



La protección constitucional del derecho a la vida y los retos de la investigación genética

Humberto A. Sierra Porto¹

1. La protección del derecho a la vida y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Nuestra Corte Constitucional ha sido muy parca en la definición y en el estudio de todos los fenómenos asociados con la protección del derecho a la vida. Son realmente pocas las sentencias en las que se detiene a reflexionar sobre el alcance y límites de este derecho. Esto se debe, muy probablemente, a que no han sido muchas las oportunidades, esto es, los casos en los que se haya planteado la compatibilidad de las técnicas de manipulación genética con la vigencia y protección del derecho a la vida.

Lo reducido de la doctrina constitucional sobre este tema se ve remarcado por el hecho de que la jurisprudencia sobre los problemas del derecho a la vida está contenida en su mayor parte en los obiter dicta (lo dicho al pasar) y no en la ratio decidendi (razones de la decisión) de las sentencias.

Estas constataciones nos ponen de presente que desde la perspectiva constitucional el tema del impacto de las nuevas tecnologías sobre la vida carece de doctrina establecida.

La jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional en lo tocante al derecho a la vida puede ser reconducida en cuatro grandes bloques temáticos: en primer lugar, el atinente a la naturaleza o alcance general del derecho a la vida; segundo, lo relativo a la protección constitucional del nasciturus (que constituye el grueso de los pronunciamientos); en tercer lugar, lo relativo a la relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud y la integridad física; un cuarto y último bloque temático estaría constituido por la jurisprudencia que señala la importancia del derecho penal para la protección del derecho a la vida.

Alcance del derecho a la vida, concepto y protección del nasciturus, derecho a la vida y derecho a la salud e integridad física, y el papel del derecho penal en la protección del derecho a la vida, son los principales aspectos o temas sobre los que se ha posicionado nuestra Corte Constitucional. Veamos qué dice esta jurisprudencia.

a. Alcance del derecho a la vida. En este aspecto se destacan los pronunciamientos dirigidos a señalar que el concepto de vida en la Constitución tiene un doble alcance, como derecho fundamental, esto es, como derecho constitucional que, como tal, expresa una garantía o dimensión subjetiva consistente en que para su ejercicio o goce se requiere que el Estado respete una esfera personal de actuación que no sea perturbada por éste ni por particulares. De otra parte, el derecho a la vida en su dimensión objetiva es protegido por el Estado y las autoridades que lo componen, mediante el establecimiento de políticas y medidas puntuales que protejan este derecho frente a amenazas o infracciones a su ejercicio en condiciones de dignidad.

Igualmente, la Corte ha señalado en forma reiterada que la vida es además un valor, esto es, una norma que contiene un objetivo o propósito último del ordenamiento jurídico y de la existencia del Estado, de tal forma que toda actuación de las autoridades, e incluso de los particulares, debe dirigirse a garantizar este derecho, o cuando menos a no infringirlo (Sent. T-179/93).

Otro aspecto de notoria importancia es el relativo a la comprensión iusnaturalista o, si se quiere, de derecho preconstitucional que se le da al derecho a la vida. La Corte es clara en destacar que el derecho a la vida (no la vida que sería lo correcto) es reconocido por la Constitución, que por lo tanto es anterior a la Constitución misma (Sentencia T-179/93); se llega a afirmar, o por lo menos a sugerir, que este derecho es de carácter supraconstitucional. Sobre el particular la Sentencia C-013/97 que decidió la constitucionalidad de los tipos de infanticidio por acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, afirmó:

Para la Corte, el derecho a la vida está tan íntimamente ligado al ser humano y se exige de tal forma, aun sobre la voluntad estatal, que no necesita estar garantizado expresamente en norma positiva para ser jurídicamente exigible. El sustento de su vigencia está en el derecho, no en la ley. Entonces, el hecho de estar positivamente librado a la decisión del legislador lo referente a la búsqueda de las más eficientes formas de su protección —como lo destaca esta sentencia— no significa la potestad legislativa para suprimirlo o ignorarlo, ni tampoco para despojarlo de amparo jurídico (Sentencia C-013/97).

