientos humanos realizados en el campo de la atención a la salud, en tanto que dicha conducta sea examinada a la luz de principios y valores morales. En sentido amplio, la bioética abarca así mismo a la ética ambiental y a la llamada ética de los animales. En sentido estricto, es la reflexión crítica de los aspectos morales de las decisiones a tomar en el contexto de las ciencias biomédicas incluyendo las ciencias biológicas, la medicina y la salud pública.¹⁸⁶

En consecuencia, la bioética está orientada a dar respuesta a tres preguntas clásicas: ¿Quién debe decidir? ¿Qué beneficio se debe perseguir y/o qué daño se puede causar? y ¿Qué trato debe darse a un individuo en relación con los demás?

Los seres humanos, como el resto de los seres vivos, vivimos biológicamente, aunque, a diferencia de las plantas y de la gran mayoría de los animales, también poseemos una vida biográfica, es decir, no sólo nacemos, crecemos, nos reproducimos y morimos, sino que generamos planes de vida. Así, en la vida humana desarrollamos actividades no programadas genéticamente, las

¹⁸⁵ Graue Wiechers, *Ob. Cit.*, nota 179, p. 43.

¹⁸⁶ Kawa Karasik, *Ob. Cit.*, nota 183, p. 120.

cuales son el fruto de nuestra la decisión autónoma. La bioética en la medicina se proyecta sobre los inicios de la vida humana y su planificación, la curación, el tratamiento de la enfermedad y los momentos finales de la misma vida, puesto que en cada uno de esos ámbitos está en juego el alcance de nuestra libertad.¹⁸⁷

La tecnología médica permite hoy prolongar casi sin plazo el tipo de vidas irreconociblemente humanas y reconociblemente inhumanas, por ello se ha propuesto la idea de que “[...] si morir es un mal, sufrir sin esperanza de recuperación parece un mal mayor”, por ello, crecientemente se reclama el derecho a poder disponer libremente sobre nuestro propio final como un último ejercicio de soberanía sobre nuestra vida.¹⁸⁸

De la inmoralidad del llamado encarnizamiento terapéutico, entendido como el empleo de todos los medios posibles para aplazar inútilmente la muerte, se ha pasado a reivindicar la atemperación del sufrimiento, mediante los cuidados paliativos, a través de medicamentos que, colateralmente, nos acortarán la vida, cuando no directamente la administración de una buena muerte de manera activa y, de ahí la posibilidad de anticipar nuestra voluntad para el caso de que, ante la eventualidad de que se nos apliquen tratamientos fútiles de sostenimiento vital y nuestra imposibilidad de consentir por inconsciencia o incompetencia, se nos deje morir con dignidad.

El principio de dignidad, expuesto en el capítulo anterior, es el magno concepto que sintetiza todas las reflexiones morales relativas a la bioética en el campo de la medicina. Este concepto, en tiempos del humanismo renacentista quedó asociado al privilegio que nos había sido dado por Dios al elegirnos como criatura en la que encarnó y que, desde la ilustración, en cambio, entendemos como aquella característica exclusiva de nuestra especie, la cual nos hace no tener equivalente o precio. Dicha evolución del concepto no ha sido completamente aceptada por las corrientes bioéticas, en cuyo caso se ha dispuesto la diferenciación

¹⁸⁷ Cfr. De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 27.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 29.

de la bioética con imperantes religiosos y la bioética laica,¹⁸⁹ de las que se comentará con posterioridad.

En el discurso bioético actual, la bioética se reconoce como una línea de investigación interdisciplinaria, en la que confluyen las perspectivas de la ética y de las ciencias biomédicas con los análisis políticos, jurídicos, económicos y sociales.

En México, el control y vigilancia de la aplicación de la bioética corresponde, en primer lugar, a la Comisión Nacional de Bioética (CONBIOÉTICA), el cual es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, que cuenta con autonomía técnica y operativa, responsable de definir las políticas nacionales en materia de bioética, seguido a su vez por las Comisiones Estatales en la materia, las cuales cumplen con la misma finalidad pero a una escala menor.

Así mismo, existen los comités de ética en investigación (CEI), los cuales son órganos colegiados autónomos, institucionales, interdisciplinarios, plurales y de carácter consultivo, creados para evaluar y dictaminar protocolos de investigación en seres humanos y; finalmente, los comités hospitalarios de bioética, los cuales se conforman como órganos autónomos, institucionales, interdisciplinarios, plurales y de carácter consultivo y; corresponden a un espacio de reflexión, deliberación y educación, en un ambiente de libertad y de tolerancia donde se analizan de manera sistemática los conflictos de valores y principios bioéticos que pudiesen surgir durante el proceso de la atención médica o en la docencia que se imparte en el área de salud. Respecto a estos últimos, de acuerdo con la información publicada por la CONBIOÉTICA, en el país existen 239.¹⁹⁰

2.2 Distintas concepciones de la bioética

2.2.1 Bioética de máximos

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹⁰ *Lista de registros emitidos de comités de ética en investigación*, CONBIOÉTICA, última modificación 13 de junio de 2018, consultado en http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/registrocomites/2018/Registros_CEI.pdf el 28 de abril de 2020.

Existen al menos dos grandes concepciones de la bioética, por un lado, se pretende que la bioética proporcione las reglas claras y concluyentes sobre lo que éticamente puede y/o debe hacerse ante cada problema o discusión suscitada; y por el otro, se propone un objetivo mucho más modesto, que aspira a alcanzar consensos sobre los problemas bioéticos presentes o futuros en los que existen o pueden existir desacuerdos.

La primera, presupone la existencia de reglas éticas objetivas e indiscutibles para todos los asuntos humanos y, se pretende buscar también la respuesta normativa correcta a los problemas bioéticos; así, la bioética se presenta como un discurso doctrinal, por lo que también se le denomina concepción reglamentista.¹⁹¹

La segunda, no se fundamenta en la existencia de reglas éticas indiscutibles que han de gobernar la acción humana, sino que asume la existencia de diferentes e incompatibles sistemas éticos, los cuales pueden provocar desacuerdos sobre el modo en que deben ser abordados y resueltos los problemas prácticos: la pretensión no es establecer un código de reglas que oriente la acción, sino alcanzar consensos sobre los problemas bioéticos, presentándose como una bioética analítica que, a partir de principios aceptados, ayuda a establecer las bases y el procedimiento para poder alcanzar esos consensos y resolver problemas prácticos concretos, por lo que se le denomina como bioética procedimentalista o consensualista.¹⁹²

Lo anterior, desde el planteamiento filosófico, encuentra su fundamento en las expresiones de ética de mínimos y ética de máximos, las cuales se configuran en dos tipos de sistemas éticos distintos; el de la justicia (ética de mínimos) y el de la felicidad (ética de máximos). De esta forma, lo justo se reconoce como todo aquello que le es exigible a toda persona, puesto que está basado en conceptos mínimos universalizados; y la felicidad que, al ser un concepto interiorizado

¹⁹¹ De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 36.

¹⁹² *Ídem.*

supeditado al desarrollo de la persona y su propia idea de bienestar, no corresponde a conceptos posibles de universalizar.¹⁹³

La primera hace referencia al mínimo común denominador moral en una sociedad pluralista, al nivel ético exigible; la segunda, hace referencia al nivel máximo ético opcional, a nuestros particulares ideales de perfección moral. Por lo anterior, la ética privada, entendida como el conjunto de principios que cada individuo considera correcto, se expresa en el máximo ético y; la ética del consenso, entendida como la ética pública, expresa el mínimo ético consensuado que nos permite decidir sobre las cuestiones comunes.

En este sentido, se habla de bioética de máximos y bioética de mínimos. La bioética de máximos hace referencia a las propuestas bioéticas basadas en una ética de máximos, a través de una moral religiosa o de un sistema totalizador que gobierna tanto en la esfera privada como en la pública.¹⁹⁴ Puede decirse que ésta no reconoce la distinción entre ética privada y ética pública, pues apuesta por la proyección del máximo ético en la esfera pública.

Es evidente que esta concepción, por su rigidez, resulta más sugestiva para aquellos que no están dispuestos a reconocer otros códigos morales que los propios y aspiran a imponerlos a los demás. Así es que, la bioética de máximos, implica el establecimiento obligatorio de un comportamiento conforme al sistema ético de un grupo en particular,¹⁹⁵ o a través de un sistema moral aprehensivo y totalizador que gobierna tanto en la esfera privada como en la pública.¹⁹⁶

Por lo anterior, es evidente que la bioética de máximos no puede ser considerada como la aproximación teórica correcta para evaluar la pertinencia en la

¹⁹³ Cfr. Pastor García, Luis Miguel, ¿Bioética de máximos o de mínimos en la relación clínica?, *Revista Persona y Bioética*, Núm. 7-8, julio de 2008, Universidad de La Sabana, Colombia, consultado en <https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/756/837> el 30 de marzo de 2020.

¹⁹⁴ De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 37.

¹⁹⁵ Cfr. Linares, Jorge, *Ética y mundo tecnológico*, México, FCE/UNAM, 2008, p.442, consultado en http://ru.ffyl.unam.mx/bitstream/handle/10391/1185/18_Anuario_Filosofia_2008_Sagols_168-172.pdf?sequence=1&isAllowed=y el 30 de marzo de 2020.

¹⁹⁶ De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 38.

toma de decisiones respecto del problema bioético que representa la muerte médicamente asistida, en virtud de que la bioética de máximos pertenece al plano de lo ético privado y el debate de la MMA pertenece al ámbito de la ética pública, situación que no debe pasar desapercibida, en virtud de que no debe mezclarse la idea de lo moralmente aceptable en lo personal, para así establecer una especie de moral estatal, por lo que se deben considerar como aspectos ajenos aquello que, en su esfera privada, el individuo identifique como benéfico para sí, puesto que no es dable imponer a los demás nuestra idea respecto de lo correcto y lo incorrecto, sino aproximarse de una manera que concilie los distintos escenarios en que la realidad del enfermo terminal se desarrolla.

2.2.2 Bioética de mínimos

Como se ha expuesto, la bioética de mínimos hace referencia al mínimo común denominador moral en una sociedad pluralista, al nivel ético exigible, al sentar sus bases en una discusión racional y abierta. Por ello, se reconoce como un método más flexible que la bioética de máximos y, en consecuencia, más apropiada y factible en el marco de sociedades complejas y plurales.

Esta última consideración es particularmente trascendente si se advierte que, para que una propuesta bioética pueda ser realmente útil, debe tomar en cuenta el tipo de sociedad en la que se proyecta. Por lo anterior, se debe reconocer que el Estado Mexicano no está conformado por una sociedad de valores homologados, ya sea impuestos o determinadamente compartidos, sino que, por el contrario, existe una pluralidad de pensamientos e ideas que hacen imposible la homologación del concepto de lo bioéticamente correcto.

En estas circunstancias sólo se puede aspirar razonablemente a un consenso ético civil basado no en un rígido y parcialmente aceptado código moral, sino en valores ampliamente compartidos y, por ende, aceptables para la mayoría. Por lo anterior, es congruente la afirmación que realizan Pablo de Lora y Marina

Gascón, en cuanto a que “[...] pretender [...] fundamentar los juicios bioéticos en códigos morales es una tarea abocada al fracaso.”¹⁹⁷

Por ésto, Daniel Callahan, fundador del Hastings Center, advirtió que uno de los factores que más contribuyeron a la aceptación de los estudios de bioética en Estados Unidos fue precisamente el abandono de los análisis teológicos o religiosos para centrarse en una bioética laica, más empeñada en buscar consensos ante la pluralidad cultural e ideológica.

Por ello, la bioética del mínimo ético exigible se encuentra directamente vinculada a la teoría de justicia respecto de su aplicación en el ámbito público. Se puede decir que ésta parte de la distinción entre ética privada y pública, y considera que la bioética sólo involucra a esta última y debe basarse por consiguiente en un mínimo ético consensuado. Ese mínimo ético consensuado, al menos en la cultura política de Occidente, lo constituyen los derechos humanos. No en vano, las declaraciones sobre bioética se presentan con el objetivo de preservar los derechos y la dignidad de las personas.¹⁹⁸

Así, la concepción de la bioética de mínimos ha obtenido gran renombre con la propuesta del estadounidense Hugo Tristram Engelhardt, cuya tesis establece que la bioética pública tiene que ser minimalista y permisiva, ello en virtud de que no hay un acuerdo común sobre una jerarquía de valores que pudiera sustituir la autodeterminación del individuo como referencia principal.¹⁹⁹

Resulta evidente que una propuesta bioética que pretenda ser útil en sociedades plurales y profundamente secularizadas no puede ser una de máximos, ya que ésta resulta ciega frente a la pluralidad social, y sólo los mínimos éticos consensuados, en su caso, permitirán que la sociedad pueda legislar sobre estas cuestiones a nivel no sólo estatal sino mundial. Si bien, en el Estado Mexicano, puede resultar debatible el grado de secularización social, en lo particular se advierte que existe una amplia diversidad en materia de creencias religiosas, conforme a distintos credos, grupos y denominaciones, además de un amplio

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 37.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 39.

número de personas que no practican ninguna religión, por lo que, en lo moral, no existe una uniformidad imperante.

En concordancia con lo anterior, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en la publicación denominada “Panorama de las religiones en México 2010”²⁰⁰ señala que de una población total de 112, 336, 538 personas; 82,72 % se reconocieron como miembros de la iglesia católica; 7,47 % como miembros de la iglesia cristiana; 2.26 % como miembros de la iglesia evangélica; 4,68 % se reconocen como personas sin religión y el 2.87 % restante corresponde a diversas orientaciones espirituales.

Lo anterior, no significa que las distintas cosmovisiones deban quedar al margen del discurso bioético, sino que esos elementos no pueden constituir un anclaje en una discusión que ha de ser racional y estar asentada en valores comúnmente compartidos.

En consecuencia, a pesar de que los distintos individuos o grupos humanos pueden vivir, endógenamente, según sus propios sistemas éticos, para evaluar y decidir sobre las cuestiones comunes, en el plano exógeno se debe contar con principios éticos consensuados, así, el enjuiciamiento y la regulación de estas cuestiones no pueden quedar al arbitrio de criterios éticos de personas o grupos en particular.²⁰¹

2.3 Principios bioéticos

2.3.1 Personalismo bioético

El personalismo bioético, es la corriente bioética que encuentra su fundamento en la filosofía personalista, la cual pretende dotar de importancia central a la persona. Este movimiento surgió en el periodo europeo de entreguerras de la mano de

²⁰⁰ INEGI, *Panorama de las religiones en México 2010*, México, 2011, p. 3, consultado en http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/panora_religion/religiones_2010.pdf el 30 de marzo de 2020.

²⁰¹ De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 37.

Emmanuel Mounier,²⁰² y recientemente ha sido mayormente desarrollado por el cardenal italiano Elio Sgreccia, en su obra denominada “manual de bioética”.²⁰³

El personalismo bioético tiene como finalidad promover el bien íntegro de la persona humana, como vértice de lo creado, considerando a ésta como eje y centro de la vida social.²⁰⁴ Lo anterior, a través de una inspiración marcadamente religiosa, justificando Sgreccia que en esta corriente “[...] la razón no ha trabajado mortificada por la fe cristiana, sino en cordial sintonía con la misma.”²⁰⁵

En este sentido, Sgreccia, constantemente hace referencia a la enseñanza de la Iglesia Católica, con base en la afirmación de que “[...] una visión de fe, en nada disminuye o disturba la autónoma reflexión racional, así como en nada disturba a la visión del ojo humano la ayuda del microscopio o telescopio.”²⁰⁶

Por lo anterior se entiende que la bioética personalista, como ética específica derivada del personalismo filosófico, conlleva su desarrollo y valoración en el ámbito de la cultura católica.²⁰⁷ Ello mediante la condensación de una línea de pensamiento de origen clásico, influido luego por una perspectiva de la filosofía cristiana.

²⁰² Cfr. Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, PPC, Madrid, 2004, citado en Burgos Velasco, Juan Manuel, ¿Qué es la bioética personalista? un análisis de su especificidad y de sus fundamentos teóricos, *Cuadernos de bioética*, Vol. XXIV, Núm. 1, enero-abril de 2013, España, p. 22, consultado en <https://www.redalyc.org/pdf/875/87527461003.pdf> el 30 de marzo de 2020.

²⁰³ Cfr. Sgreccia, Elio, *Manual de bioética*, Ed. Diana, México, 1996, consultado en <http://iglesiatijuana.org/bioetica2017/DOCUMENTOS%20VARIOS/MANUAL%20DE%20BIO%C3%89TICA%20ELIO%20SGRECCIA.pdf> el 30 de marzo de 2020.

²⁰⁴ García, José Juan, Bioética personalista y bioética principialista: perspectivas, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIV, Núm. 1, enero-abril de 2013, España, p. 67, consultado en http://salud.edomex.gob.mx/imca/documentos/omexdat/articulos/bioetica_personalista_principalista_perspectivas.pdf el 30 de marzo de 2020.

²⁰⁵ Burgos Velasco, Juan Manuel, *Introducción al personalismo*, Palabra, Madrid, 2012, citado en García, José Juan, Bioética personalista y bioética principialista: perspectivas, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIV, Núm. 1, enero-abril de 2013, España, p. 67, consultado en http://salud.edomex.gob.mx/imca/documentos/omexdat/articulos/bioetica_personalista_principalista_perspectivas.pdf el 30 de marzo de 2020.

²⁰⁶ Cfr. Sgreccia, *Op. Cit.*, nota 203.

²⁰⁷ Tomás Insua, Jorge, Principialismo, bioética personalista y principios de acción en medicina y en servicios de salud, *pers. bioét.*, Argentina, 2008, p. 231, consultado en <http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v22n2/0123-3122-pebi-22-02-00223.pdf> el 30 de marzo de 2020.

Por sus características, esta corriente es más aceptada en el ámbito latino y centroeuropeo, quizá por su bajo nivel de secularización. El personalismo, a diferencia del principialismo, como se verá más adelante, recurre a una antropología filosófica para balancear los conflictos entre sus principios, es decir, establece una primacía, prácticamente sacramental, de la vida humana, estableciendo que cualquier criterio en sentido contrario sería erróneo, superando así la dificultad del principialismo de identificar la prioridad relativa mediante la ponderación de principios.²⁰⁸

Desde el punto de vista temático, el personalismo presenta postulados fundamentados en un aspecto subjetivo, toda vez que pretende reducir al mundo a través de la mirada de la persona como ente imperante; no obstante, si bien, reconoce que el hombre no es una cosa, tampoco lo considera como un fin, sino como una naturaleza, es decir, una potencia similar a los fenómenos naturales y que por ello le otorga valor supremo.²⁰⁹

Aunado a lo anterior, señala que para una comprensión adecuada del estudio de la persona y sus relaciones biológicas es necesario reconocer una estructura tripartita conformada por las dimensiones de cuerpo, psique y espíritu,²¹⁰ por lo que se advierte una afirmación improbadada de la existencia de un espíritu o, al menos, del concepto de espiritualidad que no es universal.

En consecuencia, la bioética personalista establece como sus principios los de defensa de la vida física; de totalidad; de libertad y responsabilidad; sociabilidad y subsidiaridad, los cuales, como se ha mencionado, siempre deben ser interpretados en el sentido que priorice la permanencia de la vida.²¹¹

El principio de defensa de la vida física, destaca la vida corpórea como el valor fundamental de la persona humana, porque ésta no puede existir si no es en su cuerpo, así mismo, considera que la libertad no puede darse sin la vida física, puesto que para ser libre es necesario ser viviente. Para el personalismo bioético,

²⁰⁸ Cfr. Tomás Insua, *Op. Cit.*, nota 207, p. 231.

²⁰⁹ Cfr. Burgos, *Op. Cit.*, nota 205, p. 24.

²¹⁰ Cfr. *Ídem*.

²¹¹ Cfr. *Ídem*.

no se puede ser libre si no se tiene la vida, ya que considera que la vida llega previamente a la libertad, por ello, prohíbe de forma tajante cualquier disposición de la vida humana.

El principio de totalidad, establece que la persona humana conjuga su personalidad conforme su psicología y espiritualidad en suma de su organismo físico. De éste, se deriva el, también llamado, principio terapéutico, por medio del cual se considera lícito intervenir en una parte del cuerpo únicamente cuando no hay otra forma para sanar la totalidad del organismo, por lo que se requieren las condiciones de consentimiento informado, esperanza de éxito, e imposibilidad de curar la totalidad sin intervención.

El principio de libertad y responsabilidad, engloba el concepto de que es la persona libre, siempre que sea para conseguir el bien de sí mismo, así como el bien de las otras personas y del mundo que le rodea, afirmando que el mundo le ha sido confiado a la responsabilidad humana. Considerando que no puede celebrarse la libertad sin celebrar la responsabilidad, se procura, lo que esta corriente denomina como, una bioética de la responsabilidad frente a las otras personas, frente a sí mismo y, ante todo, a la propia vida, a la vida de los otros hombres, y de los otros seres vivos.

El principio de la sociabilidad y subsidiaridad señala que al estar la persona inserta en una sociedad, como el centro de la misma, debe ser beneficiaria de toda la organización, ello en virtud de que la sociedad se beneficia de la persona, de todo hombre y de todos los hombres.

Estos instrumentos carecen de claridad teórica y de aplicación, toda vez que resultan demasiado generales como para que su aplicación a un problema bioético concreto no resulte problemática.

Así, se da el surgimiento y la expansión de una bioética conservadora y confesional, la cual se fundamenta, por un lado, en la idea de una verdad revelada en suma con una moral inmutable, así como en los dogmas de fe y la autoridad eclesiástica. Dando lugar, a su vez, a una comprensible confrontación entre la bioética conservadora y los avances generados por las ciencias de la vida y la biotecnología. Tal oposición se identifica en la intención de detener, prohibir o, al

menos, postergar o dar moratorias a la investigación y al progreso del conocimiento científico. Se origina en esta corriente un distanciamiento entre bioética y ciencia, que se expande en varias latitudes, reavivando el fantasma del oscurantismo y la lucha entre ciencia y religión.²¹²

2.3.2 Principialismo bioético

Entre las teorías bioéticas de mínimos que dominan la discusión contemporánea, la más conocida fue expuesta en 1979 por Tom L. Beauchamp y James F. Childress, del Instituto Kennedy de ética de Washington (*Kennedy Institute of Ethics of Washington*), en su libro “Principios de ética biomédica” (*Principles of Biomedical Ethics*). Esta teoría ha sido denominada como principialismo, puesto que destaca la importancia de cuatro principios básicos en el ámbito de la medicina: el deber de respetar la autodeterminación del paciente (autonomía), el deber de hacer el bien (beneficencia), el deber de evitar el mal (no maleficencia) y el deber de promover la igualdad (justicia). A través del principialismo se concibe a la bioética como un método para debatir los problemas y adoptar decisiones, por lo que se vincula a la concepción procedimentalista o consensualista de la ética.

