

DERECHO Y VIDA

I U S E T V I T A

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO



La
maternidad

a la luz

de la

Ley 721

de 2001

La víspera de Navidad del año pasado, se expidió la Ley 721 “por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968”.

Según la exposición de motivos¹, la ley tenía como metas: a) adecuar las normas jurídicas a los avances de la ciencia, y establecer en la norma legal lo que “las altas cortes” habían señalado con anterioridad: “que los exámenes genéticos son obligatorios para determinar la paternidad”; b) que el Estado pueda cumplir con el principio constitucional que reconoce en la familia el núcleo fundamental de la sociedad; c) descongestionar la administración de justicia (sic.); d) aprovechar el progreso² de la ciencia para “el avance del conglomerado social” porque “el ADN es la prueba reina de la paternidad”; e) establecer un procedimiento preferente y sumario para que los niños puedan tener “con certeza absoluta el verdadero padre”.

La mayoría de los argumentos se dirigían a los problemas de la paternidad; la ley sin embargo también abarcó la maternidad.

Se ha dicho que en ella el legislador no tuvo en cuenta que en la realización de los análisis con marcadores genéticos puede presentarse toda una cadena de errores técnicos y humanos. Se ha visto

en sus disposiciones un ataque a la autonomía de los jueces en la valoración de la prueba. También se ha afirmado que la ley parte de un fundamento reduccionista porque convierte la filiación, tanto paterna como materna, en simple cuestión biológica³.

La primera objeción en verdad puede dirigirse a toda clase de pruebas, con mayor razón a las que consisten en dictámenes técnicos de alta especialización y complejidad. Es decir, ella no tiene el peso suficiente para atacar la elección de los análisis de ADN con el empleo de marcadores genéticos, como única prueba válida en los procesos de filiación.

Para analizar la segunda será necesario profundizar en las características de los dictámenes periciales, los deberes del experto en cuanto a la información vertida en ellos (plenitud, lenguaje adecuado, explicación de los procedimientos empleados, expresión de los referentes utilizados para el cálculo de probabilidades que se traduce en el resultado, etc.), así como en las responsabilidades de abogados y jueces en cuanto a su formación profesional para comprender el sentido y el alcance de las técnicas nuevas, y en el caso del juez, para



¹ Gaceta del Congreso, viernes 18 de agosto de 2000, p. 13.

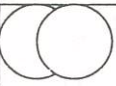
² Se afirma en la exposición de motivos que “es a través (sic.) del parentesco de consanguinidad que se integra una familia”; olvidó el representante, entre otras cosas, que todos los hijos forman parte de la familia, aunque sólo tengan respecto de los demás integrantes parentesco civil con base en la adopción.

³ Entre otros puede consultarse el estudio de Héctor ROMERO DÍAZ publicado como anexo en la obra de Rosa Herminia CASTRO DE ARENAS: *Pruebas de ADN en investigación de la paternidad*, Bogotá, 2002. Obsérvese de paso que también en este libro, que sirve de material de apoyo para la formación de jueces y magistrados, el título sólo anuncia los problemas de la relación padre-hijo, y aunque en la obra se hace alusión a múltiples materias solo tangencialmente referidas al tema de la investigación de la paternidad, se deja de lado el estudio de las características propias de la maternidad.

determinar con claridad y autoridad suficientes los lineamientos a los cuales debe ajustarse la prueba biológica.

La tercera parece fácilmente comprobable; la tacha no es pequeña y puede dar pie para encontradas opiniones de los estudiosos.

Mas no es nuestra intención entrar en el análisis completo de la ley; solamente intentaremos plantear algunos interrogantes en relación con la maternidad, su investigación y prueba.



¿Significa esta ley la derogación de la regla del código civil: “la maternidad se determina por el parto?”

La pregunta saltó en el seno del grupo de profesionales que está próximo a finalizar su especialización en Derecho y nuevas tecnologías sobre la vida, con ocasión de una clase impartida por el profesor Fernando Alarcón Rojas⁴.