Como consecuencia de la consideración de que el derecho a la vida es supraconstitucional, que constituye una especie de derecho natural, deriva una comprensión del artículo 11 de la Constitución, según el cual este precepto constituiría una cláusula de intangibilidad, o de irreformabilidad de la Constitución, esto es, se trata de un tema vedado al poder constituyente, que en este punto deja de ser soberano.

¹ Conferencia dictada por HUMBERTO SIERRA PORTO, magistrado de la Corte Constitucional, el jueves 11 de octubre de 2001 en el seminario sobre la clonación, Universidad Externado de Colombia.

Pero una consecuencia adicional y de no poca monta de esta comprensión supone entender que cuando la Corte Constitucional aplica esta norma se convierte en garante no sólo de la Constitución sino de una autoridad previa y superior al del Constituyente; esto es, se deja en el aire la posibilidad de que la Corte pueda dejar de ser un poder constituido más.

Pero la supraconstitucionalidad del derecho a la vida, tal y como se plantea en la jurisprudencia, tiene un efecto jurídico concreto que consiste, por una parte, en darle una posición jerárquica superior frente a los demás derechos; es decir, que el derecho a la vida, al tener un fundamento previo y superior a la Constitución, tiene con mayor razón, a fortiori, mayor jerarquía que los demás derechos, de tal forma que siempre que un operador jurídico encuentre un conflicto en el que esté involucrado el derecho a la vida, éste prevalecerá. Precisamente esta forma de dirimir los conflictos entre derechos es el significado del carácter inviolable que tiene el derecho a la vida en el artículo 11 de la Constitución.

La vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de una jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos en situaciones de conflicto insalvable.

En eso consiste la inviolabilidad que expresamente le reconoce el precepto constitucional (Sentencia 013 de 1997).

No obstante, es importante señalar que esta doctrina no ha sido aplicada por la Corte en varios casos, como fueron la sentencia sobre la eutanasia (C-239/97), y en el caso de la T-401/94 sobre el conflicto entre paciente y médico, con ocasión de un tratamiento. En estos casos se estableció que en algunas circunstancias la autodeterminación es límite y fundamento del derecho a la vida.

Precisamente la autodeterminación, la libertad de disposición de la propia vida, es el otro gran aspecto doctrinal a que se refiere la Corte Constitucional. El alcance de la autodeterminación como manifestación del principio general de libertad (contenido en los artículos 13, 16 y 28) y como límite de la intervención estatal dirigida a la protección del derecho a la vida.

El problema consiste en compatibilizar la obligación estatal de proteger y defender el derecho a la vida con la autodisposición del derecho. La Corte lo expresa como "controversia bioética entre paternalistas y autonomistas". Sobre este particular la Corte indica que en el caso de que el ejercicio de la vida no se desarrolle en forma digna, la persona puede colocar por encima su decisión de morir; esto es, se le reconoce el derecho a morir, incluso se permite en ciertas circunstancias que un tercero pueda quitarle la vida cuando medie consentimiento y el motivo sea piadoso. Igualmente la autodeterminación es prevalente cuando es expresión del derecho a la salud, de tal forma la plena autodisposición en materia de derecho a la salud, incluso puede llegar al suicidio. El razonamiento es simple, si las personas son dueñas de su vida, con mayor razón de su muerte (Sentencia C-221/94, caso dosis personal).

b. Protección constitucional del nasciturus. En la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la vida es este el tema más desarrollado. La importancia de esta jurisprudencia es obvia, pero no por esto debemos dejar de expresarla. Decir qué es un nasciturus equivale a decir desde cuándo existe vida. O desde otra perspectiva: saber cuándo empieza a existir el derecho a la vida es lo mismo que saber desde cuándo se protege al nasciturus.