Así, en contraposición con la corriente personalista, la bioética principialista se desagrega de las concepciones estrictamente laicas de la bioética filosófica y científica, las cuales buscan salvaguardar principios, normas y valores éticos, desde una perspectiva racional y a la vez empírica, autónoma y realista, fenomenológica y conciliada con los grandes hallazgos de las ciencias de la vida y sus posibilidades biotecnológicas.²¹³

Identificando así dos principales trayectorias filosóficas de la bioética laica: una, que ha sido decisiva para la consolidación de la bioética en su esencial laicidad, que discurre por los caminos de la ética liberal y; otra, que discurre por los caminos

²¹² González Valenzuela, Juliana, *Perspectivas Filosóficas de la Bioética*, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones*, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, pp. 30-31.

²¹³ *Ídem*.

de la fenomenología y la dialéctica, de la ontología existencial, del vitalismo, la teoría crítica, hermenéutica y el humanismo filosófico, recorridos ante todo en la tradición europea continental y su expansión hacia América Latina.²¹⁴

En este sentido, la laicidad que define a las distintas búsquedas de la bioética se circunscribe a la realidad espacio-temporal, la autonomía de lo humano y lo vital, en contraste con la metafísica tradicional, sus dualismos y su trascendencia de manera radical en el siglo XX y las primeras décadas del XXI.

Lo anterior, amén de recordar que el origen histórico de la ética, en Grecia, sería incomprensible sin su inherente laicidad, es decir, su autonomía y autarquía, sin reconocer en el hombre mismo, en su conciencia y su razón, el origen y fundamento del valor, esto es, del bien y el mal, de la justicia y la injusticia, así como del sentido mismo de la vida humana. Filosóficamente, considera que las fuentes de la ética no están en el ámbito de lo divino, sino en el interior psíquico de los seres humanos, por lo que éste es, ciertamente, el humanismo en su sentido primigenio y radical.²¹⁵

Pese a ello, también es pertinente recordar que después de Sócrates, no por razones religiosas sino, paradójicamente, por lo que González Valenzuela llama “[...] razones de la razón [...]”,²¹⁶ es la propia filosofía la que genera la concepción dualista, principalmente en Platón, consolidando la realidad con el desenlace onto-teológico de su metafísica. Esta concepción, en los siglos posteriores, se habrá de fusionar, durante el medioevo, con la tradición religiosa judeocristiana.

Esta amalgama de metafísica y religión habrá de pervivir hasta el presente, con todos los cambios de la modernidad occidental, y con sus propias adaptaciones, siendo esta fusión la que, en la actualidad, se encuentra históricamente amenazada por las revolucionarias verdades de las ciencias, aunadas a las decisivas críticas y renovaciones de la filosofía.²¹⁷

²¹⁴ *Ídem.*

²¹⁵ *Ídem.*

²¹⁶ *Ibidem*, p. 32.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 33.

En el contexto de la modernidad hasta la contemporaneidad, tratándose del orden político en particular, se produce, junto con el progreso hacia la democracia, la separación de la Iglesia y el Estado, estableciendo así el valor irrenunciable de la laicidad, la cual no es sino otra modalidad de ese movimiento histórico, basada en una ética rigurosamente filosófica, racional, objetiva, plural, democrática, que incorpore críticamente los nuevos conocimientos y capacidades de las biociencias y biotecnologías, sin partir de supuestos teológicos y religiosos en general.²¹⁸

Así, la modernidad no representó la idea de no-religión, sino independencia para la filosofía y el saber científico de todo credo y todo dogma, así como de toda apelación a una realidad trascendente, inmaterial e intemporal. El laicismo no puede ser considerado como un movimiento antirreligioso por el hecho fundamental de que la fe no se puede discutir.²¹⁹

Por lo anterior, la bioética que se considera laica conlleva la preponderancia de la racionalidad y, con ello, el rigor, espíritu crítico, objetividad, conciencia histórica y social; el reconocimiento fundamental de la pluralidad o diversidad de perspectivas y posiciones; la aceptación de la necesidad de la duda, la problematización, la pregunta, inherentes al espíritu filosófico y científico y; la exigencia de hacer de la tolerancia una auténtica virtud

En lo particular, se advierte que el constituyente originario decidió constituir al Estado Mexicano como un estado laico, lo que de ninguna forma debe confundirse como un estado ateo. Un estado laico es aquel en el cual toda creencia religiosa se encuentra ajena al propio estado, el cual se maneja de manera independiente a las diferentes creencias religiosas que tienen el mismo derecho a coexistir.²²⁰

De igual forma, ser laico en bioética no implica ser ateo, sino no involucrar creencias religiosas de ningún tipo en los argumentos propios de la bioética. La laicidad en la bioética permite que las personas con cualquier tipo de religiosidad, junto con agnósticos y ateos puedan estudiar y hablar de bioética. Los argumentos

²¹⁸ *Ídem.*

²¹⁹ *Ibidem*, p. 34.

²²⁰ Graue Wiechers, *Op. Cit.*, nota 179, p. 40.

bioéticos no conllevan creencias de ningún tipo, sino que se apegan a lo que es común a todos: la capacidad de pensar, reflexionar y argumentar de manera racional. La bioética no desprecia las diferentes creencias y formas de religiosidad del mundo, simplemente considera que aquellas no deben ser parte de su argumentación.²²¹

Así mismo, la laicidad en bioética resulta comprensible si tomamos en cuenta que, en por un lado, las religiones pueden tener presupuestos y valores muy diferentes entre sí, lo cual se contrapone a la posibilidad de encontrar soluciones comunes en un diálogo razonado y; por otro, las creencias no pueden discutirse pues pertenecen a otro orden, ya que sólo se pueden dialogar y discutir ideas, no creencias. Lo anterior porque las ideas se sustentan en argumentos racionales, mientras que las creencias no requieren argumentación alguna, ya que, básicamente, “[...] las ideas se piensan, las creencias se creen”.²²²

La corriente principialista, como bioética laica aplicada a la medicina, de igual forma que el personalismo, enumera una serie de principios, dentro de los cuales el respeto a la vida y la promoción de la salud son los grandes conceptos que enmarcan la actuación médica.

No obstante lo anterior, pese a que algunos de estos principios ya habían sido establecidos en el informe Belmont de 1978, su primera formulación formal se realizó un año después en la obra de Beauchamp y Childress, los cuales constituyen un punto firme en la discusión bioética actual. A diferencia del personalismo, el grado de importancia que en las distintas posiciones se confiere a cada uno de estos principios varía adecuándose a cada situación en lo particular.

Es preciso advertir que son muchas las variantes posibles, sin embargo, no se cuestiona que todos estos principios tienen relevancia moral y constituyen el material de base con el que han de articularse las respuestas a los problemas de bioética. Máxime si tomamos en cuenta que estos principios pretenden dar respuesta a las tres preguntas clásicas de la bioética, ya expuestas anteriormente,

²²¹ *Ibidem*, pp. 41 - 42.

²²² *Ibidem*, p. 43.

¿quién debe decidir? ¿qué beneficio se debe perseguir y/o qué daño se puede causar? y ¿qué trato debe darse a un individuo en relación con los demás?

Los principios bioéticos reconducen a tres principios de la ética clásica; el principio de autonomía, que prohíbe que alguien decida por otra persona si ésta está cuenta con la capacidad de hacerlo; el principio de dignidad, que obliga a respetar a las personas, prohibiendo causarle daño e instrumentalizarlas, al cual se vinculan los principios de no maleficencia y beneficencia, y; el principio de universalidad o de igualdad, que prohíbe tratar de manera distinta a quienes están en las mismas condiciones, al que se vinculan los de justicia y equidad.

Conforme a estos tres principios fundamentales y de los que se desprenden los bioéticos, se deben sumar otros que con la experiencia y desarrollo de la disciplina se han identificado, los cuales corresponden al principio de información, estrechamente vinculado al de autonomía y; el principio de no instrumentalización que se vincula directamente con el de dignidad.

En suma, podemos hablar de los siguientes principios bioéticos del principialismo, autonomía, información, no maleficencia, beneficencia, no instrumentalización, justicia y equidad.²²³

El principio de autonomía hace referencia al carácter autolegislator de las personas. Expresa por ello el deber de respetar la autodeterminación del individuo y supone reconocer su derecho como persona a decidir sobre los asuntos que le conciernen, en el caso de la muerte médicamente asistida, sobre su vida, calidad de vida, muerte y calidad de muerte.

El principio de información resulta como exigencia para poder ejercer la autonomía, en virtud de que es preciso estar correctamente informado de la situación, de los términos de la actuación y de sus posibles consecuencias; así mismo, pretende materializar el deber a informar cabalmente al individuo de todos los aspectos que afectan o pueden afectar a su salud.

El principio de no maleficencia, corresponde al hipocrático *primum non nocere* (ante todo no dañar) e impone el respeto por la integridad física y psicológica

²²³ De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 42.

de las personas, no obstante, para dotar cabalmente de contenido a ese principio se debe considerar el contexto en el que es relevante, particularmente el de la actuación clínica, puesto que, en su ejercicio, cualquier intervención produce potencialmente daños físicos y/o psíquicos. Lo que el principio de no maleficencia incorpora como exigencia moral no es no dañar, sino no hacerlo innecesaria o desproporcionadamente, en relación con los beneficios que se pretende obtener. En sentido positivo, este principio obliga a que el balance entre las cargas que comportan una intervención y los beneficios que con ella se obtendrán sean siempre favorables a la persona.

Precisamente por esa apreciación, del contenido del principio de no maleficencia, dentro de la aplicación clínica se subordinan dos principios clásicos de la ética médica: el de proporcionalidad de la terapia y del doble efecto o del voluntario indirecto. El primero, se refiere a que los daños o riesgos que pueden derivar de la actuación médica han de compensarse con los beneficios obtenidos. El segundo, se refiere a la licitud del acto médico que, teniendo dos efectos, uno bueno y uno malo, y no habiendo otro tratamiento alternativo mejor, se realiza buscando el efecto positivo, aunque de manera secundaria y no querida se produzca un efecto negativo. Así, por ejemplo, es lícito administrar fármacos para aliviar el dolor y otros síntomas en un enfermo terminal, aunque de manera secundaria e inevitable se produzca un acortamiento de la vida.

El principio de beneficencia se traduce en el deber de hacer o promover el bien y de planear las mejores alternativas posibles, tanto en la práctica clínica como en la investigación, por ende, exige ayudar activamente a los demás. Es también otro de los principios hipocráticos tradicionales en virtud del cual, el médico está obligado a actuar para hacer el bien y prevenir los daños que sean evitables, lo contrario es negligencia.

Es difícil trazar una distinción moral nítida entre la beneficencia y no maleficencia, porque las dos son expresiones de la más abstracta obligación de hacer el bien y no el mal y; porque la mayoría de las actuaciones en el ámbito de la sanidad buscan un beneficio pero producen, o pueden producir, también un daño, de manera que en ellas se proyectan los dos principios. Más bien, ambas exigencias

éticas conforman un *continuum*, que consiste en no infligir, prevenir o eliminar el daño, así como promover el bien.

El principio de no instrumentalización expresa la obligación de tratar a las personas como fines en sí mismas, y no como simples medios, es decir, prohíbe aquellas acciones sobre una persona que no supongan un beneficio para ella.

El principio de justicia y equidad expresa el deber de imparcialidad en la distribución de los riesgos y los beneficios en la asignación de recursos y servicios biomédicos; más precisamente, el deber de igualdad en los tratamientos y en el reparto de beneficios y cargas en la investigación y, respecto al Estado, la distribución equitativa de los recursos para prestar los servicios de salud e investigación. No significa un deber de tratar a todos por igual, sino un deber de ayudar más allá donde sea mayor la necesidad. Por lo anterior, este principio puede compensar al utilitarismo ayudando a los más desfavorecidos. Así, este principio introduce al debate bioético una dimensión de justicia social.

Resulta evidente que, la concreción de las condiciones en que procede actuar en el sentido indicado por un principio, corre paralela a la concreción de las circunstancias bajo las que estaría justificado no aplicar ese principio.

Por lo anterior, es preciso señalar que conforme a la falta de condiciones de aplicación de los principios en mención, puede justificarse la aplicación de otros principios, denominados secundarios o complementarios, tales como el paternalismo, el secreto, el utilitarismo y la diferencia.

Conforme a ello, el paternalismo, considera lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro, si este se encuentra en una situación de incompetencia básica, y la medida supone un beneficio objetivo para él, y se puede presumir racionalmente que consentiría la decisión si cesara la situación de incompetencia.²²⁴

El secreto, considera lícito ocultar a una persona información que afecta a su salud si con ello se respeta su personalidad, o se hace posible una investigación para la que ha prestado su consentimiento.²²⁵

²²⁴ *Ibidem*, p. 49.

²²⁵ *Ídem*.

El utilitarismo restringido considera lícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona, o incluso que le supone un daño, si con ella se produce un beneficio apreciable para uno u otros, se cuenta con el consentimiento del afectado, y se trata de una medida no degradante.²²⁶

La diferencia, considera lícito tratar a una persona de manera distinta que al otro, si la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable, produce un beneficio apreciable en una u otra persona, y se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad.²²⁷

De manera más clara, puede decirse que el principio de autonomía obliga a respetar la decisión de una persona sobre los asuntos que le conciernen, pero siempre que esté en una situación de competencia básica, es decir, siempre que esté realmente en condiciones de adoptarla autónomamente. Cuando tales condiciones no se den, puede estar justificada la aplicación del principio de paternalismo.

Así mismo, el principio de información, muy vinculado al de autonomía, obliga a proporcionar a la persona la información que le afecta y que necesita para poder decidir, pero siempre que pueda suponerse que ser cabalmente informado es lo que desea el sujeto, cuando tal condición no concorra, puede estar justificada la aplicación del principio de secreto.

De esta forma, el principio de dignidad obliga a actuar en beneficio de una persona y prohíbe producirle un daño o tratarla como un simple instrumento, siempre que actuar de otro modo no suponga un beneficio para otros, por el contrario, omitir o no emprender una acción beneficiosa para una persona puede ser lícito, por útil, si de esa acción u omisión cabe esperar un beneficio para otros, si el afectado consiente y la medida no es degradante.

Por último, el principio de justicia o equidad obliga a tratar igual a las personas, siempre que concurren en ellas las mismas circunstancias relevantes, en caso contrario, puede estar justificada la aplicación del principio de diferencia.

²²⁶ *Ídem.*

²²⁷ *Ídem.*

Cuadro de principios bioéticos²²⁸

Principios éticos clásicos	Principios de bioética (principlismo)	
	PRINCIPALES	COMPLEMENTARIOS
AUTONOMÍA	1. Autonomía 2. Información	1. Paternalismo 2. Secreto
DIGNIDAD	3. Beneficencia 4. No maleficencia 5. No instrumentalización	3. Utilitarismo
IGUALDAD	6. Justicia y equidad	4. Diferencia

2.4 Alcances y aplicación de los principios del principlismo bioético

2.4.1 Segregación de principios

Es importante observar que los principios antes señalados, por sí mismos no proporcionan una solución para los problemas bioéticos, únicamente indican que, para resolver esos problemas, los valores respaldados en ellos deben ser tomados en consideración.

De acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales planteada por Robert Alexy, los principios son normas de un grado alto de generalidad, a diferencia de las reglas, las cuales son específicas; así mismo establece que las normas

²²⁸ De Lora y Gascón, Ob. Cit., nota 152 p. 50.

pueden dividirse en reglas y principios y, entre ellas, existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa.²²⁹

En su teoría, Alexy señala que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo que, los principios son considerados como mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones.

230

Así mismo, el autor establece una distinción respecto de la forma en que se solucionan los conflictos entre reglas y conflictos entre principios. Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida una de las reglas. Sin embargo, cuando dos principios entran en colisión, uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Ésto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.²³¹ Por ello, para ser debidamente aplicados a los casos en particular, en los conflictos de principios se debe establecer una relación de precedencia condicionada, que indique en qué condiciones debe preceder alguno de ellos o que indiquen en qué condiciones se debe o no actuar de una cierta manera.

Atendiendo a la metodología propuesta por Alexy, para efecto de aplicar los principios de la bioética principialista, principales o complementarios, es preciso identificar el grado de problema que se enfrente. En este sentido, cuando se está frente a un problema relativamente fácil, puede concurrir la aplicación de un solo

²²⁹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de estudios constitucionales, 1993, pp. 83 – 86.

²³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 86 – 87.

²³¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 88 – 90.

principio, siempre que pueda afirmarse con claridad si se cumplen o no las condiciones de precedencia del mismo. Esta metodología puede ser denominada como segregación de principios.

La segregación corresponde a la acción de separar,²³² en este caso, aplicado a la separación de principios, principales y complementarios. De manera similar, Alexy establece la ley de colisión, como el método por medio del cual se solucionan las colisiones de principios mediante la identificación de condicionantes para reconocer las relaciones de precedencia entre estos principios.²³³

Esta situación puede obedecer a un problema de estructura, en el caso que no se tenga claridad o resulten discutibles las condiciones de aplicación del principio, la resolución del problema en cuestión podría ser considerada como precedente para la construcción de una regla que establezca en qué circunstancias específicas es aplicable ese principio.

Esta metodología se evidencia de mejor manera en el supuesto en que, por ejemplo, una persona hipocondríaca y nerviosa fuera diagnosticada con cáncer y, el equipo médico entienda que lo mejor para el individuo es extirpar el órgano afectado para evitar que la enfermedad avance.

En este caso, hay serias razones para pensar que, aunque la persona desearía que se le interviniera para la mejora de su salud, el conocimiento real de su estado de salud, provocaría en él una situación de rechazo a una intervención tan agresiva, por lo que los médicos deben responder los siguientes cuestionamientos: ¿deben informar al paciente de todos los extremos de su estado y de la intervención que se proponen realizar? o, por el contrario ¿deben ocultarle la gravedad de su estado y de la intervención que se proponen e informarle simplemente que realizarán una intervención de importancia menor? Ello en virtud de que se debe precisar si resulta aplicable el principio de información y, a ese

²³² Véase Diccionario de la lengua española, RAE, 23.^a edición, 2014, consultado en <https://dle.rae.es/segregar> el 30 de marzo de 2020.

²³³ Cfr. Alexy, *Op. Cit.*, nota 229, pp. 90 – 94.

efecto, ¿deberían informarle de la totalidad de la intervención? o, en su caso, ¿estaría justificado la aplicación del principio de secreto?²³⁴

Así mismo, también se puede presentar un problema puramente epistémico, en el cual se encuentren claras las condiciones de aplicación del principio, pero exista incertidumbre sobre la concurrencia de las condiciones de aplicación en el caso concreto, en cuyo caso, la resolución únicamente contribuiría a resolver la incertidumbre en lo particular.

De igual forma, este problema puede ser mejor entendido a través del siguiente ejemplo: un paciente que ha perdido la conciencia tras sufrir un grave accidente le es prescrito un tratamiento de transfusión sanguínea como el método más seguro para salvar su vida. Sin embargo, el paciente en cuestión es fiel creyente de la fe profesada por los testigos de Jehová, la cual prohíbe expresamente la transfusión de sangre, situación que, además, es corroborada por sus familiares, no obstante, no existe documento ni medio de convicción alguno que acredite que en este caso, es la voluntad del paciente no ser sometido a ninguna transfusión sanguínea.

Resulta claro que del principio de autonomía deriva una regla que establece que, cuando el paciente cuente con capacidad jurídica, se debe respetar su voluntad. No obstante, en este caso no es claro que la voluntad del paciente fuera la de no ser trasfundido, pues, pese a que no existe duda sobre su fe, tampoco hay documento ni testimonio alguno que acredite fehacientemente su voluntad sobre este asunto. Ante esta situación los médicos se encuentran frente a un cuestionamiento bioético respecto del deber de respetar las presuntas convicciones del paciente y optar por otro tratamiento menos eficaz y de muy alto riesgo o, transfundir la sangre necesaria para entender que si, a la vista de las circunstancias en que se encuentra, tuviera que decidir, el paciente decidiría en este sentido.²³⁵

Una circunstancia similar fue resuelta por la SCJN, en el amparo en revisión 1049/2017. Los antecedentes del mismo señalan que una menor de edad, diagnosticada con leucemia linfoblástica aguda ingresó a un hospital en condiciones

²³⁴ *Cfr.* De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 50.

²³⁵ *Cfr.* De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 51.

de urgencia y, los médicos indicaron que la menor requería urgentemente transfusiones sanguíneas; no obstante, sus padres se opusieron debido a sus creencias religiosas. Frente a esta negativa, la Subprocuradora de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial Morelos decidió iniciar un procedimiento de tutela y asumir la facultad provisional para autorizar transfusiones sanguíneas. Inconforme, la madre de la menor reclamó el desplazamiento realizado por la Subprocuraduría, alegando que fue realizado de forma injustificada, violando así su derecho a decidir libremente sobre la salud de su hija, con base en sus creencias religiosas. En un primer momento, el Juez Octavo de Distrito en el Estado de Chihuahua concedió el amparo.

En desacuerdo con la sentencia, la quejosa, la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial Morelos, el representante especial de los menores y el Ministerio Público adscrito al Juzgado Octavo de Distrito interpusieron recursos de revisión.

Éste fue resuelto mediante la revocación de la resolución de origen y negando el amparo y protección de la justicia federal a la quejosa, considerando que si bien la Constitución reconoce que los padres tienen el derecho de tomar decisiones libres sobre sus hijos, tanto en el campo de la salud como en el ámbito de la educación religiosa y los éstos son los legitimados para autorizar cualquier procedimiento médico sobre sus hijos menores de edad, también es cierto que la Constitución también protege los derechos a la vida y salud de los menores como un interés constitucional preponderante y la autonomía parental tiene como límite la afectación al derecho a la vida y salud de los niños. “[...] Por lo tanto, el Estado puede interferir válidamente en la autonomía parental para tomar decisiones por los padres cuando la decisión de los progenitores ponga en riesgo la vida o la salud de sus hijos. [...]”²³⁶

²³⁶ SCJN, Amparo en revisión 1049/2017, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, versión pública consultada en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-06/AR-1049-2017-180606.pdf el 18 de mayo de 2020.

2.4.2 Ponderación de principios

Ha quedado establecido que entre derecho y bioética existe una conexión de tipo metodológico, puesto que también en el derecho se presentan conflictos entre principios, mismos que se resuelven mediante la ponderación y, por ello, las estructuras o métodos de ponderación jurídica pueden extrapolarse a los conflictos en bioética.²³⁷

Como se ha planteado, de acuerdo con la teoría de Robert Alexy, las colisiones de principios no son solucionadas declarando inválida a uno y otro, sino a través de una ponderación en la que ninguno de los dos principios puede pretender una precedencia básica. En este caso, dos principios, por sí mismos, conducen a resultados recíprocamente contradictorios. Sin embargo, se establece que ninguna es inválida, y ninguna tiene una precedencia absoluta.²³⁸

En este caso, Alexy identifica que se debe; en primer lugar, identificar y comprobar la colisión de principios que abstractamente tienen la misma jerarquía; en segundo lugar, se debe identificar la existencia de una condición de precedencia básica y; en tercer lugar, se debe analizar si en el caso en concreto se actualiza la existencia de la condición de precedencia necesaria para resolver la colisión en mención.