El juez, prescribe la Ley 721 de 2001, debe ordenar de oficio la práctica de los exámenes de ADN mediante el empleo de marcadores genéticos⁵, en todo los procesos que tiendan al ‘establecimiento de la maternidad o la paternidad. El artículo 7.º de la Ley 45 de 1968 establecía que el juez debía decretar la realización de los “exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredobiológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación heredobiológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos e intelectuales transmisibles que valorará según su fundamentación y pertinencia.

... La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias”. No es la admisión de los exámenes genéticos como medio de prueba de la filiación lo que marca la diferencia entre las dos leyes, pues estos constituyen una especie de los que en el 68 se designaron como heredobiológicos.

- La maternidad se atribuye legalmente, las más de las veces, con ocasión de la inscripción del hijo en el registro de estado civil; en esta oportunidad no es la regla la controversia sobre la prueba que le sirve de fundamento, sea el acta de nacimiento o, en su defecto, las declaraciones de los testigos presenciales del nacimiento o las actas eclesiásticas, según el caso.
- Hay lugar a la investigación judicial de la maternidad “cuando el hijo se haya inscrito en el acta de nacimiento como nacido de mujer diferente de la que realmente lo dio a luz; o cuando no fue inscrito, y fue criado y educado por otra mujer, que lo pretende como hijo”⁶.
- En concordancia con las disposiciones del código civil, en el ámbito de aplicación del código penal, incurre en pena de uno a cinco años de prisión quien haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe. (Artículo 238)

Cuando las técnicas de fertilización in vitro no estaban en uso, la demostración de la suplantación, así como el

entendimiento de lo que ésta significaba, eran cuestiones fáciles: Una mujer alumbró a Ticio pero inscribe a Cayo, encontrándose ambos vivos; inscribe a Cayo, que está vivo, en cambio de Ticio que ‘nació’ muerto, o viceversa. Las pruebas, dentro del proceso, se dirigían a mostrar la falsedad documental y la personal, siempre sobre el eje parto, niño e inscripción registral; como quien dice, sobre realidades físicas.

¿Qué deberá entenderse actualmente, en presencia de FIVTE y a la luz de la ley 721 que estamos comentando, por suplantación del pretendido hijo al verdadero?

El artículo 1 de la ley erigió los análisis del ADN en “única prueba válida”, cuando quiera que su realización sea posible, de acuerdo con los lineamientos trazados por la misma ley, “en todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad”; además, el juez deberá decretarla de oficio. El artículo 8 ordena al funcionario que con el resultado en firme de un análisis que arroje más del 99,99% de índice de probabilidad, o ante la renuencia del demandado o la demandada, sin más trámites y mediante sentencia, “proceda a decretar la paternidad o maternidad que se le imputa”⁷.

Así, aunque no previó esta finalidad en su exposición de motivos, el legislador abrió la puerta para que la donante de óvulos, o la mujer que en casos de gestación sustitutiva aportó el gameto femenino, obtenga la declaración de maternidad.

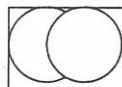


⁴ Derecho y Vida –Ius et Vita– publicará la respuesta del profesor Alarcón en el próximo número.

⁵ La afirmación es cierta en cuanto son ellos los que en la actualidad pueden determinar un índice de probabilidad superior al 99,9%. La ley deja abierta la posibilidad de utilizar mejores medios científicos si ellos aparecen en el futuro.

⁶ Arturo VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, Bogotá, 1985, p. 452.

⁷ La redacción del párrafo 1 del artículo 8.º da pie para una interpretación absurda, ya que en la primera parte se utiliza el plural para asignar efectos a la renuencia de los interesados en la práctica de la prueba; pero en la segunda, la frase aparece en singular, de manera tal que podría leerse de la siguiente manera. “Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa” a él, por cuanto el verbo y el pronombre concuerdan con el sujeto singular.