En derecho comparado la protección al nasciturus puede hacerse desde tres presupuestos: uno, que el no nacido no es una persona, ni un sujeto de derechos constitucionales, se trata de un bien jurídico; es decir, en virtud de las normas constitucionales que consagran la vida como valor, el Estado debe proteger al nasciturus como un elemento previo e indispensable para garantizar el derecho constitucional a la vida que surge con el nacimiento. El nasciturus se protege porque es un bien jurídico.

La segunda alternativa es la de darle la consideración de sujeto de derechos constitucionales, hay que tratarlo como ser vivo, un ser humano, y como tal reconocerle todos los derechos constitucionales propios de esta condición. En este sentido, el nasciturus se asimilaría jurídicamente al niño, y, en consecuencia, sería titular de los mismos derechos constitucionales.

Una tercera forma de proteger al nasciturus sería mediante la comprensión de que a éste, por tener la condición de ser humano, ser viviente, debe reconocérsele y protegérsele todos los derechos constitucionales, y además los derechos legales de toda índole, incluso los de carácter patrimonial.

El otro aspecto en la regulación jurídica es más simple, pero no menos importante. ¿En qué momento, desde cuándo estamos en presencia de un nasciturus? ¿Desde el momento de la concepción, luego de siete o quince días de la fecundación o después de tres o seis meses de la concepción?

La jurisprudencia constitucional es bastante clara sobre estos términos de la comprensión y protección del nasciturus.

El no nacido existe desde la fecundación del óvulo; el derecho a la vida se inicia con la concepción (T-179/93), la vida se protege desde el momento mismo cuando se produce la gestación (C-133/94), y en este mismo sentido las sentencias C-591/95, T-041/96, al igual que la sentencia 223/98 en la que se dice que se es nasciturus desde que se es engendrado.

En cuanto a la forma en que se reconoce la protección, la jurisprudencia constitucional, a pesar de algunas imprecisiones iniciales, considera al nasciturus como un ser humano al que se le reconoce la titularidad de derechos constitucionales, no se le da el carácter de persona, de tal forma que no goza de derechos legales ni económicos, pero sí de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, en particular los que corresponden a los niños (sentencia C-591/95). Nasciturus equivale a niño en lo que a titularidad de derechos constitucionales hace referencia (sentencias T-179/93, C-223/98 y T-171/99).

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, desde la fecundación estamos en presencia de un nasciturus, que es un ser humano que goza de derechos fundamentales, de los mismos derechos fundamentales que los niños (entre otras, sentencias 223/98 y T-171/99).

La equiparación con los niños le permite a la Corte afirmar que el nasciturus tiene derechos asistenciales (seguridad social) y pueden ser reclamados en su nombre por vía de tutela, razón de que se presume su indefensión y subordinación (sentencias T-179/93 y T-497/93). Desde esta lógica el nasciturus tiene derecho a la salud y a la integridad física (T-171/99 y T-1502/00); es más, en esta última sentencia (T-1502/00) se le reconoce el derecho a la igualdad a un nasciturus hijo de una mujer que no es la esposa o compañera permanente de la persona afiliada, todo con el propósito de obligar a que sea atendida.

El nasciturus que existe desde que hay un embrión tiene derechos constitucionales, y dentro de éstos el derecho a la vida, a la integridad física, a la igualdad y no discriminación, y el hecho de que tenga el mismo régimen que los niños permite que estos derechos puedan ser defendidos no sólo de ataques de órganos del Estado, sino también frente o contra particulares mediante acción de tutela, pues, como veíamos, se presume su indefensión.





c. Derecho a la vida, a la salud e integridad física. Sobre este tema ya se dijo algo. Se afirma una plena autodisposición o autonomía en materia de derecho a la salud, pudiendo llegar incluso hasta el suicidio (C-221/94). El Estado debe respetar la autonomía personal, las personas son dueñas de su vida, con mayor razón de su muerte, el Estado sólo puede intervenir y sancionar las conductas que afecten a terceros. Contrasta esta posición con la asumida por los tribunales constitucionales europeos ante las huelgas de hambre de terroristas en prisión.