Los principios de la bioética obligan únicamente *prima facie*, es decir, su aplicación resuelve la situación, siempre que no concurren circunstancias en que se actualicen otros principios que obliguen a actuar en un sentido contrario. Cuando esto sucede, es necesaria una regla de prioridad entre los principios en conflicto, para efecto de decidir qué principios deben ser aplicados.

No obstante, pese a que podría pensarse que la Constitución establece, por lo menos, un principio absoluto, traducido como la dignidad de la persona, no existe una jerarquía de principios, no existe prioridad de un principio sobre otro,²³⁹ la ponderación ha de realizarse a la vista de las especificadas del caso en concreto,

²³⁷ De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 53.

²³⁸ *Cfr. Alexy, Op. Cit.*, nota 229, pp. 95 – 98.

²³⁹ *Cfr. Ibídem*, pp. 105 – 109.

es decir, no pueden derivar a partir de los principios, reglas generales que sirvan para todos los casos que puedan presentarse.

Sin embargo, la solución aportada por la ponderación es inevitablemente casuística, es decir, que tiene aplicación a la situación en específico. Por ello, suele afirmarse que el principialismo conduce al casuismo y, con él, al particularismo moral, el cual, corresponde a la corriente filosófica que sostiene que los principios universalistas y abstractos son falibles en virtud de que todo, o casi todo, depende de las circunstancias concretas del caso particular.²⁴⁰

Jurídicamente, Prieto Sanchís, señala que “[...] la ponderación parte de la igualdad de las normas en conflicto, dado que, [...] si existiera un orden jerárquico o de prelación que se pudiera deducir del documento normativo, la antinomia podría resolverse de acuerdo con el criterio jerárquico o de especialidad. [...] [Por lo que] la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. [...]”²⁴¹ Debido a ello, se puede entender que ésta no conduce a la declaración de invalidez de uno de los principios en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que, inevitablemente, ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

Ante un dilema ético, personas razonables pueden ofrecer soluciones opuestas, y esta posibilidad de disenso es inevitable. Esta circunstancia hace que algunos hablen en tono crítico de subjetivismo moral, indicando con ello que en el sistema de principios las soluciones a los conflictos no vienen predeterminadas por reglas objetivas claras, sino que quedan libradas a los inevitablemente subjetivos criterios del decisor.²⁴²

Sin embargo, la afirmación de que el sistema permita o no evite la diversidad de decisiones no supone que cualquier decisión sea aceptable, sino que sólo serán

²⁴⁰ De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 52.

²⁴¹ Prieto Sanchís, Luis, Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación, *Diritti & questioni pubbliche*, Núm. 2, agosto 2002, p. 106, consultado en http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2002_n2/D_Q-2_Prieto.pdf el 30 de marzo de 2020.

²⁴² *Cfr.* De Lora y Gascón, *Ob. Cit.*, nota 152, p. 53.

aceptables aquellas que estén bien argumentadas o justificadas. Ello significa que la justificación en que se basa la decisión tiene que cumplir algunas reglas de racionalidad, la más importante de las cuales es el principio de universalizabilidad.

La universalizabilidad se traduce en un principio fundamental de la práctica kantiana en virtud de la cual, se impone actuar siempre de acuerdo con un criterio que, por considerarlo correcto, queremos ver convertido en ley universal; se trata entonces de un criterio ético extremadamente formal que se impone; en todo caso, una decisión no universalizable difícilmente podrá ser considerada moralmente aceptable.

De esta forma, que el modelo bioético principialista sea casuista y subjetivista permite afirmar que éste, como modelo bioético, no garantiza una única solución correcta; aun así, el sistema no evita que ante un problema ético se puedan ofrecer soluciones opuestas.

Precisamente, con base en lo anterior, se establece una de las críticas esenciales y más recurrentes que se han formulado al principialismo: la que subraya su incapacidad para proveer guías para la decisión, porque no orienta de manera concluyente la decisión ante un dilema ético ya que, atendiendo al mismo cuadro de principios, se puede llegar a una solución contraria; sin embargo, esta crítica, pese a no carecer de sentido, demuestra una errónea interpretación de lo que es la propuesta principialista, toda vez que su virtud reside en apuntalar un mínimo ético sobre el que existe consenso universal y en exigir que cualquier discusión bioética transcurra dentro de él y se justifique racionalmente, excluyendo así la provisión de soluciones apoyadas en dogmas no universalmente compartidos, es decir, los principios expresan valores morales compartidos.

2.5 Modelos de justificación bioética de la muerte médicamente asistida

2.5.1 Relación de los principios bioéticos con la muerte médicamente asistida

Como ya se ha mencionado, la MMA es la intervención médica deliberada con la finalidad de terminar la vida de un paciente,²⁴³ así como la toma de medidas deliberadas para poner fin la vida de un paciente con el objetivo de evitar prolongar el sufrimiento, este tipo de pacientes son reconocidos como enfermos en situación terminal, los cuales, de acuerdo con la fracción IV, del artículo 166 Bis 1 de la Ley General de Salud (LGS), son aquellas personas que sufren una enfermedad incurable e irreversible, con un pronóstico de vida inferior a seis meses.²⁴⁴

De acuerdo a la literatura médica, son dos los principios éticos en que se fundamenta la eutanasia o MMA; el principio de autonomía del paciente y; el de beneficencia.²⁴⁵

Respecto de los principios de la bioética principialista que deben fundamentar la actividad del ejercicio médico con base en el principio de dignidad humana, y que son igualmente aplicables al concepto de la MMA, podemos advertir las siguientes relaciones.

El principio de autonomía establece como exigencia básica el reconocimiento y respeto de las decisiones tomadas por el paciente capacitado para ello. En el caso de los enfermos en situación terminal, se deben considerar dos posturas lógicas que se desprenden de este principio.

La primera, establece un grado absoluto de autonomía, por lo cual, el enfermo en situación terminal tiene el derecho de decidir sobre su propia vida y la forma en que quiere llegar al final de la misma; por el contrario; la segunda, establece que la autonomía tiene un límite, y que este lo es la colectividad, en el sentido de que si bien el paciente puede decidir respecto de su enfermedad, no puede obligar al médico a realizar la MMA, generando en consecuencia la aplicación del principio complementario a la autonomía de paternalismo, por medio del cual, el

²⁴³ Véase, *Diccionario de la lengua Española*, 23ª. ed., 2014, consultado en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=eutanasia> el 22 de noviembre de 2019.

²⁴⁴ Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1985, texto vigente, última reforma publicada DOF 08 de noviembre de 2019, p. 74, consultada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_081119.pdf el 27 de mayo de 2020.

²⁴⁵ Ángeles Durán, *Op. Cit.*, nota 147, p. 32.

Estado toma decisiones y determinaciones propensas a la restricción de conductas que considera contrarias a la moral estatal.

Esta postura es adecuada puesto que resulta acorde a la idea de principio dentro de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, la cual es metodológicamente similar al análisis de principios bioéticos, sin embargo, no es un argumento imposible de flanquear a efectos de la realización de la MMA, ello en virtud de que si bien, es adecuado reconocer que la autonomía tiene límites, también es cierto que el Estado está obligado a proveer de los medios para poder acceder al goce total de los derechos humanos.

Así mismo, restringir el ejercicio de la MMA con base en la aseveración de que ningún médico estaría dispuesto a su ejercicio es inadmisibles, puesto que, como se advirtió con el tema relativo al aborto, que será abordado con posterioridad, siempre habrá médicos cuya idea de ética profesional sea distinta de aquellos que disienten y estén dispuestos a realizar el acto en pugna, puesto que reconocen que la vida no es el principio absoluto de la persona humana.

El principio de información con relación a la MMA, establece la obligación del cuerpo médico de informar al enfermo en situación terminal de su condición, así como de las consecuencias de su padecimiento y de las opciones con las que cuente, incluyendo en su caso, la renuncia de tratamientos que considere extraordinarios y la aplicación de cuidados paliativos.²⁴⁶ En lo particular, sólo en ciertos casos se podría advertir una necesidad que justifique la aplicación del principio complementario del secreto ya que, por lo general, no existe beneficio terapéutico al no informar al enfermo en situación terminal de su condición, salvo que sea voluntad de éste no ser informado de ello.

²⁴⁶ Fracciones V, VI, VIII y IX, Artículo 166 Bis 3, Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1985, texto vigente, última reforma publicada DOF 08 de noviembre de 2019, p. 75, consultada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_081119.pdf el 27 de mayo de 2020.

El principio de beneficencia, exige al personal sanitario a que los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que se apliquen al enfermo en situación terminal deben beneficiarle siempre, por lo que deben ser seguros y efectivos.²⁴⁷

Así mismo, el principio de no maleficencia, se traduce de manera práctica a que el balance entre los beneficios y los riesgos de cualquier actuación médica debe ser siempre a favor de los beneficios.²⁴⁸

En su conjunto, el personal médico debe identificar las mejores alternativas para el mantenimiento de un nivel de vida digno en el enfermo en situación terminal, respetando siempre su autonomía, sin la aplicación de medidas desproporcionadas o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía.

El principio de no instrumentalización corresponde al respeto de las decisiones tomadas por el enfermo en situación terminal, e imposibilita su utilización como sujeto de prácticas clínicas o pruebas médicas sin su consentimiento informado, ya que lo contrario sería considerado como utilitarismo.

Consecuentemente, el principio de justicia, implica el reconocimiento de que todas las personas, por el mero hecho de serlo, tienen la misma dignidad, independientemente de cualquier circunstancia, y por tanto, son merecedoras de igual consideración y respeto, que se debe luchar por una distribución justa y equitativa de los limitados recursos sanitarios para conseguir el máximo beneficio en la comunidad, evitando desigualdades en la asistencia sanitaria.²⁴⁹ Así, el enfermo en situación terminal debe tener acceso a los mismos beneficios y oportunidades que los demás enfermos, sin embargo, en casos extremos, podría justificarse la diferenciación entre pacientes, en virtud de diversos factores, tales como la posibilidad de cura, la edad y el grado de conciencia.

Como se ha visto, desde la perspectiva bioética, cuando el médico reconoce que los tratamientos resultan infructuosos para lograr la recuperación deseada, tiene el deber de informar a su paciente de su condición para así incluirlo y, en su

²⁴⁷ Azulay Tapiero, Armando, Los principios bioéticos: ¿se aplican en la situación de enfermedad terminal?, *Anales de Medicina Interna*, vol. 18, núm. 12, 2001, pp. 650-654, consultado en <http://www.facmed.unam.mx/deptos/familiar/cp/lecturas/tapiero.pdf> el 25 de julio de 2019.

²⁴⁸ *Ídem*.

²⁴⁹ *Ídem*.

caso, cambiar su objetivo o acordar las acciones a tomar para aliviar el dolor y otros síntomas que lo afecten. Ésta, es una decisión muy difícil, no porque haya duda de que esto sea lo más beneficioso, sino porque se requiere la aceptación, del médico y del paciente, a que el enfermo se encuentra en la última etapa de su vida.²⁵⁰ De esta forma el enfermo en situación terminal, se encontrará en aptitud de tomar decisiones, sobre la forma en que quiere vivir esa etapa, y acerca de qué tratamientos médicos quiere recibir y cuáles no.²⁵¹

2.5.2 Posturas en contra de la muerte médicamente asistida

Considerando el discutido asunto de la disponibilidad o indisponibilidad de la propia vida, que se presenta como crucial al momento de dar respuesta al rechazo de tratamientos vitales o a la muerte médicamente asistida solicitada. Resulta evidente que todos los contendientes en la discusión defienden con firmeza que la vida humana es un bien esencial, que es una exigencia moral y jurídica, preservarla y defenderla, con medidas activas (como indica el principio de beneficencia) y omisivas (como indica el principio de la no maleficencia).

También es obvio que todos comparten el enorme valor de la autonomía de las personas, sin embargo, en supuestos como los descritos, ya sea el rechazo del tratamiento o la solicitud de la ayuda al morir cuando se sufre una enfermedad terminal, aparecen desacuerdos, en particular a partir de la discusión respecto de lo que es una vida digna y, por extensión, susceptible de protección.

Si se confiere un valor moral absoluto a la vida humana entendida biológicamente, la presencia de la voluntad contraria del paciente carece de

²⁵⁰ Onora O'Neill, "Children's Rights and Children's Lives", *Ethics* 98, abril, 1988, pp. 461 y 457, citado en, Álvarez del Río, Asunción, "Elementos para un debate bioético de la eutanasia", *Eutanasia: hacía una muerte digna*, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, pp. 41-42, consultado en https://www.academia.edu/4230703/Eutanasia_Hacia_una_muerte_digna_coord_?auto=download el 03 de diciembre de 2019.

²⁵¹ Álvarez del Río, Asunción, Elementos para un debate bioético de la eutanasia, *Eutanasia: hacía una muerte digna*, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, p. 42, consultado en https://www.academia.edu/4230703/Eutanasia_Hacia_una_muerte_digna_coord_?auto=download el 03 de diciembre de 2019.

relevancia: el conflicto se resuelve, en virtud de los principios de no maleficencia y beneficencia, negando el derecho a rechazar el tratamiento o a la MMA solicitada. Por el contrario, se entiende que no cabe hablar de vida digna al margen de la libre autodeterminación de su titular, las consideraciones cambian, el conflicto se resuelve, en virtud del principio de autonomía, aceptando el derecho a rechazar el tratamiento o la MMA solicitada.

A través de ello, se ejemplifica que ambas posiciones manejan teorías principialistas que han jerarquizado los principios y además los han hecho de modo diferente. La divergencia de soluciones a estos casos obedece más bien a que éstas vienen provistas o respaldadas por teorías morales diferentes que no han sido explicadas; por ello, como se ha explicado, los principios de la bioética no son estrictamente hablando principios de la razón práctico, sino indicaciones normativas genéricas que se pueden utilizar de diversos modos para justificar o rechazar acciones que ya por otras razones se consideran acertadas o desacertadas; por qué los principios de la bioética, en vez de guías reales de la decisión, servirían, más bien, para justificar una decisión a la que se ha llegado por otro camino.

Esas otras razones o ese otro camino, es justamente lo que aportan las teorías morales que el principialismo no incorpora, sin ellas el problema de proporcionar una respuesta fundada a los problemas bioéticos se hace irresoluble.

Las opiniones se dividen entre la de aquellos que piensan que la decisión sobre la terminación de la propia vida es la última expresión de libertad del individuo, asumiendo también que la vida es un derecho y no una obligación; contra la de quienes creen que nadie es dueño de su vida como para decidir su final. Ambas posiciones son respetables, de manera que lo decisivo en este punto es el respeto a la decisión del paciente.

Así mismo plantea que, si admitimos que hay pacientes que piensan que tienen el derecho a decidir el final de su vida, ¿El enfermo terminal tiene derecho a involucrar a su médico en su decisión?

Los detractores de esta postura refieren que quien quiere suicidarse puede hacerlo sin comprometer a otros, no obstante, se debe reconocer que quitarse la vida no resulta tan fácil, sobre todo si se piensa en un enfermo terminal que se

encuentra deteriorado por su padecimiento y, quizá, hospitalizado, vigilado y acompañado la mayor parte del tiempo. En este caso, se dispone de pocos medios para suicidarse, por lo que se arriesgaría por una muerte violenta, además de incierta y con estigmatización. Nadie merece eso, mucho menos un enfermo terminal que sólo busca terminar con el sufrimiento que le causa una enfermedad.

Se puede justificar que un paciente pida ayuda a su médico para morir por varias razones: 1) porque no existen alternativas de tratamiento ni forma de aliviar su sufrimiento; 2) porque acepta el final de su vida, pero quiere evitar una situación indigna y estigmatizante; 3) porque desea compañía al morir y un final que no signifique un sufrimiento adicional; 4) porque quiere estar seguro de su muerte y; 5) en algunas ocasiones, porque está físicamente incapacitado para quitarse la vida por sí mismo.

Así mismo, se cuestiona, asumiendo que se justifique que un paciente solicite asistencia a su médico para morir, ¿El médico tiene algún deber de responder a esa petición? No en un sentido jurídico, mucho menos obligatorio, sino en una postura de solidaridad. En los lugares en que está permitida la MMA, los médicos no están obligados a responder a la solicitud del paciente si consideran que tal acción es opuesta a sus valores, como se verá esto se denomina oposición de conciencia.

Para algunos médicos la asistencia al morir contraviene la esencia misma de la medicina que debe encaminarse a curar y prolongar la vida de los enfermos cuando no puede curarlos, no obstante, otros piensan que la responsabilidad del doctor para con su paciente debe llegar hasta el final y, cuando el médico ya no puede hacer nada para aliviar el sufrimiento del enfermo terminal, éste sigue siendo su paciente y al solicitar su asistencia para morir, ésta es la única forma que tiene el médico para ayudarlo.

Además de lo anterior, otra postura en contra de la MMA corresponde a la idea de la llamada “pendiente resbaladiza”, la cual se puede resumir como la idea de que, en caso de la aceptación de la MMA, como modalidad de ejercicio del derecho a la muerte digna, tarde o temprano, ésta llevaría a abusos y excesos. Por ello, autores como Javier de la Torre Díaz considera que “[...] el único modo de

evitar abusos es no permitirlos en ningún caso”.²⁵² Sin embargo, asumir que la prohibición del ejercicio de la MMA es más segura resulta, a lo menos absurda, si no excesiva; puesto que en el ámbito jurídico de los estados actuales existen causas de justificación de la privación de la vida, tales como la legítima defensa, las cuales, analizadas y ponderadas correctamente, encuentran una justificación y limitación sólida.

La postura de la pendiente resbaladiza se fundamenta mediante la suposición de que si la MMA se despenaliza se suscitarían abusos a la ley; errores en su aplicación y; aplicación a quienes no cumplen sus requisitos. Por lo anterior, es evidente que mediante un análisis lógico jurídico de los supuestos en mención se puede deducir su ineficacia y excesiva imprecisión.

Por cuanto hace al argumento del abuso de la ley, es preciso reconocer que el sistema jurídico mexicano es positivista y únicamente permite la interpretación de la norma por parte de las autoridades en favor de la persona que lo solicita. Así, siempre que existan los mecanismos pertinentes para la evaluación y apreciación de la voluntad del enfermo terminal sería complicada la aplicación de la MMA por abuso; no obstante, no es posible afirmar que la norma resulte de aplicación perfecta, puesto que para ello no sólo es necesaria la perfección en la norma, sino en sus ejecutores.

En cuanto refiere a la posibilidad del error en su aplicación, es evidente que cualquier norma jurídica puede ser aplicada erróneamente en cualquier momento, ello es un supuesto lógico del proceder humano, sin embargo, dicha aplicación errónea debe ser contrarrestada por medio de contrapesos que permitan tener un grado alto de certeza respecto de la voluntad de la persona, de su condición, física y psicológica, como enfermo terminal y del estado progresivo e incurable de su enfermedad.

²⁵² De la Torre Díaz, Javier, Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar, en Marcos del Cano, Ana María y de la Torre Díaz, Francisco Javier (edit), *Y de nuevo la eutanasia: una mirada nacional e internacional*, España, Editorial Dykinson, 2019, p. 16, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=728086> el 21 de abril de 2020.

Así, respecto al argumento de la aplicación a sujetos que no cumplen con los requisitos señalados por la ley, es claro que en este sentido, no podría de ninguna forma justificarse el ejercicio de la MMA, sino que se estaría frente a la comisión de un delito y de una simulación de actos jurídicos, ambos, mecanismos preexistentes para la prosecución judicial en contra de aquellos que actúan en contra de la norma.

De igual forma, de la Torre Díaz, identifica como argumento en contra de la MMA a aquel que se refiere a las consecuencias sociales, en este sentido, el autor refiere que “[...] permitir [la MMA] para muchos, puede animar a [los] enfermos terminales y ancianos en situaciones de extrema vulnerabilidad, que se sienten [como] una carga social, sanitaria y familiar; a realizar peticiones de [si ejercicio]”.²⁵³ Así mismo, citando a la Sociedad Española de Cuidados Paliativos señala que “[...] la [MMA] supone trasladar un mensaje social a los pacientes más graves e incapacitados, que se pueden ver coaccionados, aunque sea silenciosa e indirectamente, a solicitar un final más rápido, al entender que suponen una carga inútil para sus familias y para la sociedad”.²⁵⁴

Del argumento anterior, se evidencia un sentido de vulnerabilidad preexistente en la sociedad mundial. En este sentido, es congruente admitir que es sumamente probable que, en caso de ser despenalizado el ejercicio de la MMA, y su aplicación se realice de forma inmediata, sin contrapesos o medidas de control, pueda generarse un movimiento de solicitudes excesivas gestadas de la idea de la desvalorización social de la vida. No obstante, no es lo más cercano a la justicia el restringir el acceso a este derecho, bajo la sospecha del advenimiento de este supuesto, máxime que, en su caso, se deberá atender a la generación de medidas de control y evaluación de los candidatos a procedimientos de MMA, en los cuales se debe considerar, además de su calidad física de salud, también su estado psicosocial.

De igual forma, existen autores que señalan que mediante el ejercicio de la MMA se generarían consecuencias para la profesión médica. Se señala que al ser la MMA “[...] practicada frecuentemente por el profesional sanitario, [...] a juicio de

²⁵³ *Ibidem*, p. 19.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 20.

muchos, quebranta[ría] su deber sacrosanto de salvar vidas humanas, [...] negando la medicina y degradando su ejercicio”.²⁵⁵ Sin embargo, esta consideración no puede ser tomada de manera tajante como un obstáculo insuperable, puesto que en la vida práctica, el mismo argumento se atribuía al ejercicio de la terminación anticipada del embarazo y actualmente es una práctica común en muchos países e inclusive un campo de especialización médica.

Actualmente, los detractores de la MMA, proponen a los cuidados paliativos, entendidos como el control del dolor, y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales del enfermo en situación terminal, como otra forma de entender el ejercicio del derecho a la muerte digna. Ello es correcto, puesto que, sin duda, éstos deben formar parte de la atención de todos los enfermos en situación terminal, no obstante, no siempre serán suficientes para aliviar su sufrimiento físico, emocional o existencial; así mismo que la persona no desee vivir más en su cuerpo, irreconocible para sí y sobre el que ha perdido cualquier forma de control.

Al ser la integridad y dignidad principios primordialmente subjetivos, para algunos enfermos estos aspectos son determinantes para decidir adelantar su muerte. Por lo anterior, es un error considerar que los cuidados paliativos y la muerte médicamente asistida son excluyentes entre sí,²⁵⁶ inclusive opuestos, ya que ambos son, junto con la renuncia de tratamientos extraordinarios, modalidades del ejercicio de la muerte digna.

En suma, asumiendo que existen pacientes que consideran que tienen el derecho a decidir y solicitar asistencia a su médico para terminar con su vida y, de igual forma, existen médicos que están de acuerdo en proporcionar esa asistencia,

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁵⁶ *Cfr.* T. Quill y M. Battin M. Physician-Assisted Dying. The Case for Palliative Care & Patient Choice, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2004, pp. 1-12, citado en Álvarez del Río, Asunción, “Elementos para un debate bioético de la eutanasia”, *Eutanasia: hacía una muerte digna*, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, p. 42, consultado en https://www.academia.edu/4230703/Eutanasia_Hacia_una_muerte_digna_coord_?auto=download el 03 de diciembre de 2019.

surge el cuestionamiento ¿No debe el Estado garantizar los derechos del paciente, y no restringirlos?

