

Emilssen González de Cancino (Colombia)*

Biotecnología, bioética y derecho en la jurisprudencia constitucional de América Latina**

RESUMEN

En el artículo se presentan, de manera breve, los logros de la biotecnología en relación con los genes, células, órganos y tejidos humanos, así como las posibles actuaciones de los científicos sobre el proceso de la reproducción y los embriones de la misma especie. De igual manera se enuncian las preguntas más importantes que desde el punto de vista ético-jurídico se han formulado al respecto, así como se expone el contenido de las sentencias más recientes de los tribunales y cortes constitucionales de los países de América Latina que se relacionan directa o indirectamente con la biotecnología aplicada a lo humano.

Palabras clave: derechos humanos, biotecnología, bioética, genética humana, aborto, tribunales constitucionales, jurisprudencia comentada, América Latina.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel stellt kurz die Fortschritte der Biotechnologie bei der Arbeit mit menschlichen Genen, Zellen, Organen und Geweben vor und geht auf die mögliche Einwirkung von Wissenschaftlern auf den menschlichen Reproduktionsprozess und die Herstellung von Embryonen ein. Er stellt zugleich die wesentlichen Fragen vor, die aus ethischer und juristischer Perspektive zum Thema aufgeworfen werden, und referiert den Inhalt der in jüngster Zeit ergangenen Urteile lateinamerikanischer Verfassungsgerichte, die sich direkt oder indirekt mit der Anwendung der Biotechnologie auf den Menschen befassen.

Schlagwörter: Menschenrechte, Biotechnologie, Bioethik, Humangenetik, Schwangerschaftsunterbrechung, Verfassungsgerichte, kommentierte Rechtsprechung, Lateinamerika.

* Directora del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia. <deromano@uexternado.edu.co>

** El texto corresponde a la participación en el XV Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Cortes Constitucionales de América Latina, que se realizó en San Pedro Sula (Honduras) en octubre de 2008. Lamentamos no poder incluir en el texto escrito el muy rico intercambio de opiniones que mantuvimos con los señores presidentes y magistrados durante la sesión correspondiente.

ABSTRACT

This paper briefly outlines the achievements of biotechnology in relation to human genes, cells, organs and tissues, as well as possible action by scientists in the reproductive process and embryos of the same species. The most important questions asked from the ethical-legal point of view are also included, as well as the contents of the most recent judgments pronounced by constitutional courts and tribunals of Latin American countries either directly or indirectly related to human-applied biotechnology.

Keywords: human rights, biotechnology, bioethics, human genetics, abortion, constitutional courts, annotated jurisprudence, Latin America.

1. Planteamiento de la cuestión

El avance de la biotecnología aplicada en forma directa a lo humano ha producido novedades en el terreno del derecho, no solo en cuanto a los asuntos de los cuales tiene que ocuparse, sino también en cuanto a los sujetos involucrados en la toma de decisiones jurídicas, y en el campo de las fuentes formales.

Nuevos puntos de interés marcan las actuaciones de científicos y tecnólogos sobre los gametos y los embriones *in vitro*, los genes, el genoma, las células, las muestras y los datos biológicos, los órganos y tejidos, el cuerpo en su totalidad, y el curso del proceso vital individual y de la especie.

El mayor dominio del hombre sobre la naturaleza amplía y diversifica las bases de la responsabilidad; la conciencia cada vez más profunda que las sociedades tienen de los peligros que se ciernen desde los poderes y del valor que en un escenario de esa clase tiene la defensa de los derechos humanos ha hecho florecer comisiones nacionales de bioética, comités hospitalarios asistenciales, comités de investigación, comités de ensayos clínicos, redes de trasplantes, etcétera, en los cuales cae la responsabilidad de analizar los problemas concretos, sobre todo, pero no únicamente, en los casos frontera cuando no existe una norma jurídica directa para su solución.

La perennidad de las normas y la estabilidad de su texto fueron, por lo menos a partir de los postulados iusnaturalistas y las codificaciones del siglo XIX, ideales perseguidos por los juristas; en la actualidad, los progresos y, por qué no, los azares de la ciencia han llevado a los legisladores a pensar y actuar de manera más realista; no es raro encontrar moratorias en lugar de prohibiciones respecto de alguna aplicación biotecnológica, órdenes de revisar dentro de un plazo determinado la misma ley que las contiene, expedición de normas identificadas como revisiones de otras con un número ordinal que hace expresa la decisión del legislador de continuar paulatinamente con la adaptación de sus preceptos al desarrollo de la ciencia y, tal vez, de la valoración social de tales desarrollos.

Desde la década de los setenta la reflexión sobre los problemas médicos que las posibilidades tecnológicas plantean como novedosos se ha tratado de encuadrar dentro de una nueva disciplina que ha recibido el nombre de *bioética*.

A pesar de la sencillez etimológica de su designación —*bios* y *ethos*— aún no parece fácil encontrar unanimidad de pareceres en torno de su definición, su objeto, su enfoque, el estatuto epistemológico que la distingue y, en lo que aquí nos interesa más, sus relaciones con el derecho. ¿Es una disciplina autónoma, o se trata de un método de reflexión y discusión para llegar a la toma de decisiones? ¿Debe mantenerse en el campo de la biomedicina? ¿Comprender la ecología? ¿Ocuparse de todos los problemas atinentes a la supervivencia? ¿El derecho está forzado a atender las argumentaciones y soluciones de la bioética? ¿La bioética sin el derecho se queda en el campo de la teoría? ¿Existe una bioética personal, o solo se explica en la búsqueda de consensos?

A partir de la última década del siglo xx, la comunidad internacional ha hecho varias declaraciones con vocación de universalidad, que algunos han llamado “normas internacionales de la bioética”,¹ la última de las cuales se designa precisamente como Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005). Para algunos son fuente directa de derecho;² para otros, constituyen una especie de derecho blando *soft law* que obligará a los poderes de los Estados a tenerlas en cuenta para crear y aplicar el derecho interno,³ trátase de la Constitución o de las normas de rango inferior y sus aplicaciones concretas.

2. Los principios constitucionales y derechos humanos implicados en las discusiones de los temas bioéticos

En este punto bioética y derecho convergen. Las Declaraciones de la ONU sobre la Clonación Humana (2005) y de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), sobre la Protección de Datos Genéticos Humanos (2003) y sobre Bioética y Derechos Humanos (2005) se refieren en forma constante a la obligación de garantizar la promoción y protección de los estos derechos y las libertades individuales y al necesario respeto del derecho internacional relativo a los derechos humanos.

La dignidad humana constituye el eje del sistema; las obligaciones y responsabilidades de los Estados, de los individuos y las empresas, de manera especial si desarrollan actividades científicas, y de la sociedad, se basan en los principios de justicia, igualdad, solidaridad, libertad, responsabilidad, pluralismo, respeto por la diversidad y convivencia pacífica.

Como es bien sabido, algunos de los anteriores principios han sido estructurados también como derechos de aplicación inmediata o directa a los cuales se suman aquellos de larga tradición como la vida, la integridad o la identidad. Claro está que en la concepción, interpretación y aplicación de todos ellos, la evolución cultural y científica ha impreso su propia dinámica; por tal razón, junto al derecho a la vida individual se

¹ N. Lenoir y B. Mathieu: *Les normes internationales de la bioéthique*, París, 2004.

² Aunque con algunos matices es la posición de H. Gros Espiell a partir del artículo “El proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana”, publicado en la *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 7, julio-diciembre de 1997, pp. 131-161.

³ S. D. Bergel: “La Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación de Seres humanos del 08-03-05”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, enero-junio del 2005, pp. 49-56.

habla del derecho a la preservación de la especie humana; en desarrollo del derecho a la identidad, del derecho a heredar un patrimonio genético no modificado; de cara al derecho a la autodeterminación informativa, del derecho a no conocer la propia información, o se afirma el derecho a participar en los beneficios del desarrollo.

El pluralismo y la multiculturalidad propios de las sociedades occidentales de nuestro tiempo han determinado que la argumentación en torno de los derechos humanos sea más rica en matices y más interesante; el concepto de ponderación que reemplaza el de jerarquía rígida entre ellos, y la seguridad de que el *ethos* y la percepción social son tan evolutivos como la vida misma, han servido de fundamento a soluciones más justas y más cercanas a la realidad cuando varios derechos deben ser garantizados con relación a un sujeto único o a varios.

