

20721  
274



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MÉXICO

ESCUELA DE ESTUDIOS  
PROFESIONALES "ACATLAN"

EFFECTO DE LA CLONACIÓN EN LOS  
DERECHOS HUMANOS

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :  
LICENCIADO EN DERCHO  
PRESENTA

GUSTAVO SOLIS PAREDES

ASESOR: LIC. MANUEL FAGOAGA RAMIREZ



NOVIEMBRE DEL 2003

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

1



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**TESIS  
CON  
FALLA DE  
ORIGEN**

## INDICE

### CAPITULO 1. LOS DERECHOS HUMANOS

1.1 Historia y Desarrollo filosófico de los Derechos Humanos	1
1.1.1 Concepto	1
1.1.2 Fundamento y constitución jurídica de los Derechos humanos	3
1.1.3 Desarrollo histórico de los Derechos Humanos	8
1.2 Antecedentes Históricos de los Derechos Humanos	12
1.2.1 Antecedentes Internacionales	12
1.2.1.1 El Reino Unido	12
1.2.1.2 Estados Unidos de Norteamérica	18
1.2.1.3 Francia	21
1.2.1.4. España	22
1.2.2 En el Ámbito Nacional	26
1.2.2.1. Época Colonial	26
1.2.2.2. Época Independiente	30
1.2.2.3 Época de la Reforma	36
1.3. La Comisión Nacional de Derechos Humanos y la creación del Ombudsman	41
1.3.1 Concepto de Ombudsman	41
1.3.2 Antecedentes del Ombudsman en México	42
1.3.3 La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)	44

### CAPITULO 2. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 Diferencia entre Derechos Humanos y Garantías Individuales	47
2.2 Garantías Individuales previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Clasificación	50
2.2.1 Garantías de igualdad	53
2.2.2. Garantías de libertad	55
2.2.3 Garantías de Seguridad Jurídica	58
2.2.4 Garantías Políticas	64
2.2.5 Garantías Sociales	65
2.2.6 Garantías de Propiedad	68

### Capitulo 3. MARCO TEÓRICO DE LA CLONACIÓN HUMANA

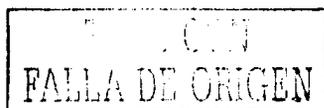
3. La problemática de la clonación humana	70
3.1. El problema filosófico	70
3.1.1 El problema ontológico, la posición de las células	70
3.1.2 El problema ético	72
3.1.2.1 Alternativas de solución	73
3.1.2.2 Etica de la donación	74
3.1.3 El problema epistemológico	75
3.2 El problema teológico	76

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

3.2.1 La opinión de la religión frente a la clonación	75
3.3 El problema científico	78
3.3.1 Institución y sujeto	78
3.3.2 Los medios de la investigación, la problemática técnica	79
3.4 Delimitación de los campos de investigación	80
4. Definiciones y Procedimientos	80
4.1 La tecnología genética	82
4.1.1 Genética	83
4.1.2 Biotecnología	83
4.1.3. Ingeniería genética	83
4.1.4 Bioética	83
5. El genoma humano	84
5.1. Nociones preliminares	84
5.2. Reseña histórica básica	84
5.3. El proyecto genoma humano	85
7. Procedimientos de la intervención genética en el ser humano	86
8. Clases de investigación genética	87
8.1. La manipulación genética	87
8.1. 1 Características	88
8.1.2. Fines	88
8.1.3. Tipos	89
8.1.4. Efectos	90
8.1.5. Planteamientos a favor y en contra de la manipulación	90
9. Desarrollo. estado de la técnica genética y Derecho	90

#### Capítulo 4. BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA CLONACION HUMANA

1 El genoma humano desde el punto de vista jurídico	92
2. Intervención de la UNESCO en pro de los Derechos Humanos	93
3. La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos	93
3.1 Comité Internacional de Bioética	93
3.2 Libertad de Investigación	95
4. Los Derechos Humanos y la bioética	95
4.1 Los derechos del hombre	95
4.1.1 Los Derechos Clásicos y los nuevos derechos de la persona	95
5. La Bioética	96
5.1 Fundamento de la bioética	97
5.2 Principios por los que se rige la bioética	97
5.3 El sustento de la Resolución	98
5.4 Proyecto de creación del Comité Nacional de Bioética	101
5.4.1 Finalidad del Comité Nacional de Bioética	101
5.4.2 Objetivos del Comité Nacional de Bioética	102
5.4.3. Propuesta de estructura del Comité Nacional de Bioética	102
6. Recomendaciones de la Resolución de los Derechos Humanos y bioética	103
6.1.Orientaciones para la puesta en marcha de la Declaración Universal del Genoma Humano y Derechos Humanos	105



6.2. La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos, como el origen para la regulación jurídica de la biotecnología	106
7. Propuesta para la realización de foros de difusión	106
8. La Declaración de Mónaco, Bioética y Derechos del Niño	106
8.1 Declaración de Principios de la Niñez	107
8.1.1 Orígenes del niño	107
8.1.2. Vínculos del niño	108
8.1.3. El cuerpo del niño	110
Conclusiones	112
Bibliografía	116

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## INTRODUCCION

A través de la historia, desde los griegos en occidente, hasta las diferentes culturas orientales: han pretendido encontrar la manera en que cese el sufrimiento humano y una vez que éste no exista, o sea el menor posible, pasar al mejoramiento o excelencia en la raza humana.

Así, las distintas culturas y civilizaciones, han pasado del sueño de la impunidad con sus manifestaciones de esclavitud, servilismo y sometimiento, a la constancia, no siempre factual, de la igualdad de los individuos; del derecho inealineable de cada entidad viva, de lograr un pleno crecimiento y desarrollo de las capacidades con que fue dotado al nacer

Esto incluye, entre otros muchos aspectos, la posibilidad de mantenerse sano y de ahí, la de ser feliz.

Por lo tanto tanto la medicina como la filosofía, han dedicado sus esfuerzos a una investigación y reflexión, que culmine en tales fines.

Si bien la investigación científica, por si sola, no se plantea la ética de sus resultados y deja solamente esto al criterio individual del científico; para el Derecho, en su etapa reflexiva, no puede desatender la tendencia actual de valerse de la clonación, no tan solo para aliviar el sufrimiento humano, si no también el de conducirlo al mejoramiento de la especie, mediante la Ingeniería genética.

La clonación encara diferentes aspectos sobre los que es importante reflexionar y, ulteriormente, legislar: antes que la ciencia pueda crear clones humanos que se encuentren expuestos a peligros tales como los que representa la industria farmacéutica que ya de manera actual subsidia las investigaciones y ha comprado el derecho a los productos y órganos de los clones humanos.

Esto señala la indiferencia por los derechos que los clones adquieren por el simple hecho de tener vida humana, con su concomitante autonomía y singularidad, igual a la de cualquier individuo

Asimismo es importante legislar sobre aspectos tan relacionados de la clonación, como el derecho a la clonación, sujetos de clonación, derechos y obligaciones de padres y clones, etc., además de reflexionar sobre la responsabilidad social sobre los clones y, ante todo, sobre la ética misma de la clonación.

Es el objetivo de la presente tesis, abordar la clonación como un hecho inminente en el ámbito mundial, que conlleva la responsabilidad humana de la creación.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CAPITULO I

### LOS DERECHOS HUMANOS

#### 1.1 Historia y Desarrollo filosófico de los Derechos Humanos.

Al tratar de esclarecer lo que son los derechos humanos, surgen preguntas que nos inducen a reflexionar sobre la esencia misma de ellos: ¿Qué son en sí?, ¿Cómo se pueden definir de tal manera que sea una figura clara y específica que conduzca a una representación del derecho en sí a ello? ¿Cómo es que se les llega a otorgar valor específico? Si la filosofía es el reducto en que se encuentra respuesta a estas preguntas, esto nos conduce a efectuar un recorrido histórico sobre las diferentes nominaciones y enfoques que han tenido a través del tiempo, iniciando por aquello por lo que se entiende por Derechos Humanos.

##### 1.1.1 Concepto

Hablar de Derechos Humanos incide sobre la existencia misma del ser, pues por el sólo hecho de existir, ya se tiene de facto, un conjunto de derechos que precisamente le dan la calidad humana. Sin embargo, esto no ha sido reconocido a lo largo de la historia y cada una de sus etapas se ha caracterizado por la alusión que hace a algunos de ellos; recibiendo nombres tales como: derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos individuales, derechos fundamentales del hombre, derechos naturales del hombre, derechos innatos, derechos del hombre y del ciudadano, libertades fundamentales, derechos públicos subjetivos, etc.

Existen dos corrientes filosóficas que abordan de manera directa lo que son los Derechos Humanos, el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo, que permiten analizar lo que implican y contiene la frase misma.

La corriente filosófica que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y que sostiene la distinción entre el primero y el segundo, corresponde al Iusnaturalismo. (1)

Por el contrario, el Iuspositivismo "es la corriente filosófica que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo. Afirmando que no existe otro derecho que el positivo". (2)

De ésta manera, si adoptamos la postura filosófica Iusnaturalista, definimos a los derechos humanos como las reglas del derecho natural que son anteriores, y por lo tanto, superiores a las normas jurídicas. Además, se consideran inherentes

(1) BOBBIO, Norberto. El problema del Positivismo Jurídico. Ed. Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1965.

p 88  
(2) Idem

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

al hombre por el solo hecho de serlo; considerándose imprescindibles y esenciales para poder desarrollarlas y vivir como ser humano. Algunos autores que retoman esta postura, definen a los Derechos Humanos como los derechos fundamentales a los que todo hombre debería tener acceso, por su simple y pura calidad de ser humano. Así, toda sociedad que pretenda ser una sociedad auténticamente humana, debe garantizar a sus miembros de ésta manera <sup>3)</sup>

Para la cultura occidental, en voz del Profesor en derecho Político, Luis Sánchez Agesta, los Derechos Humanos se definen como "el núcleo esencial e inviolable de los derechos derivados de la misma naturaleza del hombre. Que nada ni nadie debe cohibir y que el Estado debe garantizar, prestando las condiciones necesarias para su realización". <sup>(4)</sup>

En la misma corriente lusnaturalista y haciendo énfasis en las ideas del valor y la dignidad humana, Ángel Sánchez de la Torre afirma: "los Derechos Humanos son facultades jurídicamente lícitas cuyo ámbito ha de ser respetado con estricta obligatoriedad por los Poderes socialmente organizados y por las actividades individuales de los sujetos humanos". Indican aquel mínimo indispensable de libertades sin las cuales no podríamos atribuir una específica dignidad social a nadie". <sup>(5)</sup>

Por todo lo anterior y de acuerdo a la misma línea lusnaturalista, definimos los Derechos Humanos como aquellos derechos fundamentales de la persona humana ya sea considerada de manera individual o en comunidad, que corresponden a ella en razón de su propia naturaleza y que deben ser reconocidos y respetados por el poder o autoridad, y por toda norma jurídica; no obstante, cediendo en su ejercicio, a favor del bien común.

Así, la corriente luspositivista sostiene que la norma jurídica está por encima de cualquier otra norma y que los Derechos humanos son el producto de la actividad normativa del Estado y que, por lo tanto, sólo pueden ser exigidos por el gobernado hasta que el Estado los haya promulgado convirtiéndose entonces en derechos legales. Por lo anterior, " la declaración de los derechos fundamentales en ningún caso puede ser considerada en separación de toda constitución jurídica del Estado. Su real eficacia depende de la correspondencia y complemento que encuentre no solo en las leyes del orden público, si no también en las civiles" según afirma el Profesor Del Vecchio <sup>(6)</sup>

Tanto para los luspositivistas, como actualmente y en el plano internacional y en la cúspide del derecho Mundial por los Organismos Internacionales,

- (3) Cf.R MORRIS Abraham. **La Libertad de Pensamiento, Conciencia y Religión**. Revista de la comisión internacional de Juristas. Edición especial. Abril. p. 46
- (4) SÁNCHEZ Agesta, Luis. **Lecciones de Derecho Político** 5ª Ed. Granada 1959 p. 554
- (5) SÁNCHEZ, de la Torre, Ángel. **Teoría y Experiencia de los Derechos Humanos**. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1966. p. 24.
- (6) DEL VECCHIO. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución Francesa**. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1967. p. 168

especialmente la Organización de las Naciones Unidas, llaman derechos del hombre a los regulados como tales en la Constitución Política de cada Estado.

A fin de conjugar y conciliar ambas posturas, decimos que los Derechos Humanos pueden ser observados como normas jurídicas que garantizan la preservación de los Derechos Naturales del hombre. Para precisar aún más y para sintetizar ambas corrientes filosóficas, la lusnaturalista y la luspositivista, podemos definir a los derechos Humanos como: Un conjunto de facultadas o prerrogativas que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona humana, ya sea considerada de manera individual o en comunidad, y que, deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos en el ámbito nacional e internacional, para garantizar su respeto.

### 1.1.2 Fundamento y constitución jurídica de los Derechos humanos

Al tratar de encontrar la justificación racional a los derechos Humanos, se señalan las diferentes corrientes que a continuación se especifican.

#### **Fundamentación lusnaturalista**

La justificación de los Derechos Humanos de esta posición en el Derecho, se deriva de la creencia en el Derecho Natural, la que a su vez se basa en la corriente filosófica del mismo nombre, que fundamenta la existencia del Derecho Natural. Como anteriormente se ha dicho en voz de Norberto Bobbio, el Lusnaturalismo es "aquella corriente que admite la distinción entre Derecho Natural y Derecho Positivo, sosteniendo la supremacía del primero sobre el segundo" (7). Como consecuencia, la fundamentación de los Derechos Humanos, no se encuentra en el Derecho Positivo, sino en el Natural.

Sin embargo, en el lusnaturalismo se encuentran dos fundamentaciones, la fundamentación lusnaturalista tradicional y la lusnaturalista contemporánea, cada una de ellas con diferentes características, que dan lugar a un Derecho Natural distinto. Ambas fundamentaciones se analiza a continuación.

#### **Lusnaturalismo Tradicional**

El concepto moderno de Derechos Humanos, se encuentra en las teorías lusnaturalistas occidentales más antiguas, como la griega, romana y medieval; ubicadas dentro del lusnaturalismo tradicional.

Sin embargo, su fundamentación más inmediata se encuentra en una vertiente del lusnaturalismo tradicional, que es el lusnaturalismo racionalista; vertiente en donde aparece propiamente el concepto de Derechos Humanos entendido como Derecho Natural. Filósofos visionarios como Pufendorf, Spinoza,

(7) BOBBIO, Norberto. Op. cit. p.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Hobbes, Russeau, Wolf y Kant, establecen el término de Derechos Humanos como Derechos Naturales.

Asimismo ellos explican el origen de la sociedad y el poder político a través del paso del estado de naturaleza al de sociedad civil y política, lo cual sirve también como defensa de una nueva legitimación o fundamentación de esta sociedad civil y política basada en la idea de consenso.

En ellos, todo lo anterior, vincula los Derechos Naturales con la teoría de contrato social.

Esta tendencia lusnaturalista la podemos encontrar en las declaraciones de derechos del siglo XVIII, tales como la Declaración de los Derecho de Virginia el 12 de Junio de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, el 4 de Julio de 1776 o la Declaración de los Derechos del Hombre del Ciudadano, el 26 de Agosto de 1789. .

La tendencia racionalista del lusnaturalismo declara que " Los Derechos Humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el Derecho Positivo (Orden Jurídico Natural)" <sup>(8)</sup>, con lo cual habla de la existencia de los Derechos Naturales inherentes al ser humano anteriores y superiores a las legislaciones escritas, así como a los acuerdos entre los gobiernos. Tales derechos no le incumbe a la comunidad civil otorgar, si no reconocer y sancionar como universalmente valederos.

### **Lusnaturalismo Contemporáneo**

El lusnaturalismo contemporáneo tiene " la convicción de que los derechos del hombre están fundados sobre un derecho, por así decir, superior a las disposiciones del derecho positivo" <sup>(9)</sup>

Así, para el lusnaturalismo contemporáneo, los Derechos Humanos también se fundan en el Derecho Natural, pero éste más que tratarse de un orden jurídico (distinto al Derecho Positivo), se trata de un conjunto de principios jurídicos superiores al derecho positivo. Son en todo caso, juicios de valor y juicios postulados que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana.

Sin embargo, no todos los representantes de esta corriente están de acuerdo en la universalidad e inmutabilidad del Derecho Natural, ateniéndose más a su historicidad, la cual se fundamenta en la propia naturaleza histórica del hombre.

(8) FERNANDEZ, Galiano, Antonio. *Introducción Filosófica al Derecho*. Publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. 1976 p. 176.

(9) FERNANDEZ, Eusebio. *Anuario de los Derechos Humanos* Universidad Autónoma de Madrid. 1981. p.89.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

El profesor Luis Legas Lacambra en su obra *Los derechos del Hombre*, argumenta : "Los Derechos Humanos pueden ser considerados Derechos Naturales, pero en función de la naturaleza histórica del hombre y, por lo mismo, no parece adecuado asignarle una universalidad que no corresponde con la variedad de situaciones humano-sociales que se dan en un mismo momento de la historia"<sup>(10)</sup>

Recapitulando respecto a la fundamentación lusnaturalista racionalista de los Derechos Humanos, podemos observar lo siguiente:

° Cuando se habla de Derechos Naturales, solamente pueden ser considerados como auténticos derechos, en el sentido técnico jurídico del término, si se encuentran en una norma jurídica de Derecho Positivo. Mientras esto no ocurra, nos encontramos ante valores, intereses objetivos o deseos humanos importantes y fundamentales, pero sin validez activa.

° Por lo tanto, cuando los lusnaturalistas nos hablan de Derechos Naturales anteriores y superiores al Derecho Positivo, debe entenderse como sugerencias o exigencias éticas, o bien como principios anteriores al Derecho Positivo, o incluso superiores desde el punto de vista axiológico; pero en ningún caso con superioridad jurídica, pues no existe igualdad de planos o de ubicación, entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo y menos aún puede ser considerado superior a este último.

° Lo que se puede afirmar con seguridad es que los Derechos naturales son deducciones que se hacen a partir de juicios de valor y que se aplican a la naturaleza humana. Así, un Derecho es Natural porque se ha derivado de lo que se considera bueno y justo para la naturaleza humana, más que por provenir directamente de ella.

° La invariabilidad, permanencia e independencia atribuidas a las condiciones históricas de los Derechos Naturales, es contraria a la experiencia histórica, pues según palabras de Profesor Fernández, " No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural"<sup>(11)</sup>. Como consecuencia, a lo largo de la historia, los Derechos Humanos se han presentado como derechos naturales, a veces con contenidos opuestos.

° El contenido, número e importancia de los Derechos Humanos cambia y ha cambiado en la historia. Si hacemos una lista histórica de los Derechos Humanos observamos cómo se han modificado y como siguen modificándose dependiendo de las condiciones históricas; incluyendo tanto éstas, como los intereses de las clases en el poder y los medios disponibles para su realización.

Lo anterior demuestra que a excepción del derecho a la vida y a la

(10) LEGAZ, Lacambra. Luis. *Los Derechos del Hombre*. Ed. Bosch. Barcelona. 1979. p. 206.

(11) FERNANDEZ, Eusebio. Op. cit. p. 90.

integridad física y moral, que son considerados como derechos fundamentales, todos los demás pueden ser vulnerados, pues no es raro encontrar individuos, ideologías, sociedades y grupos de poder político que han admitido y admiten la esclavitud, el aniquilamiento moral y hasta físico del considerado como enemigo, por el simple hecho de no compartir su ideología o creencia.

También se puede encontrar la pena de muerte o el aborto, como acciones o propuestas de contenido ideológico.

Es necesario insistir aún mas en el fundamento ético inviolable de los más esenciales Derechos Humanos, pues "no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza, lo que parece fundamental en una época o en una cierta civilización, no es fundamental en otras épocas o culturas" <sup>(12)</sup> Así que la ahistoricidad de los Derechos Naturales es completamente rebatible.

Aunque para los lusnaturalistas los Derechos Humanos existen por si solos y el sujeto los posee independientemente de que los reconozca o nó, el derecho Positivo, estos no son reconocidos, ni en vigencia hasta que no son amparados por el ordenamiento jurídico, y por lo tanto su existencia de facto no se ha presentado.

### **Fundamentación Historicista – Positivista**

Para esta escuela los Derechos Humanos son variables y relativos a cada contexto social en el que el hombre se encuentra inmerso, conservando solo aquellos que van de acuerdo con la sociedad. De cada etapa de la historia, ha consignado un conjunto de derechos que en otra época no se han considerado pertinentes o que ni siquiera se han vislumbrado. Sin embargo, esta variabilidad de derechos ¿ será aplicable a todos los derechos?

La variabilidad histórica es completamente cierta en el caso de los derechos civiles, políticos, económico- sociales y culturales, pero no lo es en el caso de los derechos personales que se consideran fundamentales, tales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Según Dino Pasini, la concepción de los derechos del hombre. " es una concepción histórica, dinámica, que implica el progresivo reconocimiento, el respeto y la tutela jurídica del hombre considerado en su integridad como trabajador y, por lo tanto, no sólo de los derechos personales, de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económico-sociales y culturales." <sup>(13)</sup>

Mientras en sus orígenes, los Derechos del Hombre, son un concepto político que conjunta una serie de libertades frente al estado, posteriormente se

(12) PASINI, Dino. *El Problema de los Derechos Humanos del Medio Occidental* Ed. Dott. Nápoles. 1973 p- 190.  
(13) Idem.

positivan y constitucionalizan en la concepción cívico-política, continuando con la aparición y reconocimiento de los derechos económico-sociales y culturales. dónde es el estado el que actúa como promotor y garante del bienestar económico y social, tal y como se manifiesta en nuestros días.

### **Fundamentación ética-axiológica**

Esta fundamentación considera que el origen y fundamento de los Derechos Humanos solamente puede ser previo a lo jurídico y no jurídico de manera inmediata, ya que "Se trata de un fundamento ético-axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana". <sup>(14)</sup>

De la idea de dignidad humana se derivan unos valores que han de fundamentar los distintos Derechos Humanos. Estos valores son Seguridad, libertad e igualdad.

Así, el valor seguridad, fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y jurídica. El valor libertad fundamenta los derechos cívico-políticos, mientras que el valor igualdad fundamenta los derechos económico-social y de cultura.

Todos ellos con alcance, jerarquía y límites distintos.

En voz del profesor Fernández : " Es necesario establecer una relación jerárquica y límites distintos según su importancia, ordenada en relación con la idea de dignidad humana de mayor o menor importancia, los derechos personales y de seguridad, los derechos cívico-políticos y los derechos económico-sociales". <sup>(15)</sup>

Después de esta posible jerarquización, lo que se busca es que los Derechos Humanos cada vez tengan un alcance más amplio y encuentren menos dificultades en su ejercicio. Por ejemplo, un derecho humano como es el derecho de libertad de conciencia, se busca que tenga más amplitud en el derecho político tal y como sería el de tener el derecho de asociación política.

También es necesario hacer notar que es difícil encontrar una fundamentación ética válida para todos los derechos humanos, con excepción de la idea de dignidad humana.

No reconocer la valoración que se hace sobre estos ideales, exigencias y derechos, o bien negándolos, no reconociéndolos, no respetándolos, no garantizándolos o prohibiendo su ejercicio pone en tela de juicio la dignidad humana y hasta la misma posibilidad de vida humana, y se hace necesario la

(14) *Ibid.*, p. 103.

(15) *Ibid.*, p. 107.

búsqueda de buenas razones para alegar el porqué deben ser reconocidos.

Para el profesor Norberto Bobbio, " en definitiva, analizar el fundamento ético de los Derechos Humanos fundamentales, es plantear también la posibilidad de la racionalidad y la universalidad de ese fundamento; y hablar de racionalidad y universalidad del fundamento ético de los derechos humanos no es hablar de derechos absolutos, o atemporales e invariables, si no de derechos morales que pueden ser justificados racionalmente y cuentan con la pretensión de ser universalizados en un momento histórico concreto" <sup>(16)</sup>

En este modo de fundamentación, los Derechos Humanos aparecen como derechos morales, como exigencias éticas y derechos en general, que los seres humanos poseen por el simple hecho de ser hombre y que conlleva su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y del derecho, ya que esas exigencias se consideran necesarias e imprescindibles para una vida digna.

Algunos autores afirman que no es importante fundamentar los derechos humanos, ya que encuentran que es imposible dar un fundamento absoluto a cualquiera de los derechos del hombre, lo realmente importante es protegerlos.

Para un autor como Norberto Bobbio, el problema de la fundamentación de los Derechos Humanos está resuelto y no se debe especular más sobre él, pues ya existe un consenso general acerca de su validez, la cual esta representada y avalada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

### 1.1.3 Desarrollo histórico de los Derechos Humanos

Considerando cronológicamente la aparición o reconocimiento de los derechos humanos por parte del Estado, ya como parte integrante del orden jurídico normativo de cada país; se divide en tres etapas o generaciones. Estas se consideran como categorías históricas que se conforman en contextos y situaciones socio-políticas y económicas determinadas, por lo tanto es una clasificación de carácter histórico.

#### **La primera generación**

Los derechos de la primera generación, son de un carácter marcadamente individualista, " Como libertades individuales, como derechos de defensa del individuo, que exigen la no-injerencia y la autolimitación de los Poderes Públicos en la esfera privada y se tutelaban por la mera pasividad de estos y su actitud de vigilancia en términos de policía administrativa. Responden tales derechos a la fórmula jurídico política del Estado liberal" <sup>(17)</sup>

La primera generación esta constituida por los derechos civiles y políticos,

(16) BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 63



los cuales fueron los primeros derechos que formuló la Revolución Francesa y se le llamó "Derechos Individuales".

Este primer grupo lo constituyen los reclamos que motivan los principales movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo a fines del siglo XVIII. Como resultado de esas luchas, se consagran auténticos derechos que tienen difusión internacional.

En éste momento el hombre empieza a tomar consciencia de que para poder tener convivencia política de acuerdo a las ideas liberales, debería tener ciertos derechos que le permitieran ejercitar libremente las ideas de la época.

Entre estos movimientos podemos mencionar a las colonias inglesas que se independizan de Inglaterra. Por el mismo tiempo surge la declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Conceptos tales como la dignidad humana, la libertad, la democracia y la exaltación de los Derechos humanos se constituyen en ideas y valores cuya conquista desemboca necesariamente en el establecimiento del Estado de derecho. Es entonces cuando "surge el primer grupo de derechos en el texto constitucional. A partir de éste momento el Estado se obliga a respetar indefectiblemente la esfera jurídica del particular, a ajustar su actividad al principio de legalidad".<sup>(18)</sup>

### **La segunda generación**

Se conforma a partir de los movimientos sociales reivindicativos de la segunda mitad del siglo XIX, los cuales denuncian la ideología individualista y el sistema económico capitalista, con su paulatino desgaste, los Derechos de la Segunda Generación, están constituidos en Derechos Económicos, Sociales y Culturales; alcanzando su consagración jurídica y política en la Nueva Fórmula del Estado Social de Derecho: el cual sustituye progresivamente al Estado liberal.

En este caso, los Derechos Humanos se traducen en "derechos de participación, que requerían una política activa de los Poderes Públicos, encaminada a garantizar su ejercicio y se iban a realizar a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y Servicios Públicos"<sup>(19)</sup> tal y como afirma la Profesora Roccatti.

A partir de éste momento, surge el constitucionalismo social, confrontando la reiterada exigencia de que los derechos socio-económicos, plasmados en las normas constitucionales, sean realmente accesibles y disfrutables, comparable a un Estado de salud al alcance de cualquiera; como algo que se encuentra como

(17) CASTAN, Tobeñas, José. *Los Derechos del Hombre*. 4ª. Ed. Ed. Reus, S. A. Madrid. 1992. p. 44.

(18) ROCCATTI, Velázquez, Mireille. *Los Derechos Humanos y la Experiencia del Ombudsman en México*. ODHEM. México. 1995. p. 21..

(19) CASTAN, Tobeñas. Op. cit p. 45.

el sustrato de la persona.

Resulta notable que los movimientos libertarios que promueve e impulsan los Derechos Humanos que conjuntan la segunda generación, surgen en México, la URSS y Alemania, durante el siglo XIX. Estos derechos primero aparecen en México, plasmados en la Constitución Mexicana de 1917. En la URSS aparecen en 1918, mientras que en Alemania se plasman en la Constitución Alemana de Weimar en 1919.

Entre los filósofos, pensadores e ideólogos que promueven estos derechos, se encuentran Hegel, Marx, Engels y Lenin; además de otros que solo los mencionan, sin darles sustento.

Por su propia naturaleza, estos Derechos Humanos necesitan de una erogación mayor por parte del Estado, pues es a él al que corresponde la obligación de procurar su realización.

Sin embargo, esta exigencia de cumplimiento y realización de tales derechos, resulta inútil si excede los límites materiales y recursos pecuarios del propio Estado.

### **La tercera generación**

Los derechos conjuntados en esta generación tienen como fundamento los valores de cooperación y solidaridad, por lo cual también reciben este nombre. Surgen como consecuencia de las nuevas exigencias impuestas por el desarrollo de la sociedad industrial.

Tienen como característica importante, su dificultad de inclusión y corporalización en el acta constitucional, sin desarticular su espíritu. A pesar de todo, ya han sido incluidos en algunas constituciones y actas de índole internacional.

En el capítulo III del Título I de la Constitución Política Mexicana y bajo el rótulo " de los principios rectores de la política social y económica" se recogen y consagran algunos de estos derechos.

Según la teoría social anglosajona, los derechos de la tercera generación se presentan como respuesta al fenómeno de degradación y desgaste que se produce en los derechos fundamentales, por cierto determinado uso de los nuevos avances tecnológicos.

A esto le llaman "Contaminación de libertades" constituyéndose en el núcleo de su existencia, debido al contexto tecnológico actual.

Es en éste momento y en este caso en el que se inscribe la presente tesis,

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

pues dada la investigación de la ingeniería genética, la clonación puede vulnerar el derecho fundamental del ser, el de su integridad, autonomía y libertad anulando su perspectiva de igualdad con el género humano.

En el contexto de la contaminación de libertades se habla de derechos y valores que ven gravemente amenazados y que necesitan ser protegidos en esta nueva era caracterizada por el desarrollo y la sofisticación de la tecnología, especialmente de una investigación científica que no se hace responsable de sus resultados y que contrae únicamente un compromiso ético subjetivo.

Valores éticos como la calidad de vida, autonomía, libertad y sobre todo, la dignidad humana se encuentran en el mas grave de los peligros, ya que inciden en núcleo del propio ser.

A partir de la década de los sesentas de empiezan a promover los Derechos Humanos o de Solidaridad, que desde 1948, las Naciones Unidas anuncian su nacimiento; con la finalidad de promover el progreso social y así elevar el nivel de vida de todos lo pueblos que se integran a este grupo.

La corresponsabilidad es el espíritu que lleva intrínseco, mientras que su objetivo es el bien de toda la humanidad, independientemente de cualquier condición, tal como raza, religión color, o delimitación geográfica.