Es preciso reconocer que la sociedad actual es mucho más laica y pluralista y, por lo tanto, las personas persiguen cosas distintas, tanto en el transcurso de su vida como al final de la misma. Aquellos que no están de acuerdo con la libertad de elegir adelantar la inevitable circunstancia de la muerte deben aceptar los deseos de aquellos que sí lo están, ya que lo verdaderamente trascendente es garantizar el respeto de la voluntad de unas y otras personas.

Capítulo 3. Interpretación de la muerte digna en el constitucionalismo mexicano

3.1 Modelos de estado de derecho

3.1.1 Estado legislativo de derecho

Tal y como fue mencionado en el capítulo primero, el desarrollo histórico del concepto de los derechos humanos ha sido consecuencia directa de la suma de pensamientos que culminaron en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. De igual manera, la formulación de lo que actualmente se concibe como Estado de derecho ha sufrido distintos cambios que sin duda impactan trascendentalmente en la forma en que se valoran los hechos y se determinan sus soluciones. En este sentido, resulta relevante precisar los elementos constitutivos del denominado estado legislativo de derecho y de porqué actualmente este modelo ha sido rebasado en gran parte del mundo.

Formalmente, al hablar del estado de derecho, nos referimos a cualquier forma de ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por una ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos establecidos en la misma. Sin embargo, sustancialmente, se refiere únicamente a aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley, encontrando en ella su limitante, no sólo en lo relativo a la formalidad de sus actos, sino también en los contenidos. En este último sentido, se reconoce como estados de derecho a aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, se encuentran limitados y

vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, tales como la división de poderes y los derechos fundamentales.²⁵⁷

Estos dos significados de estado de derecho de acuerdo con Ferrajoli corresponden a dos modelos normativos diferentes: “[...] el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal) [...] y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional) [...]”²⁵⁸. El primero, surge del monopolio de la producción jurídica del Estado producto del modernismo y; el segundo, fue diseminado en Europa, como consecuencia del conflicto bélico que representó la segunda guerra mundial, y cuyos cimientos corresponden a las constituciones rígidas y el control de constitucionalidad de las legislaciones objetivo públicas.

De igual forma, Ferrajoli sostiene que estos modelos reflejan experiencias históricas distintas, ambos desarrollados en el continente europeo y surgen a consecuencia de un triple cambio de paradigma: “[...] a) en la naturaleza y estructura del derecho; b) en la naturaleza de la ciencia jurídica y; c) en la de la jurisdicción [...]”.²⁵⁹ Por lo que se identifican tres paradigmas distintos del estado de derecho, el derecho premoderno, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho.

Por lo anterior, es evidente la trascendencia del monopolio estatal de la producción jurídica en el estado moderno, a través del positivismo jurídico y, por tanto, del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido, a través de la legitimación racional legal a que se ha hecho referencia anteriormente.

De esta manera, el positivismo representa la primera alteración por lo que se refiere a las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas, ello en virtud de que en la naturaleza y estructura de lo que Ferrajoli denomina como derecho premoderno, las normas que se pueden considerar como jurídicas no tienen un origen legislativo, sino jurisprudencial y doctrinal, ya que no existía un

²⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*, en Carbonell, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México, UNAM, Editorial Trotta, 2009, pp. 13-14.

²⁵⁸ *Ídem*, p. 14.

²⁵⁹ *Ídem*, p. 14.

sistema homologado y formal de fuentes, sino una amplia gama de fuentes y ordenamientos procedentes de distintas instituciones, de las cuales ninguna tenía el monopolio de la producción jurídica.²⁶⁰ Consecuencia de ello, existían tantas normas como costumbres. Fue gracias a la adopción del positivismo que, con base en la legitimidad racional legal, a través de las codificaciones, una norma jurídica es válida exclusivamente por haber sido emitida por una autoridad dotada de competencia normativa.

En la experiencia del derecho premoderno, por lo que hace a la ciencia jurídica, el Derecho en sí no era objeto directo de desarrollo, sino que éste era recibido por tradición y constantemente actualizado conforme a las circunstancias y la interpretación. Lo anterior fue subsanado por el positivismo, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente.

Por lo anterior, también se reconoce el cambio de paradigma de la jurisdicción del derecho premoderno al estado legislativo de derecho, ya que deja de ser producción jurisprudencial, sometiéndose así a la ley y, por extensión, al principio de legalidad, como únicas fuentes de legitimación.²⁶¹ Fundamentando, de esta manera, el cúmulo de derechos y obligaciones del individuo.

3.1.2 Estado constitucional de derecho

El nuevo paradigma de estado constitucional de derecho,²⁶² conocido como neoconstitucionalismo, de acuerdo con Ferrajoli, se gestó como consecuencia de la

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 15.

²⁶¹ *Ídem*, p. 15.

²⁶² El estado constitucional, en su sentido más amplio, fue resultado de otra ruptura representada a través de la revolución francesa, tal y como se afirmó anteriormente. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (Coord.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM, 2014, p. 195, consultado en <https://www.cjf.gob.mx/resources/diccionarioDPCC/diccionario%20Tomo%20I.pdf> el 17 de octubre de 2020. “El estado constitucional aparece como consecuencia de la Revolución Francesa y reacción a la supremacía del legislador, por lo que la ley era considerada como la norma superior; en esta época prevalece la teoría de la Constitución rígida, la codificación y el derecho escrito, a efectos de que sólo el poder constituyente pudiera modificarla. Por estas razones se produjo un largo debate entre elaborar una Constitución o un conjunto de leyes fundamentales, eligiendo la primera opción debido a la posibilidad de realizar una interpretación sistemática”.

ruptura que significó, en muchos sentidos, la segunda guerra mundial, a través de la diseminación de principios que enaltecen la necesidad de un cambio en el paradigma del estado de derecho. Este nuevo paradigma pretende la subordinación de la legalidad misma al constitucionalismo, a través de constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes.

En el estado constitucional de derecho, las condiciones de validez de las leyes dependen, ya no sólo de elementos formales de producción, sino también de la coherencia y armonización de sus contenidos con los principios establecidos en las constituciones. Ergo, es posible que una norma sea considerada como formalmente válida y, consecuentemente, vigente, y, sin embargo, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con las normas constitucionales.²⁶³

Así mismo, se genera también un cambio en el paradigma de la ciencia jurídica, puesto que la Constitución no sólo establece los principios formales de la producción legislativa, sino que también impone prohibiciones y obligaciones de contenido, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.²⁶⁴

Así mismo, por cuanto hace a la jurisdicción, en cuanto a que anteriormente exigía la aplicación de una ley, exclusivamente por considerarse como derecho válido y, por ello, vigente, en el nuevo paradigma del estado constitucional de derecho se debe aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, sumando a ello la interpretación y aplicación de la misma, por cuanto a que estos ejercicios corresponden a un juicio sobre la ley misma, en el que el juzgador tiene el deber de censurar como inválida, mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, siempre que no sea posible interpretarla en sentido constitucional.²⁶⁵

Finalmente, existe otra transformación producto del paradigma del estado constitucional de derecho, la cual consiste en la subordinación de la ley a los principios constitucionales, lo que equivale a introducir una dimensión sustancial no

²⁶³ Ferrajoli, Op. Cit., nota 257, p. 18.

²⁶⁴ *Ídem.*

²⁶⁵ *Ídem.*

sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la cual, el constitucionalismo representa un límite, a la vez que la completa. De esta manera, constituye un límite a la democracia en el sentido de que los derechos constitucionalmente establecidos se traducen en prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes públicos, incluyendo el legislativo, que de otra forma serían absolutos; pero a su vez, la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como defensas, frente a los abusos de estos mismos poderes que, contrariamente, siendo absolutos pasarían por alto los mismo derechos y a la propia democracia.²⁶⁶

De la misma forma, el paradigma del estado constitucional de derecho, produce el efecto de complementar tanto al estado de derecho como al positivismo jurídico, los cuales adquieren con él su forma más desarrollada.

3.2 Constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano

3.2.1 Componentes

Conforme al paradigma del estado constitucional de derecho, es pertinente reconocer el grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, conforme a la teoría de Riccardo Guastini, quien refiere que “[e]n ocasiones se habla de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento que carecía de ella con anterioridad [...]”.²⁶⁷ Sin embargo, propone en su teoría de la constitucionalización, “[...] entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”.²⁶⁸

Así, Guastini establece que la constitucionalización es un proceso que puede ser graduado, en el sentido de que los ordenamientos jurídicos pueden estar más o menos constitucionalizados, por lo que establece como condiciones de

²⁶⁶ *Ídem.*

²⁶⁷ Guastini, Riccardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Carbonell, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México, UNAM, Editorial Trotta, 2009, p. 49.

²⁶⁸ *Ídem.*

constitucionalización para medir el grado de impregnación de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico:

- 1) La existencia de una Constitución rígida
- 2) Que esa Constitución cuente con una garantía jurisdiccional
- 3) Que los principios establecidos en la misma sean efectivamente vinculantes a la realidad jurídica
- 4) Que los mismos principios sean sobreinterpretados
- 5) Que las normas constitucionales puedan ser aplicadas directamente
- 6) Que las normas objetivo públicas sean interpretadas conforme a la misma y
- 7) Que la Constitución influya sobre las relaciones políticas.

Por cuanto hace a la condición de la existencia de una Constitución rígida, Guastini establece que para que una Constitución se considere como rígida, en primer lugar debe ser escrita y; en segundo lugar, estar protegida (o garantizada) contra las normas ordinarias, en el sentido de que las normas constitucionales no puedan ser derogadas, modificadas o abrogadas, sino mediante un procedimiento especial de revisión constitucional. Distinguiendo así, cuando una Constitución rígida está en vigor, dos niveles jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional.²⁶⁹

De acuerdo con Sergio Díaz Ricci, la rigidez constitucional es un elemento del que se vale el constituyente para asegurar políticamente el resultado y perdurabilidad de su obra y jurídicamente para establecer la supremacía del texto constitucional sobre otras normas. De tal manera que se establece un procedimiento dificultado, conocido como procedimiento de reforma agravado, para modificar, válidamente las disposiciones constitucionales.²⁷⁰

Por cuanto hace a la segunda condición, relativa a la garantía jurisdiccional de la Constitución, Kelsen establecía que estos mecanismos constituyen los medios

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 50-51.

²⁷⁰ Díaz Ricci, Sergio, *Rigidez constitucional. Un concepto toral*, en Carbonell Sánchez, Miguel et al. (Coord), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2015, p. 551, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/36.pdf> el 14 de julio de 2020.

generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado con relación a la regularidad de los actos estatales en general, dividiendo a estas en: preventivas o represivas, personales y objetivas.²⁷¹

Las garantías preventivas pretenden prevenir la realización de actos irregulares. Las garantías represivas son reaccionarias, puesto que se interponen contra el acto irregular previamente realizado, su finalidad es impedir la reincidencia en el futuro, reparar el daño que se ha causado, en su caso, hacerlo desaparecer y eventualmente, reemplazarlo por un acto regular.

Las garantías personales, son aquellas que engloban la responsabilidad penal, la responsabilidad disciplinaria, así como la responsabilidad civil del órgano que ha realizado el acto irregular.

Las garantías objetivas, que tienen al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, y corresponden a la nulidad o anulabilidad del acto irregular. La nulidad, se da cuando el acto irregular es de origen contrario a derecho y se pretende dejarlo sin efectos de manera absoluta y, la anulabilidad, se refiere a que el acto irregular debe ser sustituido por otro de manera absoluta e inmediata.

De esta manera, Guastini identifica que en los ordenamientos contemporáneos, existen sistemas de control muy diversos, que pueden ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia y de los cuales pueden distinguirse tres modelos fundamentales: a) el de control *a posteriori*, por vía de excepción, ejercido por el juzgador; b) el de control *a priori*, por vía de acción y; c) el control *a posteriori*, por vía de excepción, ejercido por un tribunal constitucional.²⁷²

El primer modelo de control *a posteriori*, por vía de excepción, es el juez, en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional, quien interpreta la norma y es aplicado a un caso en concreto, ejemplo de este modelo es el sistema estadounidense.

²⁷¹ Kelsen, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, España, 2011, p. 266, consultado en <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40605> el 14 de julio de 2020.

²⁷² Guastini, Op. Cit., nota 267, pp. 51-52.

El segundo modelo de control *a priori*, por vía de acción, es aquel en el cual el Tribunal Constitucional, o un órgano similar, frente a una afectación abstracta o posible, realiza el análisis del control de regularidad constitucional sobre una norma, previo a su entrada en vigor, con la posibilidad de declararla desde ese momento inconstitucional. Ejemplo de este modelo es el sistema francés.

El tercer modelo de control *a posteriori*, por vía de excepción, es aquel que ejerce un Tribunal Constitucional, o un órgano similar, en cuyo caso, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales, sin embargo, la resolución del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de una norma estará provista de efectos generales *erga omnes*. En cuyo caso, un ejemplo de este modelo es el sistema de Alemania, Italia y España.

Respecto a la tercera condición, relativa a la fuerza vinculante de la Constitución, Guastini, señala que esta fuerza encuentra su origen en las declaraciones de derechos inmersas en casi todas las Constituciones contemporáneas, circunstancia que, como ya se ha mencionado, fue consecuencia directa de la revolución francesa. Resultan vinculantes, particularmente porque, además de contener derechos de libertad, también contienen principios generales, que no son susceptibles de aplicación inmediata, sino que exigen la interpretación y objetivización por conducto de los legisladores, jueces y órganos del Estado en general; así como también disposiciones programáticas que confieren a los individuos derechos sociales, todos ellos reclamables. Sin embargo, Guastini también reconoce como elemento esencial de esta condición, la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea de que toda norma constitucional es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.²⁷³

Además, respecto de la cuarta condición, concerniente a la sobreinterpretación de la Constitución, señala que ésta dependerá de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces, los órganos del estado en general y, naturalmente, los juristas. Al ser la Constitución, un texto finito, completo y

²⁷³ *Ibidem*, pp. 52-53.

limitado, siempre contendrá lagunas, por lo que jamás podrá regular, por sí sola, la vida social y política en su totalidad.²⁷⁴

De igual forma, una laguna constitucional, no depende del texto sí, sino de cómo está siendo interpretado el texto en cuestión. Por lo anterior, se puede decir que toda Constitución es susceptible de dos tipos de interpretación: una literal o restrictiva y una extensiva.

Si se prefiere la primera, ninguna Constitución resulta completa; por el contrario, si se prefiere la segunda, la Constitución puede ser interpretada de manera que de ella sean desagregadas innumerables normas implícitas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.

Respecto de la quinta condición, inherente a la aplicación directa de las normas constitucionales, Guastini advierte que, “[...] en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales”.²⁷⁵ Consecuentemente, se considera que las normas constitucionales pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. Esta condición responde a la exigencia de que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada incluso en las relaciones entre particulares, al menos, siempre y cuando la controversia en cuestión no pueda ser resuelta en un ejercicio de subsunción.

La sexta condición, sostiene, tiene relación con la técnica de interpretación, no de la Constitución, sino de la ley, puesto que se refiere a la interpretación conforme de las leyes ordinarias. Retomando la idea de que no existe un texto normativo que tenga un solo significado determinado antes de la interpretación, por lo que cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa.

En su caso, Guastini sostiene que le corresponde al juez elegir la interpretación correcta, en aras de los mandatos de optimización contenidos en la Constitución. Por consiguiente, el juez puede elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición y considerarla inconstitucional, o, bien, interpretarla y considerar, que es conforme con la Constitución. A esta última interpretación se le

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 53-55.

²⁷⁵ *Ídem*.

conoce como conforme, aunque también se le puede decir adecuadora o armonizante, porque es, en suma, aquella que adecua y armoniza la ley con la Constitución, eligiendo el significado que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución.²⁷⁶

Finalmente, la última condición no es tan fácil de precisar, situación que el mismo Guastini reconoce, ya que se refiere a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Esta condición encuentra su dificultad en la dependencia de diversos elementos, tales como: 1) el contenido mismo de la Constitución, 2) la postura de los jueces, 3) la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.²⁷⁷

Por lo que concierne al contenido de la Constitución, algunas confieren al Tribunal Constitucional el poder de resolver los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. Ya que estos conflictos no son más que desacuerdos políticos concernientes a las relaciones de poder entre los órganos del Estado, pero que finalmente encuentran su solución en el mismo contenido orgánico de la Constitución.

Por lo que corresponde a la postura de los jueces en general y del Tribunal Constitucional en especial, el juzgador de la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una postura de autocontrol, o mejor dicho hipoactiva, frente a los temas políticos, respetando la discrecionalidad política del legislador, o, por el contrario, introducir en la discusión las decisiones legislativas aun cuando no sean claramente inconstitucionales. De esta forma, Guastini señala que “[...] entre los instrumentos argumentativos más frecuentemente empleados por los jueces constitucionales para controlar la discrecionalidad política de los parlamentos [están], por un lado, el principio de igualdad, sobre todo reconstruido como principio de razonabilidad; y, por el otro, la ponderación de los principios constitucionales.”²⁷⁸

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 55-57.

²⁷⁷ *Ídem*.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 58.

Por lo que respecta a la postura de los órganos constitucionales y los actores políticos, las normas constitucionales es claro que éstas pueden ser más o menos usadas en la argumentación política para justificar sus acciones y decisiones.

3.2.2 Fenomenología de la constitucionalización en México

Conforme a la teoría de Guastini anteriormente expuesta, es pertinente analizar el grado de constitucionalización del Estado Mexicano, para efecto de identificar el grado en que se encuentra inserta la Constitución en el sistema jurídico mexicano.

Por cuanto hace al primer requisito, respecto de la existencia de una constitución rígida, es evidente que la Constitución mexicana es una constitución escrita; que en sus artículos 71 y 72 prevé un procedimiento para la formación de leyes ordinarias y en su artículo 135 un procedimiento especial para la adición y reforma de las normas constitucionales. Este procedimiento especial exige el cumplimiento de requisitos distintos del ordinario, además de la convergencia de la voluntad de las distintas legislaturas de las entidades federativas.

De igual forma, la Constitución mexicana se encuentra garantizada frente a las normas ordinarias mediante el llamado control de regularidad constitucional, el cual se ejercita en dos modalidades: concentrado o difuso.

El control concentrado se refiere a aquel ejercido exclusivamente través del Poder Judicial de la Federación, en lo general y, la SCJN, en específico, por medio de distintos mecanismos como son:

- a) el juicio de amparo, considerado como un mecanismo de control *a posteriori*, en vía de acción y respecto de un agravio *in concreto*;
- b) el juicio de controversia constitucional, considerado como un mecanismo de control *a posteriori*, en vía de acción, respecto de un agravio *in concreto* y;
- c) el juicio de acción de inconstitucionalidad, como un mecanismo de control *a posteriori*, en vía de acción y respecto de un agravio *in abstracto*.

Como se advierte, en nuestro sistema jurídico el control de regularidad constitucional se realiza *a posteriori*, puesto que se ejerce sobre las normas

ordinarias una vez que han entrado en vigor, por lo que una norma presumiblemente inconstitucional se puede introducir al sistema jurídico nacional antes de ser declarada su inconstitucionalidad; así mismo, dichas garantías se ejercen por la vía de acción puesto que, a través de la excitación de la autoridad jurisdiccional constitucional, es como se pone en conocimiento de la probable inconstitucionalidad de una norma ordinaria; de igual manera, dicho control puede recaer sobre agravios *in concreto* tanto como *in abstracto*, en virtud de que si bien, para la promoción del juicio de amparo y la controversia constitucional es necesaria la afectación real a los derechos de un particular o facultades de un órgano de gobierno, también es cierto que, para la promoción de la acción de inconstitucionalidad, no es necesaria la afectación real a ninguno de estos derechos, en este caso basta la presunción de contrariedad a la Constitución para efecto de su estudio, por lo que en este caso, el agravio es abstracto.

El control difuso, se refiere al que deben realizar todas autoridades en el ámbito de su competencia; en lo particular, las autoridades jurisdiccionales ajenas al poder judicial de la federación. El control difuso de regularidad constitucional se realiza a través de la aplicación metodológica de un sistema de interpretación restringido, conocido como interpretación conforme.

Este sistema de interpretación conforme, se fundamenta en el análisis e interpretación de la norma ordinaria en diferentes niveles, a saber: en sentido estricto, en sentido amplio, culminando con la inaplicación de la norma. Cuando se hace referencia al sentido estricto, significa el análisis que deben realizar las autoridades respecto de la existencia de una interpretación de la norma ordinaria en cuestión, exactamente aplicable al caso en particular, establecida por la SCJN; en caso contrario, a través de la interpretación en sentido amplio, las autoridades deben realizar su propia interpretación en el sentido que más favorezca a la persona, siempre apegándose a los principios establecidos en la Constitución y; finalmente, únicamente los órganos jurisdiccionales distintos al poder judicial de la federación, pueden ejercer la inaplicación de las normas ordinarias en caso de que no haya forma de interpretar la norma en beneficio de la persona y su aplicación resulte contraria a lo establecido en la Constitución.

Por lo anterior, podemos afirmar que la Constitución mexicana cuenta con garantías jurisdiccionales suficientes para proteger a la misma, además de que para su aplicación existe un sistema de interpretación conforme de las normas ordinarias.

Conforme al tercer indicador de constitucionalidad propuesto por Guastini, relativo a la fuerza vinculante de la Constitución, es justo decir que la Constitución mexicana cumple con los extremos de contener tanto un catálogo de derechos humanos reconocidos por el Estado, así como una parte orgánica y otra programática que son de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, así como para todos los individuos que lo habitan. De esta manera, los principios constitucionales deben ser interpretados de manera constante para efecto de poder materializar su contenido en casos específicos, cumpliendo además con la calidad de principios de optimización conforme a la teoría de los derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, resulta debatible el grado de difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea de que la norma constitucional constituye un instrumento jurídico. Mismo que debe ser respetado y hecho valer por todas las autoridades en el ámbito de sus atribuciones. No obstante lo anterior, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, los derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad y reconocidos por la misma Constitución ahora resultan más vigentes que nunca, ello en virtud de que, previo a ello, únicamente a través de garantías constitucionales o su articulación a través de normas ordinarias se podía hacer valer lo establecido en la norma constitucional. En la actualidad, a través del sistema de control difuso, todas las autoridades deben materializar los derechos contenidos en la Constitución.

De igual manera, es a través de la interpretación constante de la Constitución que tanto los jueces como los juristas en general desarrollan el conocimiento jurídico. Permitiendo de esta forma mantener actualizado un texto constitucional que si bien a la fecha tiene 103 años de antigüedad y ha sufrido distintas modificaciones. Reiterando que en el sistema jurídico mexicano se ha optado por la interpretación extensiva para efecto de develar distintos derechos consagrados en los principios

constitucionales, que de otra forma se verían limitados e imposibilitados de regular los aspectos jurídicos y políticos de la sociedad.