3. Los logros más debatidos de la biomedicina y la biotecnología y la jurisprudencia constitucional latinoamericana

Los trasplantes de órganos ocupan lugar señalado en esta lista; de manera especial por la legitimidad del diagnóstico de muerte cerebral, la posibilidad de los trasplantes de rostro y de cerebro y la manera de superar la escasez de órganos para trasplantar. La investigación con células troncales o células madre dirigidas a la producción de tejidos y órganos humanos constituye el aspecto más novedoso y polémico de este tema mientras el debate acerca de los xenotrasplantes se lleva a cabo con mayor tranquilidad.

3.1. Trasplantes

En *Chile* llegó, en 1995, al examen del Tribunal Constitucional un requerimiento que planteaba cuestión de constitucionalidad contra algunos artículos del proyecto de ley que regulaba los trasplantes de órganos;⁴ en cuanto atañe a nuestras preocupaciones en esta ocasión, es importante que nos detengamos en los cargos referidos al concepto de muerte encefálica. Los senadores requirentes a) cuestionaron “la aptitud de la ley para conceder a un equipo médico la facultad de decidir el momento de la muerte de una persona aunque no sea cadáver”, b) estimaron que la muerte encefálica no es la verdadera muerte, y c) alegaron que la introducción de este concepto de muerte para efectos de una ley especializada contrariaba el principio de igualdad consagrado en la Constitución.

Para decidir que en este aspecto el proyecto se ajustaba a los preceptos constitucionales, el Tribunal recordó que el concepto de muerte encefálica se había introducido en la legislación desde 1982 y se conservaba en el proyecto sin innovaciones significativas.

⁴ Requerimiento formulado por diversos senadores para que el Tribunal resolviera sobre la cuestión de constitucionalidad planteada a determinados artículos del proyecto de Ley sobre Trasplantes de Órganos, de acuerdo con el artículo 82, n.º 2, de la Constitución Política de la República. Rol n.º 220; sentencia del 13 de agosto de 1995.

A la primera cuestión el Tribunal respondió que la legislación no dice cuándo se produce la muerte de una persona y que el Código Sanitario entrega a los médicos, en razón de sus conocimientos y su competencia, la facultad de certificarla; en sus palabras, se puede decir que “la persona está muerta cuando un médico lo certifica”.

Con relación a la segunda cuestión se respondió que “el criterio clásico de muerte definido como la cesación permanente de las llamadas funciones vitales, cardíaca y respiratoria, ha debido redefinirse en décadas recientes, por el desarrollo de tecnologías de sostén de esas funciones”; con base en opiniones médicas autorizadas entendió demostrado que cuando cesa la función encefálica se produce “la cesación permanente del funcionamiento del organismo como un todo”, es decir, la muerte en sentido real, definitivo y unívoco.

En cuanto al argumento referido a la violación del principio de igualdad, el Tribunal dejó en claro que no se trata de dos tipos o estados diferentes de muerte, sino de dos posibilidades de diagnosticar que esta ha ocurrido; aclaró también que cuando la norma establece que tal concepto es para los efectos de esa ley, lo único que está significando es que el diagnóstico de muerte encefálica es presupuesto indispensable para realizar trasplantes de órganos, pero que en manera alguna se trata de un adelantamiento del momento de la muerte.

La Suprema Corte de Justicia de México,⁵ por la vía del recurso de amparo, debió ocuparse en abril de 2003 del tema de los trasplantes en relación con la libertad para disponer del propio cuerpo y las medidas que el “legislador secundario” puede tomar para evitar el comercio o tráfico de órganos, de manera especial si estos provienen de un donante vivo.

La solicitud del recurrente alegaba de manera preferente la inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI de la reformada Ley General de Salud que permitía las donaciones de órganos *intervivos* solamente cuando el receptor y el donante estuvieran unidos por determinados vínculos de parentesco. Consideraba que esta restricción iba en contra de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud a todas las personas, en el marco de la dignidad y la igualdad, y limitaba la libertad de decidir sobre el propio cuerpo.

La Suprema Corte explicó las características del derecho a la salud, entre ellas, que se trata de un derecho programático “subordinado en su goce y ejercicio a la regulación secundaria, así como a las condiciones económicas y sociales que permitan su efectividad práctica”, pero resaltó que tal derecho está vinculado al reconocimiento que el artículo 1.º de la Constitución mexicana hace de la dignidad humana; también, que la finalidad de la Ley General de Salud es lograr que sean efectivos los derechos a la vida y la salud.

Se ocupó en forma detallada de la explicación de la legislación relativa a los trasplantes; destacó los puntos que el legislador tuvo en cuenta: “libertad personal, dignidad, derechos de familia, derechos de naturaleza especial como el que recae sobre los cadáveres, las creencias y el derecho a la salud”; recalcó sus principios: gratuidad,

⁵ Amparo en revisión número 115/2003, promovido por José Roberto Lamas Arellano. Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día ocho de abril de dos mil tres.

consentimiento personalísimo y esencialmente revocable, solidaridad y altruismo, y resaltó el objetivo de asegurar que los trasplantes tengan una finalidad terapéutica, se desarrollen dentro de un sistema de calidad técnica y estén sometidos a controles claros y precisos. Estas garantías y la transparencia de todas las actividades en este campo deben impulsar, en opinión de la Corte, “los sentimientos generosos y las acciones solidarias que caracterizan a la sociedad mexicana”, con el fin de superar uno de los más grandes obstáculos que se presentan para que los trasplantes incrementen las expectativas de prolongar la vida y mejorar su calidad, cual es el de la escasez de aquellos.

En la argumentación se destacó, al hilo de los argumentos de quien solicitó el amparo, la importancia de la “libertad de una persona para disponer de su cuerpo, incluso después de la muerte, otorgando garantías para que el posible donante conozca todas las repercusiones que su decisión implica”.

En la sentencia se consideró que el legislador secundario, a quien el artículo 4.º, párrafo cuarto, constitucional encomienda la reglamentación del derecho a la protección de la salud, dio un contenido mayor a esta garantía al entender que los avances de la ciencia médica deben ser aprovechados en beneficio de aquellas personas que necesitan un órgano para recuperar su salud y prolongar su vida.

Como la argumentación para defender la constitucionalidad de la norma que establecía el requisito del vínculo familiar entre donantes y receptores se fundamentaba en la necesidad de evitar el comercio de órganos y señalaba su relación directa con el principio de altruismo de la donación pues “en esos casos se presume que el donante no tiene ánimo de lucro”, la Corte analizó si dicho requisito se traduciría en una limitación a la práctica de tal comercio que justificara una restricción al derecho a la salud y por tanto, tuviera validez constitucional, o no, para concluir, fundada en un análisis sistemático de la ley:

[...] de no existir el requisito reclamado, cualquier persona, sujetándose a los estrictos controles que establece la Ley General de Salud, que tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud, y motivada por su *ánimo de altruismo y solidaridad* podría decidir de manera libre donar gratuitamente un órgano, y esta posibilidad, sin lugar a dudas se traduciría en el mejoramiento de la calidad de vida y su prolongación, fines perseguidos por el artículo 4.º de la Constitución Federal.

A mayor abundamiento, se recordó que no son pocas, sino muchas las personas en espera de un órgano que les permita mejorar su calidad de vida o incluso prolongarla, por lo que el requisito que se reclama no encuentra justificación constitucional, sobre todo porque,

[...] como ya se apuntó, en la Ley General de Salud se establecen otras medidas que permiten un control estricto de las instituciones, de los médicos y de las personas involucradas en el trasplante de órganos, sistema que integralmente se encamina, más que nada, a evitar el comercio de órganos.

Por otra parte, se dijo, el ánimo de altruismo y solidaridad humana no acompaña solamente a las relaciones de parentesco y concubinato.

En efecto, la solidaridad y el altruismo son características que no son ajenas a la especie humana; por tanto, no son exclusivos de las personas involucradas en una relación de matrimonio, parentesco o concubinato; y esta reflexión no es tomada en consideración por la norma impugnada, de la que se infiere que fuera del reducido grupo familiar que establece, automáticamente existe tráfico de órganos.

Por tanto, concluye la sentencia, el requisito contenido en el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, es contrario al artículo 4.º constitucional, pues priva a la población en general de un medio tendiente a prolongar la vida y mejorar la calidad de esta.

Es necesario puntualizar que la restricción a los trasplantes de órganos que nos ocupa, afecta el interés general de la población, pues si bien en principio lesiona a los posibles receptores, lo cierto es que implica una limitación al derecho a la vida y al derecho a la salud.