Para algunos autores, los derechos de la tercera Generación, los consideran mas como principios programáticos muy lejos de ser accesibles. Esto marca una diferencia con los derechos de las otras generaciones.

Para hacer hincapié en la dificultad que representa el disfrute de estos derechos Bidart Campos dice que son; "derechos imposibles que muchos hombres aún no tienen acceso a ellos, que son derechos que pertenecen a una categoría denominada derechos "difusos", "colectivos" o "supra individuales" los cuales han sido recogidos por algunas constituciones a fin de que se vayan implementando paulatinamente mecanismos jurídicos que faciliten su eficacia".<sup>(20)</sup>

Sin embargo, esta caracterización, no agota a los derechos de la tercera generación, los hay de índole muy variada, aunque son incluidos por los expertos y que responden de manera general, al paradigma de calidad de vida.

Derechos tales como derecho de propiedad y disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, derecho de los pueblos al desarrollo y autodeterminación, derechos de los consumidores y usuarios; incluso y de más actualidad, el conjunto de las garantías que debe tener el individuo frente a la manipulación genética, pertenecen a esta tercera generación.

(20) BIDART, Campos, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Ed. UNAM. Estudios Doctrinales. No. 120. México. 1989. p. 215

Dada la posibilidad de delinear con mas amplitud este catálogo, algunos autores ya vislumbran una cuarta generación, la cual sigue, a pesar de todo, a la zaga del acelerado desarrollo tecnológico.

### 1.3 Antecedentes Históricos de los Derechos Humanos.

A través de la historia, los derechos humanos han surgido al enfrentar situaciones tales como la tiranía, opresión, esclavitud, desigualdad, injusticia, explotación y pobreza, elementos que han creado la necesidad de que sean reconocidos los derechos del hombre.

Sin embargo, estas condiciones aun no pertenecen al pasado para algunos hombres y naciones, aunque si existe una estela histórica tanto nacional como internacional que marca su reconocimiento.

#### 1.2.1 Antecedentes Internacionales

Los Derechos Humanos que se consignan en las Constituciones de cada país, generalmente han sido retomados de otros países o regímenes en que los ciudadanos toman consciencia de ellos, debido a sus condiciones actuales de desarrollo.

Comunidades tales como las del Reino Unido, Francia y España, han luchado por limitar la autoridad de la monarquía o incluso, del propio rey, y asimismo, obtener el reconocimiento y respeto a los derechos esenciales de todo ser humano.

##### 1.2.1.1 El Reino Unido

Mediante un conjunto de ordenamientos e instituciones, el pueblo inglés a reflejado el grado de conciencia que adquiere en materia de Derechos Humanos durante las distintas etapas de su historia.

La concepción de los Derechos humanos se inicia durante el reinado de Enrique II, en el que aparecen instituciones con verdaderas reformas que se basan principalmente en las costumbres de los individuos. Ordenamientos tales como:

#### **Common Law**

Se inicia por la instalación de normas consuetudinarias que reflejan los intentos de defensa de los derechos del hombre, lo cual trae como consecuencia la formación de un ordenamiento a manera de Constitución, sin que fuera aún un cuerpo escrito propiamente. Esto constituye un acontecimiento histórico de por sí.

El célebre y tradicional Common Law es un conjunto de normas que integra legislaciones aisladas, resoluciones jurídicas, las decisiones del rey e, incluso, las costumbres de los individuos.

Según el Profesor Hernández, el Common Law " significaba el derecho

tradicional común a todo el país en cuanto se distingue en estatutos y ordenanzas o de costumbres locales, o de derecho eclesiástico, que se rigen por los principios de derecho romano. El Common law es temporal y consuetudinario, conformado por innumerables casos concretos y sentencias".<sup>(21)</sup>

El Common Law o Derecho Común de Inglaterra, se desarrolló bajo dos principios capitales: la seguridad personal y la propiedad. El Common law se propuso mantener celosamente la integridad de estos dos derechos y afirmarlos siempre como parte esencial del individuo mismo.

Asimismo se impuso en la conducta de la vida pública, marcando un límite a la autoridad real que no podía traspasarle, sin provocar rebeldía y hostilidad.

A pesar de que la libertad de los hombres residía en la fuerza masculina y en los privilegios de la nobleza que reclamaba para ellos, obtenían ventajas y derechos para todos.

Con la Common Law se establecieron y se impulsaron normas que la autoridad debería acatar.

### **La constitución de 1215.**

La carta magna Libertarum fue sin duda, uno de los documentos individuales de mayor trascendencia de esta época. Es el documento más importante en la evolución al reconocimiento de los Derechos Humanos.

Se considera que esta Carta Magna es producto de la protesta contra la arbitrariedad de gobierno del rey Juan Sin Tierra. Sus abusos se reflejaban claramente en aumento de los tributos y en la disminución de los derechos y privilegios.

" El reinado de Juan sin tierra se puede dividir en tres periodos cada uno de los cuales está marcado por su notable ineficiencia para gobernar la guerra contra Francia, la disputa con la iglesia y la crisis contra los barones." <sup>(22)</sup>

Esta constitución además de limitar el poder arbitrario del rey, contempla la protección de las libertades individuales, argumentando con ella, cuando tales libertades eran amenazadas por el propio rey.

Según Lara Ponte " Resulta difícil ubicar a esta carta magna dentro de una categoría particular en el derecho moderno, pues no se trata de una Constitución tal y como la entendemos en la actualidad, toda vez que no se presentaba a sus

(21) HERNANDEZ, Bernal. Jesús. *Derechos Humanos y Garantías Individuales*. UAEM. México. 1996. p. 38.

(22) SANCHEZ, Agesta. Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 6ª. Ed. Universidad de Madrid. Madrid, 1976. p.27

órganos de gobierno y no defendía sus poderes. Tampoco fue un tratado, puesto que no se llegó a un convenio entre dos poderes soberanos; ni se le puede considerar como acto legislativo ordinario; mas bien se habla de que puede haber sido un pacto del rey, con los barones" (23)

En cuanto a su texto explícito, encontramos la relación con los Derechos humanos, en la cláusula tercera, conocida actualmente como garantía de audiencia, la cual durante el reinado de Enrique III se transformó en la disposición segunda, dice a la letra "ningún hombre libre deberá ser puesto en prisión detenido o desposeído de sus bienes, sin previo juicio" (24)

La importancia de esta cláusula radica en que sigue vigente en documentos ingleses posteriores, teniendo repercusión en las Declaraciones de las Colonias Inglesas de Norteamérica.

Esta misma cláusula establece que "Todo hombre ha de ser juzgado por sus iguales, de dónde se desprende que un noble no debe ser juzgado por un vasallo ni este a su vez, por uno de menor jerarquía". (25)

Los demás artículos de esta Carta magna que consta de 63, hacen referencia al sistema feudal, aunque pueden citarse algunas cláusulas de gran importancia, como la 40, que establece que "a nadie se le podrá negar, vender o retrasar su derecho a la justicia", de donde se concluye que cualquiera tiene derecho ala justicia.

La cláusula 13 establece que la Ciudad de Londres deberá tener todas sus libertades atávicas y costumbres libres, ya sea por tierra como por agua. Además, se concede este mismo Derecho de tránsito a todas las ciudades cercanas y villas

En sus cláusulas 26, 37 y 46 se ofrece la garantía de audiencia, en ellas se reafirma también las garantías de libertad personal, propiedad, audiencia o defensa , así como el tribunal para juzgar a los individuos.

Algunos de nuestros juristas consideran estas cláusulas como el antecedente remoto de los artículos 14 y 16 de la Constitución vigente.

### **The Petition of Rights de 1628.**

Aunque durante el reinado de Enrique III se confirma la vigencia de esta Carta magna, las disposiciones que se refieren a las garantías de audiencia y libertad, son las que se reproducen principalmente. En el siglo XVII, los reyes ingleses y los que le sucedieron pretendían gobernar como déspotas. Así, durante

(23) LARA, Ponte, Rodolfo. **Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano.** Ed. Porrúa México. 1997. p.63.

(24) Idem.

(25) Ibid. p. 28

el siglo XVII y posteriores, los reyes ingleses creían en su derecho divino a gobernar, considerando que solo eran responsables de sus actos, ante Dios; y no ante el pueblo o el Parlamento.

Durante el reinado de Carlos I, hijo de Jacobo I, la situación económica por la que atravesaba Inglaterra, era desastrosa, motivo por el cual el rey emitió una serie de medidas tendientes a recabar dinero para hacerle frente a la situación.

En julio de 1626, emite una carta en dónde se aplica un gravamen a la importación y exportación de mercancías "apelaba a la buena fe de los súbditos, solicitando cierta cantidad de dinero a manera de donación, sin embargo, dicho pedimento no tuvo éxito, por lo cual el rey creó inmediatamente por Decreto, un tributo en la esfera comercial denominado: Impuesto de la Tasa de tanto por libra de peso y tonelaje".<sup>(26)</sup>

Con lo cual se puede observar que el poder del rey aún no era regulable por ninguna representación democrática; es más continuó tratando de mejorar la deteriorada economía de su gobierno.

En septiembre del mismo año, nombró una comisión que se encargaría de colectar un préstamo forzoso, llevando a prisión a todos aquellos que se negaron a pagarlo. Ante tal situación, llevaron su caso ante el Tribunal mediante un escrito de "Habeas Corpus".

Según el profesor Hernández Bernal "este proceso sería conocido como el caso de los cinco caballeros, el cual llegó a ser de cordial importancia en los derechos humanos, al enfocarse sobre el derecho de la libertad personal, y condujo directamente a la petición de derechos".<sup>(27)</sup>

Además, ya existía una gran inconformidad por el hospedaje forzoso que se tenía que proporcionar a los soldados en casas particulares, aplicando la ley marcial a aquellos que se negaban.

Con ello no sólo se afectaban los derechos de los individuos, sino se atentaba contra la vida misma.

Ante tal situación, la cámara de los comunes, dirigida por Sir Edward Coke, emite un documento en que se adaptaron tres resoluciones:

- ° Se establece el Habeas Corpus como derecho de todos sujeto.
- ° Se limita al rey para crear tributos sin la aprobación del Parlamento.
- ° Se protesta contra el acuartelamiento de tropas en casas particulares.

Aunque Carlos I promete el cumplimiento de tales disposiciones, ya

(26) HERNANDEZ, Bernal. Op. cit. p. 12  
(27) HERNANDEZ, Bernal. Op. cit. p. 40.

consignadas en la carta magna, los Comunes deciden preparar un documento destinado a salvaguardar las libertades del sujeto, y así darle un marco jurídico a través de su reconocimiento por parte del soberano.

Este documento es sometido a la consideración del Parlamento y después de varias discusiones, es aprobado.

"Tiempo después la brecha entre el Parlamento y el rey se profundizó a tal grado que este disolvió el parlamento en 1629 y no fue convocado ningún otro en once años". (28)

A pesar de lo anterior, se puede observar que el documento preparado por el parlamento contenía una amplia enumeración de derechos y libertades que se consideraron violados por el rey, tal como la Seguridad Personal y la aprobación de tributos sin la revisión del Parlamento.

Además, consigue establecerse el Habeas Corpus, que sólo puede consolidarse hasta 50 años después de la disolución del Parlamento.

### **La Ley de Habeas Corpus de 1679.**

Algunos autores encuentran el origen del Habeas Corpus en la Carta Magna de 1215, que en su capítulo 39, relativo al proceso legal, establece:

"Durante la época medieval los tribunales articularon una serie de escritos tendientes a asegurar la libertad de los prisioneros bajo fianza, pero en algunos casos esto no funcionó, y cayeron en desuso a finales del siglo XVI. Cuando la libertad del sujeto se veía amenazada por el despotismo de los Estuardo, en el siglo XVIII, los abogados de aquel entonces, recurrían constantemente al escrito de Habeas Corpus como el mayor remedio para las aprehensiones arbitrarias". (29)

Para 1679, el parlamento adquirió gran relevancia, tanto debido a las constantes pugnas con la monarquía de los Estuardo, como debido a la abolición de la institución de Star Chamber, que en 1641 había sido expedida por el propio Parlamento.

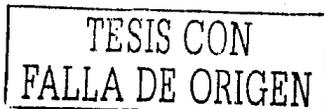
Para estudiosos como Fix Zamudio, la Star Chamber era " un Tribunal administrativo, estrechamente vinculado con la Corona, no obstante su carácter administrativo, ejercía atribuciones propias de un tribunal judicial; razón por la cual se cometían una serie de abusos contra los ciudadanos. " (30)

Una vez que el Parlamento adquirió la suficiente autoridad, se tuteló procesalmente la libertad personal del Habeas Corpus, el cual empezó a proceder inclusive contra órdenes de aprehensión dictadas por el rey.

(28) LARA, Ponte. Op. cit. p. 29.

(29) Ibid. p. 30. (30)

(30) FIX, Zamudio, Héctor. **La protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales.** Ed. Civitas. Madrid. 1981. p.61  
Ed. Civitas. Madrid. 1982. p.61



Aunque había excepciones como las debidas a delitos graves como la alta traición y deudas civiles, casos en que la Corona se obligaba a consignar a los detenidos ante los Tribunales correspondientes.

- "La Ley de Habeas Corpus de 1679 no creó ningún derecho, lo que hizo reforzar un principio ya existente, al proporcionar de ésta manera un amparo más efectivo para la libertad individual." (31)

Las cláusulas del Habeas Corpus eran aplicadas a los súbditos del reino, en su condición de hombres libres, a pesar de este ordenamiento no hacía distinción alguna entre esclavos y hombres libres.

" La trascendencia de esta ley radica, en su excepcional influencia sobre gran parte de las legislaciones de los países de la orbe, así como por el establecimiento de las bases esenciales de este instrumento procesal" (32)

### **La declaración de Derechos The bill of Rights de 1689.**

Esta declaración es el resultado de la intensa lucha del pueblo inglés contra al absolutismo de Jaime II.

Dado el gobierno despótico del rey Juan Hill, el 30 de junio de 1689, un grupo de liberales y conservadores piden a Guillermo de Orange, que contribuya a terminar con el autoritarismo para que puedan restaurarse las libertades de los ciudadanos, aceptando éste, invade Inglaterra y marcha a Londres, dónde derrota al ejército de Jaime II.

Posteriormente convoca a los poblados para que participen en una convención denominada " Convención Parlamentaria", en la cual es proclamado como rey, al lado su esposa María, hija de Jaime II.

Según Sánchez Agesta, "El Bill of Rights fue el principal documento que se obtuvo de la Revolución, constituyéndose en la condición bajo la cual se ofreció la corona." (33) Los trece puntos que contiene esta Declaración de derechos, presenta los principios esenciales en que se basa la Constitución Británica hasta fines del siglo XIX.

Los aspectos importantes que contiene este documento, son:

- La supremacía del Parlamento frente al derecho divino.
- " Las facultades reales se vieron reducidas y la posesión de la Corona,

(32) FIX, Zamudio. Op. cit. 63.

(33) SANCHEZ, Agesta. Op. cit. p. 63.

(31) LARA, Ponte. Op. cit. p. 30.

se convirtió en un derecho estatuario y dejó de ser heredado".<sup>(34)</sup>

- El reconocimiento formal a las diversas, congregaciones protestantes, esto como parte de la ley que debe imperar en la tierra.
- La libertad para elegir a los miembros del Parlamento.
- La prohibición de las fianzas excesivas para liberar a los prisioneros.
- Las penalizaciones no deberían de ser crueles, ni desusadas. Aunque el castigo debe ser proporcional al crimen, la tortura, la mutilación, la flagelación y las marcas se consideran legales.
- Prohíbe al rey el mantenimiento de un ejército en tiempo de paz, considerando ilegales a los ejércitos no autorizados por el Parlamento.
- Limita la facultad del rey para crear tributos sin la aprobación del Parlamento.
- Sujeta la libertad de imprenta a licencias.

Como se puede observar, esta declaración concede mayores libertades y derechos a las personas, limitando aún más el poder del rey. Además, " este documento tiene gran influencia en la redacción de las Declaraciones de Derechos Norteamericanas".<sup>(35)</sup>

### 1.2.1.2 Estados Unidos de Norteamérica

La autorización a la fundación de las colonias inglesas en Norteamérica, se daba desde Inglaterra, mediante Cartas, similares a las que existían en la Edad media, para tal fin.

Estas cartas, eran documentos que fijaban ciertas reglas de gobierno, concediendo amplia autoridad y autonomía, en lo relativo a su régimen interno.

Por lo anterior resulta fácil para los Estados Unidos de Norteamérica el lograr su independencia.

Al ganarse la guerra, se reúne en Filadelfia, el Congreso General de las Colonias, en dónde se expide la Declaración de Independencia, la cual es redactada por Thomas Jefferson.

(34) LARA, Ponte. Op. cit. p. 31.  
(35) Idem.

## **La Constitución de Virginia de 1776.**

Esta se instituye tanto como un modelo para el resto de los Estados de Norteamérica, como para el Congreso Constituyente Federal de Norteamérica, que tuvo lugar tres semanas después de esta promulgación.

Además, el texto de este documento, sirve como fuente de inspiración, tanto para la misma Constitución de 1767 de los Estados Unidos, como para el de otras constituciones, sobre todo para la popular de Francia, en la cual contribuye a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Su parte esencial, establece " Todos los Hombres son por Naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por ningún contrato privar o despojar a su posteridad, especialmente el goce de la vida y de la libertad; teniendo los medios para adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad".<sup>(36)</sup>

Los principios fundamentales que se encuentran consignados en esta Constitución, se encuentran los siguientes:

° Todos los hombres son libres y tienen derecho al goce de la vida, a la felicidad y a la seguridad.

° El poder reside en el pueblo.

° La finalidad del gobierno es el beneficio común y su deber es proporcionar felicidad y seguridad. Si no lo logra, la comunidad tiene el derecho de modificar su gobierno.

° Ningún hombre tiene derecho a recibir privilegios exclusivos de la comunidad.

° Los poderes deben funcionar por separado.

° Las elecciones deben de ser libres y los hombres tiene derecho al sufragio, siempre y cuando se interesen por la comunidad.

° La expropiación de los bienes por utilidad pública, sólo puede llevarse a cabo con el consentimiento del afectado.

° Existen garantías en los juicios de orden criminal.

(36) JELLINEK, Jorge. **La Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano**. Traducción de Rodolfo Posada. Ed. Victoriano Suárez. 1980 p 114

El 4 de Julio de 1776 se hace la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de manera unánime por las Trece Colonias.

Posteriormente, el congreso decide preparar el Plan de Confederación, que se realiza hasta el 15 de noviembre de 1777, en el que se efectúa la unión perpetua de los trece estados y se sancionan los trece artículos de la Confederación.

Después de muchas dificultades, se crea la Federación, al promulgarse la Constitución Federal Americana, en la Convención reunida en Filadelfia el 14 de mayo de 1787.

Las garantías que otorga esta Constitución, son en entre otras,

- ° Igualdad ante la Ley.
- ° Derechos políticos para todos los ciudadanos.
- ° Libertad para todos los hombres.
- ° Actuación pública de la ley.
- ° Limitación de facultades a los funcionarios.

Así, " La Constitución americana propiamente no contenía el catálogo o capítulo destinado a la enumeración de los derechos del gobernado, no fue hasta después de que entró en vigor la constitución Federal cuando surgió la necesidad de llevar a rango constitucional algunas garantías individuales y fue así que se introdujeron a la misma varias enmiendas, es decir, reformas".<sup>(37)</sup>

#### **Las diez primeras enmiendas de 1761.**

A fin de complementarla, se incorporan las siguientes enmiendas a la constitución Federal:

Primera enmienda: Libertad de religión y de expresión escrita.

Segunda enmienda: Seguridad personal de los norteamericanos. Portación de armas a todos individuo que lo requiera.

Tercera enmienda. Seguridad Personal del domicilio. No alojamiento de los soldados en tiempo de paz.

Cuarta enmienda. Garantías de seguridad Jurídica. No aprehensiones ni pesquisas arbitrarias.

Quinta enmienda. Garantías jurisdiccionales. No-privación de la vida, libertad o propiedad, sin proceso legal.

(37) HERNANDEZ, Bernal. Op cit. p. 46

Sexta enmienda. Aplicación de la ley en materia penal. No tribunales especiales. Juicio público y expedito.

Séptima enmienda. Disposición para salvaguardar el juicio por jurados en materia civil.

Octava enmienda. No fianzas excesivas. ni penas crueles ni desusadas.

Novena enmienda. Libertad para insertar otros derechos inherentes al individuo que no han sido insertados.

Décima enmienda. La competencia de la Federación y de los Estados.

### 1.2.1.3 Francia

Aunque a principios del siglo XVIII la organización administrativa del pueblo francés, es feudal; desde la perspectiva política, su gobierno es centralizado y despótico. Así, la libertad personal se encuentra a merced del rey y sus funcionarios.

No existen Cámaras o Parlamento que limiten el poder real, sino que es la alta nobleza la que controla la administración de justicia.

En esta época nace la doctrina del lusnaturalismo como corriente política para fijar la relación entre el poder público y los gobernados.

“De la diversidad de corrientes políticas, tanto de pensadores como de grupos que pretendían proponer medidas y reformas para controlar el régimen francés de la época, sobresalía el pensamiento de los fisiócratas, quienes representaban la idea de los derechos humanos bajo la forma del *laissez faire, laissez passer*”.<sup>(38)</sup> Esto significa que el Estado deberá de abstenerse e intervenir en las relaciones sociales.

Entre los pensadores políticos que más influyeron en el despertar de la clase media y campesina para cambiar las condiciones de opresión por parte de la monarquía absoluta destacan, entre otros: Montesquieu, Rousseau y Voltaire, quienes buscaban reformar el sistema absolutista.

También destacaron los enciclopedistas como Diderot y D. Alembert, que contribuyeron al desarrollo cultural de Francia, defendiendo la libertad natural.

Sostiene Montesquieu, que cada uno de los poderes del Estado deberá tener atribuciones específicas y distintas de las que les corresponden a otros, para que impere el sistema político. Esto asegura un régimen de frenos y contrapesos que permite la igualdad política y descarta la arbitrariedad y el despotismo de las

(38) Ibid. p. 46

autoridades.

Juan Jacobo Rosseau decía que "cada individuo cede a la comunidad sus derechos naturales y de esta forma se establece una organización política con una voluntad propia distinta a los miembros que la integran".<sup>(39)</sup>

Sin embargo, durante la Revolución Francesa, se desata la inconformidad general, estableciéndose entonces una Asamblea Nacional para el ejercicio del poder constituyente. En ella se abolieron los gravámenes y los servicios feudales, la exención contributiva de las clases privilegiadas, los monopolios de cosas de los nobles y los títulos de nobleza.

Así pues, el 21 de agosto de 1789, la asamblea General aprobó un gran documento democrático, la celebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

#### 1.2.1.4 España.

Es en España donde se aprecia una mayor vocación por el Derecho, ya no como un simple ordenamiento de las relaciones privadas, sino también como una organización de la sociedad y del gobierno, dentro de la cual los individuos adquieren una personalidad amparada por la legislación.

"El derecho medieval Español fue legislado bajo la forma jurídica del pacto convenio y contrato entre el Señor y sus vasallos. Fuero era un privilegio concedido o reconocido por el Rey y sus vasallos".<sup>(40)</sup>

Además de los fueros, también existieron las Cartas, que en España llevaron el nombre de Cartas Pueblas o de Población, cuya finalidad era fijar las condiciones para formar una población y para que las poblaciones conozcan las ventajas que se les ofrecen.

De entre las compilaciones jurídicas españolas más antiguas que contienen principios y preceptos dirigidos a fijar límites morales al ejercicio del poder real tenemos:

El Fuero Juzgo (654-681).

Se compone de varios libros, el primero de ellos contiene preceptos relativos al autor de las leyes y a su naturaleza. También se consagra un notable principio que es la limitación Natural que debía tener la autoridad real en la función legislativa y de justicia.

De esta manera, solo se le reconocía autoridad si actuaba conforme al

(39) Ibid. p. 49.

(40) HERNANDEZ, Bernal. Op. cit. p. 42

derecho, si actuaba otra manera no le valía ser rey.

El segundo libro del fuero juzgo, regula los juicios y causas.

Los otros libros se refieren a cuestiones de derecho civil, de derecho penal, de derecho rural y militar.

El Fuero de León de 1188.

Fue emitido bajo el reinado de Alfonso IX y se considera el principal ordenamiento jurídico-político de naturaleza constituyente, pues contiene cláusulas relativas a la atribución de declarar la guerra y hacer la paz, a la administración de la justicia, a la inviolabilidad del domicilio, así como a la propiedad y a la competencia de los tribunales.

Además en su artículo 6, consagra la inviolabilidad del domicilio y en el 13, la garantía de audiencia.

Concilio de Letrán de 1215.

"Mediante este, quedaron abolidas las ordalias de hierro candente y del agua hirviente, así como la individualización de las penas. De tal forma que los delitos cometidos por un sujeto no trascendían a la familia del mismo" (41)

Código de Peralada

Este código data del año de 1246 y las sesenta y tres disposiciones o cláusulas de que consta, contienen cuestiones relativas a todos los asuntos que en aquel tiempo fueron motivo de legislación penal.

Los artículos que de forma señalada se relacionan con la libertad del hombre, son los siguientes:

I. - Que el señor de dicha villa y sus sucesores se mantengan fieles a las disposiciones respecto a las prisiones, libertades y costumbres.

XXIX.- Ningún habitante de Peralada puede ser obligado por el Señor ni sus oficiales a hospedar a nadie en su casa, si no lo desea.

XXX.- Cualquier habitante de Peralada que quisiese ir de la habitación de dicha Villa a otro lugar, que le sea lícito hacerlo con todas las cosas, libremente y sin impedimento del Señor.

LIII.- Quien quiera dentro de los muros de la Villa de Peralada que tire la daga o cuchillo contra otro, pague al Señor la pena de sesenta sueldos condales, y si no

(41) LARA, Ponte. Op. cit. p. 23.

se puede pagar, pierda la mano.

LVII.- Que pueda hacerse querellas cualquier desperfecto o crímenes, a instancia del fisco contra algún habitante de Peralada, tales como: robo, incendio, homicidio, tala de árboles y frutas, maleficio o hechicería, raptó de vírgenes u otras mujeres y violación. En los otros crímenes, empero no puede ser querella sino habiendo instancia de parte o por el legítimo acusador. De otra forma, no puede establecerse querella en instancia de la Corte.

LXII.- En los casos en que es permitido dar tortura, deberán ser invitados para asistir a ella dos cónsules, de no asistir podrá hacerse delante del Juez y del notario.

LXIII.- Cualquier habitante de Peralada, lícitamente podrá ejercer su oficio sin que el Señor u otra persona pueda impedirselo, exceptuándose la escribanía que se trata de manera independiente.

#### La Ley de las Siete Partidas.

Otro cuerpo legislativo de singular importancia que se redactó entre 1255-1263, llamado Las Siete Partidas o, simplemente, Partidas, contiene preceptos destinados a señalar toda desviación de la monarquía o de cualquier otra forma de la autoridad hacia la tiranía o el despotismo.

Por esta razón este ordenamiento ocupa el primer lugar entre las legislaciones de la época.

Mientras que en la primer Partida se da a conocer lo que debe entenderse por derecho natural, por el Derecho de gentes: lo que son las leyes y como actúan, lo que constituyen su costumbre y fueros: en la segunda se contempla el principio antes mencionado de condenas a la tiranía de la monarquía en sus aspectos brutales y totalmente despóticos.

De esta manera ya se considera que las relaciones entre el monarca y sus súbditos no debe existir ningún límite que restrinja la actividad real además de la propia conciencia del monarca. Esta conciencia se encuentra encausada por las reglas de tipo religioso y moral que ensalzan un tratamiento humanitario piadoso y caritativo para sus súbditos.

Con todo, no se confía solo a la conciencia del monarca, pues en el Libro Séptimo se establece; "La obligación por parte de las autoridades estatales, de respetar aquellos derechos que poseían las personas por el hecho de ser seres humanos y la obligación de las autoridades estatales de tratar a la gente con la dignidad que corresponde a un ser humano".<sup>(42)</sup>

(42) HERRERA, Ortiz, Margarita. Manual de Derechos Humanos. Ed. PAC S. A. de C.V. México 1991. p. 40

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## Fuero Viejo de Castilla.

Aunque el Fuero Viejo de Castilla publicado en 1356, contenía diversos fueros y disposiciones emitidas con anterioridad, hay otros importantes hechos y deberes de los individuos que se señalan también en él. Consta de varios libros.

En su primer libro, trata de cuestiones de derecho público, y de los derechos y deberes de los Hidalgos de Castilla.

El segundo libro trata de derecho penal y el tercero versa sobre procedimientos judiciales en el orden civil. Los libros cuarto y quinto regulan las instituciones de derecho civil.

## Fuero de Vizcaya.

Este fuero fue emitido en la reunión celebrada el 5 de abril de 1526 en el pueblo Vasco de Vizcaya.

Este es un fuero de mucha importancia para el tema de los Derechos Humanos, pues protege los derechos del individuo relacionados con la garantía de seguridad jurídica.

"El fuero de Vizcaya prohibía el tormento, la confiscación de bienes, la prisión por deuda y la violación del domicilio. Protege toda libertad, sin mandamiento de Juez competente, salvo en caso de flagrante delito".<sup>(43)</sup>

Dentro de los ordenamientos jurídicos de España, en una de las grandes conquistas del hombre contra el poder arbitrario y en defensa de su libertad se dan dos instituciones muy importantes para el derecho, la llamada Garantía de Audiencia y el Proceso de Manifestación.

## Garantía de Audiencia

Es considerada como una de las manifestaciones más importantes que tuvo la legislación española. Aparece por primera vez en las Cortes de Toro de 1371, y consiste en no proceder contra ninguno de sus súbditos sino bajo las formas tutelares de juicio seguido ante los tribunales.

## El Proceso de Manifestación.

Como institución es de gran importancia, pues se conceptúa como uno de los antecedentes del moderno juicio de amparo.

El origen del Derecho a manifestación, se puede encontrar en el Derecho

(43) HERNANDEZ, Bernal. Op. cit. p. 44.

Romano con el Código Teodosiano. Resurge en 1265 en la figura del *justicia*, personaje que funge como juez intermedio entre la nobleza y el rey

En el año de 1283, se aplica sin distinción alguna a la nobleza y al estado llano.

Este derecho a manifestación, era todo un proceso que tenía como objeto proteger al preso o supuesto delincuente para que no se le infringiera agravio, especialmente la tortura. Constituye ante todo, una medida para evitar la violencia.

Por lo que se refiere al proceso de manifestación este surtía efecto suspensivo sobre las sentencias dictadas por los jueces ordinarios, pero no les impedía a estos continuar con el proceso; sin embargo, una vez dictada la sentencia, si esta era condenatoria, los jueces que la pronunciaban debían acudir ante el *justicia*, donde se continuaría el proceso de manifestación.

Este se realizaba por ambas partes; de una y de manera acusatoria, entre los acusadores y los jueces y por la otra, el manifestado y condenado. En caso de que la sentencia fuera anulatoria, se ponía en libertad al acusado; en caso contrario se entregaba al preso para que fuera ejecutado.