La verdad genética

La ley toma partido por la llamada "verdad biológica"; en realidad, por una de las verdades biológicas. En este plano nos parece que la maternidad es hecho o institución más compleja que la paternidad y el legislador pasó por alto esta realidad; no tuvo en cuenta el embarazo y el parto; no los sometió a valoración alguna; en su afán por aparecer como sabio enterado de los progresos en materia biotecnológica, desechó de un plumazo el estudio coherente de las normas tradicionales del código civil y de la ley 45 de 1968; desconoció así que el parto también aporta índices de seguridad a la atribución de la maternidad⁸. No pensamos que la regla anterior deba mantenerse incólume, reprochamos si, que no se la haya ponderado junto con los demás factores en juego.

Fácil sería decir que ahora tenemos una regla para la inscripción y otra para el "establecimiento" judicial de la maternidad, entre otras cosas, porque en rigor siempre ha sido así⁹; sin embargo, tal parece que la búsqueda de un alto grado de seguridad no alcanzó su meta en forma cabal. En nuestra opinión, las causas fueron las mismas de siempre: falta de análisis coherente que tenga en cuenta "todos los posibles, posibles" y normas de coyuntura para resolver sólo uno o dos problemas prácticos. Quizá se deja ver también una sesgada aproximación de género.

Parece que el legislador trabajara en contravía de las disposiciones constitucionales; por lo menos en el caso que nos ocupa:

El artículo 42 de la Carta Política reconoció expresamente la igualdad de los hijos "habidos en el matrimonio, o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia

científica...". Diez años más tarde, cuando se supone que ya se ha formado una buena doctrina constitucional, cuando se entiende que la Constitución de 1991 está suficientemente arraigada en el sistema jurídico del país, el Congreso dicta una ley que otorga valor excepcional a una prueba que se fundamenta en los principios y técnicas de la ciencia.

La creencia en que los científicos, por conducto de los laboratorios acreditados, serán la clave para que los jueces resuelvan los problemas de los niños que no tienen padres responsables determina que los jueces dicten sentencia cuando el "resultado"¹⁰ de los análisis del ADN esté en firme, y sólo permite acudir a otros medios probatorios cuando aquellos no puedan realizarse. Pero esa confianza no ha sido suficiente para que deje su actitud de eludir la responsabilidad que le compete en la tarea de sentar las pautas para establecer la filiación en los casos en que esa misma ciencia ha facilitado el encuentro de los gametos y la disociación del elemento genético y el gestacional. Es evidente que el número de los casos en que esto ocurre aumenta cotidianamente en nuestro país.

De acuerdo con las normas del código, la mujer debe inscribir como suyo el niño que ha dado a luz. ¿El privilegio que la Ley 721 acuerda a la relación genética significará que, en caso de aplicación de las técnicas de procreación asistida médicamente, la parturienta está obligada a comunicarle al médico o a las otras personas autorizadas para expedir el acta



de nacimiento, que aquel se ha formado a partir de la fecundación o fertilización de óvulo ajeno? ¿Estarán obligados los profesionales a colocar en el acta el nombre de quien donó o aportó el gameto?

Miremos la situación a la luz del código penal vigente en Colombia.



⁸ El juez italiano Schettini, a propósito del caso cuya sentencia recibió los comentarios de los profesores BUSNELLI y SESTA en los términos reseñados en el número xv de *Derecho y Vida -Ius et Vita-*, considera que el parto ha perdido su función reveladora para pasar a representar el evento terminal de una secuencia compleja, a veces simplemente natural, a veces asistida por la medicina.

⁹ Luis David DURÁN ACUÑA. Ensayo sobre el contenido de los supuestos de hecho de las siglas de establecimiento de la filiación en el Derecho colombiano, en homenaje a Fernando Hinestrosa, Bogotá, t. II, pp. 99-118.

