

DERECHO Y VIDA

IUS ET VITA

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO



¿Modifica la Ley 721 de 2001 el sistema para atribuir la maternidad?



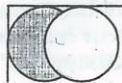
Fernando Alarcón Rojas*

Sumario: 1- Generalidades. 2- Los fundamentos constitucionales. 3- El tratamiento legal y la respuesta al interrogante.

Tal como se expresó en el anterior número de DERECHO Y VIDA - IUS ET VITA, durante una clase que impartía a los profesionales que en nuestra casa de estudios cursan su especialización en Derecho y nuevas tecnologías sobre la vida, surgió este interrogante: ¿la Ley 721 de 2001 modificó el sistema para atribuir la maternidad?

Y el cuestionamiento surge porque la mentada ley en varios de sus artículos¹ hace referencia a la prueba con marcadores genéticos de ADN "para establecer la paternidad o maternidad", lo que induciría a pensar que la maternidad se establece ahora por la huella del DNA y no por el hecho del parto.

Aunque en aquella oportunidad se hizo una aproximación a la solución de este cuestionamiento, lo novedoso y lo discutible del punto amerita que ahora, después de maduro examen, complementé argumentativamente la posición que en aquel momento defendí, acudiendo preponderantemente al marco teórico de la filiación:



Generalidades

La expresión "filiación" hace referencia a la "relación jurídica"² que existe entre dos personas, ordinariamente en razón de haber sido procreada la una por la otra.

Esta relación jurídica hace parte de una particular "situación jurídica"³ en que se encuentra cada uno de los sujetos de ese vínculo, ya que el hecho de estar en relación de engendrante a engendrado es recibido por el ordenamiento para darle relevancia jurídica.

En otras palabras, el que una persona procrea a otra es un hecho que el Derecho considera y valora, de tal suerte que ese hecho así considerado se constituye en una "situación jurídica".

Y como esa situación jurídica tiene como base ese particular vínculo entre dos personas: la relación que se deriva de la progeneratura, no cabe menos que concluir que siendo jurídica la situación, el vínculo se torna jurídico, o lo que es lo mismo, ese simple vínculo se convierte en "relación jurídica".

Pero si bien, como ya ha podido inferirse, el hecho biológico

de la procreación es sobre el que el Derecho normalmente edifica la filiación, no por ello puede sostenerse que ese sea el único factor para construirla.

En efecto, el negocio jurídico es también un instrumento idóneo para establecer esa relación jurídica llamada "filiación".

Baste para ejemplificar traer a colación las hipótesis de la adopción⁴ y de la maternidad por sustitución en la gestación, en donde el hecho biológico de la procreación está ausente⁵.

En síntesis, el que la filiación pueda estar cimentada en un negocio jurídico es una circunstancia que pone de relieve que ella es en esencia una noción jurídica.

Recibido y valorado el hecho de la procreación por el ordenamiento, o el negocio jurídico que es idóneo para ello, los sujetos del vínculo se encontrarán en una situación jurídica que no es otra que una posición jurídica en la familia y en la sociedad.

Luego el progenitor, o quien en virtud del negocio jurídico se equipare a este, ocupará en la familia y en la sociedad la posición



* Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Externado de Colombia.

¹ Inciso 1.º del artículo 1.º, inciso 1.º del artículo 2.º, párrafos 3.º y 4.º del artículo 6.º, párrafos 1.º y 2.º del artículo 8.º, y artículo 11.

² Se entiende por relación jurídica aquella "constituida por el derecho entre dos sujetos respecto a un objeto". F. CARNELUTTI. *Teoría General del Derecho*. Trad. it. Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, p. 184.

³ F. HINESTROSA. *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. T. I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, p. 40, señala que la situación jurídica es "un modo de ser de la realidad en cuanto es tenido en cuenta y valorado por el derecho, o sea en tanto posee relevancia jurídica".