De esta manera podemos decir que en España encontramos como antecedente de nuestras garantías individuales los fueros o privilegios que el rey otorgaba y que un complemento de dichos fueros, era la autoridad denominada "*Justicia Mayor*" que obligaba al rey y a las autoridades a respetar los derechos conferidos en los mismos.

## 1.22 En el Ámbito Nacional.

Los antecedentes mexicanos de lo que hoy conocemos como Derechos Humanos se analizan en los documentos que encontramos en tres épocas muy importantes, la época colonial, la época independiente y la época de la Reforma.

### 1.2.2.1. Época Colonial

"En la nueva España el derecho colonial se integró en el derecho español propiamente dicho en sus formas legal y consuetudinarias, por las costumbres indígenas, principalmente".<sup>(44)</sup>

Desde el inicio de la época colonial se planteó en España, el problema relacionado con la condición jurídica de los indígenas, destacando la postura de los teólogos como Fray Bartolomé de las Casas, Fray Julián Garcés, Fray Toribio de Benavente, Vasco de Quiroga, etc., quienes lucharon por el respeto al derecho de libertad de los indígenas.

(44) BURGOA, Orihuela, Ignacio *Garantías Individuales* 29 ed Ed Porrúa Mexico 1997 p 114

## Fray Bartolomé de las Casas.

Nació en el año de 1474. Fue un misionero que llegó a tierras americanas en abril de 1502 y se estableció en la Isla Española, donde tuvo indios encomendados. Se distinguió por proteger a los indios americanos. Fue nombrado primer obispo de Chiapas, dado el amor que les profesaba y la confianza que a estos les inspiraba.

Posteriormente decidió dedicarse a predicar la igualdad, libertad y dignidad de los indios, renunciando de manera terminante a la encomienda de indios.

Escribe numerosas obras, entre las que destacan: Del único modo para atraer a todos los pueblos a la religión, Apologética. Historia Sumaria. Historia de las Indias, Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias, Avisos y reglas para los defensores, Treinta Proposiciones Jurídicas. Tratado sobre la Esclavitud y Veinte Razones contra las Enmiendas. Muere en Madrid en 1556.

Condena las diversas discriminaciones contra los indios y sostenía que "eran tiránicas, injustas e inicuas, además dice que los indios no deben darse a los españoles en encomiendas, ni en feudo, ni en vasallaje, sino que debe liberarlos de la tiranía y perdición que padecen". (45)

En su obra Tratado sobre la Esclavitud, se observa como defiende los Derechos Humanos: "Según las reglas de los Derechos Humanos, confirmados por la razón y la ley natural, y mucho más por la ley de la caridad cristiana, ninguno se debe proveer de bien alguno con injusticia y daño de otro. Como la libertad de los hombres, después de la vida, sea la cosa más preciosa y estimable y por consiguiente sea la causa más favorable.... cuando hay duda en la libertad de alguno... se ha de responder a sentenciar a favor de la libertad". (46)

## Fray Julián Garcés.

Nació en Aragón en 1452, fue el primer Obispo de Tlaxcala. Llegó a la nueva España en 1527 y fue nombrado protector de los indios en el año de 1528.

Fue otro defensor de la racionalidad de los indígenas y su derecho a la libertad cristiana.

En 1537 dirigió al Papa Pablo III una Epístola en donde aboga por los indios para que por medio de la Bula Sublimis Deus, se declare su racionalidad.

En esta epístola habla del carácter de los indígenas y refiere: "Los niños de los indios no son molestos con obstinación ni porfía a la fe católica, como lo

(45) **Antología clásicos de los Derechos Humanos** Rodríguez y Rodríguez Jesús (Compilador). CNDH México, D. F. 1991/4, p. 19.

(46) *Ibid.* p.46

son los moros y judios; antes aprenden de tal manera las verdades de los cristianos, que no solamente salen con ellas, sino que las agotan, y es tanta su facilidad, que parece que se las beben". (47)

Para Fray Julián Garcés, los niños indígenas aprenden mucho más rápido que los niños españoles y además les gusta estudiar, y no tienen los vicios que suelen tener los españoles.

Cuando habla de la racionalidad de los indios, señala: "Son con justo título racionales, tienen enteros sentidos y cabezas. Sus niños hacen ventaja a los nuestros en el vigor de su espíritu, y en más dichosa viveza de entendimiento y de los sentidos, y en todas las obras de manos". (48)

Tales afirmaciones las basa en el trato que tiene con ellos y añade "Ya es tiempo de hablar en contra de los que han sentido mal de los indígenas, de aquellos que los fingen incapaces, de algunos avarientos cristianos cuya codicia es tanta que, queriendo saciar su sed, sostienen que las criaturas racionales, hechas a imagen de Dios, son Bestias y Jumentos, solo con el fin de que, los que las tienen a sus cargos no tengan cuidado de librarlas de las rabiosísimas manos de la codicia, sino que las dejen a su servicio, conforme a su antojo, solo para despreciarlos y matarlos". (49)

De esta manera observamos que los Misioneros humanitarios sostenían que los indios eran personas humanas, e hijos de Dios y como tales eran portadores de una dignidad intrínseca, que los hacía, sujetos de Derechos.

Tratando de mejorar la situación de los indios, el propio Fray Bartolomé de las Casas llega a aceptar la introducción de negros a la Nueva España; sin embargo tiempo después, lo reconsidera, al darse cuenta de que se trataba de las misma injusticia sufridas por los indios.

De esta manera nos percatamos que durante la época de dominación española, existió una verdadera preocupación, por parte de un grupo de humanistas, porque los indios fueran incorporados a la civilización, por medio de la religión y de la educación, sin embargo lo anterior no se pudo lograr debido a la existencia de grupos contrarios.

Posteriormente, en junio de 1537, el Papa Paulo III, emite la Bula Sublimis Deus, en donde se establece: "...Que dichos indios y todas las otras gentes que a noticia de los Cristianos lleguen adelante, aunque estén fuera de la Fe de Cristo, sin embargo no han de ser privados o se les ha de privar de la libertad y del dominio de sus cosas, antes bien pueden libre y lícitamente usar, poseer, gozar de tal libertad y dominio, y no se les debe reducir a servidumbre...". (50)

(47) *Ibid.* p. 61.

(48) *Ibid.* p. 62.

(49) *Ibid.* p. 61.

(50) PECES, Barba, Gregorio. **Derechos Positivo de los Derechos Humanos**. Ed. Debate. Madrid. 1987.

## La Legislación Indiana.

Después de muchos intentos por unificar todas las disposiciones, que bajo distintas formas se promulgaron en los distintos convenios españoles en América desde el descubrimiento, el Rey Carlos II, promulgó en el año de 1861, la conjunción de todas las disposiciones en un solo cuerpo legal, el cual se reconoce con el nombre Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, cuyo contenido versa sobre distintas materias y analizaremos a continuación.

### Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias.

Dentro de esta legislación, se pretende la protección de los indios contra los abusos y arbitrariedades de los peninsulares y criollos.

Además se da la regulación jurídica de la familia, se establece la condición de la mujer, el derecho de propiedad a la sucesión y el derecho de las obligaciones.

En este documento no se contempla el hecho de manifestar el consentimiento para contraer matrimonio, pero sí en otros documentos tales como la Real Cédula de 5 de febrero de 1515, que estableció "El Rey... mi voluntad es que las indias e indios tengan entera voluntad para casar con quien quisieran, si como con indios, como con naturales de esas partes".<sup>(51)</sup>

Es así que fueron permitidos los matrimonios entre españoles e indios desde la conquista. No obstante esta disposición existieron constantes violaciones en el régimen de las encomiendas, por lo cual se emitió otra Real Cedula el 10 de octubre de 1618 que disponía: "Ningún encomendero u otra persona podra impedir el casamiento de indios, encomendero que impidiere el matrimonio de india o indio en su encomienda incurrirá en pena".<sup>(52)</sup>

Un aspecto muy importante durante la colonia es en cuanto a la libertad de la mujer es que era considerada libre y por ninguna causa podría perder su libertad; inclusive se estableció que aunque estuviera en prisión por causa de guerra debía gozar de su libertad.

En la Recopilación de los Reinos de las Indias, se dispone que "a los Indios habran de señalar y dar tierra, aguas y montes"<sup>(53)</sup>, y al mismo tiempo, hace constar que podrán ser representados por los fiscales en un juicio cuando tuvieren algún problema relacionado con la posesión de sus tierras, ya que eran ordenes de la Corona.

La representación jurisdiccional en la colonia, correspondia a titulo personal, en primer lugar al Rey, y era desempeñada por funcionarios

(51) LARA Ponte. Op. cit p.52.

(52) Idem

(53) LARA. Ponte. Op. cit. p.52.

jurisdiccionales que "de acuerdo con las disposiciones reales, conocían en primera instancia de los conflictos sometidos a su consideración por los corregidores, alcaldes ordinarios y los jueces de la Casa de Contratación de Sevilla y las sentencias dictadas por estos órganos tanto en materia civil como en materia criminal, eran conocidas por las audiencias de segunda instancia, cuyas resoluciones procedía en algunos casos el recurso de suplica ante el Rey, así como ante el consejo de Indias".<sup>(54)</sup>

Aunque vemos aquí ya algunos medios de defensa para hacer valer los derechos y libertades establecidos en las leyes de Indias el problema fundamental, que era la falta de respeto a los indios, seguía existiendo.

#### 1.2.2.2. Época Independiente.

La emancipación Política comenzó a prepararse varios años antes de que Don Miguel Hidalgo y Costilla lanzara el grito de insurgencia en el pueblo de Dolores.

En 1803 bajo el gobierno del Virrey Iturrigaray, el Regidor de Estado de México Francisco Primo Verdad, propugno la reunión de las Cortes españolas con la idea de que en ellas tuvieran representación Política las colonias americanas

Su objetivo era establecer un gobierno provisional en la Nueva España mientras las Cortes determinaban el régimen político.

Aunque el Virrey fue encarcelado y el Licenciado Verdad fue aprehendido y ejecutado, esto no bastó y siguió buscándose el establecimiento de la igualdad entre España y sus colonias.

Para octubre de 1810 las Cortes extraordinarias y generales expiden un decreto en los siguientes términos "se declaraba que los naturales de los dominios españoles de ultramar eran iguales en derechos a los de la península y que un mes después, en noviembre del citado año, se reconoce por las mismas Cortes la libertad de imprenta en materia política".<sup>(55)</sup>

#### Constitución de Cádiz de 1812.

Las mismas Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación Española expiden el 18 de marzo de 1812, la primera Constitución Monárquica de España, cuyo ordenamiento estuvo vigente en México hasta la consumación de la independencia registrada el 27 de Septiembre de 1821.

Esta constitución hizo la siguiente declaración: "la Nación esta obligada a conservar y proteger la libertad civil, la propiedad y demás derechos legítimos de

(54) Ibid. p. 53.

(55) Burgoa, Orihuela Op. cit. p.119.

todos los individuos que las componen". (56)

En cuanto a la propiedad se establece que el rey "no puede imponer por si directa ni indirectamente contribuciones, ni hacer pedidos bajo cualquier nombre o cualquier objeto que sea, no tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella". (57)

Esto solo estaba permitido esto en caso de utilidad publica y mediante indemnización.

Además de lo anterior, esta constitución consigna:

- La prohibición de privilegios a toda persona o corporación.
- Ni siquiera el Rey podía privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por si pena alguna.
- En número de instancias que puede haber en los negocios judiciales concuerda con la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos vigente.
- Si existe una orden de detención expedida en forma legal, toda desobediencia a la misma constituye un delito grave.
- Prevé la responsabilidad civil, y la excarcelación bajo fianza, prohíbe la tortura, tormento, confiscación y penas trascendentales
- En cuanto a la administración de justicia, el Rey y la Corte, no podían ejercer funciones judiciales, los tribunales eran los encargados de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales "La justicia se administra en nombre del Rey. Consagra el principio de la unidad de la jurisdicción aunque subsisten los fueros eclesiástico y militar". (58)
- Esta constitución además establece que la responsabilidad de los altos funcionarios también le competen a dicho Tribunal. Aquí se puede observar que el poder del Rey es limitado y además si un funcionario comete algún abuso será castigado.
- En cuanto a la religión no consagra la libertad de cultos, sino que por el contrario, prohíbe expresamente el libre ejercicio de cualquier otra religión, en los siguientes términos: "La religión de la Nación Española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, única,

(56) TERRAZAS, Carlos, R. *Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México*. Ed. Miguel Angel Porrúa. 3ª. Ed. México. 1993. p. 44.

(57) Idem  
(58) Ibid. p. 45.

- verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de otra".<sup>(59)</sup>
- Se plasmó la libertad de imprenta a excepción de los artículos relacionados a la religión.
- La inviolabilidad del domicilio está también contemplada como derecho.
- También se insertó el principio de publicidad en el proceso y por lo tanto de ahí en adelante sería público conforme a las leyes
- Asimismo se contemplan algunas garantías del presunto responsable como lo son: la de ser presentado ante el Juez antes de entrar en prisión, para que el arrestado emita su declaración, y la de ser notificado dentro de las siguientes 24 horas sobre la causa de prisión, y si fuera el caso, el nombre de su acusador.

#### Elementos Constitucionales de Lopez Rayon.

Resulta importante destacar que Ignacio López Rayón, emite una serie de postulados denominados "Elementos Constitucionales de Rayón".

Estos postulados influyeron de manera importante en la Carta Magna de 1814 y establecen principalmente:

- Libertad de imprenta.
- Inviolabilidad del domicilio, solo en caso de seguridad pública.
- Institucionalización de la Ley de Habeas Corpus.
- Abolición de la esclavitud.

#### Los Sentimientos de la Nación.

Con el movimiento insurgente iniciado en septiembre de 1810, la historia jurídica de la Nueva España se divide en dos bandos de acuerdo a la ideología de nuestros principales libertadores. Por una parte Morelos, concibió y proyectó documentos de carácter constitucional.

Aunque el propio Morelos da curso al movimiento organizado por Don Miguel Hidalgo y Costilla, que proclamaba a Fernando VII como gobernador legítimo y no logró todo lo que perseguía; este movimiento adquirió mucha importancia y gracias a él se originó que el 6 de diciembre de 1810, se proclamara el Bando de Hidalgo que declara abolida la esclavitud y suprimida toda

(59) Lara, Ponte. Op. cit. p. 55.

exacción que pesara sobre las castas.

Por su parte Morelos continúa con su lucha emancipadora y el 22 de octubre de 1814, en la sesión inaugural al Congreso de Chilpancingo, presenta "Los Sentimientos de la Nación" que consta de veintitrés puntos en donde contempla algunas ideas sobre derechos del hombre, tales como: prohibición de la esclavitud y de la división en castas; interdice la tortura y da el reconocimiento del derecho de propiedad y a la inviolabilidad del domicilio.

Además, establece que el congreso debe dictar leyes que moderen la opulencia y la indigencia.

Según el Profesor Bidart, "Los veintitrés puntos de Morelos constituyen una declaración general de principios destinada a normar las discusiones del congreso, confirmando aquellas ideas que los iniciadores de la independencia consideran esenciales para la transformación del país y que fueron tomados en cuenta por los constituyentes para dar a la Nación una nueva estructura y un código fundamental que las precisaran".<sup>(60)</sup>

#### Constitución de Apátzingan.

El 6 de noviembre de 1813 se formó una especie de Asamblea Constituyente denominada "Congreso de Anahuac", que expidió el Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de América Septentrional, en la que se declaraba la disolución definitiva del vinculo de dependencia con el trono español.

Alrededor de un año después, el Congreso expidió un documento llamado "Decreto Constitucional para la libertad de América Mexicana", conocido comúnmente por el nombre de Constitución de Apátzingan, por haber sido en esta población donde se sancionó.

Dado que "esta constitución nunca entró en vigor en el México independiente, no se considera propiamente un antecedente legislativo de las garantías constitucionales que nos legan".<sup>(61)</sup>

Sin embargo, establece una verdadera declaración de derechos cuando señala: "La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad".<sup>(62)</sup>

Entre las garantías más importantes que establece esta constitución se encuentran:

(60) Ibid. p. 64

(61) TERRAZAS, C. Op. cit. p. 59.

(62) Idem

- La inviolabilidad del domicilio.
- Los derechos de propiedad y posesión.
- Libertad política para participar en la formación de las leyes de una manera directa a través del sufragio, o bien indirecta a través de sus representantes.
- Libertad de pensamiento.
- Libertad de Industria, comercio y cultura.
- El derecho de instrucción para todos los ciudadanos, pero no de enseñanza.

Como se puede observar, esta constitución, conjunta un verdadero catálogo de derechos. Sin embargo el propósito del Congreso no fue el de aceptar la doctrina clásica, sino mas bien complementar la Declaración francesa con principios como el de la inviolabilidad del domicilio.

#### El Acta de 1824.

En este documento se recogen, el conjunto de principios políticos y libertades que posteriormente fueron plasmados por la Constitución de octubre de 1824, quedando plasmadas la tolerancia religiosa, el derecho a la administración de justicia pronta, fácil, completa, e imparcial, y la prohibición de los tribunales especiales.

Como punto culminante se dice: "La Nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano".<sup>(63)</sup> con lo que se puede notar la influencia de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

#### La Constitución Federal de 1824

Despues de un apasionado debate sobre la forma de gobierno que debía adoptar el Estado Mexicano, entre centralista o federal, se llega a optar por el federalismo.

El triunfo de las ideas federalistas cristaliza primeramente en el Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, la cual fue analizada anteriormente. Estos lineamientos son adoptados por nuestra primera Ley Fundamental, la Constitución Federal del 4 de octubre de 1824.

(63) LARA, Ponte Op. cit. p. 72.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Los principios sobresalientes que contemplan esta constitución son:

- Principio de tolerancia religiosa.
- Fomento y desarrollo de la educación.
- Libertad de imprenta.
- Prohibición expresa del Tormento y cualquier otra clase de tortura y cualquier clase de pena infamante y trascendente.
- Inviolabilidad del domicilio.
- En el proceso penal, a ningún habitante se le podía tomar Juramento sobre hechos propios, si declaraba en materia criminal.

Nuestra Constitución vigente mantiene todos estos principios.

Siete Leyes Constitucionales de la Republica Mexicana del 29 de diciembre de 1836.

Sin embargo, el sistema federal fue duradero y bajo la presión de grupos conservadores que ya comenzaban a hacerse patentes. el sistema Federal establecido en la Constitución de 1824, se substituye y constitucionaliza en diciembre de 1836 por el régimen Central.

Los derechos que recoge el documento centralista de las Siete Leyes son:

- No ser detenido sin mandamiento de Juez competente
- No ser detenido por más de tres días.
- No ser privado del uso y aprovechamiento de la propiedad
- No ser objeto de cateo ilegal.
- No ser Juzgado y sentenciado por tribunales especiales
- No supresión a la libertad de imprenta.
- Se establecen normas para el aprisionamiento y detención en la administración de la justicia en lo civil y en lo criminal.
- Abolición del tormento.
- Abolición de la confiscación.

En este ordenamiento, a pesar de haber cambiado la forma de gobierno de México. se conservó el principio de división de Poderes. el cual quedó anulado por la creación de un cuarto poder denominado Supremo Poder Conservador. el cual se erige en constituyente."violando con todo descaro el ordenamiento que le dio vida" <sup>(64)</sup>, la Constitución de 1824.

Bases Orgánicas de la República Mexicana del 12 de junio de 1843.

El 12 de junio de 1843 el general Don Antonio López de Santa Ana, Presidente provisional de la Republica, anunció la expedición de las llamadas

(64) BURGOA, Orihuela. Op. cit. p. 131.

Bases Orgánicas de la Republica Mexicana. Esta fuero creadas, por la junta de Notables, formada por ciudadanos distinguidos por su ciencia y patriotismo.

Este ordenamiento reitera el régimen central y el régimen de la separación de Poderes Legislativos en dos cámaras, el Ejecutivo depositado en un magistrado y el Judicial en la Suprema Corte de Justicia.

Al frente de todas las garantías se encuentra la declaración de libertad y condena de la esclavitud, además consigna:

- ° Libertad de opinión.
- ° Libertad de imprenta.
- ° No Tribunales de comisión, ni leyes retroactivas.
- ° Inviolabilidad del domicilio.
- ° Reconocimiento de la propiedad privada.
- ° Derecho de Tránsito.
- ° Declara que los extranjeros solo gozarán de los derechos que concedan las leyes y sus respectivos tratados.

### 1.2.2.3 Época de la Reforma.

#### Actas de Reformas de 1847.

Este documento restablece el imperio de la Constitución Federal de 1842, con algunas reformas esenciales.

En el año de 1846 se citó a un congreso que era a la vez constituyente y ordinario para restaurar la Constitución de 1824.

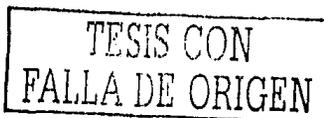
Este congreso nombró una comisión integrada por Antonio Paredes Espinosa de los Monteros, Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero, Joaquín Cardozo y Pedro Zubieta.

De todos ellos Mariano Otero fue el que formuló un voto particular en el sentido que debían hacerse reformas a la Constitución de 1824 y presentó un proyecto de Actas de reformas.

Mariano Otero sostuvo en su voto particular que "la única forma de hacer frente a la situación, era mediante la promulgación de una Constitución Federal que fortalecía la Unión Mexicana y de esta manera superar la crisis".<sup>(65)</sup>

Además de presentarse este voto particular en el Congreso Constituyente, del 26 de agosto de 1842, se establece un amplio catalogo de los derechos individuales.

(65) LARA, Ponte. Op. cit. p. 80.



Incluye en él artículo 23 fracción I, bajo el nombre de "reclamo", que es el antecedente inmediato del recurso o juicio de amparo, cuyas bases habrían de quedar sentadas en él artículo 25 del Acta de reformas, promulgada el 21 de abril de 1847.

Este artículo contiene con algunas modificaciones, el voto particular que Otero presentó ante el constituyente el 5 de febrero del mismo año.

#### Dictamen de la Comisión.

La Comisión establecía que, "una vez aprobada la Ley de garantías individuales, debían elaborarse tres Leyes constitucionales más que estarían estrechamente vinculadas con la ley constitucional de Garantías. Dichas leyes serían, a) La Ley que reglamentaría el recurso establecido en el Art. 25 del Acta de Reformas o sea el amparo b) La Ley de libertad de imprenta y c) La Ley de responsabilidades".<sup>(66)</sup>

Los principios fundamentales que defendió esta comisión son:

- Libertad de Imprenta.
- Limitación al poder arbitrario de funcionarios, por medio de sanciones y restricciones a los representantes públicos en el ejercicio del poder.
- Inviolabilidad del domicilio y de correspondencia.
- La tendencia a abolir la pena de muerte.
- Indemnización cuando por causa de utilidad pública se requiera hacer alguna expropiación.

A pesar de la influencia del pensamiento de Mariano Otero sobre la Comisión, sus reformas no fueron aprobadas.

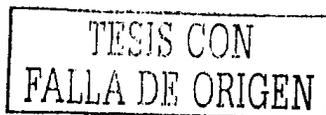
El Acta de Reformas, no contenía en sí un catálogo de Derechos, ya que se refería a éstos de manera muy general. Sin embargo, el Dictamen emitido por la Comisión sobre los puntos constituyentes del senado, ya contempla algunas garantías.

#### El Primer Ombudsman Mexicano en 1847.

Un antecedente institucional en materia de derechos humanos es el Proyecto para el establecimiento de la Procuraduría de pobres, presentado ante el H. Congreso del Estado de San Luis Potosí por el Señor Diputado Don Ponciano Arriaga de Leija.

Con esta institución Ponciano Arriaga trata de contrarrestar la desprotección en que los pobres se encontraban ante las instituciones y sus representantes,

(66) Ibid. p. 82.



hecho que marginaba del disfrute y de sus derechos fundamentales a un amplísimo sector social.

Posteriormente, por ley se creó la Procuraduría de pobres, consagrándose a la defensa de los derechos de las personas desvalidas cuando hubiesen sido afectadas, " sobre cualquier exceso, agravio, vejación, maltratamiento o tropelia que contra ellos se cometa, ya que el orden judicial, ya en el político o militar o del Estado; bien tenga su origen de parte de alguna autoridad, o bien de cualquier otro funcionario a agente público". <sup>(67)</sup>

Las quejas podían presentarse de palabra o por escrito. Si la queja era procedente, " las autoridades respectivas procedían sin demora a decretar la reparación de la injuria, aplicar el castigo cuando sea justo o a decidir la inculpabilidad de la autoridad, funcionario o agente público. <sup>(68)</sup>

Para poner en conocimiento del público las conductas de las autoridades que desatendían las quejas respectivas, esta Procuraduría tenía a su disposición la imprenta del estado

Es notoria la similitud de esta legendaria Institución con las actuales Comisiones de Derechos Humanos en nuestro país.

#### Estatuto Orgánico de 1856.

Después de la última tiranía impuesta por Santa Anna, la imposibilidad del gobierno conservador para resolver los problemas del país, fueron algunos de los factores más sobresalientes que generaron el levantamiento conocido como Revolución de Ayutla, la cual proponía que se integrara un Congreso Constituyente para la creación de una nueva Constitución

Ignacio Comonfort y Juan Álvarez fueron los que patrocinaron el Estatuto Orgánico Provisional de 1857, en contra de la Dictadura.

El 23 de mayo de 1856 Ignacio Comonfort expide el Estatuto Orgánico de la República Mexicana que contiene una Declaración de Derechos. Este Estatuto constituye un antecedente inmediato a la Constitución de 1857.

Las garantías que contempla son:

- ° Prohibición a la esclavitud.
- ° Libre elección del domicilio.
- ° Inviolabilidad en la correspondencia y en el domicilio.
- ° Libertad de imprenta.
- ° No admitir monopolios en el área de la enseñanza y en el ejercicio

(67) ROCCATTI, Velázquez. Op. cit. p. 47.

(68) Idem.

de las profesiones.

- ° Libertad de cultos
- ° La pena de muerte solo se permitía para el homicida, el salteador, el incendiario, el parricida, el traidor a la independencia y el auxiliar de algún enemigo extranjero.
- ° Aunque reconocía la propiedad privada, esta podía ser expropiada en casos de utilidad pública.

La Constitución de 1857.

A la apertura del Congreso se dió una gran discusión entre liberales y conservadores. En el Congreso los conservadores defendían la tradición, la estabilidad social, el orden y la paz, pugnaban, por tanto, por la continuidad del pasado. En tanto, los liberales luchaban porque se legislara ampliamente en materia de derechos del hombre postulaban la igualdad, libertad de cultos, de enseñanza, de ciencia y de pensamiento e imprenta.

También proclamaban la libertad de trabajo, de industria y de comercio y la no aceptación a los monopolios. "la Constitución de 1857 no fue producto únicamente de las ideas de los miembros del Partido Liberal, sino que este se vio obligado a hacer muchas concesiones a los conservadores" (69)

Las libertades contenidas en la Constitución de 1857, son:

- ° Libertad física de la persona, está prohibida la esclavitud. La cual se complementaba al prohibir el tráfico de esclavos en buques nacionales y extranjeros, anclados en aguas territoriales.
- ° Libertad de pensamiento.
- ° Libertad de imprenta.
- ° Libertad de enseñanza.
- ° Libertad de culto.
- ° Libertad de trabajo
- ° Libertad de propiedad.

En esta constitución se encuentra una clasificación sobre los Derechos del hombre, dividiéndose en: Derechos de igualdad, de libertad personal, de seguridad personal.

También se otorgan libertades a los grupos sociales como la libertad política y de seguridad jurídica.

A través de esta clasificación se puede observar: " la Constitución de 1857 es de lo más completa y significó la cristalización de la evolución constitucional de los Derechos Humanos en nuestro País a lo largo del siglo XIX ". (70)

(69) Ibid p. 107.

(70) Ibid. p. 121.

## La Constitución de 1917

Los ideales perseguidos por los hombres que iniciaron la Revolución tomaron sustancia en un cuerpo legal armónico y actualizado que fue el Congreso Constituyente de 1916-1917. Así, este surgió como una necesidad histórica, si no se quería tener una guerra perpetua entre los mexicanos

Aunque Villa y Zapata habían sido derrotados, todo aquello que exigían en su lucha estaba esparcido por todo el país y clamaban que existiera una respuesta. Sin embargo, esta respuesta no vendría automáticamente, y una vez que los representantes del pueblo habían llegado a Querétaro, se pusieron a consideración diferentes esquemas.

El proyecto de Constitución del primer jefe, no plasmaba las profundas reformas sociales que se esperaban, aunque recuperaba íntegro el artículo de 1857 sobre las garantías individuales, mientras que Carranza proponía modificaciones a la organización política que contribuirían a dar estabilidad al sistema.

La constitución de 1917 tuvo como característica principal la consagración de los Derechos Sociales.

México, con la primera declaración de los derechos sociales del mundo, inaugura lo que se conoce como constitucionalismo social.

Así, la promulgación de este documento, inicia una nueva etapa en la historia del constitucionalismo mundial.

Con el artículo 3, 21 y sobre todo el 123, se hace de la libertad y la justicia, los ejes de la vida política de nuestro país. Así pues, el Estado con el único fin de buscar la justicia social, adquiere responsabilidad tanto económica como social.

Tal y como Francia después de la Revolución, tuvo el privilegio de consagrar por primera vez en sus Cartas magnas, los inmortales derechos del hombre, así México, por vez primera consagra en una Constitución los Derechos de los Obreros.

La Constitución de 1917, que es la que actualmente nos rige, consagra las Garantías individuales de Igualdad, Libertad y Seguridad Jurídica. Otorga Garantías Sociales y de Propiedad.

Como en la actualidad se hace una distinción entre las garantías Individuales y los Derechos Humanos, en el siguiente capítulo se analizará esta distinción, a fin de dar claridad a esta división, y así entender la ubicación de una posible legislación en el tema de la Clonación.

### 1.3 La Comisión Nacional de Derechos Humanos y la creación del Ombudsman

Antes de 1789 no se hablaba de la vigencia y del concepto de los derechos del hombre como principio y finalidad de la asociación política. esto surge en Francia y en ese año de 1789.

Esta idea que hoy es generalmente aceptada consistía en enlazar fines y medios. es decir, los derechos humanos y las formas políticas por los que aquellos pueden ser alcanzados.

Para el profesor Lara Ponte. "La base del Estado moderno se cifra en el reconocimiento político de los derechos del hombre, de los derechos del gobernado, de que todo ser humano es libre ante los demás y de que nadie puede atentar contra su vida o sus bienes".<sup>(71)</sup>

Es precisamente en este contexto donde se gesta la institución del Ombudsman, notable por su significación política de defensor de los gobernados.

La importancia de este organismo de origen sueco, radica en que es un órgano gubernamental ante el cual los gobernados pueden acudir para denunciar cualquier abuso o incumplimiento por parte del poder público, respecto de los derechos humanos legalmente reconocidos.