En *Guatemala*,⁶ en diciembre de 2006, la Corte de Constitucionalidad suspendió la totalidad del reglamento de la Ley de Trasplante de Órganos cuya impugnación se había solicitado porque tendía a monopolizar la realización de los trasplantes por entidades del Ministerio de Salud; sin embargo, el texto de la providencia, tal como ha llegado a nuestras manos, no incluye consideraciones bioéticas.

La Corte constitucional *colombiana* debió decidir en 2003⁷ sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que establecía una jornada anual dedicada a la donación de órganos y tejidos y obligaba a todas las instituciones educativas a realizarla anualmente el 29 de agosto; resolvió declarar fundadas las objeciones formuladas por el Gobierno nacional por considerar que el proyecto violaba la autonomía de los centros de educación y reñía con el carácter pluralista de la Carta al presentar como oficial la preferencia por la donación de órganos para trasplante.

En 2007⁸ se pidió a la misma Corte declarar la inexecutable parcial del artículo 2 de la ley 73 de 1988 que establece la presunción legal de donación de órganos o componentes anatómicos. La norma establece que existe presunción legal de donación cuando la persona fallecida no ha ejercido en vida su derecho a oponerse a la extracción, pero igualmente otorga a sus deudos la posibilidad de oponerse, dentro de las seis horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral *o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal*. La demanda afirmó que la expresión aquí subrayada violaba varios artículos de la Carta Política, por cuanto no se refiere a un término fijo y puede

⁶ Guatemala, Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 3171 y 3221 de 2006.

⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 810/2003.

⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 933/2007.

interpretarse de modo tal que se pongan las condiciones para no respetar el plazo de 6 horas establecido en el mismo artículo. Si los familiares no tienen la posibilidad de ser correctamente informados, reflexionar, deliberar y decidir, sus derechos a la libertad de conciencia y de cultos, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar resultan vulnerados, en opinión del demandante.

La Corte aprovechó la oportunidad para reiterar las condiciones del consentimiento informado y sus relaciones con la presunción legal de donación y declaró conforme con la Constitución la norma demandada, aclarando que el término mínimo de que disponen los familiares para oponerse es de seis horas, o sea, que la referencia a la iniciación de la autopsia debe entenderse hecha a una diligencia previamente ordenada y cuya práctica comenzará después de las seis horas contadas a partir de la muerte del sujeto a quien pertenecían los órganos o tejidos que se van a extraer.

La sentencia reiteró el deber del médico de informar a los deudos presentes sobre sus derechos en relación con el cadáver.

Sin embargo, mayor interés reviste, entre otras cosas por su novedad, la sentencia del Juzgado 36 Penal del Circuito de Bogotá, del 23 de febrero de 2006 en una acción de tutela. La decisión, en este caso de segunda instancia, ordenó a una empresa prestadora de salud pagar los gastos de un tratamiento de fertilización *in vitro* para obtener un embrión sano y compatible con el hermano enfermo y los del posterior trasplante de células del cordón umbilical para buscar la recuperación de su hermano mayor.

3.2. Disposiciones al final de la vida

La distanasia y la eutanasia lucen como dos caras problemáticas de la actuación médica en el proceso de morir. La sacralidad de la vida sin adjetivos se pondera con el valor de la dignidad de la vida. El esfuerzo terapéutico ilimitado se contrasta con las posibilidades reales de supervivencia y los sacrificios económicos de sistemas de salud paupérrimos de cubrimiento restringido.

Un pronunciamiento muy importante al respecto es la llamada en Colombia “sentencia de la eutanasia”, en rigor, la sentencia que decidió sobre la constitucionalidad del tipo de homicidio por piedad.⁹

La Corte declaró conforme a la Constitución el artículo 326¹⁰ del decreto 100 de 1980 (Código Penal) con la siguiente advertencia:

En el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 239/1997.

¹⁰ “Artículo 326: *Homicidio por piedad*: El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.”

En la sentencia se exhortó al Congreso “para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”.¹¹

La valoración de la dignidad humana, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y los principios rectores del derecho penal de acto son los ejes argumentativos de la decisión jurisprudencial.

La Corte estimó:

[...] la decisión del legislador de atribuir al homicidio piadoso una pena considerablemente menor a la prevista para el homicidio simple o agravado no desconoce el derecho fundamental a la vida, pues la conducta, no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta, pero en consideración al aspecto subjetivo la pena es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal de acto.

Dentro de los argumentos de la Corte se da relieve también al sentido altruista que implica el tipo atenuado; con este fundamento se concluye que no existe homicidio piadoso cuando una persona mata a otro individuo que no padece intensos sufrimientos, aun cuando invoque razones de piedad.

Al tenor de la sentencia, desde la perspectiva pluralista que consagra la Constitución de 1991 no puede afirmarse el deber absoluto de vivir. Los enfermos terminales no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga imperativo religioso o moral.

El deber del Estado de preservar la vida de las personas, considera la sentencia, debe ceder frente al consentimiento informado del paciente, enfermo terminal, que experimenta intensos sufrimientos y desea morir en forma digna. Si en estos casos se le obligara a vivir, la persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.

Con base en las condiciones especiales que debe reunir la expresión del consentimiento en materia tan definitiva como la decisión de morir, la Corte concluyó que el sujeto activo debe ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no solo de suministrar al paciente la información adecuada para que la manifestación de voluntad sea libre e informada, sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente.

¹¹ Los puntos esenciales de esa regulación, según la Corte, son los siguientes: 1) verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; 2) indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso; 3) circunstancias en las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.; 4) medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico, y 5) incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.

La interpretación constitucional acercó el tipo del homicidio por piedad al del homicidio consentido que estaba presente en el Código Penal de 1936 pero no en el que estaba vigente en 1997, ni en el actual de 2000.

En el artículo 106 del Código Penal actualmente vigente se reprodujo el artículo 326 del anterior sobre el que la Corte realizó el análisis de constitucionalidad. Si leemos el texto del artículo 106 a la luz de la sentencia de 1997 nos sentimos autorizados para afirmar:

1. Si un individuo mata a otro para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, la relación entre el homicida y el sujeto pasivo del delito es de médico a paciente, y media el consentimiento libre de este, el juez deberá exonerar de responsabilidad al profesional de la medicina que causó la muerte pues su conducta se considera justificada. Si, en cambio, en las mismas circunstancias de salud, el homicida no es médico, la apreciación del valor del consentimiento del sujeto pasivo se deja librada a las reglas de la parte general del Código, en este caso del numeral 2 del artículo 32.¹²
2. Cuando el sujeto activo es un médico, la presencia del consentimiento del enfermo, como hecho objetivo vinculado al deber también objetivo de información que grava al profesional, servirá de base para la exoneración de responsabilidad, en concurrencia con las circunstancias aludidas en el párrafo anterior. Por el contrario, cuando el sujeto activo no tenga tal calidad profesional, es un elemento subjetivo: el ánimo piadoso, el que determinará la adecuación de la conducta al tipo atenuado del homicidio. La consecuencia: El profesional no será sancionado; el no profesional podrá ser condenado a la pena de prisión de 16 a 54 meses.

La sentencia ha generado muchas polémicas éticas y jurídicas porque el tema es delicado y trascendental; en el Congreso colombiano se han presentado varios proyectos de ley pero no han tenido éxito.¹³

3.3. Técnicas de procreación humana asistida

Las técnicas de procreación médicamente asistida ponen sobre la mesa de discusión la legitimación para acceder a ellas, la selección de gametos y embriones; el número de óvulos que deben fecundarse y el tiempo en el que deben transferirse; la disposición de estos en diferentes circunstancias; el destino de aquellos embriones que no se transfieren; la procreación de un hijo para tratar de curar a otro ya nacido; las reglas

¹² “Artículo 32. *Ausencia de responsabilidad*. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando [...] 2) Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.”

¹³ Se han presentado varios proyectos de ley con pequeñas variantes; los distinguidos con los números 05S de 2007; 100S de 2006 y 044S de 2008.

tradicionales de la filiación, y, en la base de casi todos los interrogantes, el estatus moral y jurídico del embrión humano, así como el fundamento y alcance de su protección, y la eugenesia.