⁴ Aunque el artículo 88 del Decreto 2737 de 1989 exprese que "la adopción es principalmente y por excelencia una medida de protección", consideramos que ella también es un negocio jurídico que tiene la particularidad de requerir que su celebración se efectúe dentro de un proceso judicial para obtener la autorización del juez, ya que por mandato de la norma ya citada, la filiación en este caso debe establecerse "bajo la suprema vigilancia del Estado".

⁵ En esta clase de maternidad, la mujer comitente puede aportar o no aportar su material genético, caso este último en el que se ve con claridad que frente a ella no está presente el hecho biológico de la procreación.

jurídica de "padre" o "madre", y el procreado o quien en virtud del negocio jurídico se asimile a éste, ocupará la posición jurídica de "hijo".

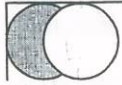
Esta posición jurídica es la que se conoce como "estado civil"⁶ de "padre", "madre" e "hijo".

En conclusión, "padre", "madre" e "hijo" son conceptos jurídicos porque denotan una "situación jurídica" de los respectivos sujetos en la familia y en la sociedad, esto es, un estado civil.

Y esa relación jurídica denominada filiación, que determina una situación jurídica, se deriva o de un hecho biológico, como es la procreación, o de un negocio jurídico que de acuerdo con la ley es suficiente para ello.⁷

Finalmente debe señalarse que esa "relación jurídica" en que consiste la filiación determina una serie de derechos, obligaciones y facultades de los sujetos de ella.

Así por ejemplo, los padres tienen la obligación de criar, educar y establecer⁸ a los hijos, y estos les deben a aquellos respeto, obediencia⁹ y "auxilio en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren" de sus cuidados.¹⁰



Los fundamentos constitucionales

El primer fundamento constitucional de la filiación se encuentra, a no dudarlo, en el artículo 14 de la Carta que prevé que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

Esta preceptiva establece como derecho fundamental que todas las personas tienen derecho a los atributos que son propios de la personalidad.¹¹

De manera que lo que en últimas dispone es que toda persona tiene derecho a un nombre, a un domicilio, a una nacionalidad, a un patrimonio, a la capacidad de goce o jurídica y al estado civil.¹²

Luego si es derecho fundamental el que toda persona tenga, entre otros atributos, un estado civil y un nombre, fácil es concluir que ese precepto superior resulta ser fundamento de la filiación porque esta "relación jurídica" supone que los sujetos así vinculados tienen en la familia y en la sociedad la posición jurídica de "padre", "madre" e "hijo",¹³ amén del derecho de este de llevar el apellido de aquellos.¹⁴

Pero aún más, la *norma normarum* reitera¹⁵ que el nombre es un derecho fundamental de los niños.¹⁶

También es soporte constitucional aquella previsión según la cual "la ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes".¹⁷

Así que la ley es la encargada de precisar y reglar los hechos y actos que tienen la virtualidad de generar un determinado estado civil, de donde se concluye que los particulares no pueden establecer *ad libitum* hechos o actos que den origen a un estado civil.¹⁸

En consecuencia, será la ley la que señale qué hecho o qué acto es el que puede colocar a una persona en la "situación jurídica" de "padre", "madre" o "hijo", así como las consecuencias de esa posición jurídica.

Garantiza además la Carta, expresándolo detalladamente, que los hijos "tienen iguales derechos y deberes".¹⁹

En efecto, no puede haber distinciones entre los hijos, y mucho menos si ellas pretenden fincarse en que son habidos dentro del matrimonio o fuera de él, en que son procreados con ayuda científica o sin ella, o en que no lo son por naturaleza sino por adopción.

Parecería que para el establecimiento de esta garantía fuera suficiente lo que ya había dispuesto la misma Constitución al preceptuar que "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".²⁰

Sin embargo, si se considera que lo normado en el inciso 6.º del artículo 42 hace referencia a las personas en cuanto ostentan la calidad de hijos y por ende como parte de la familia que es el "núcleo fundamental de la sociedad"²¹, se evidencia que no se trata de una duplicidad inútil puesto que en aquella otra disposición se está considerando a la persona no como parte de una familia sino como parte del grupo social, razón por la que ambas preceptivas deben mirarse como complementarias.