#### 1.3.1 Concepto de Ombudsman.

Para el Profesor Linder, el Ombudsman es. "un mecanismo suplementario para la adecuada realización de importantes aspectos de la relación gobernantes y gobernados, cuya finalidad es siempre la salvaguarda de los derechos del hombre".<sup>(72)</sup>

Es a partir de que en la Institución del Ombudsman operan con cierto grado de equilibrio, los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que de alguna manera en el se cristaliza el carácter democrático del Estado de Derecho.

Puesto que no cuenta con elementos coactivos, el Ombudsman no es un tribunal con poder ejecutorio, su eficacia reside en la fuerza moral que ante la opinión pública tengan las personas encargadas de encabezarlo. Así que a las personas o instituciones que se dirige, lo hace en términos de recomendaciones.

En la actualidad, la institución del Ombudsman es concebida como un organismo receptor de quejas e inconformidades de los gobernados a consecuencia de los agravios padecidos por la acción de oficinas, empleados y/o funcionarios públicos.

(71) LARA, Ponte. Op. cit. p.196

(72) Ibid. p. 197.

Su labor consiste en investigar y, en su caso, expedir recomendaciones públicas tendientes a corregir las acciones que ocasionaron los antes mencionados.

Hedwiga Lindner, señala el modo de actuación del Ombudsman de la siguiente manera: "el no involucramiento en la política, la publicidad del cargo, la facilidad de acceso para los ciudadanos con la Institución del Ombudsman y la publicidad de las actividades y decisiones del organismo".

Por todo lo anterior, puede concluirse que el Ombudsman es el Organismo de defensa de los derechos de los gobernados ante el poder público, por lo cual para operar efectivamente, requiere ante todo de la existencia efectiva de un Estado de Derecho, así como de independencia respecto a los poderes estatales y autoridad moral ante la sociedad civil.

### 1.3.2 Antecedentes del Ombudsman en México.

Como una muestra de la capacidad de respuesta gubernamental ante la demanda social de protección a los derechos humanos, así como del espíritu de autocrítica para corregir las acciones del Servicio Público, se crea la Comisión de Derechos Humanos

Sin embargo, en nuestro país, antes que ella se crearon otras instituciones que son sus precursoras, por ejemplo.

#### ***Procuraduría de Pobres***

Fue impulsada por Don Ponciano Arriaga en el Estado de San Luis Potosí. Opera mediante la competencia de tres procuradores que se encargaban de defender a aquellos que sufrían cualquier abuso o agravio de parte de las autoridades públicas.

#### ***Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos***

A fin de proteger los Derechos Humanos consagrados por la Constitución, el gobernador del estado de Nuevo León, Pedro G. Zorrilla, crea el 3 de Enero de 1979 esta dirección.

#### ***Procuraduría de Vecinos***

Por acuerdo del Ayuntamiento de la Ciudad de Colima, fue fundada esta institución, el 21 de noviembre de 1983, la cual fue integrada a la Ley Orgánica Municipal en 1984.

(73) LINDER, López, Hedwiga. ¿Es la Comisión Nacional de Derechos Humanos el Ombudsman mexicano? Revista Jurídica Matlascense. Guadalajara. Año 2 No. 4. 1992. p. 53-56

Su función consiste en recibir quejas, investigarlas y proponer sanciones. Asimismo, debería informar sobre los actos de la administración pública municipal que pudiera afectar a los ciudadanos.

### ***Defensoría de los Universitarios***

Fue instaurada por la UNAM el 21 de Mayo de 1985. Se constituye en un órgano independiente que vigila el cumplimiento del orden jurídico universitario. Recibe quejas que presenta el personal académico así como del alumnado.

Sin embargo, no va más allá lo establecido por la legislación universitaria y no es competente en asuntos laborales, asunto académicos, disciplinarios o problemas que ella misma pueda resolver.

### ***Procuraduría para la Defensa del Indígena y Procuraduría Social de la Montaña.***

Corresponden respectivamente a Oaxaca y Guerrero, la primera fue fundada en 1986 y la segunda al año siguiente. Ambas tienen como finalidad la protección de los derechos específicos y culturales de los grupo étnicos que habitan determinada región de tales estados.

La Procuraduría de la Defensa Indígena, depende del ejecutivo local y se encarga de gestionar y vigilar los procesos de liberación de presos indígenas que, por sus condiciones culturales, se encuentran privados de su libertad.

La procuraduría del Estado de Guerrero, tiene como función proteger los derechos de los grupos indígenas que habitan en la montaña. También depende del Ejecutivo local.

### ***Procuraduría de Protección ciudadana***

Fue fundada en el Estado de Aguascalientes el 14 de agosto de 1988, y, promoviendo la cultura de los derechos humanos, tiene la finalidad de investigar las quejas presentadas por las personas afectadas por omisiones o violaciones en los deberes de autoridades o servidores públicos.

### ***Defensoría de los Derechos de los Vecinos***

Con el propósito de investigar las denuncias sobre la afectación de los derechos ciudadanos por actos o fallas de las autoridades municipales. Fue instaurada en el municipio de Querétaro, el 22 de Diciembre de 1988.

(74) ROCCATTI, Velázquez. Op. cit. p. 54.

### **Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal**

Su finalidad es contribuir a que los actos de las autoridades del D.F. sean legales para los ciudadanos. Es un órgano desconcentrado.

### **Dirección General de Derechos Humanos**

Se creó el 13 de febrero de 1989 como parte de la Secretaría de Gobernación, fijando su objetivo en la vigilancia de la actuación de los servidores públicos o autoridades.

### **Comisión de Derechos Humanos del Estado de México**

Con funciones similares a las descritas anteriormente, se crea en abril de 1989.

Se puede considerar a cada una de las instituciones anteriores, como antecedentes de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a la cual también se le nombra el Ombudsman Mexicano.

Aunque ésta última es de origen sueco, en México, para fines prácticos, sus funciones son las mismas.

### **1.3.3 La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)**

Por decreto del Ejecutivo es instaurada el 5 de junio de 1990. Se considera una respuesta a las organizaciones civiles de defensa de los derechos humanos, a la creciente demanda social de poner fin a los abusos e impunidad de algunos órganos y dependencias gubernamentales, pero principalmente, de los cuerpos policíacos.

En su inicio, la CNDH, "fue instaurada por y dentro del Poder Ejecutivo, ya que estaba adscrita a la Secretaría de Gobernación, en concordancia con la Ley orgánica de la Administración Pública Federal, que marcaba como función de esta dependencia, encargarse de dicho rubro".<sup>(75)</sup>

Considerando que debido a esta adscripción administrativa, que la ubicaba dentro de una dependencia del Poder Ejecutivo, no cumpliría con el cometido encomendado, se generan grandes críticas.

Pero independientemente de que la CNDH formara parte del Poder Ejecutivo, al ser nombrado como su Presidente el eminente jurista Jorge Carpizo MacGregor y gracias a su prestigio moral, esta comisión es aceptada por la sociedad mexicana.

(75) LINDER, López. Op. cit. p.11.

Por una iniciativa del Poder ejecutivo Federal, la CNDH es dotada de fundamento jurídico a partir del 29 de junio de 1992, al ser adicionado un apartado B al artículo 102 constitucional. Este apartado dice:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecen organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán a través de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidores público; con excepción de los del Poder Judicial de la Federación que violen estos derechos.

Asimismo formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias, así como denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no se consideran competentes en asuntos laborales, jurisdiccionales ni electorales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión es apto para recibir la inconformidades acerca de las recomendaciones que sobre acuerdos u omisiones de los organismos de protección a los derechos humanos de los Estados, se hayan demandado.

A solo dos años de su creación, la CNDH alcanzó el nivel institucional que los defensores de los Derechos humanos clamaban, debido a la confianza que creó al emitir las recomendaciones pertinentes a las innumerables quejas presentadas ante ella.

A partir de ese momento la CNDH , cuenta con una ley que la establece como un organismo descentralizado, con autonomía y personalidad jurídica. Asimismo, cuenta con un patrimonio propio que le es esencial para su desempeño, tal y como lo establece en su artículo segundo.

### **Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos**

La ley reglamentaria del Apartado B del artículo 102 Constitucional, establece la competencia, las atribuciones y funciones de la CNDH, así como los lineamientos generales para la integración de organismos equivalentes en los Estados de la Federación.

Efectivamente al lado de la CNDH, se crean en cada una de las entidades Federativas, comisiones estatales o locales de Derechos Humanos, que conocerán de violaciones en las que se encuentren involucradas autoridades del fuero común.

**FALTA**

**PAGINA**

**46**

## CAPÍTULO II

### Las Garantías Individuales respecto a los Derechos Humanos

Muchos y muy variados han sido los tratadistas que en el plano doctrinal del derecho constitucional, se han dado a la tarea de desentrañar la esencia de las garantías individuales, y aunque hasta hoy no puede hablarse de un criterio unánime al respecto, la mayoría de los autores parecen coincidir en sus contenidos.

En esta polémica se ha llegado a considerar a las garantías individuales como sinónimo de derechos humanos. Algunos incluso, los consideran como sinónimos de libertades publicas.

Bajo este contexto, en el presente capítulo abordamos las distintas posturas que existen en cuanto a estos dos conceptos.

#### 2.1 Diferencia entre Derechos Humanos y Garantías Individuales.

La primera cuestión que nos parece muy importante, es la relativa al uso que hacemos de la expresión "derechos humanos".

Es necesario considerar que mientras en nuestra constitución vigente, la mayor parte de esta materia se encuentra plasmada en el Capítulo 1 del título 1, bajo el rubro "De las garantías Individuales"; en el aspecto doctrinario nacional, algunas veces se refiere a ellos bajo la denominación de garantías constitucionales y otras mas prefiere referirse a las garantías individuales designándolas como derechos públicos subjetivos.

Como es evidente, el problema que nos ocupa no trata solo de una cuestión terminologica, sino que ésta conlleva importantes implicaciones conceptuales. Así que en el presente trabajo vamos a usar el término de garantías individuales, puesto que es el que se usa mas generalmente.

En cuanto a la palabra garantía, "proviene del termino anglosajón warranty, o warantie y que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar". (1)

Garantía en sentido lato equivale a: aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar tambien protección, respaldo, defensa, salvaguarda o apoyo

En cuanto a su uso dentro de la Constitución Mexicana, el término garantías, que se aplica a la enumeración de derechos que el gobierno se

(1) TERRAZAS, R. Carlos. Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México. 2ª. Ed. Porrúa. México. 1983. p. 35.



compromete a respetar, nos lleva a reconocer que esta no se concreta a reconocer cuales son los derechos humanos, sino que tambien precisa los recursos y procedimientos que permiten su goce y respeto efectivos.

Considerando el termino "Individuales", es notorio que "se utilizaba como sinónimo de derechos humanos en la época en que se identificaba a estos con el reconocimiento de determinadas libertades conectadas con la autonomía de los individuos". (2)

Así, el uso dado en nuestra constitución vigente al termino garantías individuales a lo largo de la historia, varía de acuerdo a las ideas que existían en materia de derechos humanos.

Tal es el caso de opiniones e intervenciones suscitadas con motivo del Congreso Constituyente de 1916-1917, las cuales nos revelan más que nada, el porqué de la denominación de estos derechos como "Garantías Individuales".

Para un estudioso como el Profesor Terrazas, la primera identificación de términos, se encuentra en el mensaje dirigido por don Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de Querétaro de 1857, dónde señala que: "siendo el objeto de todo gobierno el amparo y protección del individuo, es incuestionable que el primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella deriven de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre". (3)

Durante el mismo debate el representante, José Natividad Macias, exponía: "Las constituciones no deben declarar cuales son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y absoluta todas las manifestaciones de la libertad, por eso deben otorgarse las garantías individuales". (4)

En ambas expresiones se establece un proceso de identidad entre libertad y garantías individuales, lo cual otorga el reconocimiento más amplio y esencial a todo individuo; el derecho que por el simple hecho de existir, le es inherente: la libertad con todas sus manifestaciones humana

Con lo que podemos hacer notar que el hecho mismo de que los derechos humanos se encuentren plasmados en la propia constitución, lo que ya significa por si, una garantía, cuanto más que ella misma se encarga de fijar los limites y condiciones con que otorga cada uno de los derechos y libertades de la persona humana por ella reconocidos, mismos que no podrán ser restringidos, ni suspendidos sino con arreglo a la propia constitución.

(2) RODRIGUEZ y Rodríguez, Jesús. Estudios sobre Derechos Humanos. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México. 1996. p. 43.

(3) TERRAZAS, R. Carlos. Op. cit. p. 46.

(4) Idem.

De acuerdo a todo lo anterior, se puede decir que la garantía individual es la medida bajo la cual el estado reconoce y protege un Derecho Humano. "Algunas personas distinguen entre los Derechos establecidos en la Constitución y los Instrumentos procesales que los protegen, considerando que tales instrumentos son estrictamente la garantía de los derechos (como es el caso del juicio de amparo. Por lo que sostienen que el termino garantía se debe de reservar para los instrumentos procesales protectores de los Derechos Humanos y no para referirse a los derechos en si". (5)

Por lo tanto, y como lo comenta el profesor Lara Ponte: "Los derechos Humanos son principios axiológicos, en tanto que las garantías son derechos positivados". (6)

Ubicándose en una perspectiva parcial, hay quienes estiman que las garantías individuales son sinónimo exclusivo de los derechos de carácter civil.

Otros al opinar que son sinónimo de las libertades públicas, se ubican en la garantía jurídica y no en la garantía misma, pues aquella es el resultado del ejercicio de todo tipo de garantía, pero no son garantías en si mismas. Como tampoco constituyen mecanismos jurídicos, sino punto de arribo de estos, se nos presentan como fin y no como medio.

En el intento por esclarecer las diferencias entre las garantías y los derechos humanos, se ha desarrollado una tesis que resulta demostrativa.

Se trata de una tesis referente a la bifrontalidad de los derechos humanos, expuesta principalmente por Bidart Campos, quien basandose en la reflexión de ante quienes se hacen valer unos y otros, explica: "las garantías en cuanto a seguridades o medidas de protección, serian las que se ejercen frente al Estado exclusivamente, en tanto que los derechos humanos tienen un carácter ambivalente o bifrontal, en razón de que son oponibles frente a un doble sujeto pasivo: Frente al Estado cuando son reconocidas como Garantías y frente a los demás hombres como principios de derechos erga omnes. esto es, universales. o frente a todos, pues son valores axiomáticos". (7)

Por su parte Jorge Carpizo puntualiza, "los derechos humanos son ideas generales mientras que las garantías son ideas individualizadas y concretas".

Aunque ciertamente, las garantías que postulan los derechos humanos son esencia de todo sistema democrático; requieren para beneficio de la preservación de ellos mismos, de los de comportamientos socialmente deseables para el acato de las normas.

(5) HERNANDEZ, Bernal, Jesús. *Derechos Humanos y Garantías Individuales* UAEM. México. 1995 p. 66.

(6) BIDART, Campos, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México. UNAM. 1969 p. 34 37.

(7) Idem.

Asimismo, necesitan del apoyo de mecanismos aplicativos concretos, que de acuerdo a los ordenamientos constitucionales, conciten la actuación de los órganos integrantes del Estado.

Como podemos observar aquí, algunos autores al hablar de garantías individuales, se refieren a estas como derechos que conquista el ciudadano por el solo hecho de vivir en sociedad; es decir, que el gobernado al ser integrado jurídicamente, el Estado le otorga una esfera jurídica de protección que las autoridades deben respetar aún en contra de su voluntad.

Hasta este momento, podemos resaltar dos distinciones: primera, los derechos humanos son los inherentes al hombre, y segunda, las garantías individuales son los derechos otorgados por el Estado.

Historicamente no ha sucedido de esta manera, tal y como lo señala el Profesor Vela, "No obstante esta distinción, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, si establece la necesidad de que el Estado reconozca, acepte y otorgue derechos al hombre en atención de su condición humana".<sup>(8)</sup>

De acuerdo con él mismo, existe un acontecimiento histórico que nos lleva a encontrar la distinción entre derechos humanos y garantías individuales "es el nacimiento de la Republica como forma de gobierno, donde se consolida el pacto o contrato social que refiere Rosseau para formar un nuevo gobierno y Estado mediante la voluntad soberana del pueblo. Asi se crea un depositario del poder, que a su vez recoge como normatividad iusnaturalista de los derechos humanos y de esa forma el propio Estado reconoce que existe un esfera jurídica de los ciudadanos que no puede ser rebasada".<sup>(9)</sup>

El Contrato Social de Rosseau fue alcanzando el estatus de derecho positivo al ser retomado y plasmado en las diversas constituciones, quedando así otorgadas al gobernado, éstas garantías o prerrogativas.

Esto significa que, aunque los derechos humanos siempre han existido y son anteriores a cualquier forma de gobierno, solo son reconocidos hasta el surgimiento de la República.

## 2.2 Garantías Individuales previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Clasificación.

Existe una gran variedad de clasificaciones entre los diversos autores de la materia, a continuación se hace referencia a algunas de ellas.

(8) VELA, Sánchez, Gustavo. Sobre la necesidad de crear instrumentos jurídicos encaminados a fortalecer las recomendaciones emitidas por la CNDH. Tesis. UNAM. p. 26

(9) HERRERA, Ortiz, Margarita. Manual de Derechos Humanos. Ed. PAC S.A. de C.V. México. 1991. p. 42.

En su obra Manual de Derechos Humanos, Margarita Herrera Ortiz, menciona dos clasificaciones de las Garantías Individuales: la primera es la clasificación doctrinaria y la segunda la clasificación práctica.

A su vez, las garantías individuales desde el punto de vista doctrinal, se pueden enfocar desde dos ángulos diferentes: por su forma y por su contenido.

Por su forma se clasifican de acuerdo a la manera en que las autoridades Estatales actúan en relación a los gobernados para conceder esos derechos. Esta actuación de la autoridad, solo puede ser positiva o negativa.

Para los Derechos Humanos, Positiva es, cuando las autoridades estatales para otorgar el goce o disfrute del derecho o garantía constitucional al gobernado, realiza prestaciones de dar o hacer.

Este quehacer en forma positiva, dan como resultado las garantías de seguridad jurídica y como ejemplo tenemos al Artículo 17 constitucional, que establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma.

Así se impone al Estado la obligación de crear tribunales para la impartición de la justicia.

De manera similar, es negativa "cuando las autoridades estatales para otorgar el derecho público subjetivo a los gobernados, asumen una actitud de no dar, de no hacer o de no prohibir".<sup>(10)</sup>

Esto da como resultado garantías específicas de libertad, por ejemplo: el artículo 24 constitucional nos concede libertad religiosa y dice que todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade, siempre y cuando no constituyan un delito o falta penados por la ley.

De esta manera, el Estado no hace nada, asume una actitud pasiva y deja libertad para actuar y creer en la religión de nuestra preferencia.

De acuerdo a su contenido los derechos humanos se clasifican conforme al material que cada uno de ellos contiene o posee.

Aunque todas y cada una de las garantías que encontramos en la constitución poseen un objeto de regulación diferente; se pueden dividir en terminos generales, en los siguientes diferentes grupos:

- De igualdad.
- De libertad.
- De Seguridad Jurídica.
- Políticas.
- Sociales.

(10) Idem.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- De propiedad.

Por lo que respecta a la clasificación práctica, lo único que se hace es agruparlas de acuerdo a la materia que regulan. Se le da ese nombre debido a que no se acude a ningún aspecto doctrinario. Se clasifican en los siguientes grupos:

- Garantías de igualdad.
- Artículos 1, 2, 4, 12 y 13.
- Garantías de libertad.
- Artículos 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 24.
- Garantías de seguridad jurídica.
- Artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.
- Garantías Políticas:
- De nacionalidad. Artículo 30.
- De ciudadanía Artículo 34.
- Garantías Sociales.
- Artículos 27 y 123.
- Capítulo Económico de la constitución.
- Artículo 28.

Para el eminente jurista Ignacio Burgoa, las garantías individuales se clasifican de la siguiente manera:

- Garantías de libertad.
- Arts. 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 14, 15, 16 y 24.
- Garantías de igualdad jurídica y legal.
- Arts. 1, 2, 4, 12 y 13.
- Garantías de seguridad jurídica.
- Arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.
- Garantías de propiedad.
- Art. 27.
- Garantías sociales.
- Arts. 3, 27 y 123.
- Rectoría Económica del Estado.
- Arts. 25, 26 y 28.

Aunque , el profesor Rodolfo Lara Ponte, retoma la clasificación hecha por Margarita Herrera Ortiz que casualmente coincide con la de Ignacio Burgoa, establece una diferencia con ellos.

En efecto, este estudioso señala que es conveniente incorporar al concepto de propiedad dentro de la parte relativa a las garantías sociales, junto con los Artículos 3 y 123.

### 2.2.1 Garantías de igualdad.

La palabra igualdad, proviene del latín *aequalitas*, que significa proporción y correspondencia resultante de muchas partes que uniformemente componen un todo.

Como en nuestra calidad de seres humanos, todos poseemos la calidad de igualdad en la comunidad en que vivimos, esta solo tiene que ser organizada y regulada por el Estado.

De aquí surge la idea de que todos los hombres somos iguales y tenemos los mismos derechos, por lo que debemos ser tratados de igual forma.

Tal y como lo asegura Roccatti de la siguiente manera: "El estado al estar integrado por seres humanos, en esencia todos iguales y al mismo tiempo diferentes unos de otros, necesita combinar ambos atributos humanos para crear leyes justas y equitativas para lo cual tendrá que conjugar la igualdad, dignidad de todo los seres humanos, con la desigualdad de aptitudes y funciones, al hacer esto deberá crear los medios o instrumentos legalmente adecuados, para que todos puedan alcanzar los derechos ligados a esa igualdad legal".<sup>(11)</sup>

Como consecuencia, el estado Mexicano ha dado las garantías de igualdad, con las que asegura a los habitantes de su territorio, que ante las leyes o instituciones de carácter publico, tendremos derechos, obligaciones, participaciones y opciones iguales.

Las principales garantías de igualdad son las siguientes:

1. - Goce para todo individuo sin distinción alguna, de las garantías que otorga la Constitución (Artículo 1º. Constitucional).

En México todo individuo tiene derecho a gozar y disfrutar por igual de las garantías previstas en la Constitución, en las leyes mexicanas y en los Tratados internacionales ratificados por nuestro país, sin distinción alguna.

Tal y como afirma el Profesor Hernández, "Los derechos y Libertades fundamentales correspondientes deben respetarse en todo momento y solo pueden limitarse o suspenderse en los casos y bajo las condiciones que la propia constitución o los tratados Internacionales de manera excepcional establecen "<sup>(12)</sup> (Artículo 29 constitucional)

2. - Prohibición de la esclavitud (Artículos 2º y 15 Constitucional)

En nuestro país esta prohibida la esclavitud, por lo que no puede haber

(11) HERRERA, Ortiz, Margarita. *Manual de Derechos Humanos*. Ed. PAC. S.A. de C.V. México. 1991 p. 42.

(12) HERNANDEZ, Bernal. Op. cit. p. 48.

**esclavos o cualquier otro tipo de servidumbre que implique el desconocimiento de los Derechos Humanos para determinada persona.**

**Asimismo, cualquier esclavo que llegue a nuestro país por ese solo hecho adquiere su libertad.**

**Tampoco se pueden celebrar tratados para la extradición o devolución de presuntos delincuentes que hayan tenido la condición de esclavos en el país que los reclama.**

### **3. - Igualdad de Derechos ante la ley del hombre y la mujer.**

**Las mujeres y los hombres son iguales ante la ley. La diferencia no puede ser pretexto para que las autoridades o los particulares den un trato distinto, discriminen o desconozcan algún derecho que la constitución y las leyes confieren tanto al hombre como a la mujer.**

### **4.- Prohibición de títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios (Artículos 12 y 13).**

**En México nadie puede hacer valer o exhibir títulos de nobleza de algún otro país para que reciba un trato especial o privilegiado. Asimismo nadie puede pretender que por ser hijo o pariente de algún funcionario, pretenda un trato especial.**

**Lo anterior se complementa con las sanciones que establece en sus apartados A y B, el Artículo 37 constitucional, que a la letra dice:**

**Apartado A. La nacionalidad mexicana se pierde:**

**Fracción II. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un país extranjero.**

**Aparatado B: La ciudadanía mexicana se pierde:**

**Fracción I. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un gobierno extranjero.**

**Asimismo, ninguna persona o corporación puede gozar de más ingresos o asignaciones económicas, con cargo al presupuesto público.**

### **5.- Prohibición de fueros (Artículo 13).**

**En nuestro país nadie puede tener fuero, es decir, disfrutar de privilegios, concesiones legales o judiciales por formar parte de determinada corporación o agrupación.**

**Sin embargo, existen por ejemplo, tribunales militares que se encargan de**

juzgar los delitos o faltas que cometan los miembros de las fuerzas armadas, contra la disciplina militar.

6.- Prohibición de ser juzgado conforme a leyes privadas o a través de tribunales especiales. (Artículo 13).

Ninguna persona o grupo de personas puede ser juzgado mediante leyes privadas o particulares, ni por tribunales especiales. Esto quiere decir que ninguna ley o tribunal específico, puede ser creado para juzgar a determinado individuo o grupo de individuos.

### 2.2.2. Garantías de libertad.

Empezamos por analizar el término libertad, cuya etimología es latina, del vocablo *libertas*, que significa la facultad natural del ser humano, para obrar o de no obrar de una manera u de otra, lo cual implica que se hace responsable de sus actos.

Las garantías de libertad establecen el derecho de toda persona a realizar libremente las actividades protegidas por la Constitución, prohibiendo a las autoridades, el limitar o privar a alguien de dichas libertades.

En palabras del Prof. Hernández Bernal, " La libertad es afirmada categóricamente, como algo connatural a la esencia del hombre, por lo que sirve de base y fundamento a los derechos esenciales de la persona".<sup>(13)</sup>

Las más connotadas garantías de libertad, son .

1.- Libertad para decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos (Artículo 4º párrafo tercero).

Esto quiere decir que cualquier persona, en el ejercicio de su libertad y consciente de la responsabilidad que implica la paternidad, puede decidir sobre el momento de tener hijos, así como su número.

Una crítica a este Artículo, la ofrece el jurista Ignacio Burgoa, al puntualizar: " Es absurdo que en la ley fundamental del país, se establezca que el hombre y la mujer tienen libertad de copular o no cuando lo estimen conveniente"<sup>(14)</sup>

Sin embargo, al parecer la ley no se refiere a tal derecho, ni a su tiempo, sino más bien a la responsabilidad que implica una cópula fecundante, la cual en otros tiempos, no era posible de regular.

2.- Prohibición de trabajo forzoso y derecho a la justa retribución ( Artículo 5º

(13) Idem.

(14) BURGOA, Orihuela, Ignacio. *Garantías Individuales*. 29 ed. Ed. Porrúa. México. 1997.

párrafos primero, tercero, cuarto , séptimo y octavo).

En nuestro país están prohibidos los trabajos gratuitos o no pagados y los trabajos forzados, por lo que nadie está obligado a prestar trabajos en contra de su libertad y sin justa retribución.

La excepción se hace válida a los trabajos que imponen las autoridades judiciales como pena o condena, cuando se comprueba que alguien cometió un delito.

Aún en estas condiciones, no se le puede privar del pago de su sueldo salvo que la sentencia así lo ordene.

Para la prestación de servicios públicos, sólo se consideran obligatorios cuando se trata de aquellos derivados de servicio militar y en el caso de servicio profesional cuando es de carácter social.

**3.- Nulidad de convenios atentatorios contra la libertad personal (Artículo 5º párrafos quinto, sexto y séptimo).**

Establece la prohibición a particulares o autoridades de que celebren algún contrato, convenio o pacto que implique, por cualquier causa, la pérdida, limitación o desconocimiento de la libertad de los individuos.

Lo cual significa que la libertad personal es un bien irrenunciable, que no admite negociación alguna entre particulares.

**4.- Posesión de armas en el domicilio para la seguridad y legítima defensa. Portación de armas, sujetas a determinadas condiciones legales (Artículo 10).**

En nuestro país cualquier habitante tiene derecho a poseer armas en su domicilio siempre y cuando se para su seguridad y legítima defensa. Tales armas no deben estar prohibidas por la ley y su uso no sea exclusivo de las fuerzas armadas.

Además , la portación de armas está sujeta a la autorización administrativa.

**5.- Libertad de tránsito y residencia (Artículo 11).**

Todo ciudadano mexicano tiene derecho a entrar y salir libremente del país, o bien, trasladarse y viajar libremente por su territorio. También tiene derecho a escoger o mudar libremente su residencia, sin necesidad de cubrir requisito alguno.

Según el Profesor Hernández, " sin embargo las libertades de tránsito y de residencia, pueden ser limitadas cuando así lo decida alguna autoridad judicial en los casos de responsabilidad penal o civil prevista legalmente; o bien por las

autoridades administrativas con fundamento en las restricciones que impongan las leyes relativas a emigración y Salubridad General de la República, así como en el caso de extranjeros perjudiciales para el país".<sup>(15)</sup>

#### 6.- Libertad de expresión (Artículo 6).

Como toda persona tiene derecho a expresar libremente sus ideas por cualquier medio y ya sea de manera oral, escrita o artística o de cualquier otro modo, ello no puede ser objeto de persecuciones judiciales o administrativas, salvo en el caso de que atente contra la moral o los derechos de otros.

#### 7.- Derecho a la información (Artículo 6).

El Estado está obligado a garantizar el derecho de las personas para buscar, obtener y difundir libremente todo tipo de informaciones e ideas, bien sea en forma oral, escrita o a través de los medios electrónicos.

Esto se considera un derecho complementario al derecho de expresión.

#### 8.- Libertad de Imprenta (Artículo 7).

El Estado garantiza la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, asunto o acontecimiento: tal y como se expresa a continuación:

" Este derecho comúnmente se denomina libertad de imprenta y sólo tiene como límites el respeto a la vida privada, la moral y la paz Pública, en todo caso y de acuerdo con lo establecido en Tratados internacionales ratificados por México".<sup>(16)</sup>

#### 9.- Libertad de conciencia, creencia o religión (Artículo 24 párrafos primero y segundo).

Todo individuo es libre de adoptar o poseer la creencia religiosa o filosófica que le agrade, siempre y cuando no constituya o induzca a la comisión de algún delito o falta administrativa prevista por la ley.

#### 10.- Libertad de cultos (Artículo 24 párrafos primero y tercero).

Todo hombre es libre de practicar las ceremonias religiosas, devociones, ritos o cualquier acto de culto de su religión, ya sea en forma individual o colectiva, salvo que constituyan o induzcan a la comisión de un delito o falta administrativa, previsto en la ley.

Tal y como se afirma en Manual de Derechos Humanos, " La libertad de creencias religiosas no tiene ni puede tener limitaciones, dado que esta referida

(15) HERNANDEZ, Bernal. Op. cit. p. 52.

(16) LARA, Ponte, Rodolfo. Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano. Ed. Porrúa México. 1993. p.185.

exclusivamente a una posición interna personalísima del individuo, a la que difícilmente se puede limitar" (17)

#### 11.- Libertad de Asociación (Artículo 9º párrafo primero y 35 fracción III ).

Ninguna autoridad puede impedir que las personas se asocien libremente, siempre y cuando sea de forma pragmática y con una finalidad lícita.