d. El derecho a la vida, la dignidad humana y el derecho penal. En este aspecto los fallos que deciden la constitucionalidad de los tipos penales del aborto, del infanticidio por violación, inseminación artificial no consentida y homicidio piadoso son los más representativos de la Corte en materia de derecho a la vida. En estas sentencias los temas centrales son los que se refieren a la importancia o necesidad del ius puniendi y en particular del derecho penal para la protección del derecho a la vida. En las sentencias C-133/94, C-013/97 y C-213/98 se afirma que los tipos penales son un instrumento estatal indispensable para garantizar y proteger el derecho a la vida. En la sentencia sobre la eutanasia, si bien se reconoció la validez del tipo penal para proteger la vida, se condicionó su aplicación a que permitiera el ejercicio de la dignidad humana.

En la última sentencia, sobre el aborto con atenuación punitiva, la C-647 de 2001, se declaró constitucional el artículo 124 del Código Penal donde se establece que el aborto que se realice “cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual o transferencia de óvulo fecundado no consentidas” el juez puede prescindir de la pena.

No se modifica la tesis de la importancia del derecho penal para la protección del derecho a la vida, pero se establece un importante cambio doctrinal. Se reconoce implícitamente que el derecho penal no es el único instrumento para proteger la vida, de hecho no puede utilizarse el ius puniendi del Estado cuando la violación al derecho a la vida del nasciturus se realice en circunstancias especiales que supongan un conflicto con la dignidad humana del sujeto activo y el principio de culpabilidad. El derecho penal no puede hacer de los inculpados un instrumento de escarnio público, no puede ser instrumento del Estado. Su responsabilidad depende de la culpabilidad.

2. Problemas constitucionales de la manipulación genética y la clonación

Sobre la manipulación genética, al igual que de la clonación, no hay pronunciamientos jurisprudenciales, por lo que para dilucidar cuál sería el régimen jurídico aplicable tendremos que partir de la protección constitucional que se reconoce al nasciturus, en razón de que este concepto, tal y como ha sido tratado por la jurisprudencia constitucional, es tan amplio que cubre la manipulación de embriones.

El derecho a la vida del nasciturus lleva a la existencia de la obligación de respetarlo en consideración del valor dignidad humana. Lo que en principio impide o limita toda forma de manipulación y experimentación.

Si llevamos al extremo la doctrina jurisprudencial sobre la protección del nasciturus que empieza desde la fecundación y que se lo considera sujeto de derechos fundamentales, en nuestro estado estaría vedada toda investigación que suponga utilización de embriones, e igualmente estaría vedada la clonación humana, tanto la que se haga con fines reproductivos como la que se haga con fines médicos.

Es muy posible que nuestro derecho, nuestra legislación y principalmente nuestra jurisprudencia se vean en la necesidad de cambiar su doctrina; esto es, su comprensión sobre el alcance y límites del derecho a la vida. Las realidades, los hechos, hacen que el derecho se adapte. El reto está en armonizar la necesaria prevalencia de los derechos constitucionales con las exigencias de la investigación científica.

Problemas constitucionales que plantea la clonación. Identifiquemos algunos.

En primer lugar señalemos que de momento la clonación reproductiva de seres humanos no es el problema. En efecto, existe un consenso cada vez más amplio en la comunidad internacional de prohibir este tipo de práctica o técnica.

Polémicas como la surgida tras la propuesta del médico ginecólogo italiano Severino Antinori de clonar seres humanos, con la consecuencia de crear seres humanos idénticos, han sido rechazadas por gobiernos y la generalidad de la comunidad médica.

Repugna la idea de que el ser humano sea un instrumento. “Quede claro que ser idéntico genéticamente a otra persona no es ninguna aberración, porque los gemelos son genéticamente idénticos y son seres humanos perfectamente respetables [...] Lo que repugna es la idea de la clonación reproductiva y lo que condenan estas legislaciones es crear seres humanos idénticos ex profeso, porque es difícil imaginar una justificación que no implique considerar al clónico de forma instrumental, es decir, no como seres humanos con dignidad, sino para que se puedan usar en provecho de otros”².