Señalamos por último que son basamentos constitucionales de la filiación los enunciados que pregonan que "la ley reglamentará la progenitura responsable"²², que en cuanto a los hijos la pareja "deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos"²³, y que son derechos fundamentales de los niños, entre otros, "la alimentación equilibrada" y "tener uná familia".²⁴



⁶ El artículo 1.º del Decreto 1260 de 1970 dispone que "El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y en la sociedad...".

⁷ Con las anteriores reflexiones en mente, resulta fácil asimilar el alcance del artículo 2.º del Decreto 1260 de 1970 al expresar que "El estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos".

⁸ Artículo 253, 257 y 258 del C. C.

⁹ Artículo 250 del C. C.

¹⁰ Artículo 251 del C. C.

¹¹ En este sentido, la Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995 en que la Corte Constitucional expresa: "Cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica, está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene todos los atributos propios de la personalidad jurídica".

¹² Cfr. Gaceta Constitucional n.º 82 del 25 de mayo de 1991.

¹³ El desarrollo legal más importante de este aspecto del estado civil es lo preceptuado por el artículo 5.º del Decreto 2737 de 1989: "Todo menor tiene derecho a que se le defina su filiación", y lo previsto en los artículos 1.º a 16 de la Ley 75 de 1968 (con exclusión del artículo 11, que fue derogado por el artículo 353 del Decreto 2737 de 1989) y en la Ley 721 de 2001.

¹⁴ El derecho al nombre es tratado legalmente por los artículos 3, 4, 53 (con la modificación que le introdujo el artículo 1.º de la Ley 54 de 1989) y 54 del Decreto 1260 de 1970; por el artículo 5.º del Decreto 2737 de 1989, y por el artículo 97 del Decreto 2737 de 1989, en cuanto a los hijos adoptivos se refiere.

¹⁵ Artículo 44.

¹⁶ Consideramos que sobra la iteración puesto que de acuerdo con el artículo 14, toda persona tiene derecho a un nombre.

¹⁷ Artículo 42 *in fine*.

¹⁸ Este mandato se reproduce legalmente en la parte final del artículo 1.º del Decreto 1260 de 1970 cuando después de definir el estado civil y establecer sus características, señala que "su asignación corresponde a la ley".

¹⁹ Inciso 6.º del artículo 42.

²⁰ Artículo 13.

²¹ Inciso 1.º del artículo 42 de la C. N.

²² Inciso 7.º del artículo 42.

²³ Inciso 8.º *ibídem*.

²⁴ Inciso 1.º del artículo 44.



El tratamiento legal y la respuesta al interrogante

Ya se dijo que la filiación se deriva o de un hecho biológico o de un negocio jurídico que de acuerdo con la ley son idóneos para generar la relación paterno-filial.

Pero antes de proseguir debe precisarse que hay que distinguir entre el hecho o acto del que se deriva la filiación y el mecanismo que es utilizado para atribuirla: el primero hace referencia a aquella modificación de la realidad que es suficiente para configurar la relación paterno-filial; el segundo alude a la estructura jurídica que el ordenamiento emplea para dar por establecido ese hecho o acto que es causa o razón suficiente de la filiación, habida cuenta de que cuando ese hecho es biológico, normalmente no ha sido percibido o no es perceptible sensorialmente.

En nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, por averiguado se tenía que cuando esa relación jurídica se originaba en un hecho biológico, la posición jurídica de "padre" derivaba de un hecho distinto del que se derivaba la posición jurídica de "madre", y dependiendo de si la mujer y el varón estaban o no casados entre sí, la posición jurídica de "padre" se atribuía por la ley por un mecanismo también diferente al utilizado para atribuir la posición jurídica de "madre".