Tal vez la sentencia más controvertida en este aspecto sea la de la Sala constitucional de la Corte Suprema de *Costa Rica*¹⁴ que declaró contrario a la Constitución el decreto que regulaba la fertilización *in vitro*. La Sala consideró:

Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo, esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los cromosomas [...].

También concluyó que esta posición es la que está de acuerdo con las normas de derecho internacional de los derechos humanos vigentes en el país (Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto de San José). Subrayó que del principio de inviolabilidad de la vida, reconocido en tales derechos y en la Constitución costarricense, se desprende que el derecho a la vida “debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer porque no existen seres humanos de distinta categoría jurídica sino que todos son personas”.

Con base en los artículos 12 y 13 del Código de la Infancia y la Adolescencia declara que el derecho a la vida se protege desde la concepción en doble vía: imponer que nadie atente contra ella, en este caso, contra la del embrión, y proteger a este contra los abusos a que pueda ser sometido en un laboratorio, especialmente los que causen su muerte. A juicio del Tribunal, las técnicas de FIVTE (fertilización *in vitro* con transferencia embrionaria) atentan contra la vida humana ya que exponen al embrión a un riesgo desproporcionado de muerte; la pérdida de numerosos embriones no puede justificarse porque su objetivo sea el de dotar de un hijo a una pareja infértil. La sentencia finaliza con una admonición derivada del carácter preeminente que concede al derecho a la vida del embrión: ni siquiera una ley podría autorizar en Costa Rica el empleo de la FIVTE.¹⁵

Esta sentencia motivó una denuncia contra el Estado de Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para exigir la responsabilidad internacional que se deriva de aquella porque vulnera derechos fundamentales de los ciudadanos.

El peticionario estimó vulnerados los derechos a la vida, a la igualdad, a la intimidad personal y familiar y a las garantías judiciales; además afirmó que la prohibición de la FIVTE causó grave daño psicológico a quienes se consideran víctimas, y solicitó

¹⁴ Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 02306 /2000.

¹⁵ El magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, presente en la sesión en la que se expuso este trabajo, anunció que, según una sentencia del Consejo de Estado de su país, se había autorizado la fertilización *in vitro* en los casos en que solamente se fertilizaba un óvulo y se transfería de inmediato al útero de la madre.

indemnización para las mujeres afectadas y para la empresa que adquirió los equipos para la prestación de la asistencia médica a la reproducción mediante técnicas *in vitro*.

La Comisión Interamericana declaró admisible la denuncia solamente en cuanto a la supuesta vulneración de los derechos protegidos en la Convención Americana en sus artículos 1 (igualdad), 17 (a fundar una familia), 11.2 (a la intimidad individual y familiar).

En *Venezuela*¹⁶ es interesante una sentencia en juicio de amparo en el que la actora alegaba violación de sus derechos a procrear, al libre desarrollo de la personalidad y a la maternidad sin discriminación alguna, por cuanto la unidad de biomedicina reproductiva, en la que su esposo había depositado muestras de semen, antes de someterse a tratamientos agresivos contra el cáncer que padecía, se negaba a continuar con la fertilización *in vitro* y la transferencia de los embriones después del fallecimiento del varón. La Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia concedió el amparo, ordenó completar el ciclo de la FIVTE y reconoció la filiación de hijo matrimonial de quien pudiera nacer mediante la aplicación de la técnica de reproducción asistida.

La argumentación se desarrolló especialmente sobre dos puntos: a) la existencia del consentimiento del esposo, y b) la determinación de la situación jurídica del posible hijo.

El consentimiento se entendió prestado en virtud de la entrega de los gametos a una institución especializada en la asistencia médica a la reproducción para ser empleados en la procreación con una persona determinada, en este caso, la esposa; según el parecer de la Sala, esto solo se podría desvirtuar si una persona habilitada por la ley para ello pudiera demostrar que el “poseedor biológico” del semen cambió de parecer, lo cual no sucedió en el caso concreto.

Para determinar la situación jurídica del hijo se puso pie en el texto constitucional que protege a la familia; se afirmó que en este caso se trata de una extensión de aquella y por lo tanto “el nacido mantendrá los vínculos familiares” que corresponden a la filiación matrimonial.

En cuanto a la vocación hereditaria, la Sala estableció que el hijo póstumo —nacido de la FIVTE aplicada después de morir el padre— sería considerado heredero si, como en el caso objeto de análisis, mediaba la voluntad del padre, pero no si esta faltaba, porque en tal supuesto el reconocimiento de derechos sucesorios al póstumo implicaría crear el caos ya que, “a medida que se liquidara la herencia, o después de partida”, podrían aparecer nuevos herederos a reclamar la nulidad de lo actuado. Además, la Sala consideró que tal posibilidad es contraria al orden público.

En este punto, es bien sabido que legislaciones como la inglesa consideran heredero al hijo solamente cuando el material procreador estaba en el útero de la mujer al morir el padre; para nosotros resulta difícil fundamentar la validez constitucional de una norma o solución jurisprudencial de tal tenor porque se estaría vulnerando el principio de igualdad entre los hijos.

¹⁶ República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 27-07-2006.

En el caso venezolano queremos hacer notar, incidentalmente, que la unidad de biomedicina reproductiva también alegó, para sustentar su negativa a completar el ciclo de la técnica de asistencia a la reproducción, el carácter hereditario de la enfermedad que padecía el dador del semen. El Tribunal Supremo recabó información médica para concluir que no existe certeza sobre esta característica del cáncer; en su sentencia consideró contrario a la ética

[...] recibir una muestra seminal de una persona con expectativas de vida, que ya ha manifestado las razones (afección de salud y tratamiento químico de una enfermedad) por las cuales requiere preservar dicha muestra, pues así se lo recomendó su médico oncólogo; adquirir un compromiso para practicar una actividad científica como lo es la fecundación *in vitro*, y luego negarse a ejecutarla con la excusa de que su descendencia puede heredar la enfermedad, cuando de ser así dicho grupo médico debió negarse al momento de ser efectuada la solicitud de criopreservación del semen, justamente para no contrariar principios médicos, morales y constitucionales, mucho menos para incumplir un compromiso contractual.

Opinamos que, tal como quedó redactado, en este argumento parece concederse mayor importancia a los compromisos contractuales que a los propios principios constitucionales, lo cual no sería lógico.

3.4. Clonación

La clonación ha marcado división de opiniones según la técnica empleada para obtenerla y el objetivo perseguido con ella. Consenso casi unánime respalda el repudio de aquella que se logra mediante transferencia de núcleos y se utiliza como técnica de reproducción; muchas controversias se presentan en cambio con relación a la que se realiza mediante separación de las blastómeras o aquella que pretende finalidades terapéuticas mediante el empleo de las células madre o troncales obtenidas a partir del embrión clonado.

La que se dirige a obtener el nacimiento de una persona está consagrada como delito en numerosos códigos penales; es el caso de Colombia. La norma correspondiente ha sido objeto de varias demandas de inconstitucionalidad ya falladas por la Corte; la última es de septiembre de 2006.¹⁷

A juicio de quien ejerció la acción pública de inconstitucionalidad y según la transcripción de la Corte, el artículo 133 del Código Penal:

Desconoce el núcleo esencial del derecho a la vida, porque impone limitaciones al ejercicio de este derecho e impide la reproducción a través de una forma que la misma naturaleza se ha inventado para vencer a la muerte.

Impide la propagación de la especie humana y a crear [sic] generaciones consanguíneas venideras, estableciendo un control a la natalidad por la fuerza.

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-775/2006.

Impide que los infértiles ejerciten el derecho a la autonomía procreativa y pone en peligro la existencia de la vida humana, al prohibir una técnica reproductiva en aras de fortalecer la dignidad humana.

Cercena la autonomía personal, al imponerle al ser humano por la fuerza que lo “bueno” es utilizar vías reproductivas diferentes a la clonación.

La disposición acusada desconoce el inciso quinto del artículo 42 de la Constitución, que al reconocer que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, acepta la clonación porque con este procedimiento se procrea y se engendra un ser humano.

La norma impide que el Estado pueda cooperar con la familia en su supervivencia. La clonación ayuda a complementar aquellas uniones matrimoniales o de hecho que no puedan tener descendientes genéticos. La clonación de niños debe ser permitida para que las personas que sufren por no tener hijos, encuentren en ella una nueva alternativa.