Dicho de forma jurídica, esta práctica atenta de manera directa contra la vigencia del principio de igualdad entre los seres humanos y el principio de no discriminación.

Los retos jurídicos se presentan con la clonación con células madres, la cual tiene como objetivo “desarrollar líneas celulares eternas” que se multiplican en forma indefinida y que adecuadamente pueden convertirse en tejidos diferenciados, y en un futuro más lejano, tal vez en órganos. Estos tejidos se utilizarían para trasplantes a enfermos que tuvieran sus órganos dañados y que, por tanto, no funcionan bien. Las células madres provendrían principalmente de fetos muertos o de embriones.

Los beneficios que se anuncian son de verdad de la mayor importancia; se prevén perspectivas de superación de la diabetes juvenil, y a mediano plazo la posibilidad de remediar una larga lista que incluye la reparación de corazones infartados, de lesiones medulares o de las más graves quemaduras³.

Estas clonaciones, tanto las que tienen fines curativos como las reproductivas, plantean retos jurídicos de primer orden en torno a la forma en que se debe respetar el derecho fundamental a la vida y la misma dignidad humana.

Frente a las innovaciones tecnológicas que amenazan el derecho a la vida y a la dignidad humana, las posiciones son muy variadas. Van desde las que rechazan las prohibiciones o limitaciones a la investigación con embriones, con argumentos de este tipo: la prohibición se trata de una superstición equiparable a crear el número 13 que trae mala suerte.

2 OCTAVI QUINTANA. “Clonación e investigación con embriones”, El País, 2 de enero de 2001.

3 “Clonación para Curar”, El País, 5 de agosto de 2001.

“No puede atribuirse dignidad humana a unas pelotitas minúsculas que no tienen sistema nervioso, ni creencias, ni sentimientos”⁴. Y hasta hacen prevalecer la libertad de investigación.

La otra posición es la de prohibir o condenar la clonación humana, por ser una manipulación genética que atenta contra la dignidad y el derecho a la vida.

El concepto generalizado es que la clonación, como todas las técnicas de investigación sobre seres humanos o sobre órganos de éstos, requiere unas limitaciones que permitan armonizar el desarrollo de la ciencia con los derechos fundamentales del hombre.

3. La nueva comprensión del derecho a la vida

¿Qué es la vida y en qué consiste la dignidad humana?, son interrogantes que deben ser respondidos desde una perspectiva que va más allá del hecho biológico. La vida no es únicamente un derecho libertad que requiere la no injerencia del Estado o de terceros, tampoco es suficiente la comprensión de la vida como un derecho prestación que se garantiza con la intervención del Estado.

El derecho a la vida requiere en la actualidad ser comprendido como un derecho de tercera generación, un derecho que tenga por objeto la protección de la humanidad. La regulación y eventual limitación de la manipulación genética exige que se construya una idea de la vida sobre la que exista un consenso amplio.

La vida deja de ser un problema personal, o dependiente de las políticas estatales. La vida se convierte en un problema de la humanidad, de preservación de la especie.

Las perspectivas de la vida como un derecho de tercera generación es un límite a la erosión de ésta por usos que puedan hacer las nuevas tecnologías. Se trata de proteger al hombre, no considerado de manera individual sino como especie. La vida pasa a ser un derecho en el que son titulares los individuos y el Estado, que todos pueden exigir frente a todos.

La vida en este sentido es un derecho de solidaridad que se funda en el reconocimiento de un destino común que pretende la conservación de la especie humana frente a las amenazas planteadas por la tecnología.

Esta comprensión del fenómeno de la vida es precisamente la consagrada en la Declaración Universal sobre el genoma humano (y los derechos del hombre, adoptados por la UNESCO en 1997). La Declaración fija los límites en la intervención sobre el patrimonio genético de la persona humana, que la comunidad internacional se compromete moralmente a no transgredir.