Y es que es frecuente encontrar en la una y en la otra el argumento consistente en que la relación jurídica entre la "madre" y el "hijo" se deriva del hecho del parto, es decir que el hecho del alumbramiento es el que de acuerdo con el derecho tiene la virtualidad de establecer ese lazo jurídico entre la progenitora y el procreado, de tal suerte que por él, aquella adquiere la posición jurídica de "madre" y este, la posición jurídica de "hijo", sin que para este efecto importe que la procreadora esté casada o no.²⁵

En cambio, la relación jurídica entre el "padre" y el "hijo" se sostiene, se deriva de un hecho diferente: la fecundación.

En otras palabras, se es "padre" por ser el fecundador, esto es, el autor de la preñez de la madre, sin que para esto tampoco importe que el progenitor esté casado con ella o no.²⁶

En síntesis, comúnmente se aduce que el hecho que de acuerdo con la ley da origen a la relación jurídica entre el procreante y el procreado es el hecho biológico de la fecundación, mientras que esa misma atadura se origina entre la progenitora y el procreado por el hecho biológico del parto, sin que en uno o en otro caso sea trascendente que estén o no casados entre sí.

Sin embargo consideramos que tanto la relación "padre-hijo" como la de "madre-hijo", cuando tiene su origen en un hecho biológico, se derivan²⁷, en cuanto a la primera, del hecho de que el padre lo ha engendrado y, en cuanto a la segunda, del hecho de que la madre lo ha concebido.

En efecto, en lo que atañe a la relación "madre-hijo", no es descaminado sostener que la concepción es el hecho biológico del que se deriva la relación jurídica entre la progenitora y el procreado, pues basta considerar que cosas bien distintas son los hechos o actos de los que se deriva la filiación y los hechos o actos mediante los cuales esta se atribuye.

Y es que si se indaga por el hecho biológico eficiente que da origen a la relación materno-filial, en sana lógica debe concluirse que es el concebir y no el parir.

Piénsese además que por la época en que fueron redactadas las disposiciones que señalan el parto como un hecho que da la calidad de madre²⁸, ni siquiera eran ficción los recursos científicos actuales, como la lectura de la huella genética de una persona o las técnicas de la reproducción humana asistida.

Luego para el legislador de aquel era obvio e incontrovertible entonces que si una mujer había parido era porque también había concebido a la criatura, y por ende era no solo innecesario sino imposible tratar de establecer la concepción.

En otras palabras, el parto era otrora prueba única y contundente de que la criatura también había sido concebida por la mujer que la parió; por esto la ley, en sede de maternidad, para referirse al hecho que da lugar a la relación materno-filial se ocupa de aquel y no de la concepción.

En conclusión, la fuente de la relación jurídica entre madre e hijo, cuando se origina en un hecho biológico, es la concepción y no el parto, por lo que afirmamos que la filiación entre madre e hijo se deriva de aquella y no de éste.

Pero cosa distinta sucede con la atribución de la maternidad, esto es, con la estructura jurídica que el ordenamiento emplea para dar por establecido ese hecho o acto que es causa o razón suficiente de la filiación.

En efecto, la maternidad se atribuye por medio del parto, pues este es el hecho que el ordenamiento emplea para dar por establecida la concepción, tal como se desprende de los artículos 335 del Código Civil y 1.º de la Ley 45 de 1936.

En consecuencia, una recta interpretación de estas preceptivas conduce a entender que están regulando la forma de atribuir la relación materno-filial y no el hecho del que esta se deriva, entendimiento este que desde luego supone tener claros los conceptos de derivación y atribución de la filiación



²⁵ Esto es lo que se desprende del artículo 335 del C. C. cuando prevé que la maternidad puede impugnarse "probándose falso parto", y del artículo 1.º de la Ley 45 de 1936 al señalar que frente a la madre se tiene la calidad de hijo extramatrimonial "por el sólo hecho del nacimiento".