De esta manera, las normas constitucionales pueden ser aplicadas de manera directa en cualquier procedimiento que realicen las autoridades en el ámbito de su competencia, por lo que no existe una restricción para que una autoridad jurisdiccional local aplique directamente lo establecido por la Constitución, sin reservar su ejercicio a los tribunales del poder judicial de la federación.

Finalmente, respecto a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, queda claro que, a través del juicio de controversia constitucional, la SCJN está facultada para resolver conflictos competenciales entre órganos del Estado, mismos que en su esencia son de naturaleza política. De igual forma, las autoridades jurisdiccionales pueden adoptar una conducta de resolución activa conforme a la interpretación de las circunstancias a la luz de las normas constitucionales, regulando así el aspecto sociopolítico que orbita lo jurídico. Hasta este punto, es relativamente sencillo advertir la forma en que la Constitución se introduce en las relaciones políticas. No obstante, por lo que respecta a los órganos constitucionales y a los actores políticos las normas constitucionales son aplicadas de manera selectiva y discrecional, contraviniendo la propia norma. Por lo anterior, este extremo resulta debatible en el ámbito político del Estado Mexicano.

3.3 Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano en México

3.3.1 Evolución histórica del constitucionalismo mexicano hacia el paradigma neoconstitucionalista

Conforme a lo establecido en el capítulo primero de la presente investigación, la revolución francesa fue el movimiento social que representó una ruptura en la evolución histórica del derecho como se conocía en su época, dando lugar al Estado constitucional, y con él, al denominado constitucionalismo moderno. Lo anterior responde a la interrogante de su origen, así como de sus principios, mismos que se traducen en el respeto a los derechos humanos, la separación de los poderes del

Estado, el establecimiento de un gobierno representativo, la limitación del poder del Estado y la independencia judicial.

Consecuencia de lo anterior, es preciso entender ¿de qué manera arribó el constitucionalismo moderno a lo que actualmente es el Estado Mexicano? y ¿Cómo fue que, este constitucionalismo, ha evolucionado a la idea del paradigma neoconstitucionalista, en sus vertientes europeas y latinoamericanas?

Para dar respuesta a lo anterior, es preciso establecer que, posterior a la instauración del sistema constitucional como paradigma orientador de los Estados de la postrevolución francesa, éste fue adoptado de distintas maneras a través del continente europeo y americano. En lo concerniente a la tradición del constitucionalismo mexicano, es preciso reconocer que si bien, la carta francesa de 1814 personificó el origen del modelo constitucional, fue a través de la Constitución española de Cádiz de 1812 que se establecieron compromisos de inclinación liberal. Esta última, proclamó la soberanía popular, se estableció un gobierno representativo, la separación de poderes, la independencia judicial y reconoció a la Constitución como norma suprema.²⁷⁹

De esta forma, la Constitución de Cádiz representa el intento más representativo, de la primera mitad del siglo XIX, de realización de los ideales del constitucionalismo moderno en armonía con el orden monárquico vigente en su época. Ésta, tuvo un impacto significativo en los primeros albores del constitucionalismo mexicano, ello en virtud de que tuvo vigencia en el territorio antes conocido como la Nueva España en dos momentos históricos 1812 y 1820.

Sin duda, la influencia de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo mexicano se debió a la tradición adoptada por la Constitución de Yucatán de 1825, mediante la cual se retomó la idea de los derechos humanos, traducidos a través de principios constitucionales, la eliminación del absolutismo y la institución de la soberanía depositada en la nación. Posterior a ello, mediante el documento conocido como los Sentimientos de la Nación, José María Morelos y Pavón con

²⁷⁹ Dippel, Horst, "Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita", *Revista de historia constitucional*, España, número 6, septiembre 2005, p. 192, consultado en <https://www.redalyc.org/pdf/2590/259027572008.pdf> el 24 de septiembre de 2020.

avenencia de sus asesores, dentro de los que se encontraba Andrés Quintana Roo, quien conocía a profundidad la tradición del pensamiento liberal de la Constitución de Cádiz, pretendió interpretar, con una perspectiva liberal, progresista y cristiana, el sentir de los criollos, mestizos e indígenas nacidos en lo que hoy es México.²⁸⁰

Así, la Constitución de Apatzingán, de tradición gaditana, pese a haber estado vigente sólo entre los años 1814 y 1815, representa la herencia de los ideales del constitucionalismo moderno en el idealismo del México postindependentista. Ambas constituciones comparten distintos elementos como son: el principio de división de poderes y derechos individuales, tales como el debido proceso, la inviolabilidad del domicilio, la prohibición del tormento y la libertad de imprenta y publicación.²⁸¹

No obstante lo anterior, la influencia de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo mexicano no culminó ahí, puesto que la misma fue reinstaurada mediante los acuerdos de Córdoba y el plan de Iguala. Ambos documentos representaron el fin de la etapa independentista hacia 1821, reconocidos por ambos bandos, el liberal y el conservador, representados por Vicente Guerrero y Agustín de Iturbide mediante el famoso abrazo de Acatempan. En estos documentos, se proponía la instauración de una monarquía constitucional de manera paralela a lo que establecía la Constitución gaditana.²⁸² No obstante, Fernando VII rechazó la oferta de gobierno y desconoció la independencia de México.

Posterior a ello, y en virtud de que el México independiente se encontraba en la necesidad de contar con una Constitución propia, en noviembre de 1821 se convocó a un congreso Constituyente para la creación de la misma. Sin embargo, el 18 de mayo de 1822, Iturbide aprovechó la inercia de una supuesta solicitud popular para exigir al congreso constituido su reconocimiento como emperador. Los diputados, amagados por una solicitud pacífica pero armada, resolvieron aceptar el

²⁸⁰ Paoli Bolio, Francisco José, *Constitucionalismo en el siglo XXI: A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917*, México, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2016, p. 105, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4426/20.pdf> el 24 de septiembre de 2020.

²⁸¹ Cfr. Paoli Bolio, *Op. Cit.*, nota 280, p. 111.

²⁸² Cfr. *Ibidem*, p. 114.

reconocimiento de Iturbide con la condición de que éste se debería someter posteriormente a la Constitución que se promulgara.

En consecuencia, Guadalupe Victoria y Antonio López de Santa Anna se levantaron en armas en contra del gobierno monárquico de Iturbide, exigiendo la restitución del Constituyente, propuesta que habría de ser retomada en el Plan de Casa Mata de 1823, por medio del cual se exigía la convocatoria a un nuevo congreso Constituyente y la promulgación de su consecuente Constitución. De manera inesperada, Iturbide decidió reinstalar al Congreso y abdicar al poder el 20 de marzo de 1823, despojándose al exilio. A partir de este momento, el poder ejecutivo se depositó en un triunvirato conformado por Guadalupe Victoria, Nicolás Bravo y Pedro Negrete, mismo que fue sustituido por Mariano Michelena.

Así, el constituyente mexicano se encontró frente a la disyuntiva que representa la elección del sistema de gobierno y la promulgación de una Constitución que se ajustara a la esperanza del porvenir. La idea de una monarquía estaba claramente fuera de la discusión. El constituyente se encontraba entre la disyuntiva de un sistema centralista, sistema al que estaba acostumbrado, o el de una república federal, ejemplo de la influencia norteamericana en la consciencia constitucional mexicana. El encargado de preparar la propuesta de Acta Constitutiva de la nación fue Miguel Ramos Arizpe, quien fungía como presidente de la comisión de Constitución del Congreso y que, además, tenía vasta experiencia en la expresión de las ideas del constitucionalismo moderno, puesto que fue diputado en el congreso Constituyente de la Constitución de Cádiz.²⁸³ Por este motivo, su propuesta reprodujo los principios consagrados en la Constitución gaditana.

De esta forma, Miguel Ramos Arizpe, presentó su proyecto ante un congreso Constituyente integrado por liberales federalistas y conservadores centralistas. De estos debates se advierte que, si bien en este momento comienza a identificarse la influencia de la Constitución norteamericana en el pensamiento del Constituyente mexicano, el proyecto en lo medular se ajustaba mucho más a lo heredado por la Constitución de Cádiz.²⁸⁴ El proyecto, convertido en la Constitución Mexicana de

²⁸³ Cfr. *Ibídem*, p. 117.

²⁸⁴ Cfr. *Ibídem*, p. 120.

1824, estableció la soberanía nacional, la adopción de una república representativa, popular y federal, la división de poderes y, particularmente, la instauración de un sistema legislativo bicameral como rasgo replicado del constitucionalismo norteamericano.

Pese a lo anterior, debido a los distintos movimientos políticos que impulsaron el desarrollo del Estado mexicano, a través de Antonio López de Santa Anna, respaldado por la cultura política centralista arraigada en la población general, se convocó al establecimiento de un nuevo congreso constituyente del que resultó la promulgación de una Constitución de corte centralista y conservador en 1836, mejor conocida como las siete leyes constitucionales.

A través del análisis del contenido de estas siete leyes constitucionales es posible advertir la prevalencia de la influencia de la Constitución de Cádiz. Ejemplo de ello, lo es la similitud de distintos artículos que prácticamente fueron asimilados de manera íntegra, tales como lo relativo a quiénes deben ser reconocidos como mexicanos, debido proceso, inviolabilidad del domicilio, libertad de tránsito y libertad de prensa.

Así, en 1843 se promulgaron las bases de la organización política de la república mexicana, documento que fue reformado en 1847 para devolver el sistema federal. Considerada como la segunda Constitución centralista de la historia de la república mexicana. No obstante, su vigencia fue efímera, en virtud de que en 1846, a consecuencia del hartazgo contra la dictadura impuesta por el gobierno de Santa Anna, se dispuso el restablecimiento de la Constitución de 1824 en tanto se convocara a un nuevo congreso Constituyente para la elaboración de una nueva Constitución. De esta forma, confirmada la vigencia de la Constitución de 1824, le fue agregada un acta de reformas para efecto de complementarla y actualizarla a los tiempos en que se actuaba.

No obstante, debido a la guerra declarada por los Estados Unidos de América, México sufrió de una inestabilidad terrible que le impidió establecer un congreso constituyente hasta siete años posteriores a la terminación de este

conflicto bélico en 1857.²⁸⁵ Fue a partir de la Constitución de 1857 que se marcó profundamente la influencia del constitucionalismo norteamericano, así como de distintos rasgos heredados de la revolución francesa, en comparación con los vestigios del constitucionalismo español que venía acompañando el desarrollo del país. Lo anterior se evidenció en el desarrollo dogmático de la Constitución de 1857 mediante el cual, se acentuó el reconocimiento de los derechos humanos mediante la catalogación en el capítulo primero “De los derechos del hombre” en los primeros 29 artículos de la misma.²⁸⁶

Sin embargo, la Constitución de 1857 fue desconocida por Ignacio Comonfort quien ocupaba el cargo de presidente de la república, como consecuencia de los conflictos aun existentes entre liberales y conservadores. Este movimiento político condujo a Benito Juárez a ocupar la presidencia de la república en su carácter de presidente de la suprema corte. La rebelión conservadora orilló a Juárez a dejar la Ciudad de México y emprender la lucha para reivindicar la Constitución de 1857. Consecuentemente en 1859, Juárez promulgo las llamadas leyes de reforma, por medio de las cuales se pronunció respecto de la nacionalización de bienes del clero, el matrimonio civil, el estado civil de las personas, la secularización de los cementerios y la libertad de culto, dando inicio a la guerra de reforma.²⁸⁷

Como respuesta del bando conservador, en 1861 la República Mexicana fue invadida por Inglaterra, España y Francia, con motivo de las deudas que el Estado mexicano había dejado de cubrir e impulsados por una idea implantada en el pensamiento de Napoleón III, debido a la invitación realizada por conservadores mexicanos que le ofrecieron el establecimiento de un gobierno monárquico de un príncipe europeo. De esta manera, Napoleón III aprovechó la inercia para intentar asentarse en territorio del continente americano con la esperanza de impedir el crecimiento del Estado norteamericano. Pese a lo anterior, las potencias de

²⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 133.

²⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 134.

²⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 139.

Inglaterra y España accedieron a la prórroga solicitada por el gobierno de Juárez, situación que Francia no aceptó, dando inicio a la intervención francesa.

Por lo anterior, el gobierno de Juárez autorizó la defensa de la República mediante la estrategia de guerrillas, sin embargo, no fue suficiente. El ejército francés libró diversas batallas, apoderándose de distintas poblaciones, capturando entre ellas a la Ciudad de México en junio de 1862. Hecho lo anterior, Napoleón III anunció el nombramiento de Maximiliano de Habsburgo como nuevo emperador de México y ordenó el establecimiento de una regencia en tanto arribara el nuevo gobernante.²⁸⁸ El periodo de gobierno de Maximiliano duró desde 1864 a 1867, durante este tiempo propuso algunas medidas de corte liberal que lo enemistaron con el clero y los oligarcas conservadores. Este periodo llegó a su fin a consecuencia del abandono de tropas francesas del territorio mexicano y la presión que representó el movimiento de liberación juarista. Maximiliano de Habsburgo fue aprehendido, juzgado y fusilado en junio de 1867 en el cerro de las campanas, en Querétaro.

A partir de este momento, se restableció la República y fue reinstaurada la Constitución de 1857 hasta la culminación de la Revolución Mexicana de 1910. Este movimiento revolucionario surgió como consecuencia del hartazgo social provocado por el mandato de Porfirio Díaz, quien se recluyó en el exilio después de haber ocupado el poder por más de treinta años. Francisco I. Madero fue electo presidente, sin embargo, fue asesinado junto a su vicepresidente, debido a un atentado atribuido a Victoriano Huerta, por lo que Venustiano Carranza inició una revuelta en contra de quien era reconocido como un usurpador, estableciendo así al ejército constitucionalista. En 1915 se decretó el triunfo definitivo de este ejército y Venustiano Carranza, ocupando el poder ejecutivo, preparó un proyecto de reformas a la Constitución de 1857.²⁸⁹

De acuerdo a la teoría constitucional, no es posible hablar de un congreso Constituyente originario encargado de la promulgación de la Constitución de 1917,

²⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 142.

²⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 147.

puesto que, de facto, lo que ocurrió fue una serie de reformas a la Constitución ya existente, por lo que únicamente se constituyó como un Constituyente derivado, encargado de la reforma y modificación de la Constitución de 1857, pese a que, de iure, ésta no contemplaba en ningún apartado la posibilidad, ni mucho menos el procedimiento, para su reforma y modificación, de ahí que se denomine Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857. En esta Constitución se instauraron los derechos sociales y programáticos por primera vez en la historia del constitucionalismo, además de regular de mejor manera lo relativo a las libertades y derechos de los gobernados.

De lo esbozado hasta el momento, se puede advertir la esencia original e influencia del constitucionalismo moderno europeo, a través de la Constitución de Cádiz, y del americano, a través de la Constitución Norteamericana. De esta manera, la Constitución de 1917 ha sido la que se ha mantenido vigente hasta la fecha, adaptándose a las exigencias de la realidad social que pretende proteger. De acuerdo con el sumario de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por decreto en orden cronológico, hasta el 10 de junio de 2011, la misma había sufrido 194²⁹⁰ reformas a su estructura original.

Es a partir de la reforma al artículo 1° de la Constitución Mexicana vigente, en junio de 2011, el Estado Mexicano se sumó a la corriente del neoconstitucionalismo, originalmente europeo. Esta teoría se gestó en la Europa de la postguerra, precisamente a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). De esta forma, se dio nacimiento a Constituciones enfocadas en el respeto a los derechos humanos, reconocidos como derechos fundamentales, como son las de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1976).

Esta teoría nace del miedo y del aprendizaje, fundamentado en la positivización de un catálogo de derechos humanos, para procurar que éstos no sean omitidos o aplicados de manera selectiva nuevamente, estableciendo al centro

²⁹⁰ Para mayor abundamiento, véase el *sumario de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por decreto en orden cronológico*, publicado en el Diario Oficial de la Federación, texto vigente, última reforma publicada DOF 09-08-2019, p. 8, consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_crono.pdf el 28 de septiembre de 2020.

de su universo el reconocimiento de los derechos fundamentales; remarcando la presencia de principios y reglas en las Constituciones, para establecerlas acorde a su naturaleza orientadora y general; además de establecer mecanismos de interpretación de los mismos principios para procurar su aplicación armoniosa en caso de colisión de los mismos.²⁹¹

De igual manera que con otros fenómenos, el pensamiento latinoamericano suele absorber el europeo y adoptarlo conforme a sus orígenes y necesidades particulares. Por ello, es preciso reconocer que el nuevo constitucionalismo latinoamericano nació como una corriente teórica adoptada y adecuada del neoconstitucionalismo europeo al contexto de la realidad social latinoamericana. Esta teoría recoge el aspecto solemne del respeto a los derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales, pero se enfoca en mayor medida al robustecimiento de los derechos sociales y programáticos reconocidos en las mismas, procurando a su vez la participación social en la toma de decisiones y el desarrollo económico-cultural de sus pueblos.

El modelo latinoamericano comenzó formalmente con la aprobación y promulgación de la Constitución de Colombia (1991), lo que desembocó en la réplica de otras naciones, como son: Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Por lo anterior, resulta evidente que la corriente latinoamericana del nuevo constitucionalismo es, de cierta manera, reciente, por lo que aún no ha terminado establecerse y se encuentra inmersa en un continuo golpeteo de movimientos sociales típicos de esta región.

Derivado de todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que el caso del Estado Mexicano oscila entre el modelo europeo y el latinoamericano, retomando de ambos lo que mejor se adecúa a las circunstancias socio-políticas del país. Lo anterior, enfocando sus esfuerzos, a partir de la reforma anteriormente mencionada, a la protección de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y a la interpretación mediante ejercicios de ponderación de los

²⁹¹ Comanducci, Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, en Carbonell, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México, UNAM, Editorial Trotta, 2009, p. 78.

principios que la misma contiene que, como se verá posteriormente, han influido en gran medida en la forma en que se interpreta el derecho a la vida y a la muerte.

3.3.2 Características del neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo puede ser entendido como el esquema teórico que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como una norma jurídica que integra un sistema de principios y valores que respaldan el derecho y, por consiguiente, al Estado y sus actividades.

Éste, busca explicar los textos constitucionales surgidos después de la Segunda Guerra Mundial y de la caída de los regímenes dictatoriales de los años setenta. Como se ha referido, se trata de Constituciones que no sólo precisan la separación de los poderes o sus competencias, sino que integran normas con contenido sustantivo que guían la actuación pública.²⁹²

Pretende identificar la forma de operar de las Constituciones materiales, las cuales comportan un efecto expansivo que permea todo el sistema jurídico. Por lo anterior, es importante resaltar la vinculación existente entre la Constitución y la moral, traducida materialmente a través de los derechos fundamentales. De esta forma se obliga a su cumplimiento tanto en sentido vertical, entre gobierno y gobernados, como en sentido horizontal, entre gobernados. Por lo anterior, se concede un sentido de eficacia jurídica, puesto que anteriormente las constituciones habían sido relegadas meramente como un instrumento político y no jurídico.

El constitucionalismo, tal como se ha entendido en las páginas precedentes, es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Sin embargo, esta corriente no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa

²⁹² Carbonell, Miguel, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 9 y 10, citado en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 18, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/4.pdf> el 06 de octubre de 2020.

metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con el positivismo.

Por lo anterior, Paolo Comanducci refiere la existencia de tres tipos de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico y metodológico.²⁹³

- Por el primero, a la aspiración de describir los logros de la constitucionalización, materializada a través de una Constitución invasora, que contiene la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, con omnipresencia de principios y reglas, y por la interpretación y aplicación de las normas constitucionales respecto del mismo ejercicio sobre las normas ordinarias. De esta forma, el neoconstitucionalismo como teoría representa una alternativa a la teoría iuspositivista tradicional. En particular del estatismo, legicentrismo y formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico, mismas que en la actualidad no parecen sostenibles.
- Por el segundo, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse de la ideología constitucionalista moderna, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal mientras que prioriza el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Por ello, no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. Subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales y, destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, actuación y garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

Comanducci también identifica que, en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre Derecho y moral. Por lo anterior, se muestra proclive a entender que subsiste una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la misma.

²⁹³ Cfr. Comanducci, *Op. Cit.*, nota 291, pp. 75-98.

- Por cuanto hace al tercero, no se refiere específicamente al método para estudiar dicho fenómeno, sino más bien a la precisión del objeto de estudio, ya que, si bien, en el positivismo metodológico el objeto lo era el derecho positivo, mismo que se consideraba como el único verdadero, a través de la negación entre el derecho y la moral; en el neoconstitucionalismo metodológico sucede lo contrario, se mantiene al derecho como un fenómeno sujeto de valoración e identificable en el mundo del deber ser, a través de una aspiración moral, y no sólo en el del ser, como defiende el positivismo metodológico.²⁹⁴

Los rasgos más sobresalientes del neoconstitucionalismo son:

- 1) Más principios que reglas;
- 2) Más ponderación que subsunción;
- 3) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos meramente relevantes, en lugar de espacio dejados a la opción legislativa o reglamentaria;
- 4) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador o reglamentaria; y, por último,
- 5) Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, principalmente, a las normas ordinarias.²⁹⁵

Respecto a las críticas a esta corriente, particularmente en relación a la vinculación entre derecho y moral, autores como Ferrajoli y Nuria Belloso²⁹⁶ evidencian el riesgo de que las Constituciones, al incorporar elementos morales y

²⁹⁴ Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 18, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/4.pdf> el 06 de octubre de 2020.

²⁹⁵ Belloso Martín, Nuria. El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, diciembre 2015, p. 24, consultado en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/6448> el 06 de octubre de 2020.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 25.

axiológicos, deriven en un neoconstitucionalismo de teólogos y no de juristas, por lo que sugieren evitar la moralización excesiva de la norma constitucional.

3.3.3 Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Una vez esbozados los parámetros del paradigma neoconstitucional, es momento de reconocer los elementos del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano es la corriente del derecho constitucional que se gestó a partir de la aprobación de las Constituciones de Colombia en 1991, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009.²⁹⁷ Este paradigma se cimienta en la organización del poder político, en su parte orgánica, y la categorización de derechos humanos, en su parte dogmática. A partir de este fundamento se ha pretendido innovar en cuanto a tres vertientes: el reconocimiento a la desatención a los derechos de grupos indígenas comúnmente ignorados o desprotegidos por el constitucionalismo moderno; la corrección de la ineficaz defensa de los derechos humanos; y la participación de la ciudadanía dentro de la toma de decisiones políticas para efecto de hacer efectivos los derechos políticos que se consagran en su favor.

Esta corriente, asume la teoría de la constitucionalización del ordenamiento jurídico de Guastini, sin embargo, no se termina en los aspectos relacionados a la dimensión jurídica del texto constitucional, sino que, centra su interés en la legitimidad democrática del mismo. De esta, se advierte una inclinación por la participación directa de los ciudadanos en las decisiones que de ella se derivan.²⁹⁸

²⁹⁷ Cfr. Gargarella, Roberto, Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, *Revista uruguaya de ciencia política*, vol. 27, núm. 1, junio 2018, Uruguay, p. 115, consultado en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-499X2018000100109 el 06 de octubre de 2020.

²⁹⁸ Benavides Ordóñez, Jorge, Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina, *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 5, 2016, p. 176, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5771477> el 07 de octubre de 2020.