Sostiene el demandante que “el derecho a la dignidad no puede estar por encima del derecho de reproducirse y tener descendencia, porque aquél no es un derecho absoluto, sino relativo; su contenido *“se lo da la ideología imperante y la doctrina dominante en la coyuntura o momento histórico; ahora la dignidad es un sentimiento muy subjetivo del ser humano cuyo contenido puede estar determinado por la conciencia individual”*.

Se anota en la demanda que “el patrimonio genético único de las personas va en contravía de un pasado transgénico del Genoma humano, y de un presente evolutivo que marca una tendencia a la unificación del Genoma Humano acabando con las diferencias proteínicas que aún hoy subsisten”. Considera, a su vez, que la decisión de mantener irrepitable el patrimonio genético de un ser humano corresponde a la autonomía de la persona.

Concluye con la afirmación de que con la clonación no se protege ni la identidad genética ni la identidad personal, pues está comprobado que la personalidad se forma por el factor externo o el medio ambiente, como ocurre con los gemelos idénticos que aunque tienen identidad genética difieren en su personalidad.

Desafortunadamente la Corte constitucional no se pronunció sobre estas acusaciones por cuanto la sentencia fue inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda consistente en no haber demandado la proposición jurídica completa. El ciudadano había demandado el artículo 133 de la ley 599 de 2000, Código Penal, pero no el artículo 14 de la ley 890 de 2004, mediante el cual la pena prevista en la norma acusada fue modificada aumentando la tercera parte sobre el mínimo y la mitad en el máximo, quedando esta entre 32 y 108 meses de prisión. “O sea —dijo la Corte—, que la sanción penal que el demandante estima inconstitucional no es la atacada por él.”

3.5. Genes, ingeniería genética y materiales biológicos

Un mayor conocimiento sobre los genes y la forma de manipularlos abre diversos interrogantes sobre la legitimidad, validez, extensión y fuerza de las barreras jurídicas y éticas que se puedan oponer a la ingeniería genética; en esta área también se discute sobre privilegios económicos, derechos de propiedad y formas efectivas de cortar el paso a toda discriminación.

En estrecha relación con lo anotado en el párrafo anterior, los análisis genéticos, ya se practiquen en individuos nacidos, ya en embriones *in utero* o *in vitro*, suministran un cúmulo de informaciones con características especiales cuyo tratamiento es difícil de adecuar a los controles tradicionales y abre, además, la pregunta por su validez ética en el caso de los enfermos no sintomáticos a quienes la ciencia no puede ofrecerles todavía cura alguna.

Una diversa manera de apreciar la importancia de los materiales biológicos humanos —algunos considerados hasta ahora materiales de desecho— hace inevitable que se presenten problemas sobre su recolección, almacenamiento, custodia y circulación y sobre su pertenencia o disposición. Las colecciones de muestras y los biobancos son ahora objeto de nuevas reflexiones y reglamentaciones.

Los debates jurídicos más importantes sobre los genes y las muestras biológicas se están dando en nuestro continente a raíz de los procesos de negociación de los tratados de libre comercio, pero no han sido objeto principal de examen de los Tribunales o Cortes Constitucionales hasta ahora.

En cuanto al complejo tema de los materiales biológicos que, como es sabido, tienen valor en sí mismos y también como soportes de información, la Corte Constitucional colombiana resolvió un caso interesante: una pareja de esposos autorizó la necropsia de su hija, que había fallecido un mes después de haber nacido, para la realización de exámenes que permitieran establecer la causa de su muerte. El hospital entregó a los solicitantes el acta de necropsia, pero no las muestras biológicas. Posteriormente, los padres afirmando que el documento no contenía la información referida a las coloraciones del corte de tejido aórtico, que era necesaria para realizar un estudio genético, solicitaron la entrega de las muestras. El hospital negó la solicitud bajo el entendido de que solo podía entregarlas si mediaba una orden judicial.

Ante la negativa, los padres acudieron al organismo estatal encargado de la vigilancia de las instituciones prestadoras de salud (Superintendencia de Salud), el cual negó la entrega de las tinciones alegando, entre otras razones, que la muestra formaba parte del patrimonio científico del hospital.

Después de agotar los medios administrativos, los padres presentaron una acción de tutela por violación de sus derechos fundamentales de petición, al hábeas data, a la salud, a la seguridad social y a conformar responsablemente una familia, porque la no entrega de las muestras les impedía acceder a la información que les permitiría conocer los posibles daños con los que podrían nacer sus futuros hijos y si aquellos eran reparables o no.

La Corte afirmó en su sentencia que en ese caso la negativa del hospital a entregar las muestras violaba varios derechos fundamentales, porque

[...] impide a la pareja que desea conformar responsablemente una familia, saber cuáles son los peligros de salud que su descendencia puede llegar a afrontar, o incluso los que los miembros de la pareja pudieren también sufrir [y, además, le coarta] la posibilidad de obtener información acerca de los patrones genéticos que influyen negativamente en la salud de los peticionarios, lo cual puede acarrear, a su vez, la perturbación del libre desarrollo de la personalidad de estos, en la medida en que la falta de información completa podría condicionar negativamente la opción de ser padres, por el simple temor de ver morir nuevamente a uno de sus hijos.¹⁸

Con base en esos razonamientos, la Corte Constitucional ordenó la entrega de la muestra del tejido aórtico de la bebé fallecida a sus padres. Consideramos que hubiera sido interesante que el alto tribunal se hubiera referido a la propiedad o pertenencia de los materiales biológicos, pero este no lo consideró relevante.

3.6. Interrupción voluntaria de la gestación

La interrupción de la gestación no implica utilización de la biotecnología, pero algunas de sus indicaciones, en los países que tienen este sistema para atenuar las penas o despenalizar la conducta, están ligadas a sus avances en materia de diagnóstico de enfermedades. La aparición en el mercado de los llamados anticonceptivos de emergencia ha vuelto a abrir el debate sobre su vinculación con el aborto y, por lo tanto, sobre su admisibilidad. En cuanto a la esterilización, la atención se coloca sobre la libertad y el consentimiento de los incapaces.

La interrupción voluntaria del embarazo es tal vez el tema más tratado en este terreno en la jurisprudencia constitucional de América Latina; ya porque se haya demandado la inexecutable de las normas penales que la consagran como delito de aborto, ya la de aquellas que la permiten sin sanción penal dentro de ciertos plazos, o la de las que autorizan la comercialización o la distribución gratuita de las llamadas píldoras del día después.

La última sentencia de la Corte constitucional colombiana en esta materia sigue dando lugar a vivas polémicas que, según observamos, también se desarrollaron en *México* a raíz de la sentencia de constitucionalidad referida a los artículos pertinentes de la reforma al Código Penal del Distrito Federal y las normas añadidas al respecto en la Ley de Salud del mismo territorio para despenalizar la interrupción voluntaria de la gestación durante las primeras doce semanas.¹⁹

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-394/2000.

¹⁹ México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia dentro de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007; Tribunal Pleno del 28-08-08.

La Suprema Corte mexicana reconoció la validez constitucional de la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal del Distrito Federal, así como de los artículos 16 *bis* 6, tercer párrafo y 16 *bis* 8, último párrafo de la Ley de Salud para el Distrito Federal, realizadas mediante decreto expedido por la Asamblea Legislativa de la misma circunscripción.

Para comenzar, es bueno recordar que los magistrados reconocieron que uno de los temas planteados por los demandantes: la cuestión relativa al momento desde el cual se debe proteger la vida humana, es de alta complejidad y por esta razón “existen opiniones encontradas en todos los ámbitos científicos y jurídicos”.

Frente a la calificación de la vida como un derecho absoluto y prioritario o preeminente, la Corte argumentó que los derechos fundamentales no son absolutos y que no existe jerarquía entre ellos, razón por la cual es necesario ponderarlos en caso de coexistencia, para que el legislador o el juez tomen sus decisiones en la forma que más se ajuste a los preceptos de la Constitución. En ese orden de ideas, aunque la vida sea presupuesto ontológico para el goce de los derechos, el derecho a ella puede ceder ante otros en determinadas circunstancias.

Nos llama la atención que en México “no se aprecia el establecimiento de un derecho a la vida a nivel constitucional”, pues estamos acostumbrados a encontrarlo dentro de todo elenco doctrinal de derechos fundamentales.