²⁶ Este criterio es el que se desprende de lo plasmado en el artículo 214 del C. C. al disponer que el hijo que nace después de los 180 días siguientes al matrimonio "se reputa concebido en él y tiene por padre al marido", y al señalar que el marido puede no reconocer al hijo como suyo si prueba que por la época de la concepción "estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer"; en el artículo 20 de la Ley 57 de 1887, al mandar que no se presume hijo del marido al "concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges"; en el artículo 5.º de la Ley 95 de 1890, al preceptuar que si marido y mujer se han separado por la causal de relaciones extramatrimoniales de esta, el marido podrá en cualquier tiempo impugnar la paternidad si demuestra que por la época en que se presume la concepción "no hacía vida conyugal con su mujer"; en el artículo 6.º de la Ley 95 de 1890 cuando prevé que el marido puede en cualquier tiempo impugnar la paternidad del hijo "concebido" por su mujer dentro del matrimonio, si el hijo nace después del décimo mes siguiente al día en que la mujer "abandonó definitivamente el hogar conyugal"; en el inciso 2.º del artículo 3.º de la Ley 75 de 1968, al permitir que el hijo reclame en cualquier tiempo contra su paternidad presunta si su nacimiento ocurrió después del décimo mes siguiente al día en que "el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal"; en los numerales 1.º, 2.º, 4.º y 5.º del artículo 6.º de la Ley 75 de 1968, ya que parten del supuesto de relaciones sexuales que son indudablemente una forma idónea para fecundar.

²⁷ No se pierda de vista que aquí se hace referencia al concepto jurídico de "derivación" de la filiación por oposición al concepto de "atribución", distinción esta que atrás ya se enunció.

²⁸ Cfr. nota número 24.

Ya se dijo que trátase de "padre matrimonial" o de "padre extramatrimonial", la relación jurídica de este con el "hijo" se deriva del hecho de que haya fecundado a la madre del procreado.

Empero para lo que sí resulta importante la existencia del matrimonio es para la atribución de la paternidad, esto es, se repite, para la estructura jurídica que el ordenamiento emplea para dar por establecido ese hecho que es causa o razón suficiente de la filiación.

Si la "madre" está casada, la atribución de la paternidad se hace mediante una doble presunción.

En efecto, en primer lugar la ley presume que la mujer sólo ha tenido trato sexual con su marido, es decir, supone que ha cumplido con el deber de fidelidad que le impone el matrimonio.

Consecuencialmente, arma la segunda presunción: el marido es el padre del hijo porque, habiendo sido fiel la mujer, sólo el marido ha podido fecundarla al cumplir con el débito conyugal.²⁹

Con otras palabras, el ordenamiento da por establecida la fecundación de la mujer por parte de su marido, presumiendo que sólo este ha podido dejarla en estado de preñez porque también presume que ella no ha tenido relaciones sexuales con ningún otro varón.

Sin embargo, estas presunciones pueden ser desvirtuadas.

Así por ejemplo, si el marido prueba que por la época de la concepción estuvo en absoluta imposibilidad física de "tener acceso a la mujer" debe concluirse que él no es el padre porque no ha podido haberla fecundado.³⁰

Y si se demuestra que la mujer ha sostenido relaciones sexuales con varón diferente a su marido y que este por la época de la concepción "no hacía vida conyugal con su mujer", el hijo no será de aquel por no haber podido ser el autor de esa preñez.³¹

De otro lado, así como mediante las presunciones ya anotadas se atribuye la paternidad del hijo de mujer casada al marido, la ley no le atribuye esa paternidad si el hijo fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los esposos.³²

Y la razón de fondo sigue siendo la misma: si estaban divorciados o separados legalmente, se infiere que no ha habido trato sexual entre ellos y por ende no ha podido ser fecundada la mujer por el marido.