La Declaración tiene como base tres principios: la noción del genoma humano como “patrimonio de la humanidad”; la dignidad del individuo, “cualesquiera que sean sus características genéticas; el rechazo del “determinismo genético”, es decir que el genoma por su naturaleza humana está sujeto a mutaciones.

La vida, como un concepto material protegido, como un derecho constitucional de tercera generación, tiene unas importantes consecuencias o efectos jurídicos que nos permiten manejar con criterio los problemas de la manipulación genética, y tienen un tratamiento jurídico que en muchos aspectos traen una radical diferenciación con los actuales alcances que establece la Corte Constitucional sobre los derechos constitucionales del natus.

A. La comprensión de la vida como derecho de tercera generación lleva necesariamente a un fortalecimiento de que es derecho preexistente, que la Constitución se limita a reconocer, si bien su fundamento no es iusnaturalista, sí proviene de un ordenamiento diferente, en este caso el contenido en el derecho internacional, cuya

aplicación se funda en el artículo 93 C. N. La vida como derecho de la humanidad es en cierta forma un recurso al derecho natural.

B. Que la vida sea un derecho de tercera generación permite o permitiría que cualquiera (Estado, colectividad o persona individualmente considerada) pueda acudir a la tutela para preservarla frente a las amenazas que impliquen los experimentos; se abre la puerta a otros titulares y a la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

C. Las amenazas de la experimentación científica que deben o pueden ser rechazadas, lo son por atentar contra el individuo, el Estado y la humanidad.

Ni el Estado ni los particulares pueden establecer un arquetipo sociético, esto es, crear un paradigma de ser humano como propósito de la manipulación o investigación genética. En este sentido, la dignidad humana es incompatible con la perfección.

El hombre no puede ser concebido ni utilizado como un mero objeto de la acción del Estado. El fin no justifica los medios, aun cuando sea el de eliminar las enfermedades.

El Estado democrático, pluralista, tolerante, que se enriquece en y por las contradicciones personales y sociales, no puede ser alterado mediante técnicas genéticas que modifiquen de manera radical la duración, calidad, número de habitantes y la forma de estratificarse la sociedad.

La modificación genética no es un asunto privado que sólo pueda ser limitado por la autodeterminación particular, se trata de una manipulación que afecta además a una descendencia. Lo que está en juego no es una mera imagen abstracta del hombre, sino el destino de futuras generaciones respecto de las cuales somos responsables⁵.

REFLEXIONES:

- La primera consiste en poner de relieve la importancia del derecho ante estos nuevos avances de la técnica. Si bien el derecho va siempre un paso atrás de las innovaciones tecnológicas, esto no supone que la única actitud que nos corresponde a los juristas es una de carácter contemplativo. El derecho es un instrumento de cambio y de orientación de la sociedad, que ante estos temas tiene una responsabilidad de primer orden para evitar una sociedad más desigual y menos justa, en donde a los factores económicos se sumen los genéticos.
- La segunda y última es la referente a que el estudio jurídico de estas nuevas tecnologías nos recuerdan y ponen de manifiesto del carácter retórico del derecho, esto es la consideración de que es una ciencia que maneja los argumentos aptos para lograr la persuasión y aceptación de las proposiciones y conclusiones oponibles. Nos recuerda de manera descarnada lo lejos que está el derecho de ser una ciencia, no ya exacta, sino reconocida y aceptada por la mayoría de la sociedad.

4 “Los científicos de EE. UU. critican la prohibición de clonación terapéutica, El País, 2 de agosto de 2001.

5 Tomado del Manual de Benda, p. 135

Publicación del CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

Directora: Emilssen González de Cancino

Amigo lector: Sus opiniones nos serán útiles y gratas. Las esperamos en el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, oficina A-407, Universidad Externado de Colombia, calle 12 n.º 1-17 este, o en la dirección de correo electrónico <deromano@uexternado.edu.co>.