Sin embargo, para tomar parte en los asuntos políticos, sólo los ciudadanos mexicanos pueden hacer uso de tal derechos de asociación.

#### 12.- Libertad de reunión en general y con fines políticos. (Artículo 9º párrafo primero).

Nadie podrá limitar o coartar la libertad para reunirse pacíficamente y con cualquier objetivo lícito, pero solamente los ciudadno mexicanos podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país.

#### 13.- Libertad de manifestación o reunión pública para presentar a la autoridad una petición o protesta (artículo 9º párrafo segundo).

Cualquier persona podrá formar parte de una asamblea, manifestación o reunión que tengs como propósito expresar o exponer cualquier idea, petición o protesta a determinada autoridad.

Tales reuniones o manifestaciones no podrán ser consideradas como ilícitas y no podrán ser disueltas, si no se insulta a alguna autoridad.

#### 2.2.3 Garantías de Seguridad Jurídica.

La primera necesidad de todo ser viviente, y entre ellos, el hombre, es la de preservarse a si mismo; de habilitarse que con los medios que le sean dados, para su propia conservación.

A título ya no particular , sino general o colectivo. es el Derecho la creación mas depurada para asegurar esta conservación. Así que estos derechos se encuentran a la base de toda existencia.

Sin embargo, cabe preguntarse cuál es el Principio de Legalidad, ese principio que permite no solo la actividad individual, sino que a si mismo concede a las otras, ese mismo derecho.

En voz, del Profesor Contreras, se llama Principio de "Legalidad, " Al hecho de que toda actividad política, social, individual, gubernamental, etc., tiene que

(17) HERRERA, Ortiz, Margarita. Op. cit. p. 52.



estar ordenada por normas jurídicas, que señalen la posibilidad de afectarle".<sup>(18)</sup>

El hecho de que toda actividad individual esté reglamentada, no puede dar lugar a que las autoridades puedan proceder de manera arbitraria o abusiva, puesto que ellas mismas están obligadas a respetar la Constitución y las Leyes, actuando en consecuencia a ellas.

Las garantías de seguridad jurídica aseguran que las autoridades procedan de la manera señalada, y son las siguientes:

### 1.- Irretroactividad de la Ley (Artículo 14 párrafo primero).

Se prohíbe que a una ley se le den efectos retroactivos con posterioridad a determinado hecho, cuando dicha ley pueda dañar o perjudicar los intereses o derechos de una persona.

Esto quiere decir que los actos que realice alguien, solo pueden ser juzgados conforme a las leyes vigentes que se hayan expedido con anterioridad a tales actos.

Solo existe salvedad, cuando la ley de que se trata, aún siendo posterior, genera algún beneficio.

### 2.- Garantía de audiencia y proceso legal tal y como es debido, en caso de privación de derechos (Artículo 14 párrafo segundo).

A la letra, este párrafo señala: " Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho." <sup>(19)</sup>

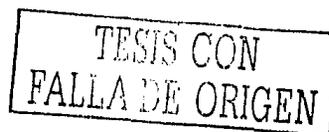
Solamente si la persona es escuchada y defendida durante el juicio ante un tribunal, se considera que no han sido violadas las leyes del procedimiento, pues de otra manera afectan la debida defensa del individuo.

### 3.- Principio de Legalidad (Artículo 16 párrafo primero).

Dado que las autoridades están obligadas a respetar la Constitución y sus leyes, deben sujetar su actuación solamente a las disposiciones legales y, por lo tanto, no pueden proceder de manera arbitraria o abusiva. Tal es lo que establece este principio.

(18) CONTRERAS, Nieto, Miguel Angel. Los ONG'S Reto y Realidad. Organó Informativo de la C. Comisión de Derechos Humanos del Estado De México. México. 1977. p. 107.

(19) LARA, Ponte. Op. cit. p. 56.



#### 4.- Principio de autoridad competente (Artículo 16 párrafo primero)

Por medio de este principio se asegura que ninguna autoridad que no sea la competente puede molestarnos en nuestra persona, familia, domicilio, documentos o posesiones; puesto que para que una autoridad administrativa o judicial pueda interferir en cualquiera de nuestros derechos, se hace necesario que, en forma expresa y de manera previa, se encuentre autorizada o facultada por la ley.

#### 5.- Mandamiento escrito debidamente fundado y motivado (Artículo 16 párrafo primero)

De manera similar a la anterior, pero reforzándola, se establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, documentos o posesiones, sino en virtud de una orden o mandamiento escrito, proveniente de la autoridad competente que se encuentre debidamente fundada y motivada en alguna causa y conforme a un procedimiento previsto en determinada ley.

#### 6.- Derecho a la vida privada con su consecuente inviolabilidad del domicilio (Artículo 16 párrafo primero, octavo y décimoprimer) e inviolabilidad de correspondencia (Artículo 16 párrafo décimo).

Así como ninguna autoridad sin orden previa y documentada, tiene derecho a inspeccionar, fiscalizar o registrar el domicilio de una persona; esto mismo es vigente para la correspondencia, impidiendo que se abra o viole la correspondencia o paquetes que alguien envíe por mediación del servicio postal.

En caso de que alguien transgreda tal disposición, se encuentra incurriendo en un delito que se encuentra sujeto a sanción.

#### 7.- Detención sólo con orden judicial (Artículo 16 párrafo segundo a séptimo).

Una vez que se ha efectuado la denuncia ante el Ministerio Público de un hecho que la ley señala como delito, el infractor sólo puede ser detenido si existe una orden de aprehensión expedida por el juez competente.

Así, según el Profesor Lara Ponte, el Artículo 16, "proteje en su texto tanto la libertad del individuo como su seguridad, a partir de exigir la motivación y fundamento jurídico para los actos de autoridad que causan a los gobernados molestias en su persona, papales o posesiones"<sup>(20)</sup>.

#### 8.- Derechos del Detenido (Artículo 16 párrafos primero, tercero y sexto; Artículo 20 fracciones I, II, V, VII y IX y penúltimo párrafo).

Al momento de ser detenida una persona, tiene los siguientes derechos:

(20) LARA, Ponte. Op. cit. p. 56.

i) Ser informado de las razones de su detención , así como de los cargos en su contra.

ii) De que se le informe acerca de los Derechos que en su favor establece la Constitución.

iii) De obtener inmediatamente su libertad provisional a través del otorgamiento de la caución o garantía (como en el caso de fianza), la cual debe ser accesible al inculpado y , al mismo tiempo, suficiente para asegurar el monto estimado de la reparación del daño.

También debe asegurarse el pago de posibles sanciones económicas, siempre y cuando no se trate de delitos calificados por la ley, como graves, tal como el narcotráfico y terrorismo, pues en estos casos no se le podrá conceder tal beneficio.

iv) No ser presionado u obligado a declarar.

v) No ser sujeto de incomunicación, intimidación o tortura. Quién las cometa, está incurriendo en delito.

vi) Cualquier confesión rendida ante cualquier autoridad distinta al Ministerio Público, Juez o incluso, la confesión ante estos, no tiene valor probatorio, si ésta no se hace en presencia , asistencia y asesoría del defensor del detenido.

vii) Para su defensa, se le facilitarán todos los datos de su expediente y podrá ofrecer todas las pruebas que estime pertinentes.

Además la autoridad le apoyará para que comparezcan todas las personas cuyo testimonio solicite.

viii) Para su defensa deberá ser asistido por un defensor que estará presente en todos los actos del proceso. Si careciera de él, el juez deberá nombrarle uno de oficio, cuyos honorarios serán pagados por el Estado.

ix) Una vez efectuada la detención, el juez deberá de ponerlo a disposición en forma inmediata.

Si la detención es con motivo de la ejecución de una orden de detención decretada en los casos de urgencia o flagrancia, el Ministerio Público solo cuenta con un plazo de 48 horas para poner en libertad al detenido o bien para ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

9.- Derecho a una administración de justicia expedita, completa, imparcial, gratuita y eficaz. ( artículo 17 párrafos segundo y tercero).

Tal y como lo dice el texto, toda persona tiene derecho a que los tribunales le administren justicia manera, pronta, completa, imparcial y gratuita Especificándose, además, la prohibición de las costas judiciales.

**10.- Auto de formal prisión (Artículo 19).**

Para que se dicte un auto de formal prisión, no deberan transcurrir más de 72 horas, a partir del momento en que un detenido sea puesto a dsiposición del juez.

**11.- Garantías del procesado en materia penal (Artículo 20 y tratados Internacionales ratificados por México).**

Las garantías del procesado se encuentran consagradas en el artículo 20, reformadas en 1984 y 1985, y son : el derecho de libertad bajo fianza y caución; el derecho a la defensa y al defensor, ya sea de oficio o particular; el derecho a abstenerse a declarar y ha hacerlo en su propia contra; el derecho al careo con testigos o su abstención.

Tambien otorga las garantías de publicidad del proceso. la de audiencia y la de aportación de pruebas en su defensa.

**12.- Competencia exclusiva del Ministerio Público y de la Policía Judicial para investigar y perseguir los delitos, así como la del juez para la aplicación de penas (Artículo 21 párrafo primero).**

La investigación y persecución lde los delitos,sólo concierne al Ministerio Público y a la Policía Judicial, ningún particular puede adjudicarse tal derecho.

De la misma manera, sólo puede imponer penas el juez calificado.

**13.- La prisión preventiva sólo es aplicable cuando son delitos que ameriten pena de privación de la libertad (Artículo 18 en su parte primera y Artículo 20 en sus párrafos segundo y tercero de la fracción X).**

Solo se permite a la autoridad judicial decretar prisión preventiva contra el probable responsable, cuando el delito cometido se encuentra sancionado con la pena de privación de la libertad.

Dicha prisión preventiva jamás podrá exceder del tiempo que como pena máxima esta previsto por la ley para este delito.

**14.- Prohibición de prisión para deudas de carácter civil (Artículo 17, párrafos cuarto y veinte).**

Esto quiere decir que ninguna persona puede ser privada de su libertad por

deudas de carácter civil,

Tampoco podrá prolongarse la prisión o detención de una persona por la falta de pago a su defensor.

Tal y como lo dice la Profesora Herrera, " Una deuda proveniente de una acto o relación jurídica de tipo civil, no está estimado como delito por las leyes penales, como consecuencia, no se puede engendrar una pena" <sup>(21)</sup>

15.- Prohibición de la pena de muerte (Artículo 22, párrafo tercero).

Nuestra Constitución contempla la posibilidad de que se llegue a imponer esta pena para determinados delitos considerados como sumamente graves, tales como la traición a la patria durante guerra extranjera, el parricidio, el homicidio con alevosía, premeditación y ventaja; al incendiario, al plagiario, al saltador de caminos y al pirata.

También esta tipificada para los reos de delitos graves del orden militar, en los cuáles ya actualmente sólo está prevista.

" En realidad la pena de muerte que se contempla en éste párrafo que comentamos, se da más bien como una posibilidad, la que realmente ha desaparecido de la legislación penal del orden común, subsistiendo únicamente en materia militar". <sup>(22)</sup>

16.- Garantía de tipicidad o prohibición de imponer penas por analogía o mayoría de razón (artículo 14 párrafo segundo).

La Ley prohíbe que en procesos penales se impongan penas por hechos que no estén contemplados en forma exacta como delitos

Tampoco es válido que se considere como delincuentes a aquellas personas que realicen hechos que se parezcan o resulten más graves a otros que si están previstos como delitos.

17.- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

En materia penal, una vez que una persona ha sido declarada inocente o culpable de un delito, ya no se le podrá volver a juzgar por los mismos hechos.

18.- Prohibición de más de tres instancias en un proceso penal o que éste quede sin resolverse (Artículo 23).

Tal y como lo afirma el Profesor Burgoa. " La Constitución prohíbe que

(21) HERRERA, Ortiz. Op. cit. p. 58.

(22) LARA, Ponte. Op. cit. p. 58.

algún juicio conste de más de tres instancias, con la finalidad de que la resolución de un negocio ventilado en forma judicial y principalmente los de tipo criminal, tengan un tiempo límite de duración bien determinado. <sup>(23)</sup>

Esto quiere decir que la primera instancia, que es la sentencia que recaé en un juicio, puede llevarse a la segunda instancia que es la de impugnar a un tribunal superior para que la revise, para que en caso de que tampoco se esté conforme con dicho tribunal, se pueda recurrir a la tercera y última instancia que es promover un juicio de amparo, cuya sentencia será definitiva e inatacable.

19.- Derecho del ofendido y la víctima del delito (Artículo 20, fracción X).

Para satisfacer la reparación del daño cuando proceda, o bien para coadyuvar o colaborar con el ministerio público para probar la responsabilidad del inculcado, la víctima u ofendido tiene derecho a recibir asesoría jurídica

20.- Suspensión de Garantías Individuales solo en los casos y bajo el procedimiento previsto en la Constitución (Artículo 29).

Solamente el Presidente de la República, con el acuerdo de los Secretarios de Estado y el Procurador General de la República, pueden solicitar al Congreso de la Unión, o en los recesos de éste, a la Comisión Permanente, que se suspendan las garantías que sean necesarias para hacer frente rápida y fácilmente a la situación, bien sea en todo el país o en un lugar determinado.

Sólo en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, pueden ser suspendidas las garantías individuales.

2.2.4 Garantías Políticas.

Desde el punto de vista jurídico, el hombre está constituido por dos partes, la primera destinada a la conservación de su ser y a la realización de sus fines y la segunda, destinada a la comunidad política.

De esta manera, los seres humanos poseemos derechos propiamente individuales y derechos políticos, siendo estos últimos los que se proyectan en la comunidad política.

Según los define el Profesor Burgoa, los derechos de índole política son "aquellos que el Estado otorga al hombre, como consecuencia de un Estado de Derecho Democrático, lo cual implica necesariamente el predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado." <sup>(24)</sup>

(23) BURGOA, Orihuela. Op. cit. p. 54.

(24) Idem.

Así entonces, los derechos políticos son aquellos que confieren a su titular la prerrogativa o facultad de participar en la dirección de los asuntos públicos del Estado, por sí mismos o a través de los representantes libremente elegidos

Como el contenido mismo del Estado de Derecho entraña, a la luz de la doctrina, un contenido democrático, las garantías políticas son: "aquellas que la Constitución otorga al ser humano como reconocimiento del predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado y del derecho que tiene cada uno de los gobernados de participar en los asuntos públicos." <sup>(25)</sup>

Las garantías políticas principales, son:

#### 1.- Derecho a la ciudadanía mexicana (Artículo 34).

Todo hombre y mujer que tenga la calidad de mexicana, haya cumplido 18 años y tenga un modo honesto de vivir, tendrá derecho a la ciudadanía mexicana.

#### 2.- Derecho de votar y ser votado para cargos de elección popular

Para los cargos de elección popular como la presidencia, regidor, etc, los ciudadanos mexicanos tenemos derecho de votar por el candidato que queremos que lo ocupe. De la misma manera y siempre y cuando cumplamos con los requisitos que establece la ley, tenemos el derecho de ser elegidos (votados).

#### 3.- Derecho a asociarse libre y pacíficamente para participar en asuntos políticos (Artículo 9º y 35, fracción 3 y 41).

Sólo los ciudadanos mexicanos tienen el derecho de asociarse, en forma libre y pacífica, para tomar parte en los asuntos políticos del país.

Tales asociaciones pueden conformarse en partidos o agrupaciones políticas, que permitan la participación en la vida pública

### 2.2.5 Garantías Sociales

Diversos autores coinciden en señalar que nuestra Constitución de 1917, es la primera en incluir en su texto, un nuevo tipo de derechos a los que se les ha denominado garantías sociales, caracterizadas por recoger determinadas aspiraciones populares donde el Estado mismo se fija metas a alcanzar mediante el establecimiento de auténticos Programas Sociales.

Los derechos sociales "son aquellos que tienden a asegurar el bienestar social, económico y cultural tanto individual como colectivo, de ciertos grupos sociales; para que cada uno de sus miembros pueda llevar realmente una vida humana y digna" <sup>(26)</sup>

(25) HERRERA, Ortiz. Op. cit. p. 61.

(26) RODRIGUEZ y R. Op. cit. p. 47.

Las principales garantías sociales son:

1.- Derecho a la Educación (artículo tercero).

En México, todo individuo, sin distinción alguna, tiene derecho a recibir educación.

Tanto la Educación Primaria como la Secundaria son obligatorias en nuestro país, por lo que todo individuo tiene derecho a recibirla y el Estado tiene la obligación a brindarla y asegurarse que, junto con las escuelas privadas, se cubran las necesidades de toda la población.

Además, en congruencia con la libertad de creencias, toda la educación que imparta el Estado será laica, por lo que se mantendrá al margen de cualquier doctrina religiosa.

Es un requisito inherente a la educación . que sea gratuita en los niveles establecidos.

2.- Derechos de la propiedad (artículo 27).

Si bien la propiedad agraria puede ser comunal, ejidal o pequeña propiedad, solo los mexicanos tienen el derecho de adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones. También sólo ellos pueden obtener concesiones de explotación de minas y aguas.

Como la pequeña propiedad puede ser agrícola, ganadera o forestal , se encuentra sujeta a límites máximos de superficie

Todos lo anterior obliga a impartir justicia agraria honesta y expedita que garantice la seguridad en la tenencia de la tierra ejidal, comunal o de la pequeña propiedad, así como apoyar la asesoría legal de los campesinos.

" El artículo 27 de la Constitución de 1917 determinó que es la Nación quien transmite el dominio a los particulares, para así constituir la propiedad privada." (27)

La propiedad social esta contemplada desde tres aspectos fundamentales:

1) La cuestión relativa a la dotación de tierras y aguas para los pueblos, rancherías y comunidades que no lo tuvieron, o las tuvieron en cantidad insuficiente.

2) La confirmación de las dotaciones de tierra y aguas hechas a los ejidos de acuerdo con la ley agraria del 6 de enero de 1915, para que a partir de ella se establezca la situación jurídica de las nuevas dotaciones.

(27) CONTRERAS, Nieto. Op. cit. p. 57.

3) La declaración de nulidad de todos los actos jurídicos que hubiesen concluido con la privación de tierras, bosques y aguas de algunas comunidades.

Las últimas reformas publicadas el y 28 de enero de 1992 y realizadas durante el gobierno de Carlos Salinas de Gortari, tienen entre otros propósitos, "ortorgar mayor certidumbre en la tenencia de la tierra y fomentar la productividad de los ejidatarios, comuneros y pequeños propietarios y (asi), revertir el creciente minifundismo que en las dos últimas décadas se había generado en el campo; ofrecer nuevas formas de asociación para estimular la inversión y capitalización de los predios; fortalecer la vida comunitaria de los asentamientos humanos y mejorar los mecanismos de impartición de justicia en materia agraria mediante el establecimiento de tribunales federales agrarios de plena jurisdicción." (28)

### 3.- Derechos Laborales (artículo 123).

El artículo 123, relativo al trabajo y la previsión social, desde su exposición de motivos, establece desde su pronunciamiento, el incuestionable derecho del Estado a intervenir en desempeño del trabajo del hombre, como la fuerza reguladora de su funcionamiento.

Este artículo, define paso a paso las garantías correspondientes a los trabajadores que prestan servicios personales subordinados a un patrón.

Para su estudio, estas garantías se clasifican en:

A) Las que se refieren a la prestación individual de trabajo, que establecen las condiciones generales en la prestación del servicio.

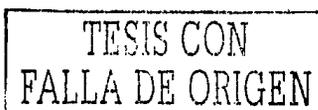
Entre éstas se destacan: la limitación de la jornada máxima a ocho horas; la prohibición de labores insalubres o peligrosas para las mujeres y los menores trabajadores; el trabajo hebdomario; las vacaciones, los cuidados de la mujer durante el embarazo y parto; la prevención y seguridad social para prever accidentes y enfermedades y para tener acceso a servicios y prestaciones; el aseguramiento de un salario mínimo; y el principio de equidad por el cual se maneja que a trabajo igual corresponde salario igual, sin tener en cuenta el sexo y nacionalidad.

B) Las de índole colectivo, destanado el derecho a la asociación profesional y a la huelga.

Estas representan el más importante de los logros sociales, pues consagra el derecho de coalición para defender los intereses profesionales. Asimismo permite la contratación por ley y la contratación colectiva.

Segin el profesor Chalico, " las grantías que permiten formar sindicato e ir a

(28) Idem.



la huelga, son dentro del marco jurídico, auténticos instrumentos de lucha de clase, éstas a diferencia de las posturas Marxistas, posibilitan la conciliación de intereses. " (29)

C) Las procedimentales y jurisdiccionales referidas a la conciliación y al arbitraje.

Permiten la intervención de los órganos del Estado para los casos en que al surgir conflicto entre el capital y el trabajo, ellos se sometan a una conciliación, antes de iniciar un proceso jurisdiccional entre las autoridades administrativas del trabajo o bien, ante la junta de Conciliación y Arbitraje

D) Las administrativas y sociales, referidas a la seguridad social y a la mediación del estado a favor del trabajador

En el ámbito administrativo, lo que se refiere al otorgamiento de los servicios sociales a favor de los trabajadores, corresponde a los organismos tripartitas o solamente al Estado.

Estas garantías están destinadas a proteger el salario, a velar por la seguridad e higiene laboral, o procurar y orientar en el cumplimiento de las normas laborales y en el campo de la seguridad, lo relativo a la atención médica, a la vivienda, a las pensiones y a las jubilaciones.

## 2.2.6 Garantías de Propiedad

El artículo 27, además de ser considerado dentro de las garantías sociales, es una garantía de propiedad, ya que es todo un programa de gobierno para acabar con la explotación.

Este artículo establece que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, para constituir la propiedad privada.

Asimismo indica que las expropiaciones solo se pueden efectuar mediante la indemnización correspondiente y por causa de utilidad pública.

De la misma manera, la Nación puede imponer en todo momento, a la propiedad privada, las modalidades que dicte el interés público, así como regular los elementos naturales susceptibles de apropiación.

Para el presente trabajo es necesario resaltar la importancia extrema que

(29) CHALICO, Ruiz, Juan José. La personalidad jurídica y social de los sindicatos. Tesis. México. UNAM. Facultad de Derecho. 1974. p.19.

todas estas garantías adquieren en el caso de la clonación, pues desde la mas elemental, que es la de ser reconocidos en la propia individualidad, y con ello toda la connotación social y política que ella le reviste; ahora se manifiestan en peligro inminente de desconocimiento, pues ya en este momento, con el primer clon humano, queda revasado casi en su totalidad el ámbito jurídico.

Tratando de destacar esta importancia, el siguiente capítulo se enfoca a determinar hasta que punto los derechos humanos y las garantías individuales pueden poner un marco a la legislación necesaria en materia de clonación.

## Capítulo III. MARCO TEÓRICO DE LA CLONACIÓN HUMANA

### 3. La problemática de la clonación humana.

#### 3.1. El problema filosófico.

Cabe mencionar de vía aclaratoria y de materia provisional que la duplicación de individuos a través de sofisticadas técnicas de laboratorio se ha convertido en el avance humano acerca del controvertido tema de la clonación

Así, el diálogo entre ciencia y religión se hace necesario en cuanto que el avance de la ciencia deja en total rezago las pautas de vida con las que ha establecido la humanidad a través de los siglos, sin embargo, este diálogo parece en ocasiones, un diálogo de sordos, pues no se distinguen puentes entre la fe y la racionalidad.

Es aquí, donde la filosofía presta su discurso para el logro de éste entendimiento, pues en el proceso de reflexión se puede encontrar ese lenguaje común.

#### 3.1.1 El problema ontológico, la posición de las células

Desde que el hombre se hizo pensante y se interroga sobre su existencia y sus finalidades, se han creado escuelas filosóficas que dan respuesta a preguntas tan elementales como las de ¿quién soy y hacia a dónde voy? ¿cuál es la finalidad de mi existencia?

A través de la historia, las respuestas se han agrupado en dos corrientes principales, la antropocéntrica y la teológica.

En la primera, es el hombre mismo el que tiene todas las respuestas, en él se encuentra su origen y sólo en él, la finalidad de su vida. Aunque no es creador de su vida, si la puede conducir hacia el destino que se propone. Su límite se encuentra en el de su creatividad.

La respuesta teológica es lo opuesto a la anterior. El hombre se encuentra limitado por fuerza inconmensurables, que no puede controlar y que lo lleva a cumplir un destino que se encuentra trazado de antemano. Todo lo limita, desde la naturaleza hasta sus límites epitemológicos.

A pesar de todo, en ambas existe un único punto de partida: el hombre como integridad biológica y psicológica, como integridad completa, única e indivisible.

El hombre a partir de su nacimiento se constituye en una entidad autónoma, se va haciendo dueño de sus actos en cuanto toma consciencia de sus capacidades y escoge su actividad de acuerdo a su circunstancia y sus proyectos.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Sólo se considera "en potencia" cuando no ha desarrollado todas sus capacidades o se limita a si mismo.

Es a partir de esta concepción de hombre que el ser humano se ha vuelto social y ha adquirido derechos y obligaciones consigo mismo y con su contexto.

Sin embargo, ante la posibilidad de clonación, ya sea de un ser humano completo o tan solo de células embrionarias, el problema se hace complejo, pues ya no solo es determinar el status que le corresponde a un ser individual, sino el que le corresponde a un conjunto de células que en opinión de Angelo Serra, genetista del Instituto Gemelli de la Universidad S.C. de Roma dice que el óvulo fecundado (cigoto) "es el principio del nuevo organismo, que se encuentra al inicio de su ciclo vital. (...) Desde el momento de la fusión de los dos gametos [fecundación] cada embrión mantiene su propia identidad e individualidad durante todo el desarrollo. (...) Por tanto el embrión es desde el primer momento un individuo humano real, no un individuo humano potencial. (...) Se le debe atribuir el «status» de persona, titular de plenos derechos humanos. (...) El ciclo vital de cada ser humano se inicia cuando los gametos se funden [fecundación] (...) El derecho a la vida del embrión no debe ser interrumpido" (1)

Si ya al embrión se le considera con plenos derechos, con mayor razón a una entidad ya completa como sería el clon. Sin embargo, esto es solo el principio de una serie de implicaciones que conlleva la clonación, como ¿cual es el status del clon y del clonado? ¿si lo que se pretende es que éste quede en un marco social, a quien se considera el padre del clon pues solo se requiere, a lo más de dos mujeres?

Actualmente el problema ontológico se refiere a la célula, pues es ella la que potencialmente puede engendrar el embrión y ulteriormente, el clon. Sin embargo al crearse embrión, ya se adquiere un compromiso de vida pues según el Vaticano, "El problema es, ¿qué se hace con los embriones congelados? En primer lugar, nunca debieron engendrarse. No hay derecho a engendrar «in vitro» varios seres humanos para después sacar adelante sólo uno y destruir los demás. Pero una vez engendrados habría que procurar sacar adelante todos y buscarles padres adoptivos. Pero no hay derecho a condenarlos a muerte, pues son seres humanos inocentes." (2)

De lo anterior se deduce que ya no se puede considerar solamente al ser humano ya presente y autónomo, sino que es necesario considerarlo desde que es una célula potencialmente tratable genéticamente. Es ella la que ha de valorarse en su potencialidad de dignidad, libertad e igualdad, positivándose en cuanto adquiere la calidad de individuo o de clon, con el pleno reconocimiento de sus derechos personales de seguridad individual y jurídica, y sus derechos cívico políticos, económicos sociales y culturales.

(1) L'Observatore No.339. La clonación es una monstruosidad. El Vaticano.2002.p.4

(2) Idem.

Pero el problema ontológico también se refleja en el ser clonado, el hecho de tener uno o mas "dobles" ¿le resta dignidad y libertad o la incrementa? Y en cuanto a la igualdad, ¿conllea algún privilegio el ser clonado?.

Preguntas que han de hallar respuesta antes de que ya sea una realidad la clonación humana.

### 3.1.2 El problema ético

Una vez obtenida la individualidad autónoma, ya se tiene un status ontológico, sin embargo, ¿cuál es el valor ético de iniciar una vida?. Mientras el Vaticano denuncia "el carácter dramático" y "la gravedad" <sup>(3)</sup> moral del experimento de clonación humana anunciado por un laboratorio privado en Estados Unidos, la opinión publica formula respuestas de aceptación o de rechazo, con base a considerandos morales.

Vuelve así con toda su actualidad, el interrogante bioético nunca adormecido por la realidad: ¿cuándo es posible considerar el inicio de la vida humana?

Para el Vaticano, la vida se inicia desde el instante mismo de la concepción. i.e., desde la existencia del embrión. y no puede ser fijado convencionalmente, a cierto tiempo de desarrollo, pues de esta manera se practica el siguiente criterio: un embrión vale menos que un feto, un feto menos que un niño y un niño menos que un adulto. Con ésto se estaría haciendo uso del poder, de manera indiscriminada.

Aún cuando para el Vaticano no existe duda en cuanto a cuando se inicia la vida y fustiga de manera enérgica cualquier medio para reproducirla <sup>(4)</sup> llegando hasta el extremo de prohibirla <sup>(5)</sup>; para el derecho apegado al respeto de los derechos humanos, que todavía se encuentra influido tanto por criterios religiosos como científicos, todavía no se puede pronunciar a este respecto, por falta de consenso.

Desde un criterio puramente ontológico y marcadamente bilógico, la vida se inicia al tener consciencia de sí y una célula no tiene consciencia, solo tiene una programación que la hace ser lo que es y cualquier conjunto de ellas, solo actúan de acuerdo a ese código. llegando a la consciencia hasta que se encuentran en el plano humano, o sea, hasta después del nacimiento, con el lento descubrimiento de su individualidad.

Sin embargo, para el Papa hay que contemplar la clonación desde un verdadero humanismo, y desde ahí, ésta se vé como una amenaza sistematica contra la vida, pues la minima parte humana, la célula, ya tiene el soplo de vida.

(3) Órgano de Información Católica. **La clonación Humana es un experimento moralmente grave y Dramático.** Edición No. 253. México. 2001. p. 9.

(4) BERTONE, Tarciso. **Mons. Fustiga el Vaticano la clonación.** L. Observatore No. 340. El Vaticano. 2002. p.8.

(5) BERTUSCONI, Silvio. **Prohibición a la clonación humana.** L'observatore No. 337. El Vaticano. 2002.p.8.

Este humanismo impregnado de ideas religiosas, se diferenciaría de aquél que abanderan los científicos, el cual sacrifica un puñado de células embrionarias, por los beneficios en órganos de repuesto que se pueden obtener.

Con todo, el problema de la clonación sigue refiriéndose al problema ontológico indisolublemente ligado a la ley moral y al compromiso ético <sup>(6)</sup> pues aunque el concepto de vida sigue haciendo referencia a una unidad indivisible, es difícil determinar cuando adquiere la calidad de dignidad, para que pueda traer aparejados los valores de libertad e igualdad.

Mientras sea un parámetro para determinar la dignidad humana la igualdad, la clonación efectivamente introduce una verdadera discriminación, no solamente a niveles de células embrionarias, decidiendo quién continuará su desarrollo, sino ya con entidades completas individualizadas para determinar quién es sujeto de clonación y quién nó.