Las características de identidad y originalidad del nuevo constitucionalismo latinoamericano son:

- a) La recuperación histórica del pasado de las naciones y los pueblos originarios
- b) la incorporación de principios que refieren una ética de la liberación fundada en los obreros, campesinos y pobres
- c) el reconocimiento de un Estado la pluriétnico e intercultural que se refleja en su diseño institucional y en el ejercicio de las funciones de gobierno
- d) la alternancia de un gobierno centralizado con formas de propiedad individual y colectivas, lo que implica el reconocimiento de la propiedad privada y comunitaria, y de sus respectivas formas de producción
- e) el replanteamiento de la democracia a través de nuevos mecanismos inclusivos de participación ciudadana
- f) un nuevo significado de la soberanía en clave popular, a través del constitucionalismo popular, proyectada hacia una estructura de poder fuerte que garantice la justiciabilidad de los derechos, así como la participación activa y continuada de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas fundamentales
- g) el replanteamiento del poder legislativo, ligado a los conceptos de ciudadanía y soberanía popular y
- h) la realización de la función social del proceso productivo, la comercialización y la economía.²⁹⁹

En definitiva, el elemento que distingue al nuevo constitucionalismo latinoamericano del neoconstitucionalismo europeo es la recuperación de la participación de la sociedad en la toma de decisiones del Estado, fortaleciendo así la identidad y vinculación de la soberanía popular y la Constitución.

En relación a ello, es innegable la relación existente entre el constitucionalismo mexicano y las corrientes anteriormente descritas. Si bien, no corresponden a ejercicios completamente voluntarios, sino también impuestos por

²⁹⁹ Guerrero Sotelo, Roxana Nayeli, *¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano? tendencias constituyentes y parlamentarias*, congreso REDIPAL virtual, México, mayo – septiembre de 2017, p. 13, consultado en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-X-2017/CRV-X-29-17.pdf> el 19 de octubre de 2020.

la sociedad internacional, lo cierto es que, poco a poco, se ha devenido la actualización del texto constitucional hacia los parámetros del nuevo constitucionalismo latinoamericano, a través de los mecanismos de control constitucional y la participación activa de su sociedad y, del neoconstitucionalismo, a través de todos los elementos mencionados con anterioridad.

3.4 Interpretación de los derechos de vida y muerte digna en el constitucionalismo mexicano

3.4.1 La interpretación del derecho a la vida frente al delito de aborto en la Ciudad de México

Es el caso que, en mayo de 2007, los entonces titulares de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y Procurador General de la República, promovieron acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas realizadas a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF), así como de la adición de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo, a la Ley de Salud para el Distrito Federal (LSDF), aprobadas por la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal y promulgadas por el entonces jefe de Gobierno del Distrito federal, mismas que fueron publicadas en la Gaceta Oficial de la entidad el veintiséis de abril 2007. Las demandas fueron radicadas bajo el expediente número 146/2007 y su acumulada 147/2007.

Esto se dio debido a que estas reformas permitieron el ejercicio de la terminación anticipada del embarazo hasta antes de las doce semanas de gestación en la ahora Ciudad de México, los conceptos de invalidez que arguyeron las autoridades mencionadas obligaron al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a interpretar y ponderar distintos derechos humanos, en lo particular, lo relativo al derecho a la vida.

En general, los conceptos de invalidez sostenidos por las autoridades promoventes versaban en puntos coincidentes, principalmente en una interpretación amplia del derecho a la vida que pretendía dotarle de un grado de superioridad por sobre los demás derechos.

La CNDH, argumentó que la vida debe ser considerada como un derecho imprescriptible del ser humano, por lo que inclusive cuando no esté reconocida expresamente en ningún texto jurídico, se trata de la esencia de la persona humana y por esa situación debe tomarse en consideración cuando se trata de discernir lo mejor para el ser humano, por lo que debía ser reconocida como fundamento del orden constitucional. Ello, supone el reconocimiento del derecho a la vida dentro del orden Constitucional de la época, que en lo general no ha cambiado, sin embargo, la Constitución Mexicana no hace mención expresa de ese derecho en ninguno de sus artículos.

Así, la CNDH argumentó que el derecho a la vida reconocido en la Constitución se debe proteger desde el momento de la concepción, fundamentando esta aseveración en el contenido del artículo 4o. constitucional, como marco de seguridad para la familia y la sociedad, para el bienestar físico y mental, para el adecuado desarrollo y la calidad de vida, precepto que también contiene los derechos de igualdad, salud, vivienda y alimentación.

De esta manera, la CNDH sostuvo que, si bien, la mujer tiene el derecho a la libertad personal y a la autodeterminación en cuanto a su proyecto de vida, en un ejercicio de ponderación debía prevalecer el derecho a la vida del producto, ya que sin vida no hay derechos. También argumentó que el derecho a la vida se encuentra reconocido en distintos instrumentos internacionales, como lo es la Convención de los derechos del Niño, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En lo particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos protegen el derecho a la vida y prohíbe que se prive arbitrariamente de ella. Por lo que argumentó que la privación de la vida del producto del embarazo no estaba justificada y, en su caso, debía ser considerada como un acto arbitrario, contraponiéndose directamente a los compromisos adoptados en el plano internacional.

Así mismo, la CNDH argumentó que la obligación para la implementación de la terminación anticipada del embarazo, en casos de urgencia, era contraria a los derechos de libertad del personal de salud, puesto que, mediante la objeción de

conciencia, se debe reconocer el derecho de oposición del objetor a la realización de actos que sean contrarios a sus normas morales.

Por otro lado, la Procuraduría General de la República (PGR), argumentó, de manera coincidente, que el derecho a la vida es el presupuesto indispensable, base y condición de todos los demás derechos. Dotándolo de un carácter primigenio entre los demás derechos humanos. Sobre esa línea de ideas, argumentó que la preservación de la vida resulta indispensable para que el ser humano se desarrolle, evolucione y se reproduzca; por lo que el Estado tiene la obligación de proteger directamente el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción y de fomentar el valor del respeto a la vida humana y a los derechos que de la propia existencia derivan.

Así, argumentó que la vida humana se inicia desde el momento mismo de la concepción y termina con la muerte, conforme a los supuestos y términos establecidos en el artículo 343 de la LGS.³⁰⁰

La PGR advirtió que el sistema jurídico constitucional mexicano tutela el derecho a la vida conforme a la interpretación de la prohibición de la pena de muerte, originalmente establecido en el artículo 14 y posteriormente trasladado al artículo 22 de la CPEUM. Reconoce que si bien, la Constitución no establece de manera expresa la protección del derecho a la vida del ser humano, de una interpretación sistemática de la misma se advierte que este derecho se encuentra reconocido implícitamente, por lo que cualquier iniciativa que pretenda justificar la privación de la vida de un ser humano debe ser considerada como inconstitucional.

Por su parte, la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal (ALDF) mediante informe requerido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, argumentó en defensa de las reformas aprobadas que, tratándose de derechos fundamentales, la interpretación constitucional debe orientarse por el principio pro

³⁰⁰ Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando: I. Se presente la muerte cerebral, o II. Se presenten los siguientes signos de muerte: a. La ausencia completa y permanente de conciencia; b. La ausencia permanente de respiración espontánea; c. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y d. El paro cardíaco irreversible. Véase. Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación 07 de febrero de 1984, texto vigente, última reforma publicada DOF 24-01-2020, p. 87, disponible en http://www.salud.gob.mx/cnts/pdfs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf

persona, esto es, buscar la solución que mejor responda a la vigencia de los derechos humanos.³⁰¹ Destacó que si bien, la vida es un derecho fundamental implícito en la Constitución, en ésta no se reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción, y, por el contrario, sí reconoce los derechos de libertad, dignidad, igualdad, integridad y salud, mismos que de ninguna manera están jerarquizados, por lo que no puede afirmarse que el derecho a la vida, al ser condición para ejercer otros derechos, sea superior.

De esta argumentación se desprende que el derecho constitucional a la vida en nuestro sistema constitucional no es absoluto, sino que, como todos los demás derechos, es susceptible de ceder frente a otros, pues no puede afirmarse su supremacía *a priori*, ya que, en todo caso, debe realizarse un ejercicio de ponderación en caso de conflicto. Reconoce que la vida es una característica genérica y no exclusiva del ser humano, por lo que sus parámetros deben ser calificados conforme a su relación con otros valores y derechos fundamentales que se aproximan más a la esencia del ser humano como lo son la libertad y la dignidad, por ser más específicos.

El hecho de que la vida sea condición necesaria para el disfrute y ejercicio de otros derechos no supone que tenga mayor jerarquía y que no deba ponderarse contra otros derechos fundamentales. El derecho a la vida es un derecho de las personas que se desprende de los artículos 1o., 4o., 5o., 14, 16 y 17 constitucionales.

De esta manera, la ALDF, argumentó que los derechos fundamentales no deben jerarquizarse, pues todos tienen el mismo rango constitucional, por lo que la determinación de cuál debe prevalecer en caso de conflicto debe decidirse a la luz de las circunstancias específicas del caso.

Derivado de lo anterior, tanto de las posturas sostenidas por los accionantes y las autoridades emisoras de las reformas en pugna, la SCJN consideró oportuno,

³⁰¹ Cfr. SCJN. *Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*. Sentencia de 28 de agosto de 2008, SCJN, 2008, p. 24, consultado en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=21469&Clase=DetalleTesisEjecutorias> el 20 de octubre de 2020.

debido a la amplitud y complejidad del tema, así como de las opiniones encontradas en los ámbitos científicos y jurídicos, desahogar diversas probanzas. Resulta evidente el interés del tribunal constitucional de allegarse de los mayores elementos y opiniones para resolver de la mejor manera. Así, mediante un ejercicio de constitucionalismo dialógico,³⁰² ordenó la celebración de diversas sesiones de comparecencia, a fin de que las asociaciones o agrupaciones, al igual que los particulares, que desearan exponer sus puntos de vista en relación con el tema, manifestaran sus ideas en audiencia pública. Circunstancia que, pese al contexto histórico-jurídico de su momento, sin duda refleja un acercamiento hacia el paradigma del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Hecho lo anterior, la resolución de la SCJN, en lo conducente a la presente investigación se planteó las siguientes preguntas ¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana? Y, en su caso, ¿es constitucional la disposición de este derecho?

En este sentido, reiteró que “[...] de una primera lectura de la Constitución mexicana no es posible establecer de manera expresa en ninguna parte de la misma el establecimiento de un derecho específico a la vida, el valor de la vida, o alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene una específica protección normativa a través de una prohibición o mandato dirigido a las autoridades del Estado”.³⁰³ Sin embargo, consideró que no es necesaria la existencia expresa de este derecho, ya que sin la existencia del derecho a la vida no tiene cabida ningún otro derecho.

De esta manera, de la afirmación de que la vida sea una condición necesaria para la existencia de otros derechos no puede válidamente concluirse que deba

³⁰² El constitucionalismo dialógico es una alternativa institucional que busca fomentar la participación de la ciudadanía dentro de las decisiones de los poderes del estado, a través de la escucha activa de las voces que integran los distintos sectores de la sociedad en un Estado. Cfr. Córdova Vinuesa, Raúl, Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXI, Bogotá, 2016, p. 254, consultado en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/32788/29754#:~:text=El%20constitucionalismo%20dial%C3%B3gico%20es%20una,dial%C3%B3gicos%20e%20incluyentes%20para%20el%20de%20octubre%20de%202020>.

³⁰³ Cfr. SCJN, *Op. Cit.*, nota 301, p. 68.

considerarse como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos. Es lógico concluir que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero no deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho.

Los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de una moral fundamental del Estado. De tal forma que la SCJN reconoció, conforme a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, que estos derechos no son absolutos, sino que todos los preceptos de la Constitución son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás y que, en su caso, deberían modularse conforme al caso en particular para efecto de potenciar su aplicación.

Lo anterior, apoya la hipótesis planteada en la presente investigación, toda vez que se evidencia que si el derecho a la vida se encontrara reconocido expresamente en la Constitución éste sería, de cualquier forma, un derecho relativo y, en consecuencia, tendría que ser un derecho armonizable con otro conjunto de derechos, y nunca superior.

Ahora bien, desde el campo de la disciplina bioética –tema abordado en el segundo capítulo-, la postura adoptada por los accionantes corresponde a una postura de bioética personalista, que pretende dotar a la vida de un valor sagrado e intocable, sosteniendo una retórica sustentada en la bioética de máximos, aduciendo la adopción de valores morales injustificadamente impuestos a la sociedad; sin embargo, la SCJN adopta una postura principialista, más armonizada con nuestro sistema jurídico casuístico, en cuanto a que, como se ha sustentado durante el desarrollo de la investigación, todos los principios jurídicos y morales deben ser adecuados al caso en particular y ninguno goza de mayor jerarquía frente a los otros. Óptica que, como se podrá advertir, guarda directa relación con la forma en que se debe interpretar el derecho a la vida frente al de muerte digna, mediante la muerte médicamente asistida.

Adicionalmente respecto a la privación de la vida, la SCJN refiere que si la intención del órgano de reforma de la Constitución hubiera sido establecer algo tan relevante como un derecho general y absoluto a la vida, lo hubiera establecido de manera expresa y no hubiera dejado lugar a suposiciones y especulaciones sobre

la pena de muerte. Por lo que no es posible partir de suposiciones incorrectamente reductivas, o elaborar las mismas a partir de una conclusión previamente formulada.

De esta forma, en el plano internacional el derecho a la vida no se establece ni reconoce como un derecho absoluto, en la medida en que los propios tratados contemplan la pena de muerte y en algunos casos establecen o aceptan la posibilidad de afectar ese derecho, siempre y cuando se haga por los procedimientos adecuados, sin excesos y sin causar sufrimiento innecesario. Por ello, el derecho a la vida establecido en el derecho internacional no puede ser considerado de ningún modo como absoluto ya que la normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuándo la privación de este derecho fundamental es lícita.

La SCJN interpretó las normas internacionales que protegen el derecho a la vida, reconociendo que éstas en general consagran respecto a este derecho dos tipos de garantías:

- Una garantía genérica, que prohíbe la privación arbitraria de la vida y;
- Otra que contiene algunas más específicas que restringen la aplicación de la pena de muerte al cumplimiento de algunos requisitos y supuestos, así como la inclinación hacia la abolición gradual y no reincorporación de ésta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "en esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna".³⁰⁴ Por ello, se evidencia que el derecho a la dignidad humana es un pilar trascendente en la discusión respecto de la justificación a la privación de la vida.

De esta forma, la SCJN concluye que la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promoverla y desarrollar

³⁰⁴ Cfr. Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, en Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 21: derecho a la vida, Costa Rica, CIDH, 2018, p. 5, consultado en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf> el 12 de octubre de 2020.

condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.

De este modo, se confirma la cuanto postura sostenida en la presente investigación en a que, no es posible fundamentar constitucional o internacionalmente un mandato de penalización de la afectación al derecho a la vida, o que justifique una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico, en el caso analizado por la SCJN relativo al aborto, pero que bien puede ser adoptado respecto al homicidio por piedad y el suicidio asistido considerados en los artículos 166 Bis 21 de la LGS y 312 del Código Penal Federal (CPF), disposiciones que serán analizadas más adelante.

Aunado a ello, el tribunal constitucional también hace énfasis en que no es posible jurídicamente sostener la existencia de conductas malas en sí mismas, sino sólo conductas prohibidas, por lo que no se puede afirmar que la privación de la vida sea por sí algo malo, sino que debe estar justificada. Penalmente se entiende como una conducta considerada perjudicial socialmente, pero no es posible aceptar de ningún modo la existencia de una obligación prejurídica o que, encontrándose más allá del mismo derecho, determine cuáles son las conductas que debieran estar penalizadas en un momento histórico determinado, lo cual, también es un rasgo de una postura bioética principialista y de mínimos. De ello, la SCJN explica que la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte.

De este modo, al no encontrar ningún mandato constitucional específico para la penalización de todas estas conductas, es posible concluir que el derecho a la vida, no se encuentra contemplado expresamente en la Constitución mexicana, pero sí dentro de diversos tratados vinculantes al Estado mexicano;³⁰⁵ sin embargo, no es contraria al bloque de constitucionalidad la disposición del derecho a la vida, sino que, en su caso, debe ajustarse a los parámetros de aplicación suficientes para justificar su privación, como por ejemplo que la disposición de este derecho sea

³⁰⁵ Como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Cfr.* SCJN, *Op. Cit.*, nota 301, p. 70.

resultado de un procedimiento parajurídico que permita ratificar la voluntad de la persona y la calificación de las circunstancias particulares en que se encuentra, conforme a los principios de la corriente del principialismo bioético, que sustenta la presente investigación.

Por lo anterior, es preciso reiterar que el argumento de que el derecho a la vida es el máximo principio establecido en los derechos humanos y que, como tal, no puede ser agraviado en ningún sentido, es falso, o al menos infundado. Por lo que en relación a la presente investigación, desde un punto de vista jurídico y bioético, es posible reconocer el derecho a disponer de la propia vida, siempre que se establezca un parámetro que justifique su ejercicio, toda vez que, como se verá más adelante, la restricción injustificada de la disposición de la propia vida resulta más invasiva a la esfera de derechos de las personas que la regulación del ejercicio de la muerte médicamente asistida.

3.4.2 La interpretación al derecho a la muerte digna

Conforme a la teoría de los derechos humanos emergentes, anteriormente analizada en la presente investigación, es posible establecer que el derecho a la muerte digna, específicamente en su modalidad de muerte médicamente asistida no es en sí un derecho creado, sino una desagregación novedosa de la interpretación armónica de los derechos de dignidad humana, vida digna, libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad.

Partiendo de una análisis teleológico que sustenta la afirmación anterior, se analizará la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, resuelta por la SCJN en septiembre de 2018. En este expediente los conceptos de invalidez manifestados por la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de Derechos Humanos orillaron al tribunal constitucional a abordar diversos temas relacionados con la Constitución Política de la Ciudad de México, promulgada el 5 de febrero de 2017. En lo relacionado con la presente investigación se discutió respecto a la naturaleza del reconocimiento a los derechos novedosos, aun cuando éstos no se encuentren contenidos en la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo relativo al derecho a la muerte digna.

Uno de los argumentos en contra de la validez de lo acordado por el constituyente de la Ciudad de México, sostiene que al establecer un catálogo de derechos humanos a nivel local, la Constitución de la Ciudad de México incurrió necesariamente en una alteración o modificación indebida del parámetro de regularidad constitucional, pues corresponde en exclusiva al Poder Revisor de la Constitución Federal y al Presidente y al Senado de la República sancionar y reconocer derechos humanos de aplicación en toda la unión. De esta manera, afirmaban que los derechos humanos, dada su universalidad, tienen que ser únicos y unívocos en todo el país, por lo que era inconstitucional el reconocimiento *in extenso* de distintos derechos humanos.

La SCJN estableció que no se adentraría en la discusión filosófica y doctrinaria acerca de si los derechos humanos realmente pueden ser “creados” por el derecho positivo o si, en cambio, dada su preexistencia al orden constitucional, únicamente pueden ser “reconocidos” por aquél. Sin embargo, sí estableció que al referirse al término de creación, se refiere a todo aquel reconocimiento, conceptualización o desarrollo en la Constitución local de derechos subjetivos que no estén reconocidos expresa o implícitamente en el parámetro de regularidad constitucional.

Así mismo, determinó que, contrariamente a lo que se afirmó en la demanda, ese tribunal constitucional nunca se ha pronunciado en el sentido de que las entidades federativas tengan prohibido referirse al parámetro de regularidad constitucional en sus constituciones locales. Atendiendo a que las entidades federativas no pueden afectar el contenido esencial de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y, por consiguiente, también tienen vedado introducir en sus respectivas leyes definiciones específicas respecto de un derecho fundamental cuyo contenido y alcance ya estén delimitados por las normas que integran el parámetro de regularidad constitucional, sin embargo, sí pueden desarrollar e incluso ampliar el contenido de un derecho humano previsto en el

parámetro de regularidad constitucional, siempre que no vulnere lo expresamente establecido en la Constitución.

En contra sentido, si una disposición federal, local o municipal vulnera los derechos humanos del parámetro, o condiciona de algún modo la vigencia de los mismos en el orden respectivo, ello acarrearía inevitablemente su invalidez. A su vez, precisa que no toda norma general de carácter secundario que esté relacionada con los derechos humanos altera o vulnera por ese simple hecho el parámetro de regularidad constitucional y debe ser invalidada.

La SCJN sostiene que la existencia de un derecho fundamental no otorga competencia exclusiva a un determinado orden de gobierno para su reglamentación, salvo que exista disposición expresa que así lo determine, como lo establecido en el artículo 124 constitucional, en cuanto a la competencia expresa del orden federal para legislar sobre una materia determinada.

Reconoce también que uno de los propósitos manifiestos de las conocidas reformas al artículo 1 constitucional publicadas el diez de junio de 2011, fue colocar a la persona humana en el centro del ejercicio del poder público de nuestro país y, con ello, poner al orden jurídico mexicano en sintonía con los estándares internacionales en derechos humanos, por ello, las normas de rango máximo en nuestro sistema jurídico ya no serían únicamente aquellos derechos fundamentales tradicionalmente denominados “garantías individuales” y plasmados en el texto de la Constitución Federal, sino también todos los derechos humanos reconocidos en los múltiples instrumentos internacionales de los que México forme parte.

Una de las consecuencias más relevantes de esta reforma constitucional es que actualmente existe una cantidad mucho mayor de las normas de jerarquía suprema en el orden constitucional mexicano, traducidas en derechos subjetivos que se encuentran formulados como principios y cuya implementación e interpretación a nivel interno es apenas primitivo, puesto que se encuentra en constante transformación derivado del desarrollo natural del sistema jurídico.

De esta forma, el tribunal constitucional, retomando la teoría de los derechos fundamentales reconoce la distinción anteriormente establecida respecto a los principios y reglas. Reiterando que los principios son normas jurídicas que se

distinguen de las reglas primordialmente por tener un mayor nivel de abstracción, mientras que las reglas tienen condiciones de aplicación o materialización razonablemente definidas o delimitadas. Por ello, los principios se deben desarrollar poco a poco, conforme a su sentido de mandatos de optimización a través de la interpretación que de ellos lleven a cabo los distintos operadores jurídicos. Por otro lado, su cumplimiento admite gradualidad y, en consecuencia, válidamente puede ser maximizado o potenciado mediante otras normas jurídicas más concretas.

Otra consecuencia de esta reforma fue que al limitado número de derechos fundamentales ya respaldados por décadas de abundante desarrollo legal y jurisprudencial en el país, se sumaron de golpe numerosos derechos subjetivos de formulación más abstracta y, como es lógico, prácticamente sin desarrollo normativo o jurisprudencial a nivel nacional.