El alto tribunal dijo, además, que para ser titular de este derecho es menester ser persona, aseveró que ni el embrión ni el feto lo son, menos aún durante las primeras doce semanas del embarazo, período en el cual no puede hablarse de un individuo con posibilidad de vivir por sí solo. Antes del nacimiento, los dos son, para la Corte, “solo bienes constitucionalmente protegidos, en el entendido que no todos los bienes constitucionales pueden ser titulares de derechos fundamentales”.²⁰

Aun si el embrión y el feto se consideraran personas, los derechos de la mujer a la vida, a la salud y a la autodeterminación de su cuerpo deben prevalecer porque ella es persona ya nacida y en pleno goce de sus capacidades, en tanto que el embrión “solo tiene la potencialidad de ser humano que no es inviable pero si es incapaz de realizar funciones biológicas²¹ y cognitivas”.

Por otra parte, entre los motivos para predicar la primacía del derecho de la mujer a la autonomía para tomar decisiones en relación con su cuerpo están la consideración de la oponibilidad de este al Estado y la prevalencia de los derechos fundamentales, pues entre estos —en el caso, los correspondientes a la mujer— y los bienes tutelados por la Carta—embrión y feto en la hipótesis del aborto— sí existe jerarquía.

En cuanto se refiere al derecho a la salud, leemos en la sentencia que su protección fallaría si el Estado, a pesar de saber que las mujeres mexicanas proceden a la interrupción

²⁰ Afirmación que había hecho el Tribunal Constitucional español sobre los preembriones en la sentencia de constitucionalidad de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 1988.

²¹ Esta afirmación seguramente será muy criticada por los expertos en ciencias biológicas.

voluntaria de sus embarazos, aunque no les esté permitido hacerlo,²² “impidiera a las mujeres que deciden practicarla el acceder a la atención médica eficaz y oportuna [...]”: por esto hace hincapié en la obligación de las autoridades de salud de prestar los servicios necesarios para lograr una interrupción de la gravidez en condiciones idóneas, a las mujeres que así lo soliciten. A la vez, ratifica que la objeción de conciencia como facultad de los médicos no fue modificada ni suprimida por las disposiciones demandadas.

La Corte realizó un análisis de los tratados internacionales suscritos por México, en particular, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, para concluir que ninguno de ellos establece o reconoce la vida como un derecho absoluto así como tampoco obliga al país a proteger la vida del embrión desde su concepción²³ y, mucho menos, a penalizar el aborto. En la sentencia se recuerda que el Estado mexicano consignó de manera explícita y específica, en el momento oportuno dentro del proceso de negociación y suscripción de la Convención americana, que no reconocía obligación de “legislar la protección de la vida a partir de la concepción” e igualmente consignó que “la reserva era aplicable tanto a la legislación vigente como a la futura”, porque la fijación del término inicial para tal protección es materia reservada a los Estados.²⁴

Puesto que los actores habían argumentado que las normas demandadas violaban el derecho a la igualdad ante la ley del varón y la mujer, así como el derecho a la paternidad del progenitor varón, la Corte dejó sentado que no puede confundirse la libertad sexual con el derecho a la procreación o el derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos, y que considerar los dos últimos como de ejercicio conjunto “implicaría otorgarle al varón un veto” que se impondría sobre la libertad de la mujer sin justificación alguna; que la maternidad justifica el trato diferente para la mujer pues, si se le obligara a ser madre se alteraría de manera permanente su vida y su condición, en tanto que no sucede lo mismo con el derecho a la procreación del varón; esto, sin contar con los casos en los que el hombre está ausente o no es fácil establecer la filiación, en los cuales, obtener su consentimiento para la interrupción del embarazo sería tan difícil que anularía los derechos de la mujer a la vida, a la autodeterminación sobre el cuerpo, a la salud, a la libertad, a la intimidad y a la vida privada.

Los accionantes afirmaron que los artículos del Código Penal para el Distrito Federal que fueron objeto de la demanda contravienen los principios de legalidad, certidumbre y exacta aplicación de la ley penal porque su texto no es claro ni preciso

²² Varios estudios demuestran que la realidad latinoamericana arroja un alto número de casos de aborto inducido; en consecuencia, muchos especialistas proponen su tratamiento como un problema de salud pública y no como un problema penal. Cf. *Memorias. Encuentro de investigadores sobre aborto inducido en América Latina y el Caribe*, Bogotá, 1994.

²³ La Convención Americana es el único instrumento que establece que el derecho a la vida “estará protegido por la Ley y, generalmente, a partir de la concepción”; el adverbio introduce un dato de relatividad en relación con el momento en que comienza el reconocimiento de los derechos.

²⁴ Declaraciones interpretativas: a) con respecto al párrafo del artículo 4, considera que la expresión “en general”, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado a los Estados.

y por eso da lugar a interpretaciones erróneas. Los legisladores han debido prever un mecanismo para que el médico pueda determinar: a) el transcurso de doce semanas desde el inicio del embarazo, y b) el momento en que este comienza porque se ha producido la implantación del embrión en el endometrio.

Puede observarse que la cuestión de la temporalidad en este contexto “no es un problema de incertidumbre o inexactitud de la norma” y podrá ser resuelta en cada caso concreto por el juez mediante las pruebas pertinentes.

Es bueno observar que los artículos pertinentes del Código Penal para el Distrito Federal introdujeron algunas definiciones que facilitan la comprensión de los tipos penales de aborto consentido, aborto inducido y aborto forzado; cada uno de estos aparece descrito con precisión y claridad de manera tal que los ciudadanos pueden saber “con precisión las conductas que están prohibidas, así como sus elementos constitutivos”.

En la demanda se considera que la definición de embarazo vinculada a la implantación del embrión en el endometrio y el establecimiento del plazo de doce semanas para proceder a la interrupción de la gravidez sin merecer reproche penal, marcan una secuencia temporal que cambia el bien protegido por el tipo penal del aborto pues ya no es la vida, sino el proceso de gestación, cuestión que va en contra del principio de seguridad.

En realidad, el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo; el aborto se consuma cuando se da muerte al producto de la concepción; solo se modificaron las circunstancias en que se otorga dicha protección. La sentencia reconoce la autonomía calificadora de la Asamblea Legislativa para adoptar su propia definición de embarazo, es decir, para señalar, como lo hizo, que este comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

La reforma penal acusada respetó también el principio de proporcionalidad de las penas en relación con el bien jurídico tutelado y la naturaleza del delito cometido; por lo demás, el legislador explicó las razones que tuvo en cuenta para variar las penas en todos los casos en los que procedió a hacerlo.

La interrupción voluntaria del embarazo antes de las doce semanas, fue despenalizada porque los legisladores del Distrito Federal consideraron que la conducta no “justifica emplear la máxima constricción del Estado”.

Queremos, además, subrayar que, en opinión de la Corte, el “reproche por la vía penal no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso de gestación”, como lo demuestra la realidad social del país.

La demanda, en el caso *colombiano*, dirigida contra los artículos del Código Penal que consagran los tipos de aborto y aborto sin consentimiento, así como contra el que establecía las causales de atenuación punitiva para este delito, y el ordinal del artículo 32 de la parte general relativa al estado de necesidad, basaba la disconformidad de estos con el texto constitucional en los siguientes motivos:

Limitan de manera desproporcionada e irrazonable derechos y libertades de la mujer; son contrarios a los diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

También se señaló por algunos de los que luego intervinieron, el grave problema de salud pública que representa el aborto, generalmente clandestino, para Colombia.

La Corte desarrolló la parte motiva en cinco capítulos:²⁵

Dedicó el primero al concepto de vida como bien constitucionalmente protegido y su diferencia con el derecho fundamental a la vida. En el segundo se ocupó de los tratados internacionales de derechos humanos y de los derechos fundamentales de las mujeres. El tercero, de los límites de la potestad de configuración del legislador en materia penal. En el cuarto estudió los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, el bloque de constitucionalidad, y los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad. El quinto recogió los argumentos de la Corte relativos a la ponderación de los derechos en conflicto con el deber de protección a la vida.

Primero: Consideró que la perspectiva multinormativa y plurifuncional que tiene la vida en la Constitución es base suficiente para establecer una diferencia entre la vida como bien constitucionalmente protegido y la vida como derecho fundamental, también para deducir el deber del Estado de protegerla, deber que vincula a todos los poderes y autoridades. Pero dijo:

El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

De lo anterior resulta que para la Corte

[...] el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida.

Segundo: Tras transcribir el primer numeral del artículo 6.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte estimó que de ellos no puede deducirse una definición de ser humano, concepto al que se remite la definición de niño; que esta tarea corresponde a los Estados partes en virtud de una decisión deliberada dentro del proceso de negociación del tratado.