Pero si la "madre" no está casada, la atribución de la paternidad se hace mediante un acto voluntario del "padre" o mediante una decisión judicial que estará soportada en una prueba científica o en presunciones, de no ser posible aquella.

Se pregunta entonces si ¿La Ley 721 de 2001 modificó el sistema para atribuir la maternidad?

Veamos: quedó dicho que en nuestro sentir la relación materno-filial derivaba de la concepción puesto que este hecho es la causa eficiente en que ella se origina pero que la atribución de esa filiación se hacía mediante el parto porque la ley emplea este otro hecho como mecanismo para dar por establecida aquella.

El examen de la huella del ADN es simplemente un medio probatorio que permite demostrar con casi absoluta certeza si una persona es el padre, o la madre en su caso, de otra.

La certeza se logrará al comprobar mediante el experticio que parte del código genético del pretense hijo ha sido aportado por el dubitado padre o madre, aporte que solo pudo haberse hecho por haberlo engendrado ese varón o haberlo concebido esa mujer.

Luego, el dictamen lo que hace es enseñar la causa eficiente de la que se deriva la filiación, pero ésta se seguirá atribuyendo, en el caso de la maternidad, por el hecho del parto.

Y si hay disputa sobre la maternidad, la mencionada prueba solo demostrará qué mujer concibió al hijo y por ende lo parió, es decir, sigue siendo simplemente un medio probatorio que demostrará otros hechos que sí tienen por función dar origen y atribuir la relación materno-filial.

Y si se argumentara que esta última ilación se derrumbaría en la hipótesis de admitirse la maternidad por sustitución en la gestación³³, se replicaría que en este caso con más vigor se mantendría el argumento puesto que en ese evento la filiación derivaría y se atribuiría por un negocio jurídico.

En síntesis, opinamos que la ley 721 de 2001 no modificó el sistema para atribuir la maternidad porque el examen de la huella de ADN es solamente un medio probatorio que no origina ni atribuye la filiación.

²⁹ Cfr. J. CARBONNIER. *Derecho Civil*, t. I, v. II, "Situaciones familiares y cuasifamiliares", trad. Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1961, p. 265, fundamenta así la presunción: "Examinando el fondo de la cuestión nos encontramos con que la presunción de paternidad es la resultante de combinar dos presunciones distinguidas por la teoría germánica y confundidas empíricamente por el C. C., a saber: 1.º Que el marido ha cohabitado sexualmente con su mujer durante el periodo concepcional (presunción de cohabitación). 2.º Que esa cohabitación es la causa de la concepción (presunción de generación)".

³⁰ Inciso 2.º artículo 214 del C. C.

³¹ Artículo 5.º de la Ley 95 de 1890.

³² Artículo 20 de la Ley 57 de 1887, que en su parte final vuelve a la presunción general del artículo 214 del C. C. en los casos en que el marido lo haya reconocido como suyo o que haya habido reconciliación privada.

³³ La maternidad por sustitución es aquella en la que la gestante no aporta el material genético pero da a luz a la criatura que debe entregar a la comitente en virtud del contrato. Cfr. F. ALARCÓN ROJAS. "La maternidad por sustitución", en *Familia, Tecnología y Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002.

Especialización en Derecho y nuevas tecnologías sobre la vida

El 28 de agosto se realizó la primera sesión académica de la segunda promoción de esta especialización. En ella intervinieron, como profesores, los doctores Claudia Borrero, directora científica de la Unidad de Fertilidad de la Clínica Country; Elkin Lucena, director científico de Cecolfes; Lucero Zamudio, decana de la Facultad de Trabajo Social del Externado; Carolina Wiesner, médica cirujana e investigadora del Centro de Investigaciones sobre dinámica social, y Alexey Julio, profesor de la Facultad de Derecho de esta universidad.

DERECHO Y VIDA - IUS ET VITA tendrá el gusto de publicar durante el año artículos escritos por profesores y alumnos de la especialización.