Sin embargo, el valor que se ve mas vulnerado es el de la libertad, pues en todo caso es alguien externo a si mismo el que determina su existencia, ya sea embrionaria o clonal.

Así, desde el punto de vista científico, se soslaya el valor que tiene la creación de vida , en aras de los posibles beneficios que puede tener ésta experimentación; mientras que desde cualquier punto de vista humanista , solo queda la reflexión apoyada por el conocimiento.

### 3.1.2.1 Alternativas de solución

Aunque el problema que representa la clonación sigue sin resolverse, se proponen alternativas que permiten evitarlo.

Si bién se sabe la necesidad de órganos de repuesto, que de manera ulterior, resolvería la clonación embrionaria humana, esta puede evitarse acudiendo al transplante de órganos.

Aunque para el que recibe el transplante, su valor se vuelve estimativo, el que dona, adquiere un compromiso de valor con la humanidad, lo hace porque considera digna a la humanidad de recibir algo preciado, es un servicio a la humanidad, y por lo tanto adquiere un valor ético.

Aunque en general, el trasplante es considerado más como un acto humanitario que un acto de amor, para la iglesia católica, es ante todo un acto de amor, pues el que aprecia como un don divino el ser a imagen y semejanza de Dios, valora en esa misma magnitud el donar una parte de esa integridad, y adquiere con ello un gran valor ético. <sup>(7)</sup>

(6) BERTONE, Tarciso. Op. cit. p. 6.

(7) XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de los Trasplantes. No a la clonación, si a los trasplantes. Radio Vaticano. E mail. No. 120. El Vaticano, 2002.

Además, es necesario recordar que no se cambia ni se altera la anatomía ni la fisiología del receptor; se respeta su integridad física y moral, entendida como la entidad con que fue dotado al nacer. El hecho de poseer algo que le hacía falta no le hace pensar que esto sea ajeno a él, sino como el complemento necesario para conservar su existencia.

Así se respeta la naturaleza humana y no solo la parte física, sino todas las partes que la componen.

En palabras de Juan Pablo II "Los trasplantes son una gran conquista de la ciencia al servicio del hombre y son muchos los que actualmente sobreviven gracias al trasplante de un órgano. La medicina de los trasplantes se revela, por tanto, un instrumento precioso para lograr la primera finalidad del arte médico: el servicio a la vida humana" <sup>(8)</sup>.

### 3.1.2.2 Etica de la donación

Ya en sí, la decisión de donar un órgano va más allá de dar algo propio es un darse a sí mismo, lo cual no solo tiene gran valor ético, sino propiamente ontológico. Así el trasplante, respeta la dignidad de ambos actores y si es posible, dignifica en mayor medida al donador.

Aunque en este contexto se encuentra el trasplante, existe todo un proceso de donación que puede desviar la intención del donador; razón por lo cual es necesario que tanto el donante como el donador se encuentren lo suficientemente informados para que tal acto conserve su propósito. Tal y como lo indica el Papa, se requiere de un "consenso informado" <sup>(9)</sup>

Pero además es necesario tomar en cuenta el tiempo de la donación. Para el Papa, el único momento posible es después de que ha cesado toda la actividad encefálica. Esta condición se deriva de la creencia de que de otra manera se conduciría a la muerte al donante.

Esto no ocurre en órganos que se encuentran duplicados en el organismo, al y como es el Riñón, por lo tanto esta condición tendría su salvedad.

La lista de posibles receptores de órganos es extensa en comparación con los órganos donados, surgiendo así la segunda condición para el trasplante " las listas de espera deben ser imparciales y justas" <sup>(10)</sup>. Así que al conformar las lista de espera de donación no sólo ha de prevalecer el criterio de orden respetando las evaluaciones inmunológicas y clínicas, sino que no deben aparecer criterios utilitaristas y discriminatorios.

Además del trasplante entre humanos, también existe la posibilidad de

(8) XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de los Trasplantes. No a la clonación, si a los trasplantes. Radio Vaticano. E mail. No. 120. El Vaticano, 2002.

(9) Wojtyła, Carol. Donar tiene un gran valor ético. L' Observatore No 340. El Vaticano. 2002. p. 10.

(10) Idem

tener otra fuente de órganos, que serían los animales, que, una vez salvada la dificultad técnica, se enfrenta a la reacción psicológica.

Los xenotrasplantes, para el Vaticano, son una fuente posible de órganos, sin embargo, el órgano trasplantado no debe variar el concepto de ser humano que el individuo tiene de sí mismo, ni debe exponerlo a sufrir cambios genéticos.  
(11)

Para los xenotrasplantes no solo existen las condiciones anteriores, sino que además el Vaticano pide que quede exento de riesgos sucesivos del trasplante. Con esto se pretende dar a entender, que hasta que no se encuentre completamente estudiado el xenotrasplante, no debe haber posibilidad de su práctica.

Todas las condiciones anteriores, que podrían ser derivadas de un criterio religioso al dimensionarlas de manera antropológica, no resultan excesivas ni extremas, y serían las que de primera instancia, debería adoptar la ciencia en cuanto a la práctica de trasplantes.

### 3.1.3 El problema epistemológico

Desde que el método científico ha propuesto la manera de adquirir el conocimiento, ya existe una secuencia prefijada para llegar a él. Lo primero que se necesita, es que exista un problema por resolver, después, examinar los antecedentes disponibles y elaborar una hipótesis para vislumbrar su posible solución, mediante procedimientos de observación y experimentación. Una vez obtenida la solución, se genera la tecnología que le permite ofrecer un producto.

Sin embargo, con la clonación, el procedimiento fue invertido y primero se creó la técnica de reproducción asexual y luego se planteó el problema que resuelve.

Así el problema epistemológico de cómo se obtiene el conocimiento, no se fundamenta en una técnica reconocida y sustentada por tanto, en recursos perceptuales estudiados, sino que elimina todo este procedimiento y da un conocimiento de facto, con lo cual dificulta su enfoque epistemológico y ubicándolo exclusivamente en el terreno de la ética médico-científica y el problema de delimitar el alcance de las leyes de investigación.

El problema epistemológico, independientemente del caso técnico específico que representa la clonación, es el planteado por el método científico, y aunque se ha resuelto ateniéndose a paradigmas de vigencia histórica, no deja de poner una vez más en evidencia, el retraso que tiene la filosofía respecto a la ciencia.

Si la filosofía ha de encargarse de hacer un juicio de valor, tanto a nivel

(11) Idem.

ético, como epistemológico y ontológico; este siempre llega mucho tiempo después de que ya existe la solución ó el problema. La filosofía donota un claro retraso respecto a la ciencia y a la tecnología y por tanto, ha de contentarse con al menos ubicar el problema.

El problema de la clonación humana es que una vez establecida, tiene dos posibles usos:reproducción asistida y clonación terapéutica <sup>(12)</sup>, siendo la solución a la infertilidad y esterilidad para la primera y la reposición de órganos en la segunda, la cual promete curas sensacionales a enfermedades tales como el Alzheimer, Parkinson, diabetes, etc.

Con lo cual vuelve a caer en el campo de la ética, tal y como se ha discutido anteriormente, y que ha generado una vigorosa oposición en el mundo <sup>(13)</sup>, no solo refiriéndose a la clonación embrionaria, sino a la clonación con fines reproductivos.

No sólo el Vaticano, sino el Presidente de Estados Unidos y el Secretario General de la Unión Europea , condenan la clonación. No así Gran Bretaña que se pronuncia a favor de la clonación embrionaria con fines terapéuticos, y se propone enmendar la prohibición mencionada y permite conservar "hasta 14 días" a lo embriones creados. <sup>(14)</sup>

Para el Vaticano, el hecho de conocer ya una técnica para la clonación humana, hace desconfiar de la utilidad que se le dará a la misma, pues se cree que se pueden encontrar motivos estratégicos que la justifiquen aún cuando los distintos gobiernos se han comprometido a no usarla con fines reproductivos.

Este temor se ha visto cristalizado al ser anunciado la creación del primer clon humano. Aunque tal noticia no ha sido avalada por autoridades científicas : hace notar la poca credibilidad que tienen los organismo de investigación, que no se compromenten con los acuerdos de sus gobiernos.

### 3.El problema teológico

#### 3.2.1 La opinión de la religión frente a la clonación

Para la teología católica, dónde la vida humana surge a partir de la concepción y Dios es el único creador, " los científicos han manipulado indebidamente la vida humana" <sup>(15)</sup> al clonar embriones humanos y pretender la clonación humana, sea con los fines que sea.

También la Iglesia Ortodoxa y Evangélica rechazan la clonación de embriones, con argumentos que no definen de manera explícita su fundamento religioso, pero que se encuentra impregnado de él.

(12) Grupo Reforma / AP. **La clonación genera una vigorosa oposición en el mundo.** México. 2002 p.3

(13) Notimex, Washington. **Condena el Pape apoyo Británico a la clonación.** México, 2002.

(14) Grupo Reforma. Op. cit. p. 5.

(15) BERTONE, Tarciso. Op. cit. p.6.

Por una parte, para la iglesia Ortodoxa, en palabras de su vocero, Anatoly Ilin, es condenable, porque: "utiliza embriones humanos como materia prima" <sup>(16)</sup> con lo cual permite entrever la sacralidad con que se considera la vida humana.

La vida humana no es producto del azar, sino consecuencia de una voluntad que es la divina y por lo tanto debe ser respetada de manera irrestricta.

Para la iglesia evangélica Alemana, según su portavoz Thomas Krueger, la clonación embrionaria ataca de manera directa la dignidad humana, "se crea una vida, para después destruirla" <sup>(17)</sup>, en lo cual existen de manera implícita la idea de que la vida se inicia desde la concepción, entendida ahora como el momento en que un óvulo se empieza a dividir, aún sin la participación del espermatozoide.

También subyace la idea, de que se pierde el respeto para aquello que el hombre no ha creado, sino Dios; el aliento de vida puesto en el óvulo. Así el hombre, el científico con sus técnicas no la ha creado, tan solo se ha servido de él para obtener otra vida.

Así que no solo atenta contra Dios, sino contra lo que él mismo ha propiciado: contra ese nuevo ser que tiene todos los derechos que le dá el pertenecer al género humano.

La argumentación teológica contra la clonación, finalmente se refiere a la subordinación que el hombre debe tener frente a la divinidad; subordinación que si no asume, requiere la sanción correspondiente; amenazando la iglesia Ortodoxa Rusa con excomulgar <sup>(18)</sup> a todo aquel que practique la clonación o permita ser clonado.

Para el Vaticano, en voz de su ministro de salud, la clonación va más allá del hecho de destruir la individualidad irreplicable, como hijo e imagen de Dios, sino que se crea una vida sin el plan que Dios traza para cada uno de sus hijos. Además, también se le corrige con respecto al método: El matrimonio no solo fue dado por revelación, sino que también se le ha considerado una ley natural; transgrediéndose por tanto la ley divina como la natural. <sup>(19)</sup>

A pesar de que parece haber una brecha cada vez mayor entre la ciencia y la religión, el Vaticano se muestra optimista y le parece suficiente contar con científicos creados en la fé cristiana, para que en algún momento se de un diálogo entre ambos y de ahí se obtenga la bioética que está haciendo falta. <sup>(20)</sup>

(16) REUTERS, DPA y AFP. **Condena la iglesia Católica, Evangélica y Ortodoxa.** Washington. 26 Nov. 2002. p.1.

(17) REUTERS, DPA y AFP. **Condena la iglesia Católica, Evangélica y Ortodoxa** Washington. 26 Nov. 2002. p.1.

(18) REUTERS, DPA y AFP. Op. cit. p. 3.

(19) El Observador No. 259. **Ser científicos y a la vez, auténticos cristianos, no es tan difícil** México. 2002. p.4.

(20) Idem.

### 3.3 El problema científico

#### 3.3.1 Institución y sujeto.

El problema ético médico-científico no se reduce con facilidad a los problemas de carácter técnico y su posible solución, pero a nivel científico si se pretende reducir a criterios institucionales, que no solo rebasan los criterios personales de cada investigador, sino que sobrepasan con gran ventaja los criterios gubernamentales.

Tal y como se ha demostrado a lo largo de los avances de la clonación, la interdependencia entre institución-investigador está sustentada por intereses de mercado y como a la fecha, no existe sanción a la investigación, esta sigue desarrollándose de manera acelerada.

El investigador no se compromete en una opinión ética, aunque permite entrever que ésta queda sometida al interés científico; mientras que la institución, respaldada en tal interés y sustentándose en los beneficios ulteriores para la humanidad, se permite avanzar continuamente. Dado que no existe una clara legislación en cuanto a los límites de la investigación, esta circula libremente por sus propios campos sin frontera.

La constante notoriedad y espectacularidad de su labor, hace que se le cuestione de manera incesante, y que algunos sectores pidan que se establezcan demarcaciones a su labor, y estas se esten dando en algunos países de Europa y Estados Unidos.

Como ya se ha mencionado, este cuestionamiento no se encara a nivel de instituciones, sino que este se delega a título personal, y cada científico señala su propia ética.

La única organización que por su importancia y relevancia - contiene numerosos premios nòbel -, podría dar una respuesta unánime, es la de científicos Cristianos, que a pesar de todo permanece en silencio y sólo se escucha la voz del Papa, diciendo que "están en manos de Dios" <sup>(21)</sup>. lo cual no significa una limitante, sino la esperanza en una buena conducción en su investigación, pues su consciencia está formada en la fé cristiana, y con ella es posible superar el dilema actual entre Ciencia y Consciencia.

Esta organización tiene que agradecer a Juan Pablo II su empeño por defender la autonomía y valor de la investigación científica, aunque todavía no se sabe si esto nos garantiza la ética de la investigación que nos está haciendo falta.

El reto que enfrenta el científico, sea cristiano o no, es respecto a que el tipo de conocimiento que adquiere es cada vez más fragmentado; lo cual le hace perder su unidad interior, y se desliga, por tanto de sus referentes éticos.

(21) El Observador No. 259. Ser científicos y a la vez, auténticos cristianos, no es tan difícil México 2002. p.4.

Aunque es una labor personal de cada científico, el que su trabajo le permita ubicarse en su contexto familiar y social y de esta manera sensibilizarse a los problemas humanos, existen otras instancias como la opinión pública informada y una legislación clara sobre sus investigaciones, que pueden influir en él y sus instituciones, para que se aborde de manera pertinente el problema bioético.

### 3.3.2 Los medios de la investigación, la problemática técnica.

Aduciendo que el interés científico se conjuga con el interés de la humanidad puesto que al avanzar la investigación, se encontrará la cura para enfermedades hasta ahora incurables, se conjugan los dos factores que han permitido el avance científico que hasta ahora solo se consideraba peligroso, cuando tocaba los límites de la ficción.

Ese terreno intermedio que queda entre el interés científico y el de la humanidad, los medios de que se vale la investigación para llegar al estado ideal de curación, son los que carecen de ética; pues se justifican los medios por el fin.

En éste interterreno, se encuentran los problemas técnicos <sup>(22)</sup> que enfrenta la ciencia respecto a la clonación, y que hacen dudar en el alcance de la finalidad o bien, en el costo de ella.

Algunos de esos problemas, se mencionan a continuación:

- Infidelidad saludable de los clones con problemas genéticos y de desarrollo.
- Problemas cardíacos y del sistema inmune.
- Errores genéticos al azar que conducen a problemas impredecibles en cualquier momento de la vida.
- Menos del 3% de los clonados, tienen éxito
- Se desconoce la edad de los clonados
- El embrión humano es ya un individuo.

Estos problemas, más que detener el avance científico, dan la línea de investigación a seguir; no representan más que el obstáculo a vencer, por lo cual se propone seguir experimentando hasta encontrar su solución, gestándose así su propia dinámica.

A manera de conclusión, se puede decir que el problema de la clonación sigue siendo un problema filosófico que lleva implícitos el ético, ontológico y el epistemológico y, de manera colateral, el teológico. Sin embargo, el problema científico pretende dilucidarse de manera autónoma y mantenerse bajo sus propias premisas.

Estas premisas siguen siendo de carácter técnico y en relación a la fuente

(22) Nueva York Times. La clonación produce ratones infeles. Nueva York. 25 de marzo, 2002. p.1.

de toda investigación sobre clonación humana: las células embrionarias. Estas constituyen en la actualidad el problema "ético" la clonación, preguntándose por ejemplo, si las células a usar deben ser embrionarias porque pueden dar lugar a 200 tipos de tejido que tiene el cuerpo humano, ó si por el contrario, aunque resulte menos versátil, las células deben ser adultas, soslayando de esta manera el problema del embrión en sí.

Tampoco limita su campo de experimentación y lo correcto se reduce a lo útil para su propio desarrollo, proponiéndose trabajar sobre diversas líneas de investigación durante 3 a 10 años, para saber cual es la adecuada; con lo cual se olvida de atenerse a la éticamente necesaria.

Sin embargo, a nivel científico, ya hay una delimitación general en cuanto a las tres líneas de experimentación que son la clonación humana, la clonación terapéutica y la experimentación con células embrionarias.

La primera ya se ha descartado porque el genoma no funciona correctamente. La segunda, sobre la clonación terapéutica, se teme experimentar pues una vez creado, ya nada impide llevarlo a término.

Para la tercera, de experimentación con células embrionarias, se creó tener una cierta ética al usar embriones sobrantes de tratamientos sobre fertilidad.

### 3.4 Delimitación de los campos de investigación

Hasta hace tan solo unas décadas, el saber de ciencia médica y la biología seguían caminos paralelos, y es hasta hace pocos años que sus caminos se han unido para producir una ciencia biomédica que se ha subdividido en ramas altamente especializadas que han dado lugar a la clonación, por ejemplo.

Ramas como la genética, la biotecnología, la ingeniería genética y la bioética, han permitido el gran avance que hasta ahora nos permite llegar a la intimidad aparentemente última del hombre, que son los genes.

### 4. Definiciones y Procedimientos

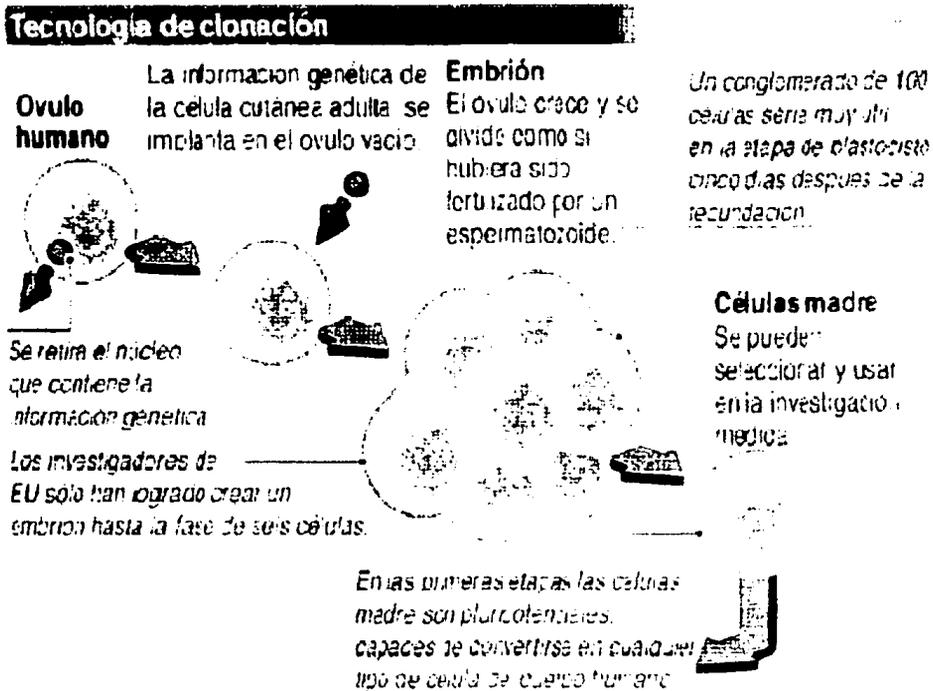
**Clonación:** es la manipulación genética que produce cambios en el organismo por medio de modificaciones del material genético (ADN) en los organismos vivos.

**Clon:** Grupo de organismos de idéntica constitución genética que proceden de un único individuo por medio de multiplicación asexual y que son iguales a él.

Pero el conocimiento detallado de la estructura del ADN ha permitido en estos últimos años desarrollar técnicas de laboratorio para producir una copia exacta de organismos animales. Las dos técnicas principales de clonación son: por separación de embriones y por transferencia nuclear. Esta última es la técnica

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

que ha permitido clonar en 1997 la oveja Dolly. El procedimiento consiste en la introducción del núcleo de la célula corporal correspondiente en un óvulo previamente desnucleado de la misma especie que desde ese momento se comporta como si estuviera fertilizado. (Figura siguiente)



Como se ha mencionado con anterioridad, las declaraciones institucionales generalmente aseguran su apego a la prohibición de clonar humanos, aprovechando para asegurar que su objetivo último es encontrar la cura a enfermedades de carácter degenerativo.

Sin embargo, desde hace unas décadas se han desarrollado varias técnicas para lograr animales clónicos. Los primeros experimentos se hicieron con ranas. Se extrajo el núcleo de células de los intestinos de una rana, éste se inyectó en el citoplasma de un óvulo sin núcleo y a partir de ahí se obtuvieron los primeros animales clónicos. Más adelante se logró insertar el gen de la hormona del crecimiento de una rata en óvulos de la hembra del ratón fecundados obteniendo como resultado un ratón clónico que crecía el doble que sus congéneres. Casi simultáneamente se logró en Oregón el nacimiento de monos clónicos y la clonación de una oveja en Escocia con dos técnicas diferentes.

En el primer caso los monos fueron clonados a partir de células embrionarias. En el segundo a partir de una célula madre que procede de un

animal adulto.

El procedimiento desarrollado por Ian Wilmut, del Instituto Roslin de Edimburgo, dado a conocer en febrero de 1997, consiste en extraer una célula de la ubre de una hembra adulta de la especie y unirlo con un óvulo de otra del que se había eliminado previamente todo el material genético: la fusión se logra mediante descargas eléctricas y así se consigue un "óvulo reconstruido" en laboratorio para implantarlo en una tercera oveja que llevara a cabo la gestación. El proceso para lograr esto fue largo: se necesitaron 277 fusiones de ovocitos con células mamarias.

Es el primer caso de fabricación artificial de un animal grande que nace de la célula de otro adulto y que es genéticamente idéntico a su madre. Hablando en términos tradicionales se trata de una reproducción asexual en la que Dolly, que es una réplica exacta de su primera madre, tiene en realidad tres madres. Ni siquiera se tiene seguridad sobre su edad: tiene el aspecto de una oveja de siete meses, pero la célula a partir de la cual fue creada pertenecía a un animal de seis años, así que Dolly podría tener seis años y medio. Durante el mismo año 1997 el grupo de Wilmut obtuvo otras seis ovejas clónicas por transferencia de núcleos de fibroblastos fetales primarios

#### 4.1 La tecnología genética

Hasta hace muy poco se conocía al hombre en su intimidad básica. Hoy, este conocimiento se ha profundizado en la intimidad biológica hasta el punto de confluir con los genes.

De allí que, desde las más grandes proezas médicas --como el descubrimiento de la anestesia (Morton, 1844), de la penicilina (Fleming, 1928) así como los exitosos trasplantes de órganos (de pulmón por Hardy, de hígado por Statzl, ambos en 1963, y de corazón por Barnard, 1967)-- hasta las recientes innovaciones en el campo de la genética han significado e implicado un progreso decisivo en el saber humano.

Sin embargo, el estudio con detenimiento y la búsqueda de objetivos concretos en la interioridad génica de los seres vivientes es reciente. No hace mucho era más que lejana, muy remota, la idea de modificar el genoma de un organismo, o introducir a voluntad un gen y situarlo en un lugar del cromosoma a fin que se transmita fielmente a la descendencia, o contar con una máquina de hacer genes que permita la síntesis automática de fragmentos del ADN con secuencias prefijadas, dando la posibilidad de disponer de genes inmediatamente de acuerdo a las necesidades y exigencias.

Debido a la especialización de los tratamientos y técnicas, se han desarrollado y surgido nuevas ramas en la ciencia como la genética, la biotecnología, la ingeniería genética y la bioética.

#### 4.1.1 Genética

Es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación.

Refiere Noëlle Lenoir <sup>(23)</sup>, integrante del Consejo Constitucional de Francia y presidente del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, que los progresos de la genética están marcados por el descubrimiento del ADN. la explicación del funcionamiento del ARN mensajero, las técnicas de reproducción humana asistida y la reciente cartografía física y genética.

Así tenemos que la genética es una joven ciencia que ha cambiado la forma de entender del mundo. Cualquier mal uso o falsa interpretación de la misma representaría un atentado contra dignidad humana.

#### 4.1.2 Biotecnología

Es la técnica que, conjugando la ingeniería, la industria y principios científicos con organismos vivos o agentes biológicos, busca producir variaciones orgánicas. Delgado de Miguel nos dice que la "biotecnología es la aplicación de la ciencia y la ingeniería al tratamiento de materiales por agentes biológicos para la producción de bienes y servicios" <sup>(24)</sup>.

#### 4.1.3. Ingeniería genética

Es aquella ciencia que se dirige al estudio, trabajo y modificación del material genético (ADN) en los organismos vivos.

Su interés principal es conocer y regular el mecanismo de expresión de los genes, buscando medios para transferir la información genética de unas células a otras.

A la ingeniería genética se le ha identificado con el término manipulación genética puesto que sus procesos están dirigidos, fundamentalmente, a modificar la dotación y expresión génica de los organismos vivientes.

#### 4.1.4 Bioética

Es la intervención de la ética en las políticas de investigación biológicas. Se sustenta en la influencia de la biología molecular en la evolución del hombre de manera tal que, podemos decir, busca explicar y canalizar la correcta relación entre el hombre y la naturaleza.

(23) Bahgat, Elnaldi y Rifaat, Afdel. Entrevista a Noelle Lenoir. Correo de la UNESCO Septiembre de 1994 p.5.

(24) DELGADO, de Miguel. Derecho Agrario y Ambiental, Propiedad y Ecología Pamplona. 1992. 283.

Así, la bioética trata de unir los valores éticos con los hechos biológicos.

Su interés se centra en las consecuencias de las prácticas de la especie.

## 5. El genoma humano

Para algunos genetistas como Santiago Grisolia, el genoma humano <sup>(25)</sup> (que es la información que contienen los genes) es la explicación última a toda la creación, en él se encuentra la respuesta a cualquier pregunta, desde las más elementales de la filosofía, hasta las de urgente carácter material.

### 5.1. Nociones preliminares

El cuerpo humano está formado aproximadamente por un billón de células cada una de las cuales (salvo los glóbulos rojos de la sangre) tiene un núcleo que encierra 46 cromosomas. Estos contienen filamentos enrollados que forman el ADN que, a su vez, cuenta con segmentos denominados genes.

Cada gen tiene una posición determinada (locus) y, aparte de gobernar el crecimiento, controlar las características físicas que heredamos y regir la supervivencia del organismo, lleva consigo la información que marca el paso y ritmo de nuestra vida.

A la totalidad de los genes que componen el organismo humano (cerca de 100,000) se le conoce como genoma (dotación genética integral del individuo).

### 5.2. Reseña histórica básica

A inicios de la década del cuarenta se avizoraba la existencia de uno de los elementos básicos de la célula: el gen. En 1950, **Watson** empieza a estudiarlo y tres años después, junto con **Crick**, en Inglaterra, descubre la estructura del ADN. Posteriormente, en 1951, **Niremberg** comenzó a descifrar, llámese leer, el código genético.

Estos cuatro avances genéticos marcaron la pauta futura para que en 1977 se comience la ejecución del más ambicioso estudio de la genética actual: el Proyecto genoma humano, oficializado en octubre de 1990.

Tiene como objetivo primario conocer la cantidad exacta de genes que tiene el hombre a fin de averiguar la información genética en ellos contenida.

El Proyecto genoma humano, basándose en la genética molecular <sup>( )</sup>, ha identificando y hallando los genes *culpables* que causan enfermedades <sup>(26)</sup> dolencias físicas o taras (presentes o futuras), se permitirá el acceso a la

(25) VARSÍ, Rospigliosi, Ennque. *Apuntes Jurídicos acerca del genoma humano*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Lima. 5 de mayo de 1993 p. 15.

(26) ZANNONI, Eduardo, A. *El daño genético por transmisión de enfermedades*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Santa Fé. 1992. p. 143-144.

información génica que las ocasiona, con el fin de lograr mejores vías para su prevención, diagnóstico, tratamiento y curación.

### 5.3. El proyecto genoma humano

El Proyecto genoma humano tiende al mejoramiento de la calidad de la existencia humana, presentándose como un intento para definir e identificar bioquímicamente la vida a través de un mapa de la naturaleza genética, proyectando dicha información en el tiempo.

Las pruebas genéticas que sirven actualmente para estos fines son:

(a) Predictivas, que permiten descubrir un gen que provocará una enfermedad hereditaria.

(b) Preventivas, que revelan una propensión o probabilidad a ciertas enfermedades.

### 6. La investigación y experimentación humana

La investigación científica es la búsqueda de conocimientos nuevos y se realiza a través de la *observación* o *experimentación*.

La *observación* es la forma de ver o apreciar determinados fenómenos pero sin interferir, normalmente, en su proceso natural. La *experimentación* es todo lo contrario, no es una actitud pasiva como la de la observación sino más bien activa y dirigida, básicamente, a manipular o intervenir directamente componentes u organismos.

Desde hace mucho las ciencias aplicadas a través de la investigación científica (género) y de la observación y experimentación (especie) se han encargado de estudiar directamente al ser humano. Sin embargo, la Iglesia, Organismos Internacionales y algunos países, sustentados en reglas generales y principios naturales, han determinado en contundentes documentos las implicaciones y consecuencias de las investigaciones científicas y el avasallamiento de la ciencia sobre el ser humano. Uno de los más importantes instrumentos es la Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.

1) Al respecto, la Instrucción nombrada utiliza indistintamente los términos investigación y experimentación para referirse a la intervención y aplicación de las ciencias biológicas en el hombre, pero precisa el correcto significado que se le otorga a cada uno de estos términos.

Por **investigación** se entiende cualquier procedimiento inductivo-deductivo encaminado a promover la observación sistemática de un fenómeno en el ámbito humano, o a verificar una hipótesis formulada a raíz de precedentes

observaciones.

2) Por **experimentación** se entiende cualquier investigación en la que el ser humano (en los diversos estadios de su existencia: embrión, feto, niño o adulto) es el objeto mediante el cual se pretende verificar el efecto, hasta el momento desconocido o no bien conocido, de un determinado tratamiento (por ejemplo: farmacológico, teratógeno, quirúrgico, etc.)<sup>(27)</sup>

Con ello apreciamos que el desarrollo de la bio-ciencia se presenta como un inminente peligro para la integridad del hombre, por lo que es necesario poner límites a la investigación biológica y sus aplicaciones. Es aquí donde el Derecho debe intervenir en salvaguarda de los valores y principios fundamentales de la persona.

En este sentido, deben reglamentarse las actividades bio-científicas fijando normas para su utilización, estableciendo sanciones penales para responder a los casos de manipulación o abuso en las técnicas de reproducción asistida.