Examinó luego el texto del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶ poniendo especial atención en la expresión *en general* para decir que “introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción”. Subrayó que la interpretación

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 355/2006.

²⁶ “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

de los tratados debe estar en consonancia con la evolución de los tiempos y las cambiantes condiciones de la vida social y que de aquellos que conforman el bloque de constitucionalidad en este punto “no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación”.

El apartado que se refiere a los derechos fundamentales de las mujeres se abre con la comprobación del cambio que introdujo la Constitución de 1991 en este campo con base en el principio de igualdad, analiza después los documentos de las Conferencias mundiales de derechos humanos dentro de las cuales ocupan lugar preferencial la de Viena de 1993, la de El Cairo sobre población y desarrollo, de 1994 y la de Beijing sobre la mujer. Alude también a otros textos internacionales relacionados con los derechos humanos o referidos directamente a la situación de la mujer latinoamericana, para aseverar que finalmente se han reconocido los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en todos los Estados democráticos.

Ahora bien, de este reconocimiento, afirma, no se deriva un mandato de despenalización del aborto.

Tercero: Recordó la Corte que el legislador tiene un margen amplio de maniobra en el caso de la política criminal, pero no le está permitido sacrificar los valores superiores del ordenamiento, los principios constitucionales, ni los derechos fundamentales. De la misma manera trajo a colación las restricciones constitucionales al poder punitivo del Estado que habían reiterado sentencias anteriores.²⁷

Cuarto: La Corte emprendió el estudio de principios y derechos fundamentales que funcionan como límites a la libertad del legislador en materia penal, comenzando por la dignidad humana,²⁸ con particular referencia al ámbito de protección de la dignidad de la mujer que incluye su autonomía reproductiva y la garantía de su intangibilidad moral, en virtud de la cual no es posible que se le asignen roles de género estigmatizantes o se le causen sufrimientos físicos o morales deliberados. En este orden de ideas, aseguró, el legislador no puede convertir a la mujer en un “simple instrumento de reproducción de la especie humana”.

A propósito del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la sentencia reconoce que el derecho a ser madre solo representa una opción de vida que corresponde al fuero interno de la mujer. También afirma que en su tarea de proteger bienes constitucionales, el legislador no puede establecer medidas que busquen la perfección pero supongan una restricción desproporcionada de este derecho.

Precisa la Corte que el derecho a la salud implica la defensa “frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren”, por lo cual las medidas que el legislador adopte, aun para proteger bienes constitucionalmente protegidos, resultan inconstitucionales si restringen de manera desproporcionada el derecho a la salud de una persona, derecho que en el caso de las mujeres comprende la reproductiva.

²⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C 897/2005, C 674/2005 y C 1177/ 2005.

²⁸ “La dignidad protege: 1. La autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere). 2. Ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). 3. La intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)” Colombia, Corte Constitucional, sentencia T 881/2002.

Cuando se refiere al bloque de constitucionalidad, la sentencia asegura que las recomendaciones y observaciones proferidas por organismos internacionales no se entienden incorporadas automáticamente al bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, “no constituyen un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes”; que la única jurisprudencia proveniente de instancias internacionales que puede ser tenida en cuenta para el análisis de constitucionalidad es la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero que los tratados sobre derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad si constituyen un claro límite para el legislador.

Entra luego la Corte a realizar el juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal puede afectar los derechos de la mujer para proteger la vida del *nasciturus*, sin transgredir de manera desproporcionada los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración que le corresponde. Estudia la cuestión del aborto en el derecho comparado y entra al examen del caso concreto.

Para este análisis toma como punto de partida la obligación del legislador de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida del *nasciturus* por cuando se trata de un bien protegido por la Constitución; en este sentido no puede interpretarse la tipificación penal del aborto como medida perfeccionista tendente a imponer un modelo de virtud, caso en el cual se estarían violando la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, dice, la penalización del aborto, cualesquiera sean las circunstancias en que se produzca, implica conceder supremacía a uno de los bienes jurídicos en juego sacrificando en forma absoluta los derechos de la mujer. Merecen especial consideración de la Corte los casos del embarazo como resultado de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, o de incesto; aquellos en que están amenazadas la salud física o mental y la vida de la mujer gestante, y aquellos en los que el feto presente malformaciones cuya gravedad hace que sea inviable. En estos casos, sostiene la Corte, penalizar la interrupción voluntaria del embarazo supone injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer. El Estado no puede obligarla a asumir sacrificios heroicos y “a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”, ni imponerle una conducta que exceda a la normalmente exigible a la madre, para obligarla a soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de un bebé que por sus malformaciones es inviable.

Después de realizar la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, la Corte concluye que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y resuelve declarar exequible el artículo 122 de la ley 599 de 2000 o Código Penal,

[...] en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, iii) Cuando

el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En 2001, en *Argentina*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación conoció del recurso extraordinario contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires dentro del proceso correspondiente a una acción de amparo. El *a quo* había autorizado a la dirección de un hospital para proceder a la inducción del parto o, eventualmente, a practicar la cesárea a una mujer en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico.

Como dato importante recordamos que la Corte habilitó el día feriado para dar respuesta a la petición, en virtud de la urgencia manifiesta de esta.

Se consideró que en el caso concreto, ni la petición de amparo ni la sentencia del *ad quem* comprendían la autorización para efectuar un aborto. Según opinión médica avalada por la comisión de bioética del hospital, el nacimiento no era un medio para causar la muerte del feto ya que la viabilidad extrauterina de este era nula aunque el embarazo llegara a término; la postergación del nacimiento, dijeron, no cambiaría las cosas; solo haría que coexistieran la “frágil e incierta vida uterina del *nasciturus* con el sufrimiento de la madre y la familia”.

Dentro de este contexto, las actuaciones médicas dirigidas a adelantar el nacimiento de un feto que comienza el octavo mes de desarrollo, no podrían calificarse como dirigidas a provocar “la muerte de un niño durante su gestación”; además, la sentencia autoriza la inducción del nacimiento pero con lleno de todos los requisitos de la *lex artis* “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria”.

Para confirmar la sentencia recurrida, la Corte Suprema tuvo en cuenta que la muerte del feto necesariamente se produciría al nacer debido a la patología que sufría y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, y que en estas condiciones, los derechos de rango constitucional que corresponden a la madre, especialmente el de la protección de su salud física y psicológica, cobran toda su fuerza.

El Supremo Tribunal Federal de *Brasil*²⁹ inició en agosto una serie de tres audiencias públicas para discutir el aborto de los fetos anencefálicos. El tema se abordó porque la Confederación Nacional de los Trabajadores de la Salud (CNTS) promovió una Acusación de Incumplimiento del Precepto Fundamental 54, que se tramita en la Corte. La ADPF fue promovida, con el objeto de despenalizar el aborto de fetos anencefálicos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de *Costa Rica*³⁰ anduvo caminos argumentativos diferentes para elaborar la sentencia en un juicio de amparo en junio de 2007.

Una madre solicitó el amparo de los derechos a la vida y a la salud de su hija que presentaba un embarazo de alto riesgo, porque el feto sufría una patología incompatible

²⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, providencia del 31 de julio de 2008.

³⁰ Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 07958/2007.

con la vida fuera del útero, conocida con el nombre de encefalocele posterior. El conocimiento de la situación había influido sobre la salud psicológica de la gestante al punto de hacer que presentara episodios suicidas. El médico tratante recomendó la interrupción del embarazo para preservar la vida de la madre ya que la ciencia no podía ofrecer salvación para la del feto después de nacer.

Según el parecer de la Corte, el artículo 31 de la Constitución Política, los tratados internacionales sobre la materia, vigentes en Costa Rica, el artículo 31 del Código Civil, y los artículos 12 y 13 del Código de la Niñez consagran la inviolabilidad de la vida desde la concepción. Con esta interpretación, estimó que no podría, sin transgredir la propia Constitución, imponer limitaciones a ese derecho que no estén contempladas en la Carta o en las leyes de la República. Cualquier restricción corresponde a la Constitución o al legislador.

La sentencia transcribe la norma que autoriza el aborto terapéutico; sin embargo, estima que el caso concreto no llena los requisitos exigidos por la ley por cuanto los médicos están divididos en la apreciación de los episodios suicidas; para unos, estos representan un riesgo para la mujer, riesgo que se deriva directamente de las anomalías fetales y el alto riesgo del embarazo, para otros, el peligro para la vida o salud de la madre es indirecto, pues se origina en la tendencia suicida desarrollada por la paciente. Por esta razón catalogó el caso como de “duda extrema” respecto de la tutela de la vida.