Derivado del cúmulo de principios a que se hace mención, derivan dos implicaciones; en primer lugar, su contenido, alcances y condiciones específicas de aplicación o materialización en la variedad de contextos de nuestro país, no han quedado completamente definidos en la Constitución ni en los instrumentos internacionales, puesto que como se ha explicado, se trata de normas jurídicas de rango máximo que deben ser “optimizadas” por otras normas jurídicas más específicas, a través de leyes, reglamentos, actos administrativos, o sentencias, para adquirir plena eficacia en su realización; en segundo lugar, los derechos humanos frecuentemente tienen la posibilidad jurídica de cumplirse en un grado mayor dependiendo del contexto, desde esta perspectiva, los derechos humanos también representan estándares mínimos cuyo grado de cumplimiento o consecución en un determinado contexto puede ser ampliado o potenciado por otras normas jurídicas más concretas.

Por lo anterior, es posible concluir que sí es posible el reconocimiento de nuevos derechos humanos, mediante la ampliación de su interpretación, pese a que no estén expresamente establecidos en la Constitución Federal, sin embargo, estos no pueden, de ninguna forma, contraponerse al parámetro de regularidad constitucional vigente. Por lo tanto, un acto legislativo, reglamentario o jurisdiccional que implemente tal derecho humano puede válidamente expandir o potenciar sus

posibilidades de materialización y, en consecuencia, aumentar su grado de cumplimiento en comparación con el mismo derecho en otro contexto.

De esta forma, considerando que el derecho a la vida no es un derecho absoluto ni jerárquicamente superior a los demás, es posible reconocer en mayor amplitud los derechos de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad para reconocer a la MMA como una modalidad del derecho a la muerte digna, toda vez que este reconocimiento no se opone a los estándares mínimos que representan los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y los tratados internacionales. Contrario a las posturas conservadoras que argumentan la inconstitucionalidad de la disposición de la propia vida, teóricamente no se identifica impedimento alguno. En su caso, es necesaria una aproximación casuística para determinar la supuesta vulneración al parámetro de regularidad constitucional.

La muerte digna, como derecho humano, no se encuentra explícitamente reconocida en la Constitución Federal, sin embargo, es posible identificarla a través de una interpretación armónica de sus artículos 1º, párrafo primero, referente a la dignidad humana y 4º, párrafo cuarto, relativo al derecho a la salud, en cuanto a que de éstos se puede afirmar que la dignidad abarca todos los elementos de la existencia humana, incluyendo su muerte.

Lo anterior, se sustenta conforme fue advertido por el Constituyente de la Ciudad de México, en el artículo 6, apartado A, numeral 2, de la Constitución de esa entidad federativa que estableció que “[...] [l]a vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna”.³⁰⁶

La porción normativa anterior fue impugnada por la PGR en virtud de que, a su criterio, transgredía los artículos 4º, párrafo cuarto, y 73, fracción XVI, de la Constitución Federal que regulan, el derecho a la salud y la facultad del Congreso de la Unión para legislar en toda la República en materia de salubridad general.

³⁰⁶ Constitución Política de la Ciudad de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación 05 de febrero de 2017, texto vigente, p. 24, consultada en http://www.infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf el 14 de octubre de 2020.

Esta postura se fundamentó en que la doctrina ha sido escrupulosa en establecer que el concepto de “muerte digna” comprende dos instituciones: la eutanasia o muerte médicamente asistida y el suicidio asistido, entendido como el auxilio, mediante la proporción de los medios necesarios, para que el enfermo en situación terminal sea quien cometa el acto que, consecuentemente, terminará con su vida.

Así mismo, señaló que la Ley General de Salud vigente prohíbe expresamente el ejercicio de la muerte médicamente asistida y del suicidio asistido e, inclusive, el artículo 312 del Código Penal Federal tipifica el delito de auxilio o inducción al suicidio, de tal forma que a criterio de la PGR, el reconocimiento del derecho a una muerte digna abre la posibilidad de permitir la eutanasia y el suicidio asistido, lo que deriva en su inconstitucionalidad debido a que, implícitamente, regula una autorización para que los médicos tratantes y/o cualquier persona, así como los pacientes en situación terminal o sus familiares lo interpreten en el sentido de que les permite, a los primeros, practicarla y, a los segundos, solicitarla.

En defensa de la porción normativa analizada, el Constituyente de la Ciudad de México, sostuvo que no se pretendía autorizar su ejercicio, sino únicamente reconocer este derecho como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

Por lo anterior, la SCJN desestimó la afirmación de la PGR, y reconoció que la intención de la porción normativa objetada, apoyó que el concepto de vivir con dignidad comprende también la muerte digna. Estableciendo que, *de iure*, ambos extremos están protegidos por el principio de autodeterminación personal y el libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior en virtud de que no advirtió que se pretendiera regular una institución en específico como lo son la muerte médicamente asistida y el suicidio asistido.

De esta forma, la SCJN conforme a un análisis doctrinario interpretó el derecho a la muerte digna como una forma de buen morir, que no necesariamente involucra una muerte rápida, acelerada o anticipada, sino con la utilización de todos los medios que se encuentren disponibles para conservar la dignidad de la persona respetando sus valores individuales, evitando excesos que produzcan daño y dolor. A mayor abundamiento, citó a la Organización Mundial de la Salud en cuanto a que

estableció que uno de los elementos esenciales de la buena muerte es “[...] la ausencia del dolor que domina la mente del enfermo y lo puede incapacitar física y mentalmente para lograr los objetivos que se haya propuesto alcanzar antes de morir.”³⁰⁷, lo que le ha servido para concluir que esa circunstancia vincula a los médicos a no presentar excusas para emplear todos los métodos disponibles a su alcance para controlar adecuadamente el dolor.

De igual manera, reconoció que entre los temores del enfermo terminal se encuentran, entre otros, el morir sometido a síntomas insoportables, en el aislamiento social y la degeneración, así como la falta de fondos y recursos materiales para su asistencia adecuada, por lo que para respetar y proteger su dignidad en todos los aspectos se estima necesario adoptar medidas que aseguren y garanticen, entre otras cuestiones: el acceso a cuidados paliativos como un derecho de acceso equitativo, la cooperación entre todas las personas y profesionales implicados en la asistencia del moribundo o la persona en fase terminal, el desarrollo y mejora de los estándares de calidad en los cuidados del enfermo terminal o moribundo, que la persona en fase terminal o moribunda reciba un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos, y que los profesionales sanitarios reciban formación para proporcionar una asistencia médica, de enfermería y psicológica a cualquier enfermo terminal o moribundo, en el seno de un equipo coordinado y según los estándares más altos posibles.

Por lo anterior, es evidente que el tribunal constitucional interpreta en un sentido amplio el derecho a la muerte digna, estableciéndolo no únicamente como el ejercicio de la muerte médicamente asistida o el auxilio al suicidio, sino que otorga preeminencia al acceso a los cuidados paliativos para efecto de mitigar el dolor del enfermo terminal. En este sentido, la presente investigación no pretende negar los beneficios y la preeminencia de este tipo de cuidados previo a la elección del ejercicio de la muerte médicamente asistida. No obstante, es pertinente señalar que

³⁰⁷ Organización Mundial de la Salud, *Alivio del dolor y tratamiento paliativo en el cáncer. Informe de un Comité de Expertos de la OMS*, Organización Mundial de la Salud, Serie de Informes Técnicos, Ginebra, mil novecientos 1990, p. 58, consultado en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41759/WHO_TRS_804_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y el 14 de octubre de 2020.

incluso, para el caso de los enfermos en situación terminal que, renunciando a su tratamiento o no, les sean aplicados medicamentos paliativos pueden seguir sufriendo de otras formas tales como “[...] dolor, fatiga, vómito, depresión, decaimiento, cansancio, convulsiones, hemorragia, insomnio, sufrimiento, angustia y malestar [...]”³⁰⁸

En tal sentido, la SCJN concluyó que será hasta que el poder legislativo de la Ciudad de México promulgue la norma ordinaria que regule el derecho a la muerte digna, se podrá verificar si se viola o no alguna competencia exclusiva de la Federación, situación que hasta el término de esta investigación no ha sucedido.

Así mismo, por unanimidad, la SCJN concluyó que esta resolución, no se debe considerar como un pronunciamiento respecto a la constitucionalidad de la muerte médicamente asistida y el suicidio asistido. Lo anterior, toda vez que, en el fondo, el estudio se enfocó en la validez respecto a la competencia del constituyente de la Ciudad de México para regular esa materia, no obstante, conforme a la corriente neoconstitucionalista adoptada por el Estado mexicano, será posible en un futuro interpretar y ponderar los derechos de vida digna y muerte digna para establecer su constitucionalidad.

Pese a lo anterior y al consenso de la resolución analizada, el Ministro, ahora en retiro, José Ramón Cossío Díaz pronunció un voto particular y concurrente. En éste, sostuvo que pese al consenso, consideró que la porción normativa sí constituía una invasión a la esfera de competencias de la Federación puesto que es un criterio de salubridad general y que, de los debates del Constituyente originario de la norma analizada se podía establecer la intención de un derecho a la muerte médicamente asistida.

De lo anterior, es importante remarcar que, pese a que la SCJN no analizó la constitucionalidad del ejercicio a la muerte médicamente asistida, tampoco determinó la existencia de un impedimento expreso conforme al parámetro de

³⁰⁸ García García, Mari Carmen, Paliativos. Ventajas, inconvenientes, indicaciones, contraindicaciones y usos clínicos de la vía subcutánea, *Revista Electrónica de PortalesMedicos.com*, agosto 2015, consultado en <https://www.revista-portalesmedicos.com/revista-medica/paliativos-ventajas-inconvenientes-indicaciones-contraindicaciones-usos-clinicos-via-subcutanea/> el 14 de octubre de 2020.

regularidad de constitucionalidad. Contrariamente, advirtió que el derecho a la muerte digna es un derecho reconocido en por el Estado Mexicano y, como tal, puede ser ampliado su ejercicio, a través de la muerte médicamente asistida, lo que confirma la hipótesis sostenida en la presente investigación.

3.5 La muerte médicamente asistida como modalidad de muerte digna

3.5.1 Su ponderación frente al derecho a la vida

Como se ha visto, conforme a la teoría desarrollada por Robert Alexy, la ponderación es el ejercicio que debe realizarse en los casos en los que suceda una colisión de principios, puesto que este mecanismo argumentativo, *in abstracto*, sirve para establecer de la manera más objetiva posible, un valor tasable sobre los principios constitucionales. A mayor desarrollo, Alexy determina que la ley de ponderación puede descomponerse en tres pasos:

- 1) Debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio
- 2) Debe comprobarse la importancia de la realización del principio contrario y,
- 3) Debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.³⁰⁹

Conforme a ello y para efecto de admitir teóricamente la pertinencia de que, en el caso de los enfermos en situación terminal que soliciten el ejercicio de la muerte médicamente asistida –como condición de precedencia básica-, es posible determinar casuísticamente la condición de mayor validez del derecho a la muerte digna, en su modalidad de MMA, frente al derecho a la vida, se analizarán los pasos propuestos conforme a la ley de ponderación.

Por cuanto hace a la constatación del grado de incumplimiento o perjuicio del principio de muerte digna en su modalidad de MMA –contemplado en el inciso 1) de los propuestos por Alexy-, ha quedado demostrado que en el parámetro de regularidad constitucional actual este derecho se encuentra reconocido en el Estado Mexicano, no así la modalidad de MMA, puesto que existen normas ordinarias que

³⁰⁹ Alexy Robert, Derechos fundamentales y racionalidad, en el Carbonell, Miguel (coord.) y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, México, UNAM, Editorial Trotta, 2010, p. 112.

sancionan su ejercicio. Teóricamente, dicha restricción representa un perjuicio de la aplicación de este principio, en virtud de que, las normas ordinarias que prohíben su aplicación se encuentran supeditadas al orden constitucional vigente, mismo que la SCJN ha reconocido que no se contrapone frente al derecho de la muerte digna.

Por otro lado, respecto a la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario —contemplado en el inciso 2) de los propuestos por el mismo autor—, resulta evidente que sin el derecho a la vida ningún otro derecho podría ser ejercido, no obstante, por cuanto hace a su estructura normativa, como principio no se le puede reconocer ningún grado de jerarquía superior frente a los demás, por el contrario se identifica que, en ciertas situaciones, este derecho puede ceder frente a otros, tal y como fue referido en el análisis teleológico de la interpretación de la muerte digna.

Por tanto, es preciso analizar si la realización del derecho a la vida justifica la prohibición extensiva de la disposición de la misma —contemplado en el inciso 3) de los propuestos por el mismo autor—. Para ello, es necesario recordar que el derecho a la vida comprende en esencia dos aspectos: 1) no ser privado de la vida arbitrariamente y 2) el derecho a una vida digna. Como se ha visto, dentro del parámetro de regularidad constitucional no existe una prohibición extensiva a la privación de la vida, sino que requiere que ésto no sea resultado de un acto arbitrario, sino mediante procedimientos que justifiquen la toma de esa decisión.

No resulta sencillo aceptar que, jurídicamente, la vida no es el principio máximo en cuanto a la teoría de los derechos fundamentales, puesto que ninguno lo es, si acaso, lo trascendente son las condiciones en que esta vida es vivida, y no sobrevivida. De la idea de que la dignidad de la vida es un elemento de mayor trascendencia que el de la privación de la misma, para el caso de los enfermos en situación terminal, es posible que la calidad de digna ya haya abandonado la vida que se mantiene.

El concepto de dignidad, como se ha visto, es subjetivo puesto que lo que para algunos puede parecer indigno para otros no. Sin embargo, conforme a la bioética de mínimos, en relación a la muerte digna, es posible establecer como parámetro el concepto de la muerte de alta calidad que, como se ha mencionado,

establece que la mayoría de las personas quisieran morir sin dolor; inconscientes o durmiendo; de manera rápida, aunque no por accidente; acompañados por familiares o amigos íntimos; a edad preferentemente avanzada, en casa, sin estigma, y con bajo coste para los demás.

El Estado Mexicano ha interpretado hasta el momento el derecho a la muerte digna únicamente como la renuncia a tratamientos infructíferos (eutanasia pasiva) y la aplicación de cuidados paliativos, con la finalidad de mitigar el dolor pero con consecuencias, a veces, igual de graves.

De ninguna manera, se pretende negar que el principio consagrado en el derecho a la vida es un bien esencial, sin embargo, la valorización que hasta el momento se ha sostenido respecto a la disposición de la propia vida, a través de la intervención de un médico ha sido injustamente reprochada de perjudicial. Ello responde a una postura bioética de máximos, que pretende imponer en la sociedad un catálogo de valores maximizado que impide el desarrollo de la disciplina jurídica en la necesaria relación a la disciplina bioética.

Reiterando lo sostenido con anterioridad, si se confiere un valor moral absoluto a la vida humana, la voluntad del paciente carece de relevancia y el conflicto se resuelve en virtud de los principios de no maleficencia y beneficencia, negando el derecho a rechazar el tratamiento médico o a la aplicación de la MMA solicitada. Por el contrario, si se entiende que la dignidad del individuo en el desarrollo de su vida conlleva el respeto a su derecho de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, el conflicto se resuelve, en virtud del principio de autonomía, aceptando el derecho a rechazar el tratamiento o la aplicación de la MMA solicitada.

Por lo anterior, se debe concluir que la importancia en la realización de manera extensiva del derecho fundamental a la vida, no justifica la restricción al ejercicio de la muerte digna, en su modalidad de MMA. Lo anterior es así ya que, constitucionalmente, no existe una restricción expresa ni teórica que impida la coexistencia armónica de ambos principios, por el contrario, la restricción a la disposición de la propia vida representa una limitación injustificada frente a la voluntad de los enfermos en situación terminal que se encuentren en aptitudes de

tomar esa decisión. Por ello, en el caso, se debe reconocer la condición de mayor validez del derecho a la muerte digna, en su modalidad de MMA frente al derecho a la vida.

3.5.2 Test de proporcionalidad de la muerte médicamente asistida

Hecho lo anterior, reiterando la igualdad jerárquica de los derechos humanos, la posibilidad de su violación derivó en la creación de distintos métodos argumentativos y de reflexión para decidir, de manera casuística, si un acto es o no violatorio de derechos humanos. Entre estos métodos, destaca el denominado test o principio de proporcionalidad, cuyo origen se encuentra en la tradición jurídica alemana.

Esta herramienta argumentativa, expuesta por Robert Alexy, fue importada a México, sin embargo, no se incorporó de manera expresa en la norma constitucional, ni fue elevada a la categoría de derecho fundamental, sino que se adoptó como método de argumentación judicial.

De esta manera, en nuestro sistema jurídico la aplicación de este método argumentativo ha sido desarrollada mediante criterios aislados y jurisprudenciales, de los que se reconoce que su utilización no es una obligación para los juzgadores,³¹⁰ pero establece los grados de escrutinio que deben seguirse para determinar la inconstitucionalidad de un acto que puede vulnerar derechos humanos, los cuales son:

- 1) Identificación de una finalidad constitucionalmente válida;³¹¹
- 2) Examen de la idoneidad de la medida legislativa;³¹²

³¹⁰ Cfr. Tesis: 2a./J. 10/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, febrero de 2019, SCJN.

³¹¹ Cfr. Tesis: 1a. CCLXV/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN.

³¹² Cfr. Tesis: 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN.

- 3) Examen de la necesidad de la medida legislativa³¹³ y;
- 4) Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa.³¹⁴

Por cuanto hace al primero de los grados de escrutinio, implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. En el segundo grado de escrutinio, debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En el tercer grado de escrutinio, corresponde al análisis de si la medida legislativa es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. El cuarto grado de escrutinio, consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en el caso concreto.

En lo particular, se analizarán las porciones normativas establecidas en los artículos 166 Bis 21 de la Ley General de Salud vigente, con relación al 312 del Código Penal Federal, ambas disposiciones restrictivas y prohibitivas del ejercicio de la MMA en el Estado Mexicano, frente al derecho a la muerte digna, en la modalidad antes descrita.

Para efecto de lo anterior, es imperante establecer, *in extenso*, lo que estos artículos señalan: el artículo 166 Bis 21 de la LGS establece que “[...]queda prohibida, la práctica de la eutanasia, entendida como homicidio por piedad así como el suicidio asistido conforme lo señala el Código Penal Federal, bajo el amparo de esta ley[...].”³¹⁵ y el artículo 312 del CPF establece que “[...] [e]l que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a

³¹³ Cfr. Tesis: 1a. CCLXX/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN.

³¹⁴ Cfr. Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN.

³¹⁵ Artículo 166 Bis 21, Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1985, texto vigente, última reforma publicada DOF 08 de noviembre de 2019, p. 78, consultada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_081119.pdf el 17 de octubre de 2020.

cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años.”³¹⁶

Establecidos los artículos objeto de análisis de este ejercicio de proporcionalidad, conforme al primer grado de escrutinio del test de proporcionalidad, se debe analizar si estas medidas legislativas persiguen una finalidad constitucionalmente válida, logran en algún grado la consecución de su fin, y no limitan de manera innecesaria y desproporcionada el derecho a la muerte digna.

En este sentido, es evidente que la suma de ambas medidas legislativas persiguen como finalidad la protección de la vida de los enfermos en situación terminal, lo cual conforme al parámetro de regularidad constitucional actual es una finalidad válida, sin embargo, ambas nociones parten de un principio de preeminencia del derecho a la vida por sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación y el reconocimiento del derecho a la muerte digna, situación que ha sido rebasada tanto en el plano teórico como en el práctico. A efecto de agotar el test de proporcionalidad, es pertinente continuar con el siguiente grado de escrutinio para develar si existen alternativas que permitan hacer efectivo este derecho.

De conformidad con el segundo grado de escrutinio, conviene ahora analizar si las medidas legislativas alcanzan en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, las porciones normativas observadas alcanzan la finalidad perseguida por el legislador de que nadie pueda ser privado de la vida, por suicidio o con su autorización.

Acorde al tercer grado de escrutinio, es pertinente realizar un examen de la necesidad de las medidas legislativas analizadas. Lo anterior, implica corroborar, en primer lugar, la existencia de otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Por ello, es

³¹⁶ Artículo 312, Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, texto vigente, última reforma publicada DOF 01 de julio de 2020, p. 242, consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Penal_Federal.pdf el 17 de octubre de 2020.

preciso establecer que no existen alternativas a las porciones normativas analizadas, puesto que niegan de manera categórica el ejercicio del derecho a la muerte digna, en la modalidad de MMA. Lo anterior supone que no es posible encontrar, en el catálogo de normas ordinarias una medida que intervenga con menor intensidad a la restricción del ejercicio de la MMA.

En la última fase del escrutinio se debe realizar un examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa, mediante la ponderación entre los beneficios que cabe esperar de la limitación establecida en las porciones normativas señaladas conforme a los fines que persiguen, frente al costo que correlativamente producen sobre el derecho a la muerte digna. Es necesario señalar que, las medidas legislativas en pugna sólo se consideran constitucionales si el nivel de realización del fin constitucional es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental.

En el caso, las medidas legislativas analizadas establecen una prohibición sobre la disposición de la propia vida, por lo que representan una intervención intensa al derecho a la muerte digna, por tanto, para ser considerada constitucional se debe justificar esta limitación conforme a los daños graves asociados al ejercicio del derecho en pugna. En este sentido, la resolución de la constitucionalidad de las porciones aludidas debe girar en torno a la pregunta de si ¿Puede la disposición de la propia vida generar un daño grave que deba ser limitado?

Como se ha visto, el derecho a la vida como requisito *sine qua non* del ejercicio de otros derechos no es superiormente jerárquico a los demás, además de que se ha sostenido que una vez que un individuo adquiere el grado de persona sujeto de derechos humanos, el derecho a la vida se debe proteger en contra de las consecuencias de los actos arbitrarios y procurar el desarrollo de su vida conforme a parámetros mínimos que puedan dotar de dignidad el transcurso de la misma. El problema radica en el riesgo que supone el legislador generaría la permisión por parte del Estado del ejercicio de la MMA, como modalidad de la muerte digna, sin embargo, considerando que esta limitación parte de la aseveración de que las personas no podrán disponer de su vida o nadie podrá auxiliarles en la terminación de la vida, lo cual es un error.

En el caso de los enfermos terminales la idea del suicidio aparece como consecuencia del impacto de la situación socio-económica que afecta en sus pensamientos y decisiones. En el caso de Inglaterra, en el 2014, un 7% de los pacientes que se suicidaron reportaron una enfermedad terminal.³¹⁷ Por el contrario, en los lugares donde la MMA no es legal, algunos pacientes con cáncer terminal que desean terminar su sufrimiento expresan su autodeterminación y autonomía escogiendo morir por suicidio. En los países en que la MMA es legal, cuando un paciente terminal expresa el deseo de acelerar su muerte, debe pasar un filtro que excluya un diagnóstico de depresión. Un estudio reportó que el 44% de los pacientes terminales que deseaban acelerar su muerte mediante la MMA, una vez tratados con antidepresivos, únicamente el 11% continuaba con la idea.³¹⁸

En realidad, el enfermo terminal que desee terminar con su vida lo intentará de cualquier manera, en algunos casos lo logrará, en otros no. La privación de la vida no es en sí el problema, cualquiera puede disponer de su vida, en el trasfondo, el problema es el proceso de disposición de la propia vida. Al restringir el acceso a mecanismos como la MMA se priva al enfermo terminal de la posibilidad de obtener una muerte más cercana a la de alta calidad anteriormente mencionada y no representa un peligro grave que deba ser limitado por el legislador.