#### 7. Procedimientos de la intervención genética en el ser humano

El profesor argentino Enrique Carlos Banchio<sup>( )</sup> señala cuatro procedimientos o niveles potenciales de intervención genética en el ser humano, sea a través de la terapia génica o la manipulación:

a) La terapia génica de las células somáticas.- Destinada a la corrección de defectos genéticos en las células somáticas de una persona. Este procedimiento es llamado también genoterapia somática que sólo tiene que ver con las células del cuerpo (soma) y no afecta para nada a la herencia.

b) La terapia génica de la línea germinal.- Consiste en la inserción de un gen en las células reproductoras con el fin de corregir la anomalía en su futura descendencia. Llamada también genoterapia germinal, su procedimiento está dirigido a las células reproductoras masculinas y femeninas. En estos casos toda alteración se transmite de generación en generación, pues el patrimonio genético del reproductor fue modificado.

c) La manipulación genética perfectiva.- Similar a la anterior pero su fin es mejorar un determinado carácter somático de la persona (estatura, color de ojos o de piel).

d) La manipulación eugénica.- Busca mejorar las características humanas codificadas por un gran número de genes determinantes de los rasgos específicos de la personalidad, inteligencia, carácter, etc.

(27) La Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Lima. 1987. p.16

(28) BANCHIO, Enrique, Carlos. El Proyecto genoma Humano frente a la Ética y el Derecho. Estudios en Honor de Pedro J. Frías. Córdoba. 1994. Vol III. P.959

De esto podemos apreciar que la intervención genética o experimentación puede realizarse sobre las células somáticas, sobre las sexuales o sobre los genes de la persona. Dentro de todas estas encontramos a la experimentación sobre embriones humanos. En este caso puede realizarse tanto con embriones que van a ser implantados como con embriones sobrantes.

Como refiere Rodríguez Luño y López Mondéjar <sup>(29)</sup> los fines de la investigación son diversos, por mencionar algunos: mejorar el conocimiento del desarrollo del cigoto antes y después de la implantación; el desarrollo de las técnicas de ingeniería genética que permitirían corregir a futuro los errores genéticos; perfeccionar el conocimiento de la fisiología embrional; la producción de tejido embrional que, dada la ausencia de histocompatibilidad, podría servir para reparar tejidos adultos alterados por fenómenos patológicos o también para remediar defectos genéticos enzimáticos; asimismo, está dirigida al diagnóstico de la hipofertilidad masculina.

## 8. Clases de investigación genética

La investigación genética puede ser:

**Positiva (Simple experimentación).**- Es aquella realizada en beneficio directo de la persona y de la humanidad (conocer tanto el origen como el desarrollo de la vida, las causas de la infertilidad, eliminar enfermedades, los métodos anticonceptivos y la lucha contra el cáncer). Se fundamenta en que la aplicación de esta técnica se realiza en beneficio de la persona.

**Negativa (Manipulación).**- Su realización está dirigida a obtener beneficios directos para la ciencia (mejorar métodos de fertilización o reproducción, alterar información genómica, indagar los efectos de determinado procedimiento en organismos vivientes). Es de entender, entonces, que la manipulación se da cuando el bien se obtiene para la técnica y en perjuicio de la persona.

### 8.1. La manipulación genética

El término manipular es definido por el Diccionario de la Lengua Española de la siguiente manera:

**"Manipular.** (Del lat. *manipŭlus*, manojó. unidad militar. y en b. lat. el ornamento sagrado.) *tr.* Operar con las manos o con cualquier instrumento. 2. Trabajar demasiado una cosa, sobarla, manosearla (...)" <sup>(30)</sup>

Entendida de esta manera, la manipulación genética es aquel procedimiento que intenta modificar, perjudicial y negativamente, el patrimonio

(29) RODRIGUEZ, Luño, A. y López, Mondejar, R. *La fecundación "in vitro"*. Madrid. 1966 p.49  
(30) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 21 ed. Madrid. 1992 p.1310.

genético de un ser viviente <sup>(31)</sup>, sea en su integridad como en sus sustancias o componentes. Es la intervención o instrumentación <sup>(32)</sup> directa para dirigir o alterar un organismo trayendo consecuencias dañinas y variando su esencia natural.

Manipular es, entonces, una maniobra --un hacer-- que lesiona, desconoce y conculca los derechos de la persona. Cualquiera que sea su fin y utilidad, presente o futura, siempre afectará la dignidad de nuestra especie.

### 8.1. 1 Características

La manipulación genética tiene determinadas características que la convierten en un procedimiento típicamente negativo para el hombre y la vida humana en sí, la que al tener un carácter sagrado, rechaza todo tipo de intervención tendiente a dirigir los principios y leyes naturales. Por ello se refiere que las principales características de la manipulación genética son:

- Es un fin para la técnica en la que se utiliza al hombre como un medio.
- Es una intervención no terapéutica.
- Atenta contra la identidad, integridad, individualidad y dignidad del ser humano.
- Es un acto ilícito al ser contrario a la naturaleza.
- Atenta contra el bien de familia.
- Lesiona el derecho del ser humano.
- Es un acto injustificado. De por sí no trae ningún beneficio para la humanidad.
- Es una práctica infrahumana y hasta antihumana.
- Busca transformar, modificar y alterar la naturaleza del ser humano (vg. crear factores hereditarios irreversibles).
- La manipulación equivale a daño.
- La intervención no debe estar dirigida necesariamente a los genes. Basta que sea una técnica perjudicial y selectiva para que implique una manipulación (la inseminación artificial realizada a efectos de seleccionar el sexo es un típico caso de manipulación). <sup>(33)</sup>

### 8.1.2. Fines

La utilización y aplicación de la manipulación genética en el ser humano no siempre va en provecho directo e inmediato del mismo. En su género sirve para canalizar experimentos negativos que por su esencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad.

Sin embargo, determinados procedimientos de ingeniería genética, si bien intervienen directamente la esencia del hombre, marcan pautas básicas para

(31) Cfr. VARSÍ, Rospigliosi, Enrique. *El Derecho genético (su influencia en el derecho de las personas y en el Derecho de la familia)*. Lo diez años del Código Civil Peruano. Lima, 1995. p. 156

(32) Idem

(33) Cfr. BANCHIO, Enrique. Op. cit. p. 17.

encontrar la cura o el tratamiento a taras, dolencias o defectos en el ser humano.

Sin este tipo de experimentaciones sería difícil el avance de la ciencia en campos como el de la terapéutica, área esta en la que se permite la manipulación, pero dirigida a fines humanitarios y objetivos definidos en futuro provecho del hombre, sin transgredir los derechos propios del ser humano en el momento de realizar las intervenciones.

### 8.1.3. Tipos

La manipulación genética se pueden presentar en los siguientes estadios biológicos: <sup>(34)</sup>

a) Antes de la fecundación.- Mediante el descarte, cultivo o tratamiento de gametos, crioconservación prolongada de células sexuales, mezcla de componentes genéticos (inseminación confusa, mixta o combinada), alteración del genoma dentro de lo que podemos mencionar a la transgénesis. -

b) En la fecundación. Toda aquella experimentación de embriones con fines distintos a la procreación: clonación o duplicación de seres humanos, partenogénesis o estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos sin que sea fecundado por un espermatozoide, destrucción de cigotos o embriones cultivados y no anidados (embrionicidio), cultivo de embriones más allá del límite de la anidabilidad con muerte inevitable (embriotrofia letal), fecundación inter-especies, fusión o entrecruzamiento de genes que crean quimeras o híbridos. comercio de gametos. crioconservación prolongada, fecundación o inseminación no consentida así como la *post mortem*, la fecundación o inseminación realizada en mujeres solteras, obtención de embriones por lavado uterino, comercio de embriones con fines industriales o cosméticos y la modificación artificial del genoma humano mediante la selección de sexos, caracteres raciales, estatura, o embriones de paternidad múltiple (es decir, con un número de padres superior a lo normal, que son dos), entre otros.

c) En la gestación.- La cesión de útero, las técnicas de gestación retardada o apresurada y casos extremos como la gestación interespecies (en útero mamífero no humano), la artificial o mecánica (denominada ectogénesis), la gestación varonil y la realizada en cadáveres o en mujeres descerebradas así como el reimplante de embriones abortados.

d) Después del nacimiento.- Tenemos los casos de análisis e intervención del genoma con fines no terapéuticos.

e) Después de la muerte.- La hibernación o criogénia con fines de futura resurrección o conservación de órganos, tejidos o sustancias corporales. Como podemos apreciar, el ser humano puede ser manipulado antes de su nacimiento (interviniendo las células germinales o al concebido en sí), durante su

(34) VARSÌ, Rospigliosi, . Op. cit. p. 17.

vida (a la persona natural) y después de producida la muerte (al cadáver).

#### 8.1.4. Efectos

El problema que se avizora con la aplicación de las técnicas de manipulación es que al tener el mundo un orden en sí mismo, dichas manipulaciones pueden desencadenar una perturbación irreversible. Casos de hombres en serie, procesos de fertilización dirigidos o gestaciones rápidas y repetidas son experimentaciones que en nada beneficiarían a la humanidad, y que por el contrario traerían perjuicios.

Los casos de manipulación genética contrarían la paz social, el orden público y las buenas costumbres por lo que deben ser tipificados como delitos biológicos, ya que por el principio de la no extensión de las normas penales por analogía, no es posible asignarles una sanción penal.

Atentar contra la integridad del ser humano significa aceptar que se trata de un objeto que puede ser utilizado como un simple medio. Si el hombre es un fin en cualesquiera de sus estadios, entonces se ha de prohibir toda clase de manipulación con base al principio de la no instrumentalización del ser humano.

#### 8.1.5. Planteamientos a favor y en contra de la manipulación

Dada la gran difusión y utilización científica que se ha dado a la manipulación genética existen dos sectores claramente definidos: los que defienden su aprobación y los que exigen su prohibición.

Quienes alegan estas posiciones sostienen, entre otras cosas, lo siguiente:  
A favor:

- Permite encontrar el tratamiento y cura de diversas dolencias.
- Es un medio necesario para lograr el avance de la ciencia médica en beneficio del hombre.
- Con este método se tiende a desarrollar la eugenesia.

En contra:

- Atenta contra la identidad, individualidad e integridad del ser humano.
- Es una práctica degenerativa que transgrede los principios de la persona humana.
- No es un medio lícito ni justificativo, es ilícito.
- Sólo responde a intereses científicos.

### 9. Desarrollo, estado de la técnica genética y Derecho

La biología y en especial la genética han ocupado ya el campo preferencial que tenía la física como ciencia de vanguardia. Sin embargo, esto no tiene que

alegrarnos, necesariamente, puesto que si bien el desarrollo incontrolado de la física representaba una amenaza contra la especie humana, un desarrollo similar de la genética perjudicaría directamente al hombre ya que su finalidad es la investigación del propio ser humano.

Es por ello que el Derecho debe mostrarse atento a estas perspectivas tecnológicas, preparando leyes que regulen el desarrollo y aplicación de la genética.

La idea no es prohibir las experimentaciones sino establecer los límites con base a los que se han de realizar.

De los planteamientos a favor y en contra de la manipulación genética se ha de estructurar una normatividad ágil y coherente, que permita el desarrollo de la ciencia biológica en beneficio del hombre. No podemos desconocer, como hombres de leyes, la importancia del avance de las ciencias biomédicas, pero tampoco debemos liberalizar o abstenernos de legislar este tipo de avances científicos.

## Capítulo IV BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS EN LA CLONACION HUMANA

### Introducción

A pesar que la experimentación tendiente a la clonación puede traer múltiples beneficios para la humanidad, ya como manipulación genética, atenta de manera específica contra el ser humano individual y contra la sociedad misma, fundamentada en el respeto a la individualidad y conformada en usos y costumbres que conllevan su desarrollo y crecimiento natural.

En la historia contemporánea del hombre, le ha correspondido a la ciencia el papel de determinar los derroteros de la humanidad, puesto que ni la geopolítica, ni la economía con sus tendencias globalizadoras, amenaza de manera tan directa a la especie humana como lo puede hacer la física con su pragmatismo armamentista, ni la biología, con la desintegración del individuo.

Corresponde al Derecho evitar todo lo que actualmente amenaza tanto al individuo como a la especie y auxiliarse de la misma ética para preparar leyes que regulen el desarrollo y aplicación de la investigación sobre el genoma humano.

#### 1 El genoma humano desde el punto de vista jurídico.

Jurídicamente, el genoma no es otra cosa que un conjunto de datos de información genésica, que debemos procesar y ordenar para otorgar una protección al ser humano.

El genoma es patrimonio de la humanidad <sup>(1)</sup>, pues contiene la esencia biológica de los organismos vivientes, por tanto no puede ser vulnerado, lesionado, apropiado o comercializado. Protegiendo al genoma se resguarda el derecho a la vida, a la integridad, a la intimidad, a la identidad a la salud no sólo del hombre, sino de la humanidad en su conjunto y de las generaciones futuras.

Las repercusiones legales de la utilización del genoma <sup>(2)</sup> se podrían dar en el campo contractual. Así, si un empleador tuviera en su poder la información genética de sus trabajadores podría ubicarlos en determinadas áreas de trabajo, ofreciéndoles las condiciones biogenéticas adecuadas para que puedan desarrollarse plenamente, ello en inicio estaría bien; pero podría usar dicha información para despedir trabajadores que adolecen de una deficiencia genética

Ya no se pensaría en la eficiencia y productividad corporal, sino más bien en la eficiencia y eficacia genética. Asimismo, una compañía de seguros, antes de firmar una póliza, podría valerse de la información genética para detectar quiénes no son rentables genéticamente restringiéndoles el servicio. Estos dos casos ya han sido vetados por la Comunidad Europea.

- (1) Cfr. FERNANDEZ, Sassarego, Carlos. La libertad y el genoma humano. Ponencia presentada al Congreso Internacional El Proyecto Genoma Humano. Bilbao. Fundación BBV. 1993 p.225  
(2) Cfr. BANCHIO, Enrique Carlos. El proyecto del Genoma Humano frente a la Ética y el Derecho, en Estudios Honor de Pedro J. Frias. Córdoba. Ed. El Copista.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## 2. Intervención de la UNESCO en pro de los Derechos Humanos.

El documento que promueve la protección del ser humano, el genoma y la humanidad como tal, es la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Los temas de bioética aplicada al genoma se reseñan en esta carta fundamental dada por la UNESCO y ha merecido todo un análisis y estudio.

Es así que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió el 28 de abril de 1999 la Resolución No.63 denominada "Los Derechos Humanos y la Bioética".

Por su parte la Conferencia General de la UNESCO ha aprobado dos Resoluciones en su Trigésima Sesión referidos a las "Orientaciones para la puesta en marcha de la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos" y las "Relaciones entre la Bioética y los derechos del niño" (55va sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU) que derivó en la denominada Declaración de Mónaco.

Estos documentos son esenciales y marcan la clara y determinante intención de la UNESCO en la garantía y efectivización de los postulados de la Declaración del Genoma Humano y Derechos Humanos, de manera tal que los estados miembros deben tomar especial atención e inmediata aplicación de las normas que tiendan a regular el avance de la biotecnología sobre la humanidad.

## 3. La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos

Dentro de la jerarquización de los Derechos Humanos se encuentran los de tercera generación referidos al derecho, al desarrollo, progreso y calidad de vida, tal es el caso de la manipulación genética y la defensa del patrimonio genésico de la humanidad, que son protegidos como la esencia de la vida. En este sentido, se ha venido trabajando y difundiendo el principio que el genoma humano es patrimonio de la humanidad y como tal merece la más amplia protección.

Frente a los desbordantes avances científicos de la procreática y la manipulación génica, la bioética ha tenido que replantear sus postulados, algunos países han dictado leyes y los organismos internacionales protectores de los derechos humanos se han pronunciado respecto al avance biotecnológico y su influencia en el hombre y en la humanidad.

### 3.1 Comité Internacional de Bioética.

Es así que la UNESCO, luego de crear en 1993 el Comité Internacional de Bioética, se pone a la vanguardia en el debate de la correcta aplicación de

las ciencias médicas en el hombre. con ello se busca canalizar los alcances y fines del Proyecto Genoma Humano, cuyo objetivo es encontrar la información contenida en los genes.

La participación de este organismo internacional <sup>(3)</sup> en el proyecto se da en tres niveles:

1) Coordinación e integración de los esfuerzos de la investigación internacional y la diseminación de los resultados.

2) En la participación de los países subdesarrollados.

3) En la estimulación de los debates en los aspectos tanto éticos, sociales, legales y comerciales del proyecto.

Su objetivo esencial es fijar el marco ético de las actividades relacionadas al genoma humano a fin que no se vulneren los derechos humanos ni se limiten las investigaciones biocientíficas. Es así que, por vez primera, se fija en un texto el marco mundial de las implicaciones de la genética sobre el ser humano. Esta Declaración es un Código de Bioética Universal y surge como consecuencia que los Estados registraron el peligro que representaba la ausencia de normas internacionales en materia de bioética.

La Declaración se basa en el respeto a la dignidad de cada persona frente a las investigaciones biotecnológicas sobre el genoma. en él se prohíbe.

A) El genoismo o discriminación genética.

B) El rechazo al determinismo genético (derecho a la igualdad): que es aquella corriente que tiende a fijar efectos o consecuencias tomando como punto de partida las características biogenéticas de las personas.

Asimismo se asegura el derecho al consentimiento previo a cualquier tratamiento, el derecho a saber o no saber los resultados y consecuencias de un examen realizado (derecho a la libertad individual); la confidencialidad de los datos genéticos (derecho a la intimidad); el disfrute de los beneficios resultantes de los avances científicos (principio de solidaridad). Así como, el derecho a una reparación justa como consecuencia de un daño genético.

El principal aporte de la Declaración es negar el reduccionismo genético, es decir rechazar la idea de un "todo genético" que pretenda atribuir todos los comportamientos humanos, individuales y sociales al sólo determinismo biológico. En la misma línea consagra la regla que el genoma no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.

(3) ELNALDI, Bahgat y Rifaat, Adfel, en el correo de la UNESCO, septiembre de 1994 p 5. 1994. Vol.III. P. 259

### 3.2 Libertad de Investigación.

A fin de lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales y garantizar la libertad de investigación, busca los medios para fortalecer la solidaridad mundial y la cooperación entre los países que en el campo de la genética abarca desafíos específicos como son: contar con recursos económicos, estimular los trabajos sobre enfermedades raras y endémicas, promover una solidaridad activa con las personas vulnerables a deficiencias de tipo genético y dar prioridad a la promoción de la educación en materia de bioética.

### 4. Los Derechos Humanos y la bioética.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió el 28 de abril de 1999 la Resolución No.63 denominada "Los Derechos Humanos y la Bioética" en la que se presta especial interés por los siguientes temas:

#### 4.1 Los derechos del hombre.

El ser humano, por su naturaleza de ser libre y digno, tiene valores inherentes y derechos que le permiten su desenvolvimiento total e integral; es decir, la consecución o ejecución de ideales, iniciativas y proyectos.

El profesor Varsi Rospigliosi reflexiona que: "La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos".<sup>(4)</sup>

La defensa del ser humano frente a los avances biotecnológicos y la manipulación genética deberá resguardarse en los derechos humanos de la tercera generación.

##### 4.1.1 Los Derechos Clásicos y los nuevos derechos de la persona.

Los derechos se estructuran con base a valores fundamentales como son la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad que más que derechos, son la fuente para otorgar la protección y seguridad al ser humano<sup>(5)</sup>

Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

(4) VARSÍ, Rospigliosi, Enrique. Biogenética vs. Derecho. Diario Oficial El Peruano. 29 de abril de 1993. Sec. B. p.14.

(5) Idem.

Así tenemos, entre otros:

- Derecho a la integridad, protege la esencia genética, el genoma en toda su dimensión.
- Derecho a la existencia, busca proteger los elementos biológicos del ser humano que tienen un contenido vital (pero que no tienen vida en sí, pero sirven para producirla. (gametos, células *stem* o totipotenciales) y que merecen una protección especial.
- Derecho a conocer el propio origen biológico, a efectos de resguardar el derecho a la identidad de la persona, permitiendo el ejercicio de averiguar quienes son sus progenitores, información que, por distintas causas, puede ser desconocida, estar en discusión o ser debatible
- Derecho a la investigación de la paternidad, para cautelar el legítimo interés, facultando a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo filial.
- Derecho a la intimidad genética, fundamentado en la protección de la información más personal del hombre, la genética.
- Derecho a saber, sustentado en la facultad para conocer los resultados obtenidos de un biotest.
- Derecho a no saber, sustentado en la facultad de ignorar los resultados obtenidos de un biotest.
- Derecho a la individualidad biológica, a efectos de proteger la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser una sola cosa) del ser humano.
- Derechos reproductivos, se dividen en los negativos (legitimando los métodos de planificación familiar) y los positivos (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia).
- Derecho a sobrevivir, el cual es una proyección al derecho a la vida pudiendo referirnos al mismo en el caso específico de los embriones crioconservados. Seres humanos a quienes, sin haberseles privado de la vida, han sufrido una paralización en su proceso fisiológico, con el fin de algún día 'reiniciarlo' de verificarse ciertas circunstancias preestablecidas por otros. La dignidad del hombre impide estas prácticas.

## 5. La Bioética.

La bioética es una respuesta racional, lógica y equitativa frente a la aplicación, poder y eficacia de la biomedicina <sup>(6)</sup>. Es una rama de la ética que se

(6) MICHAUD, Jean. Ciencia, Ética y Derecho en Biotecnología y futuro del hombre. La respuesta Bioética (Conversaciones en Madrid). Lima. Ed. Salesiana 1987 p.16.

fundamenta en los problemas generados por la aplicación y ejercicio de la medicina, biología y demás ciencias de la salud. La persona es el núcleo de la bioética.

### 5.1 Fundamento de la bioética.

La bioética se sustenta en los principios de la ética profesional general.

Como tal, es el género dentro del cual se encuentra la ética médica propiamente dicha (relación médico-paciente).

Entre sus principales características tenemos:

- Nace en un ambiente biocientífico para proteger la vida y su ambiente.
- Es un esfuerzo interdisciplinario en el que participan médicos, sociólogos, filósofos, teólogos, psicólogos y abogados, entre otros.
- Se apoya más en la razón y buen juicio moral, de allí que sus principios sean de carácter autónomo y universal.
- Comprende los problemas relacionados con los valores que surgen en las profesiones de la salud en general.
- Protege al ser humano integralmente (física, mental o socialmente).
- Valora la vida como esencia propia de la naturaleza.
- Protege a los seres vivientes en general. No se limita al campo humano sino que abarca cuestiones relativas a la vida de los animales (maltrato y experimentación) y de las plantas (medio ambiente).
- Busca la armonía en la naturaleza.
- Determina el correcto actuar científico.
- Se aplica a las investigaciones biomédicas sean o no terapéuticas.
- Aborda cuestiones de orden social (salud pública), no se limita al campo estrictamente individual.
- Establece límites sociales a la ciencia y tecnología.
- Evita la audacia científica en contra de la vida.
- No es una ciencia teórica sino exclusivamente práctica.
- Se sustenta en los Derechos Humanos y los derechos de la persona.
- Busca conciliar el imperativo de la libertad de la investigación con la primacía de la protección de la persona y la salvaguarda de la humanidad.

### 5.2 Principios por los que se rige la bioética.

Los principios que inspiran la protección de la vida y el fomento de los métodos de salud, se sustentan en los siguientes postulados:

#### a. Principio de respeto por las personas.

El hombre por su esencia y estado natural no puede ser objeto para la ciencia. La ciencia al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la ciencia.

La libertad de las investigaciones no debe atentar contra la individualidad del mismo, esto en base a la defensa de los derechos fundamentales de la persona, como son el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física, así como los derechos de la familia y del hijo.

Dentro de este principio se incluyen los casos de información y el consentimiento que debe permitirse al paciente. De allí que sea conocido en la doctrina, también, como el principio de autonomía, significando que debemos tratar a las personas respetando su libertad y autodeterminación.

**b. Principio de beneficencia.**

Todo procedimiento o medida médica aplicada al ser humano debe basarse en la utilidad, beneficio y solidaridad de sus resultados. Es decir, los fines que se busca con las intervenciones médicas son positivos y de orden terapéutico. Todo acto que tienda a perjudicar la vida debe ser evitado.

**c. Principio de justicia.**

No debe establecerse discriminación alguna en la aplicación y ejecución de los tratamientos médicos. Todos los seres humanos tienen igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo a las necesidades y urgencia que requiera su salud. La igualdad en el tratamiento científico es fundamental.

**5.3 El sustento de la Resolución.**

La Resolución No.63 denominada "Los Derechos Humanos y la bioética" de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas <sup>(7)</sup> se sustenta en los siguientes principios:

**I. Los valores, los derechos y los deberes humanos.**

Especial consideración debe tenerse en cuenta al momento de legislar sobre un asunto tan amplio, delicado y cambiante como es el avance biotecnológico, la procreática y el análisis del genoma humano.

Cualquier dispositivo, por más moderno o actual que se presente, puede caer en desuso o resultar inaplicable por una nueva técnica genética. A ello debe agregarse el hecho que una normatividad sobre temas de Bioética o Derecho Genético debe ser lo suficientemente precisa <sup>(8)</sup>, pero a la vez amplia, a fin de proteger de manera efectiva al ser humano en su conjunto fijando los fines y dirigiendo el desarrollo de la biotecnología en pro del ser humano.

(7) BANCHIO, Enrique. Op. cit. p. 1.

(8) Idem.,

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

El ámbito de normatividad deberá incidir en:

- Normas de protección de la vida y reguladoras de la relación biojurídica (Derecho sustantivo).
- Normas de aplicación de los procesos (Derecho adjetivo).
- Normas de represión y sanción (Derecho penal).

Una moderna regulación jurídica sobre el tema debe estar sustentada más que en un sistema casuístico o detallista, en un sistema normativo sustentado en principios, cuyas raíces sean los valores, ideales y, sobre todo tenerse en cuenta la teoría de los Derechos y Deberes Humanos ya que los mismos tratan de la protección del ser humano con base a la Equidad, Libertad, Justicia y la Paz que son la estructura sobre la cual se complementa la Dignidad, la Igualdad y el Desarrollo de la Familia como célula básica de la sociedad.

Una normatividad sustentada en el valor humano tendería a la permanencia, evitando así su desactualización.

## 2. Gozar de los beneficios científicos.

El Derecho no puede poner freno o sentar escollos al avance científico, pero lo que no debe permitir es que dicho progreso se logre utilizando al ser humano como un medio para obtener un fin meramente económico o utilitario.

Está entre los deberes del Estado reconocer el derecho a la libertad de creación científica así como facilitar el desarrollo científico y tecnológico en el país de manera tal que se logren satisfacer de manera efectiva todas y cada una de las necesidades de las personas en base al progreso.

El progreso y desarrollo de las ciencias, y en especial de las biociencias para nuestro estudio, es *por* el hombre *para* el hombre. Ha de estar siempre en claro, y ser principio esencial, que el progreso científico es en beneficio del ser humano.

## 3. No a los experimentos médicos ni científicos sin consentimiento.

En nuestro país el marco legal de la experimentación científica la tenemos en la Constitución ya que regula el derecho de la persona a su integridad moral, psíquica y física.

El Código civil establece el carácter irrenunciable del derecho a la integridad física y, en concordancia, indica la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo excepto en casos de estado de necesidad, orden médico o quirúrgico o por motivos humanitarios.

La Ley general de salud, en cuanto al tema especial del consentimiento informado del paciente, determina que toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho a no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición

experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo.

#### 4. Proteger al niño de toda forma de violencia.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño <sup>(9)</sup>, de allí que el Código de los niños y adolescentes garantice la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental.

Esta protección normativa se hace extensiva a la gran diversidad y formas de manipulación genética como la fecundación de embriones por mezcla de componentes genéticos, transgénesis, clonación, selección de sexo, procesos de hibridación, quimerización, crioconservación, cesión de útero, ovodonación y embriodonación, entre otros.

Establecer una tipificación penal para estas conductas contrarias a la integridad, dignidad e individualidad del ser humano es fundamental, ya que deben tipificarse estos métodos con tendencia científica, como delitos tipo por manipulación genética o por manipulación ginecológica.

#### 5. Principio general de ética

El establecimiento claro y a la vez concreto de la moral (buen actuar) y de las obligaciones (relación facultad-deber) del hombre es un tema de especial interés al momento de evaluar el desarrollo biocientífico y sus aplicaciones en el ser humano.

En razón de ello, la regulación jurídica y la efectividad de las normas deben estar encuadradas en dos puntos de especial interés relacionados con la prestación de servicios profesionales y el proceso educativo: a saber

##### ° El principio de la ética en el ejercicio de la medicina

La correcta utilización de las técnicas y procesos médicos debe ser uno de los principales desafíos y preocupaciones de las Universidades que deben reconsiderar o afianzar cursos obligatorios de Bioética, así como de los Colegios y asociaciones médicas que deben renovar o actualizar sus códigos de ética médica, a efectos de lograr profesionales convencidos en la protección y tutela de la vida.

##### ° El principio de la ética en la enseñanza de la medicina.

Si partimos de un análisis normativo vamos a determinar que la formación

(9) ZANNONI, Eduardo, A. El daño genético por Transmisión de enfermedades. Revista de Derecho Privado. Santa Fe. Ed. Rubinzal- Colzoni. Septiembre - diciembre. No. 1 1992. p 143-144

ética y la enseñanza de los derechos humanos es obligatorio en todo proceso educativo, sin embargo, la enseñanza en general es impartida de manera muy amplia y no se ha centrado aún el tema de la bioética como un aspecto especial o de importancia en los planes de estudio.

Ahora bien, si partimos de la afirmación que todo proceso educativo debe ampararse en el respeto de la dignidad y respeto del ser humano, lograremos la finalidad de uniformar el proceso de aprendizaje y de educación en general, y en especial de la ética y su aplicación en la biomedicina.

#### 5.4 Proyecto de creación del Comité Nacional de Bioética.

El hombre ha conseguido un considerable desarrollo en el área de la biotecnología otorgando invaluable beneficios y en muchos casos, también, irreparables perjuicios que repercuten no sólo en el ser humano como sujeto de derecho individual, sino también en la humanidad, como sujeto de derecho colectivo. Es así que, la bioética, ciencia que estudia la correcta aplicación de la biomedicina, tiene como uno de sus objetivos centrales canalizar los avances biotecnológicos.

El compromiso en materia bioética no está reservado para nadie en particular <sup>(10)</sup>. Por el contrario, es una responsabilidad compartida y conjunta de todos los ciudadanos que busquen una vida sana, natural y pacífica, que vaya a la par con el desarrollo biocientífico. Bajo este esquema qué mejor manera de regular estos esfuerzos que mediante la creación de un Comité nacional de bioética que guíe el progreso de la ciencia médica y biológica sobre la base fundamental de los principios, valores y Derechos Humanos.