Un tanto contradictoriamente, la Corte señala:

[...] la propia recurrente indica que los médicos se han negado a practicarle el aborto, no por criterio médico, sino por temor a reacciones sociales o a la justicia penal.

Ante la incertidumbre que plantea la falta de coincidencia de los criterios médicos, estimó que no podía tomar una decisión que corresponde al legislador por cuanto incide sobre derechos fundamentales y solo este puede afectarlos de manera razonable y proporcional sin afectar su núcleo esencial. Por cuanto existe duda sobre la existencia de los presupuestos del aborto terapéutico, concluyó la Corte que “lo pretendido en el recurso equivale a incluir una causa más de impunidad en la materia”, que por lo tanto excede el ámbito de acción de la Sala y lo rechaza de plano.

En *Chile*, en el año 2008 el Tribunal Constitucional decidió un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un número de diputados superior a la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Congreso Nacional, dirigido a obtener que se declarara contraria a la Constitución la resolución exenta n.º 584 del Ministerio de Salud mediante la cual se aprobaron las normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad.

Los motivos principales del requerimiento tenían que ver con la autorización del otorgamiento de consejería a menores a partir de los catorce años de edad, sin el conocimiento ni consentimiento de los padres, y la utilización de la llamada píldora del día después suministrada “abierta y gratuitamente”. En opinión de los autores del requerimiento, la resolución violaba la Carta Política, tanto por la forma adoptada como por vulnerar derechos fundamentales; solicitaron que se declarara como ilícito

constitucional “que el Estado, a través de cualquiera de sus organismos, autorice el uso, la distribución, la comercialización, o la entrega de la Píldora del Día Después [...]”.

Luego de extensas consideraciones sobre hermenéutica constitucional, el Tribunal declaró que la resolución acusada resulta contraria a la Constitución porque “adolece de un vicio de forma que acarrea como consecuencia su inconstitucionalidad formal” y, en consecuencia, no se pronunció sobre los cargos que implicaban el examen de vulneración de derechos fundamentales.

Relacionados con el otorgamiento del registro sanitario o la autorización de la comercialización de fármacos utilizados como anticonceptivos postcoitales en la llamada “anticoncepción de emergencia”, encontramos varias providencias de la jurisprudencia constitucional.

En junio de 2006, en *Ecuador*,³¹ la Sala Tercera del Tribunal Constitucional pronunció sentencia en juicio de amparo constitucional en el que se solicitaba la suspensión definitiva del registro sanitario que autorizó la comercialización y expendio de la píldora conocida con el nombre de Postinor 2 por cuanto el demandante entendía que esta pone fin a un embarazo, es decir, provoca la muerte de un ser humano, porque desde que se produce la fecundación existe una persona única e irrepetible, con un código genético distinto del de la madre y, por lo tanto, el otorgamiento del registro contraría expresas disposiciones constitucionales porque atenta contra derechos como el de la seguridad jurídica, a la vida o a nacer y crecer.

El Tribunal analizó la información suministrada por los propios fabricantes y algunas opiniones médicas; a partir de estas sacó las siguientes conclusiones:

- a) La fecundación o fertilización consiste en la unión del espermatozoide con el óvulo, que da origen a una célula llamada cigoto.
- b) El cigoto se implanta en la capa interna del útero o endometrio.
- c) A partir de la implantación se considera iniciado el embarazo.
- d) No todas las fecundaciones dan lugar al embarazo, porque no siempre el cigoto llega a implantarse, puesto que en ocasiones se elimina natural y espontáneamente.
- e) El Levonorgestrel puede actuar en tres momentos: 1) evitando la ovulación; 2) evitando la fecundación o fertilización, y 3) evitando la implantación. Cabe añadir que implantado el cigoto no evita el embarazo; es más, su uso es contraindicado.

El análisis farmacológico aportado para obtener el registro señalaba expresamente que el medicamento está “contraindicado en el embarazo o cuando se supone su existencia”; “se trata de una nueva droga para ser utilizada como un agente anticonceptivo para después del coito, en situaciones de urgencia”.

³¹ Ecuador, Sala Tercera del Tribunal Constitucional, sentencia 0014/2005, registro oficial jueves 22 de junio de 2006.

Su mecanismo de acción no se conoce y se piensa que el Levonorgestrel, actúa evitando la ovulación y la fertilización, si la relación ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en que la posibilidad de fertilización es más elevada. También puede producir cambios endometriales que dificultan la implantación. No es eficaz iniciado el proceso de implantación.

Pasa luego al examen normativo. En primer lugar afirma que el artículo 49 de la Constitución Política del Estado garantiza el derecho a la vida desde la concepción, que en el ordenamiento nacional no existe una norma específica que defina cuándo se produce la concepción pero el artículo 20 del Código de la Niñez da la pauta por cuanto garantiza el derecho a la vida desde ese momento y a renglón seguido prohíbe las manipulaciones médicas a partir de la fecundación del óvulo.

Afirma que observando todo el debate científico y social sobre el tema, la Sala no puede aseverar que la concepción se produzca con la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar segura de lo contrario, es decir, está ante una duda razonable y estima que para resolverla se impone, por disposición del artículo 18 segundo inciso de la Constitución, la aplicación del principio *in dubio pro homine*.

Visto de esta forma, pasa a concluir que al actuar el medicamento Postinor 2, en una de sus etapas, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano. El derecho fundamental resultaría violado y se podría causar un daño grave e irreparable a un grupo de seres humanos cuyo número no puede cuantificarse a priori.

Con base en estos argumentos, la Sala resolvió:

[...] dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.³²

Concedió el amparo constitucional y suspendió definitivamente la inscripción del medicamento Postinor 2/Levonorgestrel 0.75 y su certificado de registro sanitario.

El Tribunal Constitucional del Perú,³³ por el contrario, al resolver el recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, a propósito de una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud, dirigida a obtener que, de acuerdo con las resoluciones ministeriales n.ºs 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM se garantizara la provisión de información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo, resolvió que “en estricto acatamiento de las normas debidamente

³² Nótese el contraste con la argumentación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en la sentencia de 2008 relativa al aborto; igualmente con la postura de la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-355/2006, relativa también al aborto.

³³ Perú, Tribunal Constitucional, sentencia 7435/2006.

aprobadas por el Ministerio de Salud, de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, teniendo en cuenta los diversos informes *amicus curiae* así como de las instituciones involucradas (los cuales han determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos), estima que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas, toda vez que se ha evidenciado que, después de cinco años y tres meses de vigencia de los mandatos exigidos, el Ministerio de Salud se ha mostrado renuente a su cumplimiento”, declaró fundada la acción, y, en consecuencia, ordenó cumplir las resoluciones vigentes a la fecha sobre la materia de la demanda.

En Argentina,³⁴ la Suprema Corte conoció de un recurso extraordinario elevado por la asociación civil sin fines de lucro Portal de Belén contra la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en un juicio de amparo en el que los argumentos de la demandante eran parecidos a los presentados en el caso ecuatoriano, contra la píldora de nombre Inmediat. El *a quo* había estimado que la acción del fármaco proponía interrogantes de tal magnitud que el recurso de amparo resultaba inadecuado por su limitado contenido probatorio. La actora elevó recurso extraordinario; la Corte Suprema, teniendo en cuenta que estaba en juego la protección del derecho a la vida reconocido a toda persona desde la concepción al tenor del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y que dicha protección “se acentúa conforme es mayor la indefensión de la persona, ya fuere por minoridad o por no haber nacido aún”, admitió el recurso, revocó la sentencia recurrida y ordenó devolver el expediente al tribunal de origen para que dictara una “ajustada a derecho”.

4. Palabras finales

Hemos tratado de referirnos solo a los logros científicos que directa o tangencialmente han ocupado la atención de los tribunales y cortes constitucionales de América Latina, de acuerdo con las sentencias que de ellos recibimos; por tal razón no hemos aludido a los problemas éticos y jurídicos que plantean, por ejemplo, la selección de embriones, la biología sintética, el empleo de los nuevos conocimientos para la producción de armas biológicas, los contratos de gestación sustitutiva y muchos más.

³⁴ Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 5 de marzo de 2002.