Es pertinente reconocer que la privación de la vida de un enfermo terminal por la vía de la MMA, siempre debe ser a petición de parte y conforme al cumplimiento de parámetros mínimos establecidos. Sin embargo, las prohibiciones reguladas en la Ley General de Salud y el Código Penal Federal, resultan innecesarias porque existen otras alternativas para proteger el derecho a la vida de los enfermos terminales, que intervienen en menor medida al derecho a la muerte digna. Lo anterior es así, debido a que logran la consecución de su fin mediante la limitación innecesaria y desproporcionada del ejercicio al derecho a la muerte digna, en la modalidad de la MMA, cuando para alcanzar los fines que pretende podría

³¹⁷ Quiroz Cassian, Lizette, *Suicidio en cuidados paliativos*, 2020, Departamento de medicina y dolor, Instituto Nacional de Ciencias Médicas y Nutrición “Salvador Zubirán”, consultado en <http://www.dolorypaliativos.org/art454.asp> el 17 de octubre de 2020.

³¹⁸ Cfr. *Ídem*.

limitarse a desalentar la conducta o establecer prohibiciones en supuestos más específicos, como por ejemplo, en el caso de la ausencia de voluntad o si no cumple con los requisitos que se establezcan para ello o inducir a un enfermo terminal a tomar esa decisión.

Por tanto, las medidas legislativas analizadas resultan inconstitucionales en sentido estricto del test porque generan una protección mínima al derecho a la vida, mientras que interfieren de manera intensa con el derecho de los enfermos terminales a decidir respecto de la forma en que quieren terminar su vida, conforme al derecho a la muerte digna, en la modalidad de la MMA.

Derivado de lo anterior, se debe reconocer el derecho a la muerte digna, en su modalidad de MMA, como un derecho humano emergente en el Estado Mexicano, procediendo a legislar en la materia a efecto de establecer un sistema de pesos y contrapesos que pueda, en la mejor medida, cerciorarse de que aquellos pacientes que pretendan someterse a este procedimiento cumplan con requisitos mínimos como son: la calidad de enfermo terminal, la opción de aplicación o no de cuidados paliativos para el manejo del dolor, la certeza indudable de su voluntad eutanásica, la inexistencia de presiones externas, el requerimiento de una doble opinión, y la autorización de un cuerpo especializado de profesionales para determinar la procedencia de ese tipo de la MMA.

De igual manera, se deben reformar las porciones legislativas analizadas para efecto de continuar vigilando la protección de la vida de aquellos pacientes en situación terminal que no soliciten el ejercicio de la MMA, ello debido a que no se debe dejar de lado la posibilidad, siempre latente, de que aquellos que no cumplan los requisitos mínimos establecidos puedan ser sujetos a este procedimiento de manera arbitraria.

Conclusiones

De la presente investigación se puede concluir que el parámetro universal de los derechos humanos y del estado constitucional actual, nació como consecuencia de la construcción que culminó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Derivado de 1789, derivado de ésta se ha gestado una corriente de

nuevos derechos humanos, denominados emergentes, los cuales responden a la exigencia de la sociedad civil para sumar aquellos derechos que, por las transformaciones consecuencia de la globalización y los nuevos sistemas de pensamiento han surgido, dentro de ellos se encuentra el derecho a la muerte digna, como una desagregación del derecho a la vida digna. Reconociendo que la esencia y fin de todos los derechos humanos es la dignidad humana, constituyéndose ésta en el principio de mayor interés para el desarrollo de la ciencia humana.

De esta manera, el derecho a la muerte digna puede entenderse de distintas formas y modalidades, dentro de las que se encuentra la muerte médicamente asistida, sumando a este concepto el de muerte de alta calidad, que se entiende como aquella que se suscita sin dolor, inconsciente o durmiendo, de manera rápida, no por accidente, preferentemente acompañado por familiares o amigos íntimos, a edad avanzada, en casa, sin estigmas y con bajo costo para los demás.

Se evidencia la relación entre la bioética y el derecho, mediante el estudio de los dilemas que comprenden la relación del ser humano con todos los aspectos de la vida. Conforme a la bioética de mínimos, específicamente en la corriente principialista, se puede conciliar el reconocimiento de la MMA como una modalidad de la muerte digna.

Derivado de lo anterior, las posturas respecto a la MMA se dividen entre la de aquellos que piensan que la decisión sobre la terminación de la propia vida es la última expresión de libertad del individuo y que la vida es un derecho y no una obligación; contra la de aquellos que creen que nadie es dueño de su vida para disponer de ella. No se identifica un impedimento imposible de flanquear, siempre que la regulación de la MMA se realice de manera responsable.

El Estado mexicano, al adoptar los modelos neoconstitucionalista y del nuevo constitucionalismo latinoamericano, ha podido interpretar el derecho a la vida digna y su correlativo a la muerte digna, resolviendo que el derecho a la vida no goza de mayor jerarquía frente a los demás y que es posible disponer de ella, de igual forma que otros derechos.

Así mismo, la SCJN ha establecido que es posible reconocer nuevos derechos humanos, siempre que estos no se contrapongan al parámetro de regularidad constitucional vigente.

El Estado Mexicano a través de sus normas objetivo públicas ha interpretado el derecho a la muerte digna de manera restringida, a través de la renuncia a tratamientos infructíferos y la aplicación de cuidados paliativos, con la finalidad de mitigar el dolor.

Por cuanto hace al ejercicio de la MMA, la SCJN no determinó la existencia de un impedimento expreso conforme a este parámetro. Contrariamente, estableció que el derecho a la muerte digna es un derecho reconocido por el Estado Mexicano y, como tal, su ejercicio puede ser ampliado.

Por lo anterior, se puede concluir que la protección extensiva de la disposición del derecho a la vida, no justifica la restricción al ejercicio de la muerte digna, en su modalidad de MMA. Lo anterior, debido a que constitucionalmente, no existe una restricción expresa ni teórica que impida la coexistencia armónica de ambos principios, por el contrario, dicha restricción representa una limitación injustificada frente a la voluntad de los enfermos en situación terminal que se encuentren en aptitudes de tomar esa decisión. Por ello, se debe reconocer la condición de mayor validez del derecho a la muerte digna como un derecho humano emergente, en su modalidad de MMA, frente al derecho a la vida.

Recomendaciones

- Analizar en mayor medida la relación existente entre el constitucionalismo actual en el Estado mexicano y la bioética.
- Profundizar en la investigación jurídica considerando el parámetro de la bioética de mínimos.
- Realizar una estadística actualizada para identificar la voluntad de los enfermos terminales respecto a la muerte médicamente asistida.

- Elaborar una iniciativa de reforma que modifique los artículos 166 Bis 21 de la Ley General de Salud y 312 del Código Penal Federal para adecuarlos a la corriente bioética principialista.
- Impulsar en la academia la interpretación de los derechos humanos, conforme a la teoría de los derechos fundamentales, para erradicar la idea de la jerarquización de los mismos.

Fuentes de información y consulta

Bibliografía.

AGUILAR CUEVAS, Magdalena, Las tres generaciones de los Derechos Humanos, Revista Derechos Humanos, núm. 30, abril 1998, México, consultado en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5117/4490> el 02 de diciembre de 2019.

ALANDETE, David, EE UU compensará las esterilizaciones obligatorias, Diario El País, Sociedad, España, 2011, consultado en https://elpais.com/sociedad/2011/12/12/actualidad/1323682412_092258.htm el 26 de marzo de 2020.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, España, Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert, Derechos fundamentales y racionalidad, en el Carbonell, Miguel (coord.) y García Jaramillo, Leonardo, El canon neoconstitucional, México, UNAM, Editorial Trotta, 2010, p. 112.

ALTISENT, Rogelio, Ética, bioética y deontología, Revista Bioética, Brasil, vol. 17, núm. 3, 2009, consultado en http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/504/505 el 23 de marzo de 2020.

ÁLVAREZ DEL RÍO, Asunción, "Elementos para un debate bioético de la eutanasia", Eutanasia: hacía una muerte digna, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, consultado en https://www.academia.edu/4230703/Eutanasia_Hacia_una_muerte_digna_coord_?auto=download el 03 de diciembre de 2019.

ANGEL CAMPOS, Miguel, Diccionario de términos de derechos humanos, México, Editorial Ariel, 2008.

ÁNGELES DURÁN, María, La calidad de muerte como componente de la calidad de vida, Revista Española de Investigaciones Sociológicas, España, núm. 106, abril-junio de 2004, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/970288.pdf> el 03 de diciembre de 2019.

Asociación Médica Mundial, Declaración de Helsinki, adoptada en la asamblea médica mundial en junio de 1964, consultado en http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/helsinki.pdf el 26 de marzo de 2020.

ATIENZA, Manuel, Juridificar la bioética, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, biblioteca virtual Miguel de Cervantes, España, núm. 8, abril 1998, pp. 75-99, consultado en <http://www.cervantesvirtual.com/research/juridificar-la-biotica-0/> el 26 de marzo de 2020.

AZULAY TAPIERO, A., Los principios bioéticos: ¿se aplican en la situación de enfermedad terminal?, Anales de Medicina Interna, vol. 18, núm. 12, 2001, consultado en <http://www.facmed.unam.mx/deptos/familiar/cp/lecturas/tapiero.pdf> el 25 de julio de 2019.

BELDA, Enrique, Dignidad y discapacidad: una perspectiva desde los derechos humanos, México, Tirant lo Blanch, 2019.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm.. 32, diciembre 2015, p. 24, consultado en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/6448> el 06 de octubre de 2020.

BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge, Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina, Ius Humani. Revista de Derecho, vol. 5, 2016, p. 176, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5771477> el 07 de octubre de 2020.

BERNAL PULIDO, Carlos, La metafísica de los derechos humanos, Revista Derecho del Estado, España, núm. 25, julio – diciembre de 2010, pp. 117-134, consultado en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2569> el 11 de mayo de 2020.

BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los Derechos Humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Núm. 1, España, 1981, consultado en http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf el 02 de diciembre de 2019.

BURGOS VELASCO, Juan Manuel, ¿Qué es la bioética personalista? un análisis de su especificidad y de sus fundamentos teóricos, Cuadernos de bioética, Vol. XXIV, Núm. 1, enero-abril de 2013, España, consultado en <https://www.redalyc.org/pdf/875/87527461003.pdf> el 30 de marzo de 2020.

CARBONELL, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, Miguel (ed.), Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 9 y 10, citado en Romero Martínez, Juan Manuel, Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones

judiciales, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 18, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/4.pdf> el 06 de octubre de 2020.

CÁRDENAS ARÉVALO, Jorge, Historia de la ética, Ética, deontología y bioética, Perú, 2001, consultado en <http://www.cardenashistoriamedicina.net/etica/es-Histetica.htm> el 23 de marzo de 2020.

CARPIZO, Jorge, Derechos Humanos y Ombudsman, México, CNDH-IIJ, 1993, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3848/10.pdf> el 02 de diciembre de 2019.

CARPIZO, Jorge, y VALADÉS, Diego, Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

COMANDUCCI, Paolo, Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico, en Carbonell, Miguel (edit.), Neoconstitucionalismo(s), México, UNAM, Editorial Trotta, 2009, p. 78.

Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Código de ética para enfermeras, CONAMED, consultado en http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/codigo_enfermeras.pdf el 26 de marzo de 2020.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, consultado en <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos> el 02 de diciembre de 2019.

DE LA TORRE DÍAZ, Javier, Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar, en Marcos del Cano, Ana María y de la Torre Díaz, Francisco Javier (edit), Y de nuevo la eutanasia: una mirada nacional e

internacional, España, Editorial Dykinson, 2019, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=728086> el 21 de abril de 2020.

DE LORA, Pablo y GASCÓN, Marina, BioÉtica: Principios, desafíos, debates, España, Alianza editorial, 2008.

DÍAZ RICCI, Sergio, Rigidez constitucional. Un concepto toral, en Carbonell Sánchez, Miguel et al. (Coord), Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, México, UNAM, 2015, p. 551, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/36.pdf> el 14 de julio de 2020.

Diccionario de la lengua española, RAE, 23.^a edición, 2014, consultado en <https://dle.rae.es/arbitrario?m=form> el 03 de diciembre de 2019.

Diccionario de la lengua Española, 23^a. ed., 2014, consultado en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=eutanasia> el 22 de noviembre de 2019.

Diccionario de la lengua española, RAE, 23.^a edición, 2014, consultado en <https://dle.rae.es/segregar> el 30 de marzo de 2020.

DIPPEL, Horst, “Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita”, Revista de historia constitucional, España, número 6, septiembre 2005, p. 192, consultado en <https://www.redalyc.org/pdf/2590/259027572008.pdf> el 24 de septiembre de 2020.

Enciclopedia jurídica, edición 2020, consultado en <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/status-libertatis/status-libertatis.htm> el 02 de diciembre de 2019.

FERRAJOLI, Luigi, Pasado y futuro del estado de derecho, en Carbonell, Miguel (edit.), Neoconstitucionalismo(s), México, UNAM, Editorial Trotta, 2009, pp. 13-14.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo et al. (Coord.), Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, México, UNAM, 2014, p. 195, consultado en <https://www.cjf.gob.mx/resources/diccionarioDPCC/diccionario%20Tomo%20I.pdf> el 17 de octubre de 2020.

FLORES SALGADO, Lucerito Ludmila, Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla , México, año IX, núm. 36, julio-diciembre de 2015.

GARCÍA, José Juan, Bioética personalista y bioética principialista: perspectivas, Cuadernos de Bioética, Vol. XXIV, Núm. 1, enero-abril de 2013, España, p. 67, consultado en http://salud.edomex.gob.mx/imca/documentos/omexdat/articulos/bioetica_personalista_principalista_perspectivas.pdf el 30 de marzo de 2020.

GARCÍA GARCÍA, Mari Carmen, Paliativos. Ventajas, inconvenientes, indicaciones, contraindicaciones y usos clínicos de la vía subcutánea, Revista Electrónica de PortalesMedicos.com, agosto 2015, consultado en <https://www.revista-portalesmedicos.com/revista-medica/paliativos-ventajas-inconvenientes-indicaciones-contraindicaciones-usos-clinicos-via-subcutanea/> el 14 de octubre de 2020.

GARGARELLA, Roberto, Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Revista uruguaya de ciencia política, vol. 27, núm. 1, junio 2018, Uruguay, p. 115, consultado en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-499X2018000100109 el 06 de octubre de 2020.

GOMEZ LARA, Cipriano, “La Protección Procesal de los Derechos Fundamentales”, en Revista Universitaria de Derecho Procesal, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Núm. 4, España, 1990, consultado en

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=760144> el 02 de diciembre de 2019.

GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, Perspectivas Filosóficas de la Bioética, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, pp. 30-31.

GRAUE WIECHERS, Enrique, El enfoque bioético ante los avances científicos y tecnológicos, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_años_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

GUASTINI, Riccardo, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, en Carbonell, Miguel (edit.), Neoconstitucionalismo(s), México, UNAM, Editorial Trotta, 2009, p. 49.

GUERRERO SOTELO, Roxana Nayeli, ¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano? tendencias constituyentes y parlamentarias, congreso REDIPAL virtual, México, mayo – septiembre de 2017, p. 13, consultado en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-X-2017/CRV-X-29-17.pdf> el 19 de octubre de 2020.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Serie E, varios, núm. 24, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1170/5.pdf> el 02 de diciembre de 2019.

Instituto Nacional de Salud (National Institutes of Health), Informe Belmont, EUA, 1979, CONBIOÉTICA, consultado en <http://www.conbioetica->

mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinternacional/10._I
NTL_Informe_Belmont.pdf el 26 de marzo de 2020.

KAWA KARASIK, Simón, Impacto de las declaraciones Unesco: Genoma Humano, bioética y Derechos Humanos, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_años_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 15, España, 2011, p. 266, consultado en <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40605> el 14 de julio de 2020.

LAFER, Celso, La reconstrucción de los derechos humanos: Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt, México, Fondo de cultura económica, 1994.

LINARES, Jorge, Ética y mundo tecnológico, México, FCE/UNAM, 2008, consultado en http://ru.ffyl.unam.mx/bitstream/handle/10391/1185/18_Anuario_Filosofia_2008_Sagols_168-172.pdf?sequence=1&isAllowed=y el 30 de marzo de 2020.

LUGO SAUCEDO, Paloma et al., Vademécum de derechos humanos, Sergio Díaz Rendón y Magda Yadira Robles Garza (coord.), Luis Efrén Ríos Vega e Irene Spigno (Dir.), México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 155.

MACÍA GOMEZ, Ramón, El concepto legal de muerte digna, España, Derecho a morir dignamente, 2008, p. 2, consultado en <https://derechoamorir.org/2009/10/02/el-concepto-legal-de-la-muerte-digna/> el 22 de noviembre de 2019.

MARÍ-KLOSE, Marga y DE MIGUEL, Jesús M., “El canon de la muerte”, revista política y sociedad, España, vol. 35, año 2000, p. 115, consultado en <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/download/POSO0000330115A/24501> el 03 de diciembre de 2019

MEDINA ARELLANO, María de Jesús, La muerte digna se discute en nuestro país, en Álvarez del Río, Asunción (coord.), La muerte asistida en México, México, Solar servicios editoriales, 2017, pp. 105. Consultado en <https://dmd.org.mx/wp-content/uploads/2018/06/libro-muerte-asistida.pdf>, el 24 de octubre de 2019.

Organización Mundial de la Salud, Alivio del dolor y tratamiento paliativo en el cáncer. Informe de un Comité de Expertos de la OMS, Organización Mundial de la Salud, Serie de Informes Técnicos, Ginebra, mil novecientos 1990, p. 58, consultado en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41759/WHO_TRS_804_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y el 14 de octubre de 2020.

ORTIZ HERNÁNDEZ, Cristina, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana”, Revista letras jurídicas, núm. 39, enero 2019, consultado en el repositorio Vlex por conducto de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), en https://www.proxydgb.buap.mx:2212/#WW/vid/772224505/graphical_version el 02 de diciembre de 2019.

PAOLI BOLIO, Francisco José, Constitucionalismo en el siglo XXI: A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917, México, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2016, p. 105, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4426/20.pdf> el 24 de septiembre de 2020.

PASTOR GARCÍA, Luis Miguel, ¿Bioética de máximos o de mínimos en la relación clínica?, Revista Persona y Bioética, Núm. 7-8, julio de 2008,

Universidad de La Sabana, Colombia, consultado en <https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/articulo/view/756/837> el 30 de marzo de 2020.

PRIETO SANCHÍS, Luis, Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación, *Diritti & questioni pubbliche*, Núm. 2, agosto 2002, consultado en http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2002_n2/D_Q-2_Prieto.pdf el 30 de marzo de 2020.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F. y SABIDO PENICHE, Norma D., *Derechos Humanos*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016.

QUIROZ CASSIAN, Lizette, *Suicidio en cuidados paliativos*, 2020, Departamento de medicina y dolor, Instituto Nacional de Ciencias Médicas y Nutrición “Salvador Zubirán”, consultado en <http://www.dolorypaliativos.org/art454.asp> el 17 de octubre de 2020.

RIBAS ALBA, José María, *Prehistoria del Derecho*, Almuzara, España, 2015.

RIVERO WEBER, Paulina, Una nueva visión del humanismo, en Ruiz de Chávez, Manuel H (coord.), *Bioética y Derechos Humanos: XXV años de reflexiones*, México, Comisión Nacional de Bioética, Editorial Fontamara, 2018, consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/417893/Bio_tica_y_derechos_humanos._XXV_a_os_de_reflexiones__baja_.pdf el 26 de marzo de 2020.

RODRÍGUEZ ESTRADA, Mauro, *La controversia de las eutanasias*, México, Botas y Alonso Editores, 2004.

ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 18, consultado en

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/4.pdf> el 06 de octubre de 2020.

ROXIN, Claus, “Tratamiento Jurídico-Penal de la Eutanasia”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Alemania, núm. 1, año 1999, consultado en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html#1 el 22 de noviembre de 2019.

SCJN, Derechos Humanos: parte general, México, SCJN, 2018.

SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos, México, FLACSO, consultado en <http://www.cjslp.gob.mx/SEMINARIO/programa/Panel%20IV/Enfoque%20de%20derechos.%20Operacionalizacio%C2%B4n%20de%20esta%C2%B4ndares%20internacionales.pdf> el 01 de diciembre de 2019.

SGRECCIA, Elio, Manual de bioética, Ed. Diana, México, 1996, consultado en <http://iglesiatijuana.org/bioetica2017/DOCUMENTOS%20VARIOS/MANUAL%20DE%20BIO%C3%89TICA%20ELIO%20SGRECCIA.pdf> el 30 de marzo de 2020

TABOADA R., Paulina, “El derecho a morir con dignidad”, Acta Bioética, Chile, volumen 6, número 1, 2000, par. 6, consultado en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2000000100007, el 22 de noviembre de 2019.

The Cambridge Dictionary of Philosophy, en diccionario AKAL de filosofía, Marraud, Trad. de Huberto y Alonso Enrique, Audi, Robert (Edit.), Universidad Autónoma de Madrid, España, 2004, consultado en <http://josemramon.com.ar/wp-content/uploads/Diccionario-Akal-de-Filosofia.pdf> el 23 de marzo de 2020.

TOMÁS INSUA, Jorge, Principialismo, bioética personalista y principios de acción en medicina y en servicios de salud, pers. bioét., Argentina, 2008, consultado en <http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v22n2/0123-3122-pebi-22-02-00223.pdf> el 30 de marzo de 2020.

WEBER, Max, Economía y sociedad, Biblioteca virtual universal, consultado en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/131823.pdf> el día 03 de marzo de 2020.

Legisgrafía.

Artículo 6°, apartado A, punto 2 de la Constitución Política de la Ciudad de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 2017, texto vigente, disponible en http://infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf.

Artículo 4, punto 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, del 7 al 22 de noviembre de 1969, texto vigente, consultado en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm el 03 de diciembre de 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, texto vigente, última reforma publicada DOF 27-08-2018, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf.

Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakya Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, Núm. 125, consultado en

http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258 el 01 de diciembre de 2019.

Corte IDH, Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, Núm. 63, consultado en http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=321, el 01 de diciembre de 2019.

Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1985, texto vigente, última reforma publicada DOF 08 de noviembre de 2019, p. 74, consultada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_081119.pdf el 27 de mayo de 2020.

SCJN, Amparo en revisión 1049/2017, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, versión pública consultada en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-06/AR-1049-2017-180606.pdf el 18 de mayo de 2020.

Sumario de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por decreto en orden cronológico, publicado en el Diario Oficial de la Federación, texto vigente, última reforma publicada DOF 09-08-2019, p. 8, consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_crono.pdf el 28 de septiembre de 2020.

Tesis: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, SCJN.

Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, octubre de 2011, SCJN,

Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, agosto de 2016, SCJN.

Tesis: 1a. CCLXI/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN.

Tesis: 1a. CCLXV/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN

Tesis: 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN.

Tesis: 1a. CCLXX/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN.

Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, SCJN.

Tesis: 1a./J. 4/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, libro 63, febrero de 2019, SCJN.

Tesis: 2a./J. 10/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, febrero de 2019, SCJN.