¹⁰ Es bueno subrayar el carácter de dictamen pericial, sujeto por completo al rito procesal, que corresponde al "informe de los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos experticios" (artículo 1.º). En sus intervenciones en el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, el profesor Miguel Rojas ha llamado la atención sobre este detalle de la ley: en el párrafo 3 del artículo 1.º se refiere al "informe"; en el párrafo 2 del artículo 8.º no se conceden efectos a la firmeza del dictamen de los peritos, sino a la del "resultado de los análisis de ADN con marcadores genéticos"

Comete el delito tipificado en el artículo 238 quien haga inscribir como hijo a uno que no lo es. Como es obvio, es un tipo que sólo llena su significado con el del elemento normativo referido a la legislación civil. Si en una hipótesis concreta, la maternidad es materia de investigación paralela en el proceso civil pertinente, opera el fenómeno de la prejudicialidad: la calificación de la investigación abierta para establecer la comisión del delito deberá suspenderse en espera de los resultados del proceso de filiación.

Es obvio que la sentencia del juez civil se basará en el dictamen del genetista especializado en la práctica del análisis del ADN, por lo que no señalará la maternidad de acuerdo con el hecho físico del parto, sino de conformidad con la coincidencia de los marcadores genéticos. Así las cosas, podrían ser sancionadas penalmente la mujer casada a quien, con el consentimiento previo del marido, se le transfirió un embrión formado in vitro con el óvulo de una donante, y la mujer que ha celebrado un acuerdo de maternidad sustitutiva y ha llevado adelante la gestación y el parto de un niño.

En el primer caso, sin el fundamento argumentativo que debe exigirse al legislador para que las normas tengan sentido democrático, se asestó un duro golpe a la presunción de legitimidad, tan cara a la tradición patriarcal de nuestro país.

En el segundo, sin que el legislador cumpliera los deberes de motivación de sus decisiones, se abrió paso a la posibilidad de exigir la entrega del niño cuya gestación se confió a una madre nodriza o portadora.

Tal vez el aforismo *mater semper certa est* esté más erosionado de lo que creíamos y el parto haya sido despojado de su importancia jurídica y biológica sin alegato de fondo.

Emilssen González de Cancino

Noticias del Mundo

En el Congreso de los Estados Unidos se están debatiendo varios proyectos sobre clonación humana. El primero de ellos muestra ya en su título la opción que se quiere elegir: Human Cloning Prohibition Act. Los opositores se muestran partidarios de prohibir la clonación que tenga como finalidad el nacimiento de un bebé (clonación reproductora), pero permitir aquella que persiga un fin terapéutico, tanto por motivos de salud pública como para no bloquear el desarrollo de la investigación básica.

El temor a abrir las puertas a movimientos eugenésicos y a la explotación industrial de los embriones, de un lado, y a bloquear innecesariamente la investigación básica y establecer una prohibición que difícilmente puede tener efectos prácticos mientras no tenga vigencia universal, del otro, son algunos de los argumentos en contienda, sobre el fondo de una diversa concepción sobre el estatus jurídico del embrión in vitro.

La Ley francesa número 2002-303, del 4 de marzo, cierra el paso a la indemnización de perjuicios, en los términos establecidos por la sentencia de la Corte de Casación en el caso Perruche (Derecho y vida número 13). De acuerdo con la nueva ley, el niño nacido con alguna minusvalía, como consecuencia de fallas en el diagnóstico prenatal, no puede pretender del médico o del establecimiento de salud la indemnización de perjuicios; sólo tendrá derecho a una compensación dentro del sistema de solidaridad nacional. –De hecho, el título primero de la ley lleva como rúbrica: “Solidarité envers les personnes handicapées” –. Igualmente, la ley reduce la indemnización de los padres a los perjuicios morales.

La Cámara del parlamento italiano aprobó el 19 de junio de este año el proyecto de ley sobre procreación asistida, según el cual quedan prohibidas la fecundación heteróloga, la clonación, las intervenciones dirigidas a alterar el patrimonio genético de los embriones y su congelación, así como su destrucción o ‘reducción’ fuera de los supuestos previstos para el aborto. Se permite el empleo de las TRHA a las parejas de hecho, pero no a los solteros o a los homosexuales; se limita la producción de embriones en número superior al estrictamente necesario para la implantación en procedimiento único, sin exceder de tres. Ahora el Senado tiene la palabra.