Un Comité de bioética no sólo es importante para que el país, como estado miembro de la UNESCO, cumpla con tomar las medidas necesarias a fin de promover los principios enunciados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, sino que nos va a servir para adoptar una posición nacional y propiciar la aprobación de normas internas que regulen las actividades biotecnológicas, como son la reproducción asistida, la experimentación humana, crioconservación de embriones, la planificación familiar así como tareas administrativas como la creación de registros de cedentes de esperma, registro para los establecimientos y profesionales habilitados en biotecnología reproductiva y de identificación genética, entre otros.

##### 5.4.1. Finalidad del Comité Nacional de Bioética.

El Comité nacional de bioética debe ser un organismo multisectorial que tenga como finalidad:

a) Reflexionar, sobre las cuestiones éticas y jurídicas que plantean las

(10) VARSÍ, Rosalíosi, Op. cit. p.4.

investigaciones y sus aplicaciones, así como fomentar el intercambio de ideas e información, en particular mediante la educación.

b) Propiciar actividades encaminadas a suscitar una mayor conciencia en materia de bioética.

c) Cooperar con las organizaciones interesadas en las cuestiones que se plantean en el ámbito de la bioética.

d) Prestar asesoramiento en lo referente a la difusión y respeto de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, e identificar las prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana.

#### 5.4.2 Objetivos del Comité Nacional de Bioética.

El Comité tendrá como principal objetivo velar por la protección y el respeto de la dignidad, libertad, identidad e integridad del ser humano y la humanidad en las investigaciones biomédicas. Para dar cumplimiento a ello deberá gozar de una independencia que le permita libertad y autonomía en sus deliberaciones y posiciones.

Llevará a cabo una reflexión ética sobre los progresos de la biotecnología y su repercusión en la vida, salud y medio ambiente<sup>(11)</sup> teniendo en cuenta tanto los argumentos que los investigadores y los profesionales sostengan, así como las diversas exigencias de la sociedad.

Desempeñará una función de asesoramiento técnico con base a la reflexión bioética conducente a la formulación de principios rectores, inspirados en los derechos y libertades.

Estimulará la educación, formación e información de los principios de la bioética y fomentará el debate científico, y entre otros más, fortalecerá la toma de conciencia respecto de los problemas planteados por las investigaciones en biología, genética y medicina, y por sus aplicaciones.

#### 5.4.3. Propuesta de estructura del Comité Nacional de Bioética

Su composición deberá ser pluridisciplinaria a fin de poder captar la diversidad de criterios y a través de amplias discusiones llegar a soluciones concretas en los asuntos planteados.

En definitiva, el Comité Nacional de Bioética servirá para canalizar (no para frenar) el avance biotecnológico a fin de lograr su máximo provecho por y para el hombre, desterrando aquellos métodos en los que se ha venido utilizando al ser humano como medio en beneficio de determinados intereses biotecnológicos y

(11) DELGADO, de Miguel. Derecho Agrario. Propiedad y Ecología. Pamplona. 1992. p. 283

médicos.

## 6. Recomendaciones de la Resolución de los Derechos Humanos y bioética.

La Resolución no sólo se dedica a presentar los problemas derivados del desarrollo biotecnológico sino que plantea recomendaciones a seguir a efectos de permitir una cautela y seguridad.

A) Informar las tareas emprendidas para velar por los principios reconocidos en la Declaración Universal del genoma Humano.

El éxito de la Declaración del genoma depende básicamente de las tareas emprendidas por los Estados a fin de ponerla en práctica. Estas tareas deben ser claramente establecidas y previamente analizadas, midiendo sus objetivos y finalidades así como sus logros mediatos e inmediatos.

B) Establecimiento de una política uniforme sobre bioética

Los temas de bioética al ser esencialmente *humanos* son diversos y de por sí complejos.

Establecer lineamientos jurídicos claros, precisos y uniformes en esta materia no es cosa sencilla, y es que la amplitud de su campo de acción dificulta una política general en el Derecho comparado.

La regulación y normación jurídica de la bioética ha de estar sustentada en principios más que en casos concretos dado que el avance científico es impredecible. Ello se logrará en la medida que se defina la política y los principios bases que han de orientar el rol del Estado en la materia.

C) Señalar la importancia de las investigaciones sobre el genoma humano.

La investigación y el saber científico del genoma merece ser bien recibida por el ordenamiento social dado que implica por sí mismo, un beneficio para el ser humano.

Una correcta investigación sobre el genoma debe estar sustentado en los siguientes principios:

° Salvaguarda de los derechos de la persona.

La cautela y defensa de los derechos de la persona es un presupuesto básico en una sociedad sustentada en criterios democráticos, sociales e independientes y esto no es ajeno para nuestro país, a pesar de estar de por medio el desarrollo biotecnológico, ya que es deber primordial del Estado

garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra la propia individualidad, entre ellos:

° Proteger la Dignidad, Identidad y Unidad.

La Resolución analizada ha entendido como valores fundamentales del ser humano frente al desarrollo biotecnológico la siguiente tríada jurídica:

#### La Dignidad.

El ser humano por naturaleza es digno es decir es merecedor, beneficiario y titular de protección jurídica. Este resguardo permite a la persona desarrollarse íntegramente en sociedad sin más reparos ni restricciones que el respeto por los derechos de sus semejantes. Se quiere una vida humana digna, exenta de cualquier tipo de predeterminismo genético.

#### La Identidad.

El conjunto de atributos y características que permiten individualizar e identificar a la persona en sociedad, permitiendo que cada cual sea uno mismo, diferente a los demás es la identidad. El avance genético y especial las manipulaciones del genoma se presentan como un atentado significativo contra este derecho en la medida que se logra su alteración, modificación y falseamiento. Un caso especial es el de la clonación que trastoca la identidad ontogenética (individualidad) y filogenética (parentalidad) <sup>(12)</sup>.

#### La Unidad.

La unidad se sustenta en la solidaridad (comunidad) y en la hermandad (fraternidad) entre los hombres y los pueblos a fin de compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes, pensando en la especie y biodiversidad en general. Es decir, la gran idea que subyace de este principio es la de considerar a los hombres como una gran familia en la que los individualismos y protección personalizada deja paso a la cautela del conjunto humano. Esta unidad se funda en los principios indivisibles y universales de la igualdad y libertad, sobre el cual reposa toda democracia y Estado de Derecho

° Proteger la confidencialidad de los datos genéticos.

Siendo el genoma esencialmente información vinculada a la esencia propia del ser humano esta merece un resguardo especial por parte del Derecho dado que no hay nada más confidencial (privado, reservado, secreto o interno) que los datos del genoma de una persona, de allí que actualmente se hable de un nuevo ámbito del derecho a la intimidad, el genético.

(12) VARSÌ, Raspigliosi. Op. cit. p. 4.

El derecho a la intimidad genética es parte consubstancial de la dignidad de la persona y como tal se sustenta en dos principios:

- **Transparencia.**- Su base es el conocimiento de la información, derecho a saber.
- **Opacidad.**- Tiene como base la ignorancia o reserva, derecho a no saber.

#### 6.1 Orientaciones para la puesta en marcha de la Declaración Universal del Genoma Humano y Derechos Humanos.

Dada la importancia de la Declaración Universal del Genoma Humano y los derechos humanos se ofrece un conjunto de Orientaciones, a fin de establecer los principios, pautas y reglas que han de tomar en cuenta los Estados a fin de aplicar la Declaración de manera real y efectiva. Por ello, es preciso establecer y asumir dichas pautas de trabajo, haciendo que concuerden con nuestro sistema y así, llevar a cabo los objetivos de la Declaración.

Entre las principales Orientaciones tenemos:

1. Difundir, publicitar y hacer conocer la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos.

La puesta en conocimiento de la Declaración es uno de los puntos primordiales a ejecutarse para lograr su efectividad y aplicación.

De esta manera, la información de los principios en ella enunciados es una tarea que deberá realizarse de manera inmediata pero a la vez continúa. Así, la dignidad, la libertad y los derechos de la persona frente al avance biotecnológico serán los elementos matrices en las campañas de publicitación de la Declaración.

En cuanto al contenido de la Declaración éste debe ser procesado y analizado por un grupo interdisciplinario de profesionales a efecto de lograr un lenguaje claro y preciso de los términos que deben considerarse en la difusión de sus objetivos y finalidades.

2. Sensibilizar, educar y formar con base a los principios de la Bioética.

Los avances biotecnológicos se ven determinados, de manera general, por cuestiones filosóficas, sociales, éticas, económicas, religiosas y jurídicas suscitando un sinnúmero de interrogantes en la medida que las intervenciones científicas atañen a los seres vivos, esencialmente al hombre, imponiéndose sobre las mismas sanciones morales o, en su caso, legales.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Conscientes que la Bioética es una ciencia pluridisciplinaria y que se relaciona con casi todas las ramas del saber humano, en el mismo sentido la educación con base a sus principios, debe ser impartida y puesta en conocimiento a todas aquellas personas e instituciones cuya actividad se relacione con el ser, la vida y el medio ambiente en general.

La enseñanza de la bioética implica fundamentalmente la formación de valores en todos los miembros de la sociedad lo que se presenta como una tarea compleja, de allí que lo más conveniente es que su instrucción vaya en paralelo con el desarrollo de la persona, es decir se realice desde la etapa escolar, pasando por la universitaria y poniendo énfasis en el desarrollo de cursos de posgrado, para fomentar la especialización correspondiente

6.2. La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos, como el origen para la regulación jurídica de la biotecnología.

Siendo la Declaración Universal del genoma humano y los derechos humanos el documento más importante que en materia de bioética se haya dictado debe ser considerado como la base y fuente jurídica que deberán tomar en cuenta los Estados miembros de la UNESCO cuando deban contemplar en su legislación nacional reglas en materia de Derecho genético <sup>(13)</sup>, de allí que no debe quedar en un instrumento meramente declarativo sino debe transformarse en una herramienta capaz de ser utilizada en beneficio directo de la humanidad.

#### 7. Propuesta para la realización de foros de difusión.

La inquietud científica en los temas de bioética se ha visto traducida en investigaciones y en eventos académicos. En este último punto es en el área de la salud y en el área del Derecho donde se ha centrado la principal preocupación en temas vinculados al Derecho civil y Derecho médico

Sin embargo, Es prioritaria la organización de un foro nacional interdisciplinario a efectos de analizar la Declaración Universal del genoma humano y los derechos humanos y determinar sus implicaciones en las relaciones sociales, científicas y personales en nuestro país, dado que como miembro de la UNESCO debe respetar las normas en ella consideradas.

Estas normas no pueden ser asumidas plenamente sólo con la publicidad y educación, sino con la realización de eventos académicos en los que se discuta y analice científicamente y a fondo sus principios, sin descuidar la difusión de los acuerdos y conclusiones a las cuales se llegue.

#### 8. La Declaración de Mónaco, Bioética y Derechos del Niño.

(13) UNESCO, por resolución adoptada sobre el reporte de la comisión III a la 25ava Sesión Plenaria, 16 de febrero de 1999.

Entre el 28 y 30 de abril del 2,000 se celebró en Mónaco el Coloquio Internacional sobre Bioética y Derechos del Niño en el que la AMADE (Asociación Mundial de Amigos de la Infancia) ha planteado como principio que la "ciencia debe estar al servicio del niño y no el niño al servicio de la ciencia", para ello toma como premisas las dos situaciones de trascendencia siguientes:

- Al niño se le debe dar protección integral antes y después de su nacimiento en razón de su estado de inmadurez.
- El progreso de la ciencia biomédica puede representar un peligro para los niños.

La Declaración de Mónaco no es el punto final de la discusión sino, por el contrario es el punto de partida de una nueva aventura humana en materia de bioética y protección integral de la niñez que es la más propensa a las experimentaciones y manipulaciones genéticas.

Por esto se ha llegado a establecer la siguiente declaración:

#### 8.1 Declaración de Principios de la Ninéz.

##### 8.1.1 Orígenes del niño.

###### A. Todo niño es un ser humano especial

Dada su edad, estado de desarrollo biológico constante y capacidad de razonamiento el niño es un sujeto de derecho especial

De acuerdo, a la Convención de los Derechos del niño y el Código de los niños y adolescentes, el ser humano adquiere la categoría jurídica de niño en el momento de la concepción hasta la edad de 12 años. en la que se adquiere situación de adolescente

En tal sentido, todo niño requiere de una protección jurídica especial pues su propia situación biológica (desde el estado embrionario hasta la culminación de su desarrollo psicológico y social (de relaciones y comportamientos), así lo exigen.

###### B. Destacar los valores esenciales del respeto a la vida y a la dignidad del ser embrión.

Tomando en cuenta este principio , será posible ponernos en condición de igualdad. respecto a las demás declaraciones Bioéticas, que se sustentan esencialmente los siguientes enunciados:

° El embrión es un ser humano y posee todos los derechos necesarios para su protección.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

° La ciencia y la técnica no se fundamentarán en procedimientos atentatorios contra la dignidad del ser humano.

° Se prohíbe la manipulación genética.

La Declaración de Mónaco reconoce expresamente la dignidad del embrión *in vitro* partiendo del supuesto que las técnicas de procreación asistida son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o con la finalidad de evitar la transmisión de enfermedades o taras a la descendencia de manera tal que, como acto médico estas las técnicas robustecen el derecho a la salud. No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona. Esto se sustenta en el principio de beneficencia de la Bioética.

C. La Genética y la Medicina deben respetar el postulado de la "No Discriminación"

De esta manera se protege el principio bioético de la igualdad y equidad, por el cual no debe establecerse discriminación por cuestiones genéticas (genoísmo) ni en la aplicación de tratamientos médicos, teniendo todos los seres humanos igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo a las necesidades y urgencia que requiera su salud.

Es más, la ciencia biomédica no puede utilizar sus avances a efectos de selección o mejoramiento genésico de los embriones humanos (reduccionismo genético) salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

D. La vida del niño es invaluable e intangible.

Independiente de la minusvalía que adolezca el infante ha de protegerse de manera absoluta su vida, integridad y salud. Es así que los defectos o deficiencias biológicas (taras, malformaciones) del embrión o del niño no deben ser utilizadas como pretexto para la realización de técnicas de experimentación o manipulación genética.

#### 8.1.2. Vínculos del niño.

A. Las medidas tomadas para asegurar la protección del niño deben estar adaptadas a su grado de autonomía.

Este es el denominado principio de especialidad en la tutela del niño que está determinado por el hecho que, como sujeto de derecho especial, todo niño

debe contar con una protección particular y extraordinaria, teniendo en cuenta que por su naturaleza y grado de desarrollo sicosomático es un ser humano potencialmente pasible de ser vulnerado. Por este motivo debemos especializar los canales de protección del niño.

#### B. El derecho a conocer el propio origen biológico.

En función del interés del niño, los padres o tutores deciden el grado de información a otorgar al infante sobre sus orígenes, si su nacimiento resulta de una asistencia médica a la procreación.

Este derecho a conocer el propio origen biológico surge en Alemania, a finales de la década de los cuarenta como un nuevo derecho o facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible (*patre nullu natus*).

Este derecho recibió un impulso mayor a inicios de los ochenta como consecuencia de los avances de las técnicas de reproducción humana asistida, dado que la aplicación indiscriminada y sin respeto a los principios naturales desencajaron la coherencia bio-legal de la filiación al utilizar gametos de terceros, prácticas de maternidad subrogada, etc.

El objetivo o ámbito de este derecho <sup>(14)</sup> será: la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho a conocer la identidad del progenitor del niño adoptado y el derecho a conocer la identidad del cedente de gametos en la técnicas de reproducción. En tal sentido toda persona tiene derecho a conocer quienes son sus verdaderos padres y en su caso, como fue procreado, derecho éste que se encuadra dentro de los denominados derechos de reproducción

#### C. La familia es el núcleo natural en el cual el niño debe desarrollarse.

El cuidado y la educación en el seno de una familia, cuyos miembros tienen responsabilidades respecto del niño <sup>(15)</sup> constituyen para él la mejor situación, la que conviene buscar y procurar en todos los casos

Siendo la familia la célula básica de la sociedad y que la misma se puede constituir por matrimonio, filiación o convivencia, debemos tender a que el niño se desarrolle en este tipo de estructura natural buscando los medios necesarios para consolidar los lazos familiares.

De esta manera, todo niño debe ser cuidado de manera integral tanto en el aspecto psicosomático (salud, educación), social (recreo, diversión) y

(14) MICHAUD, Jean Op. cit. p. 5

(15) Idem.

patrimonial (pecuniario) y esto le corresponde legítimamente a los padres (patria potestad) o a su tutor (tutela).

#### D. El interés superior del niño

De acuerdo a las normas consideradas en la Convención de los Derechos del Niño y el Código de los niños y adolescentes el interés superior del niño es actualmente un principio jurídico básico en la doctrina de los Derechos Humanos.

En dicho sentido, este principio será el norte para todas aquellas medidas que adopte la sociedad en relación al niño, tomando especial consideración que debe darse una protección integral a quienes por su corta edad se encuentran en estado de indefensión.

#### 8.1.3. El cuerpo del niño.

##### A. Consentimiento Informado del Niño.

El consentimiento informado se estructura sobre la base del derecho a ser informado y el derecho a consentir. Todo paciente tiene el derecho inalienable de ser comunicado e instruido de los efectos de la intervención médica que se le va aplicar con la finalidad de obtener de manera objetiva su decisión y correspondiente autorización al tratamiento.

Referente a de menores de edad se deberá oír y ponderar su opinión, con base al interés superior del niño y el máximo respeto a sus derechos (art. VII, Código de los niños y adolescentes). En el supuesto de aplicación de tratamientos especiales, realización de pruebas riesgosas o práctica de intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito el consentimiento informado del paciente (art. 27, 2do. párrafo, de la Ley General de Salud)

Tal exigencia debe ser mayor si se tratan de ensayos o investigaciones sobre el infante, los cuales será válidos siempre que su finalidad no sea mayor que el cuidado de su salud y que no exista otro tratamiento o medida para realizar la cura.

##### B. Máxima protección del niño por sobre el interés de la sociedad en los tratamientos médicos.

Los objetivos de un tratamiento no pueden ser evaluados con base al único y exclusivo interés de la sociedad, por el contrario toda intervención médica o clínica deberá ser realizada teniendo en cuenta el interés prevalente del niño.

Todo niño tiene el derecho a la atención integral de la salud y, en el supuesto que éste se encuentre enfermo, con limitaciones físicas o mentales, impedido o sea dependiente de sustancias tóxicas, tiene derecho a un tratamiento y rehabilitación que faciliten su participación en la comunidad de acuerdo a sus capacidades (art.21 del Código de los niños y adolescentes).

Debe tenerse presente que la protección del niño será reforzada cuando adolezca de alguna deficiencia o anomalía, esto con el fin de impartir un trato igualitario a los niños independientemente de su conformación o desarrollo sicosomático. De allí que los progresos de la ciencia y sus aplicaciones, sobre todo en materia de prevención y de tratamiento, deben aprovecharse en beneficio de los niños enfermos o con minusvalías, sin jamás llegar a ser origen de exclusión o de marginalización.

C. Estimular la investigación en materia de enfermedades raras y la preparación de terapias eficaces.

La investigación científica es la búsqueda de conocimientos nuevos y se realiza a través de la observación o experimentación y es en este sentido que la normatividad nacional tiende a fomentar la investigación científica tomando como base la protección de los derechos de la persona.

El Código civil establece el carácter irrenunciable del derecho a la integridad física (art.5) y en concordancia indica la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo excepto en casos de estado de necesidad, orden médico o quirúrgico o por motivos humanitarios (art.6).

En el mismo sentido el Código de los niños y adolescentes garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental (art.1. inc.2)

Finalmente, la Ley general de salud parte del principio de promoción por parte del Estado de la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud (art. XV) y el pleno resguardo de la salud del individuo

D. Protección y respeto a la Dignidad.

El respeto a la dignidad y la protección de los derechos de la persona son la base sobre la que debe estructurarse la aplicación y el desarrollo de la ciencia médica en pro de la infancia.

Dado que los derechos de la persona tiene como función otorgar una protección al ser humano y tomando en consideración el permanente y vertiginoso desarrollo de la biomedicina es necesario tomar en cuenta que la especialización de los derechos de la persona deben estar orientados en su esencia valorativa como son la dignidad, libertad, igualdad y solidaridad.

## Conclusiones

1.- El código de la vida está escrito con un alfabeto de cuatro letras (ATCG) y al parecer resultaría sencillo descifrarlo pero con sus 3.000 millones de caracteres o combinaciones el genoma humano abarcaría aproximadamente 200 guías telefónicas de la ciudad de Nueva York. Este código da las instrucciones para que el organismo evolucione (de embrión a adulto), viva (se reproduzca y muera) y se esté en constante transformación (se enferme y sane), por lo tanto es solo propiedad del individuo.

2.- Toda norma jurídica tiene un alto contenido ético dado que su fin es regular la vida humana. En el caso propio del Derecho, como ciencia, mucho se ha especulado acerca de su vinculación con la moral lo que cobra vigencia actualmente cuando se estudian los efectos jurídicos del avance de la genética. ya que en ellos, comúnmente, se han venido confundiendo la esencia del ser humano, tratándosele como sujeto y como objeto de la biotecnología.

Por lo anterior debemos tomar en cuenta el aspecto valorativo y ontológico que cumple la Ley al momento de normar, ya que su fin es permitir la vida en sociedad sobre la base de la justicia, la paz y la equidad, canalizando todo en pro del hombre. De esta manera, el postulado kantiano, que el hombre es un fin en sí mismo, recobra su real vigencia presentando al Derecho como un guía dentro de la gran estructura social frente al imparable desarrollo en el desciframiento del genoma humano y la procreática.

3.- Los genes son los que estructuran la vida y cada uno tiene una información, una misteriosa y hasta ahora inextricable sinfonía molecular la que, similar a las notas en el fino pentagrama, indican a los músicos la melodía que deben ejecutar. Estos genes instruyen a las células que proteínas producir y así el hombre ve encaminada su vida.

Al conjunto de genes lo denominamos genoma, es decir es la conformación genética de un ser viviente, el que ya descifrado nos dará a conocer la esencia de nuestras características

Dada la importancia de estos avances de la biocientífica, es que fue dictada la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos (diciembre, 1997) así como las "Orientaciones para su puesta en marcha" (noviembre, 1999) a fin de proteger la esencia del hombre y establecer los principios que deben tomar en cuenta los Estados para la aplicación de tan importante Declaración.

Es así que la difusión de los principios pro defensa de la integridad de la conformación genética del ser humano y de los derechos subjetivos enunciados en la Declaración es uno de los puntos primordiales a ejecutarse para lograr su efectividad y aplicación, siendo esto una tarea que deberá realizarse de manera inmediata y continúa.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

4.- Es necesario sensibilizar y educar a la ciudadanía con base a principios pluridisciplinarios, dado que los avances biotecnológicos repercuten en diversas áreas y plantean cuestiones de orden variado, sea filosófico, social, ético, económico, religioso y jurídico, por lo que la bioética aquí juega un rol fundamental.

5.- La Declaración del Genoma es actualmente una fuente ineludible para la regulación jurídica de la biotecnología en nuestro país, tomando en consideración que el desarrollo de las prácticas genéticas es toda una realidad y que carecemos de una regulación jurídica sobre la materia

La Declaración, no debemos tomarla como un instrumento meramente declarativo, es prioritario considerarla como fuente de Derecho para llenar el vacío legal existente en materia de biotecnología humana.

6.-La inquietud académica y científica en los temas de Derecho genético y Bioética debe ser incentivada a través de investigaciones y en eventos científicos siendo las áreas de la Medicina y del Derecho las que principal preocupación han mostrado en el tema, sin embargo, la prioridad es organizar un foro nacional interdisciplinario para analizar el contenido de la Declaración del Genoma y determinar su plena implicación sobre innumerables relaciones humanas.

7.- Es urgente la necesidad de crear un Comité Nacional de Bioética que regule la conducta profesional médica en el ser humano y así adoptar una posición nacional y propiciar la aprobación de normas internas que regulen las actividades como la reproducción asistida, la experimentación y manipulación genética, crioconservación de embriones, la planificación familiar así como tareas administrativas como la creación de registros de cedentes de esperma, registro para los establecimientos y profesionales habilitados en biotecnología reproductiva y de identificación genética, entre otros.

8.- Ha sido exitoso el cartografiado del genoma humano y en unos meses ya será una realidad en la práctica, la cual que deberá canalizarse legalmente. Tenemos los documentos internacionales que nos dan las pautas para su protección, sólo nos queda propiciar el debate y buscar las mejores formas de aplicación de los Proyectos biotecnológicos en pro del ser humano. Tengamos siempre presente que el genoma es la base de la humanidad y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y de la biodiversidad.

9.-Sin embargo, la clonación humana con la finalidad de reproducir entidades semejantes a si mismas, es inaceptable, debido a

a) Viola el principio de dignidad del ser humano, pues al haber una o mas copias del ser mismo, esta copia puede adquirir el status de almacen de órganos de repuesto, sabiendo en sí que es un ente con una individualidad propia, que no es idéntico a su progenitor porque se ha desarrollado en un

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

medio distinto a él y el cúmulo de sus experiencias ha dado lugar a sentimientos, razonamientos, recuerdos, asociaciones e intuiciones, además de las creencias de carácter espiritual que haya adquirido que son radicalmente distintas al original.

b) No es aceptable, porque al ser una copia de alguien, ya no tiene el status de igualdad que seres heterogeneos tienen entre si. Se le mantendría como una entidad sin derechos ni obligaciones, esto es, como alguien fuera de los Derechos Humanos y del propio Derecho

La diversidad humana, necesaria no solo por razón misma de la individualidad, sino como forma de vida humana, contraria a la posible igualdad mecanizada de entidades creadas por la robótica, es una premisa fundamental para que la humanidad se encamine a un objetivo de constante evolución en el que su meta final sea acceder a niveles cada vez mas altos de superación, física, mental, emocional y/o espiritual.

c) En el clonado, no puede existir libertad, valor primordial de los Derechos Humanos, porque siendo creados con finalidades específicas, bien sea de reposición de órganos o como solución a problemas de infertilidad o esterilidad, o para experimentación eugenésica, está sujeto a un desarrollo bio-psico-social incierto, que lo puede sujetar a contener en si capacidades o incapacidades que le marcarían en un destino incontrolable para él y o para la gente que le asiste o le rodea: enfermedades desconocidas, envejecimiento acelerado, inhabilidades o habilidades presentes en cualquiera de las esferas de su desenvolvimiento vital.

d) Pero más que nada, la clonación humana es inaceptable porque vulnera los derechos fundamentales del hombre: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral.

Ya desde el inicio de su vida, los embriones destinados a ser usados para la experimentación clonal, están en peligro, pues muchos de ellos han de ser eliminados, con el fin de lograr el objetivo de la propia investigación.

Tampoco se respetaría la integridad física de los clones.

Es por demás decir que en ambos casos no existe respeto a la integridad moral.

e) A los clones, no se les podría dar la garantía de seguridad, pues siempre existiría un peligro para ellos, bien fuera por el uso de sus órganos como lo impredecible de su desarrollo en integridad física o moral.

No pudiendo garantizar al clon ni sus derechos fundamentales, ni sus Derechos Humanos, menos aún están a resguardo sus Derechos personales,

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

cívico/políticos, económico/sociales y de cultura. Menos aún se pueden garantizar los Derechos de Seguridad Individual y Jurídica.

10.- Si bien la clonación humana, es desde todo punto de vista condenable, existen algunas prácticas de Clonación trangénica que pueden traer muchos beneficios tendientes a la reposición de órganos.

a) Así, la experimentación que se hace con cerdos para la obtención de hígados de posible trasplante a humanos, representa una alternativa para la adquisición de tales órganos; que de otra manera se verían sujetos a las formas tradicionales de adquisición.

b) Pero no todas las prácticas trangénicas, ofrecen la seguridad que aparentemente esta garantiza. En otras, es necesario hacer pruebas exhaustivas que den la seguridad de que en todas las etapas de su desarrollo y futuro uso, actúen de manera en que han sido programadas y que al interactuar en el medio a que han sido destinadas, no se produzcan resultados contrarios, distintos, contraproducentes o incontrolables.

Es por todo lo anterior, que en la actualidad, se hace necesario promover los Derechos Humanos de la tercera generación y dar garantías al individuo frente a la manipulación genética.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## BIBLIOGRAFIA

BERTUSCONI, Silvio. **Prohibición a la clonación humana**. L'Observatore. No. 337. El Vaticano. 2002. P.8

BIDART, Campos, Germán. **Los Derechos del Hombre**. Ed. Bosch. Barcelona. 1979.

BOBBIO, Norberto. **El problema del Positivism Jurídico**. Ed. Universidad de Buenos Aires. Argentina. 1965.

BURGOA, Orihuela, Ignacio. **Garantías Individuales**. 29 ed. Ed. Porrúa. México. 1997.

CASTAN, Tobeñas, José. **Los Derechos del Hombre**. 4ª. Ed. Ed. Porrúa. México. 1997.

DELGADO, De Miguel. **Derecho agrario y ambiental, propiedad y ecología**. Pamplona. 1992. p. 283.

DEL VECHIO. **La Declaración de los Derechos Del Hombre y del Ciudadano en la Revolución Francesa**. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1957.

FERNANDEZ, Eusebio. **Anuario de Derechos Humanos**. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, España. 1981

FERNANDEZ, Galiano, Antonio. **Introducción Filosófica del Derecho**. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, España. 1974.

FIX, Zamudio, Hector. **La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales**. Madrid. Ed. Civitas. 1962.

HERNANDEZ. Bernal, Jesús. **Derechos Humanos y Garantías Individuales**. Universidad Autónoma del Estado de México. México. 1995.

HERRERA, Ortiz, Margarita. **Manual de Derechos Humanos**. Ed. PAC S.A.. de C.V. México. 1997.

JELLINEK, Jorge. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Traducción de Adolfo Posada. Madrid. Ed. Victoriano Suárez. 1968.

LARA, Ponte, Rodolfo. **Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano**. Ed. Porrúa. México, 1997.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

LEGAZ, Lacambra. Luis. **Los Derechos del Hombre**. Ed. Bosch. Barcelona. 1979.

PASSINI, Dino. **El problema de los Derechos Humanos del Medio Occidental**. Ed. Dott. Napoli. 1973.

PECES, Barba, Gregorio. **Derecho Positivo de los Derechos Humanos**. Ed. Debate. Madrid, 1987

ROCCATI, Velázquez, Mireille. **Los Derechos Humanos y la Experiencia del Ombudsman en México**. Comisión de los Derechos Humanos del Estado de México. Ed. López Maynez. 1995.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. **Antología Clásicos de los Derechos Humanos**. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, D. F., 1991/4.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. **Estudios sobre Derechos Humanos**. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1996.

SANCHEZ. Agesta, Luis. **Curso de Derecho Constitucional**. 6ª. Ed. Granada, 1959.

SÁNCHEZ de la Torre, Angel. **Teoría y Experiencia de los Derechos Humanos**. Reus S.A. Madrid. 1968.

TERRAZAS. Carlos R. **Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México**. 3ª. ed. Ed. Miguel Angel Porrúa. México. 1993.

MEDIOS ELECTRÓNICOS

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN