

¿DERECHO GENÉTICO EN EL PERÚ?

Clara Mosquera Vásquez

Abogada, Docente de Derecho Genético
en la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.-La Prueba de ADN. 3.-Congelación de Embriones. 4.-Proyecto Genoma Humano.

Introducción

Como todo mundo reconoce, estamos viviendo una era de cambio acelerado en todas las ramas del conocimiento, particularmente en lo que se refiere a las disciplinas científico - técnicas, y dentro de este campo en el de las ciencias biológicas, lo que a decir de José Ferrater Mora, constituye una «revolución permanente» debido a las repercusiones que tendrán en la humanidad los nuevos descubrimientos alcanzados¹.

Debido al avance de la genética en los últimos años las relaciones interhumanas han variado notablemente. Se han presentado nuevas situaciones, inimaginables hasta hace algunos años, como por ejemplo que un niño tenga 3 madres y 2 padres, o que los embriones queden «huérfanos», o que incluso exista la posibilidad de que se altere la raza humana por medio de la manipulación genética. Frente a estas hechos el derecho tenía que dar una respuesta, es por eso que surge una nueva rama del derecho, el Derecho Genético, el que está encargado de regular los avances que en materia de genética se den, procurando ante todo el respeto por la dignidad humana y la protección del ahora indefenso ser humano.

Si bien son los países desarrollados los que están a la vanguardia de las investigaciones científicas, el Perú no es ajeno a ellos, es más, en el mundo globalizado en que vivimos tarde o temprano las consecuencias de dichos avances repercutirán en nuestro país, por lo que el derecho tiene que estar preparado para dar respuesta a dichas interrogantes, de acuerdo claro está a nuestra propia realidad.

¹ FERRATER MORA, José; *La filosofía actual*, Alianza Editorial, 4º reimpresión, Madrid, 1986, pág. 14.

En el presente ensayo nos proponemos dar respuesta a la interrogante que nos hemos planteado como título, motivado por la acogida que el curso de Derecho Genético tiene en nuestra casa de estudios, que se dicta por cuarto año consecutivo demostrando que la Universidad Nacional Mayor de San Marcos sigue marchando a la vanguardia de las inquietudes intelectuales en el Perú.

La prueba de ADN

Hasta antes de 06 de enero de 1999, fecha en que se publica en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 27048 referida a la utilización de las pruebas de ADN para el reconocimiento de la maternidad y paternidad, no existía en nuestro Código Civil de 1984 norma alguna relativa a los avances científicos, salvo el artículo 946° referido a la inseminación artificial de animales.

El reconocimiento de las pruebas de ADN por nuestra legislación obedece a la necesidad de poner al servicio de la Ley los avances que en materia biológica se están dando en la actualidad, las cuales deben ser usados en beneficio de la humanidad.

El ADN es una sustancia química que se encuentra en los cromosomas, contiene a los genes que son los responsables de la transmisión de los caracteres genéticos de padres a hijos, ello ocurre al momento de la fecundación a través del óvulo y del espermatozoide, es decir, el padre y la madre transmite cada uno a sus descendientes, la mitad de su herencia genética. Lo interesante del ADN es que se puede extraer de cualquier parte del organismo: sangre, cabellos, semen, incluso de organismos calcinados o descompuestos; la única sustancia que lo desaparece es el formol.

Las pruebas del ADN fueron inventadas en 1984 por el biólogo inglés Alec Jeffreys de la Universidad de Leicester, constituyéndose en la actualidad en el test de mayor grado de certeza: 99,9999%. En cuanto a su utilidad, esta es variada, pueden servir para:

- a) Identificar al autor o autores de un crimen o liberar a inocentes acusados a cometerlo a partir de los residuos dejados en la escena del crimen: el ADN puede ser obtenido a partir de cabellos, semen o marcas de sangre. Al respecto hay muchos casos, uno de ellos es el ocurrido hace unos meses en Oklahoma donde Loyd La Fevers salvó su vida, cuando faltaban cuatro horas para su ejecución con inyección letal, al presentar su abogada a última hora la prueba de ADN que demostraba que la sangre encontrada

en sus pantalones no era la de su supuesta víctima Addie Lee Hawley, una anciana violada y asesinada².

- b) Probar lazos de parentesco. En 1975 Modoris Ali, un inmigrante indio radicado en Inglaterra, solicitó al Departamento de Inmigración una autorización para que su esposa y sus cinco hijos ingresen al país y radiquen allí. El gobierno británico desconfió de la versión del inmigrante y negó la solicitud aduciendo que no había pruebas de que las personas para quienes solicitaba el permiso de ingreso al país sean realmente su esposa e hijos. Se siguió entonces un proceso judicial durante 13 años, y gracias a las pruebas de ADN, Ali pudo demostrar a la justicia británica que él y su esposa eran padres de los menores, otorgándoseles el permiso de residencia a la esposa y a 4 de los 5 hijos de Ali, pues al momento de resolverse el pedido la edad del mayor excedía los 18 años³.
- c) Identificar los cadáveres de soldados muertos en combates, desaparecidos políticos y víctimas de los accidentes en que los cuerpos son irreconocibles. En 1991 el gobierno norteamericano utilizó las pruebas de ADN para identificar los cadáveres de los soldados caídos durante el conflicto del Golfo Pérsico.
- d) Determinar la paternidad o maternidad.

Existe también una segunda prueba de ADN: la del ADN mitocondrial. Las mitocondrias son las centrales energéticas de la célula y poseen su propio ADN. Cada célula tiene centenares de mitocondrias, en las que hay un ADN mitocondrial. Cuando las células están demasiado degradadas o cuando la muestra ya no contiene ADN nuclear (un cabello sin bulba) siempre queda ADN en las mitocondrias pues es más resistente. Las mitocondrias sólo se transmiten por la madre, así por ejemplo, los hermanos y primos maternos tienen el mismo ADN mitocondrial, lo que crea un problema de probabilidades pues existe un grupo de gente con la misma secuencia. Además esta secuencia de ADN varía de un hermano a otro e incluso en la misma persona de un tejido a otro. Se calcula que eso sucede entre un 10 y 20 % de la población.

En nuestro país las pruebas de ADN han sido usadas en casos muy sonados, como en el de "La Cantuta"; aquí estas pruebas permitieron identificar los cadáveres de 9 estudiantes y un profesor cantuteños que fueron asesinados por miembros del ejército en 1993; también se recurrió a las pruebas de ADN para

² Diario Liberación, Lima, sábado 11 de Marzo del 2000, pág. 18.

³ Super Interessante. Especial Revolução Genética. Especial 119-A. Brasil, Agosto de 1997, pág. 42.

identificar los cadáveres de las niñas que fueron violadas y asesinadas por el "monstruo de Parcona" entre 1996 y 1997, y recientemente estas pruebas sirvieron para identificar los cadáveres de nueve marinos que naufragaron en el río Nanay el 28 de Noviembre de 1999⁴.

Con respecto a la determinación de la paternidad, en el ámbito internacional son varios los ordenamientos legales en los que las pruebas de ADN son consideradas como un argumento indiscutible de paternidad, es decir, si el demandado se niega a someterse a dichas pruebas, se declara su paternidad, tal es el caso de las legislaciones argentina, española, italiana o venezolana.

En nuestro ordenamiento sucederá algo distinto: si luego de una segunda notificación bajo apercibimiento, persiste la negativa del demandado a someterse a las pruebas de ADN, no queda determinada su paternidad, sino que su negativa, junto con las pruebas presentadas y su conducta, serán evaluada por el juzgador para declarar su paternidad o al hijo como alimentista, esto es, el supuesto hijo tendrá derecho a recibir una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años.

A nuestro juicio, el legislador debió ser más drástico en caso de negativa del demandado a someterse a las pruebas de ADN, y en defensa del interés superior del niño reconocido por el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Resolución Legislativa N° 25278, publicada en El Peruano el 8 de Abril de 1990) y contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, debió declarar la paternidad del demandado; así como lo propusieron los Proyectos de Ley N° 2588 y 2591, pues como muchos autores señalan, la negativa de una persona a someterse a las pruebas de ADN evidencia una actitud sospechosa que implica un reconocimiento tácito de la paternidad del niño o niña, y a la vez es una falta de colaboración con la administración de justicia.

El artículo 5° está referido a la responsabilidad por mala fe. Si una persona inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de las pruebas de ADN u otras de validez científica con mayor o igual grado de certeza, y ocasiona un daño moral o económico al demandado, deberá pagar a este una indemnización, la que será fijada a criterio del juez. Creemos que esta es una norma incompleta, por cuanto no se pone en el supuesto que una mujer pueda ser demandada de mala fe en un proceso de declaración de maternidad.

⁴ Diario El Comercio, Lima, domingo 7 de Mayo del 2000, pág. A28.

Hay que destacar que esta ley deroga el artículo 403° del Código Civil referente a la improcedencia de la acción de filiación, entre otras causas, por la supuesta vida desarreglada de la madre. Consideramos acertada esta derogatoria pues dicha norma era discriminatoria, no solamente para algunas mujeres sino también para los hijos de estas, a quienes se les recortaba su derecho a la identidad.

Un último aspecto que hay que tener en cuenta es el referido al costo de estas pruebas el que bordea los 1000 dólares, el cual la convierte en inalcanzable para la gran mayoría de litigantes, corriendo el peligro de que esta ley no pueda ser llevada a la práctica; es por ello que urge que esta prueba pueda ser realizada por organismos estatales; lamentablemente a pesar que la Ley 27048 fue promulgada hace un año aún no ha sido reglamentada, lo que impide que no se de una solución a dicho inconveniente.

Otros puntos que deben reglamentarse son los referidos a la posibilidad que al momento de tomarse la muestra se incurra en errores humanos. Sólo en Estados Unidos se calcula que un tubo entre mil está mal etiquetado. Además cabe también la posibilidad que se presenten resultados deliberados.

Congelación de Embriones

Si bien en un primer momento las investigaciones en el campo de la biología se referían principalmente a seres vivos inferiores (microorganismos, plantas y animales), posteriormente el ser humano se convirtió en el centro de dichas investigaciones; y lo que es peor, lejos de convertirlo en receptor de los logros y buscarse una respuesta a muchas interrogantes planteadas por la naturaleza, se lo denigra a tal punto de "cosificarlo" en nombre de la ciencia y técnica, demostrando el carácter bipolar de éstas, puesto que por un lado despiertan esperanzas de bienestar para la humanidad y por otro amenazan convertir al ser humano en su esclavo.

Una de las áreas donde el acelerado desarrollo científico - tecnológico ha impactado más es el de la reproducción humana asistida, donde incluso ahora se puede lograr con éxito la fecundación de un óvulo empleando tan sólo un espermatozoide, luego que naciera - hace veinte años - la primera bebé probeta; avances que como era de esperarse, aunque con tardanza, han llegado a nuestro país. Actualmente en el Perú no sólo se realizan inseminaciones artificiales sino también fecundaciones extrauterinas, y lo que es más preocupante, éticamente hablando, ya están en funcionamiento algunos "bancos de embriones".

A mi juicio, el hecho de congelar embriones para posteriormente decidir si son implantados o no en el útero de una mujer, es una muestra clara de la deshumanización de la ciencia y de la técnica, que lejos de ponerse al servicio de la humanidad se deja arrastrar por fines utilitaristas, ya que no se reflexiona en torno a la esencia de las investigaciones que se realizan, sino en la utilidad que se pueda dar a los nuevos conocimientos adquiridos: y en lugar de considerarse al ser humano como un fin en sí mismo, se lo conceptúa simplemente como un medio, al dejarse a la voluntad de las partes (en este caso la pareja que acude a las clínicas especializadas y al médico) el destino de aquellas vidas humanas en potencia. Ignorándose además si el congelamiento puede acarrear trastornos en la salud física y psíquica de los niños alumbrados con ese procedimiento.

El congelamiento de embriones denigra al ser humano, pues lejos de ser tratados como sujetos de derecho son tratados como "cosas", a los que se congela y descongela de acuerdo a la "necesidad" que se tiene de ellos; presentándose asimismo la figura de un profesional de la salud que "jugando a ser Dios" decide que embriones son implantados y cuales desechados, contrariamente a lo señalado en nuestro Código Civil que en su artículo 1º reconoce al concebido la calidad de sujeto de derecho para todo lo que le favorece; es decir que como todo ser humano tiene derecho, por ejemplo a que se respete su vida y su integridad.

Pero a pesar que estamos ante situaciones que ya se presentan en el Perú, lo más sorprendente es que aún no existe normatividad legal que regule el funcionamiento de los "bancos de embriones", como demostración del desfase existente entre la realidad y el derecho, el que lejos de atender estos nuevos hechos, pareciera haberse quedado en el tiempo, lo cual es peligroso pues en cualquier momento podrían presentarse casos de embriones "huérfanos" o de niños que nazcan después de la muerte de uno de sus progenitores, y lo que es más grave, dada la inversión de valores en boga, podríamos enfrentarnos a un tráfico de embriones, como ya se hace con el semen.

No hay que olvidar que al no existir norma alguna al respecto, los especialistas que realizan estas técnicas actúan de acuerdo a sus propias concepciones éticas, lo que en sí es un problema más, al no existir una correcta formación profesional en Bioética, la disciplina llamada a dar respuesta a las nuevas situaciones que nos plantea el avance científico y tecnológico.

Es menester pues que en forma urgente se promulgue una Ley sobre técnicas de reproducción asistida - tema sobre el que venimos insistiendo hace ya varios años - en la que se señale que sólo se fecundarán los óvulos a ser implan-

tados, para no afrontar posteriormente riesgos como los dados en Inglaterra hace algunos años, donde se incineraron cinco mil embriones “sobrantes” al haberse vencido el plazo de congelación sancionado por las leyes de ese país.

Puede ocurrir que el legislador tema dar normas demasiado restrictivas en este campo, que impidan el desarrollo científico - tecnológico; no debe olvidarse sin embargo que éticamente toda promoción de la ciencia debe enmarcarse en los límites de la dignidad humana, partiéndose de la premisa de que el hombre es un fin en sí mismo, pues a diferencia de las plantas y los animales nosotros existimos y pensamos, por lo que no se debe permitir que por el solo deseo de lograr la ansiada paternidad se manipule al concebido.

Proyecto Genoma Humano

La presentación del primer borrador del Genoma Humano o mapa de la vida, calificado por algunos como el gran avance del siglo XXI, ha abierto una verdadera caja de Pandora en cuanto a sus consecuencias.

En principio, el desciframiento del genoma humano abre la posibilidad de que en un futuro, ahora no muy lejano, se puedan tratar con eficacia las enfermedades de origen genético que afectan al hombre; incluso se calcula que para el año 2030 se pueda prolongar la vida humana por medio de la manipulación genética y aunque a primera vista la terapia genética luzca prometedora hay que reconocer que no están muy avanzados los estudios sobre ella. Recordemos que en septiembre del año pasado falleció Jesse Gelsinger quien participaba en un estudio experimental único sobre un tratamiento genético en la Universidad de Pensilvania; y a pesar que desde 1990 la terapia genética se ha aplicado a cientos de personas, aún no se ha demostrado fehacientemente que ella haya servido para curar alguna enfermedad genética.

De otro lado, el Proyecto Genoma Humano, al igual que el Proyecto Manhattan (que culminó con la creación de la bomba atómica), puede devenir en una masiva eliminación de seres humanos por el uso inadecuado de los conocimientos adquiridos, e incluso podría significar la modificación de la raza humana, pues cuanto más penetra el conocimiento científico en la naturaleza, el poder del saber puede ser sinónimo de vida o de muerte. Por ello es necesario que los avances científicos y tecnológicos se den en un marco de valores éticos, para que aquellos no se vuelvan destructores ni deshumanizantes.

Otro punto que genera controversia es el referido a los beneficios económicos que obtendrían las empresas dedicadas al desciframiento del mapa genético, con la comercialización de los descubrimientos que obtengan. Esto implicaría la elaboración de medicinas personalizadas, cuya comercialización les generaría ganancias millonarias al disponer de la información genética de la humanidad. lo que además traería como consecuencia que no todos tengan acceso a los avances obtenidos, pues no hay que olvidar que al iniciarse la «carrera del genoma» se inició también la de las patentes, que sin respetar la dignidad de la persona, ha extendido sus alcances a las secuencias de ADN del ser humano.

Al respecto, se ha mencionado la posibilidad que dentro de poco el mapa genético salga a la bolsa, es por eso que las nuevas empresas dedicadas a la investigación genética en Estados Unidos han iniciado la «carrera del genoma», apresurándose en descubrir el funcionamiento de los genes y el costo de ese conocimiento para salir a la bolsa; no hay que olvidar que este año la salida a la bolsa de 8 firmas biomédicas les ha reportado 840,3 millones de dólares⁵.

Pese a esos riesgos, es indudable que ya no se puede detener el avance científico y tecnológico: éste se ha tornado irreversible, pero ello no significa que dejemos que se desarrolle a su libre albedrío, lo que aunado a los intereses económicos puede ocasionar funestas consecuencias para la humanidad. Por es por eso se hace necesario que el hombre retome el poder sobre lo que él mismo ha creado, que vuelva a ser un fin en sí mismo y no un medio para la ciencia y técnica.

Hay que recordar que en 1993 la UNESCO, previendo las posibles consecuencias de tamaño descubrimiento formó el Comité Internacional de Bioética (CIB), conformado por 55 miembros de diversos países y especialidades, el que luego de 4 años de trabajo presentó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Este documento de avanzada está conformado por 25 artículos en los cuales se deja en claro que en sentido simbólico el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Si bien esa Declaración fija algunos parámetros a las investigaciones sobre el genoma humano, adolece de dos impedimentos para cumplir a cabalidad sus fines: primero, no todos los países del mundo la han suscrito y segundo, las normas de carácter ético no son de cumplimiento obligatorio.

⁵ Diario El Comercio. Lima, viernes 7 de Julio del 2000, pág. B4.

Es importante además señalar que recientemente en el Congreso Mundial de Bioética realizado en Gijón (España) entre el 20 y 24 de junio del presente año se emitió la «Declaración Bioética de Gijón»⁶, que señala al genoma humano como patrimonio de la Humanidad y que como tal no es patentable; asimismo recomienda que las biociencias y sus tecnologías deben servir al bienestar de la humanidad, al desarrollo sostenible de todos los países, a la paz mundial y a la protección y conservación de la naturaleza, lo que implica la colaboración de los países desarrollados con las poblaciones de las zonas menos favorecidas, y servir al bienestar de cada ser humano.

Contrariamente con lo que sucede en nuestro país, donde no existe norma alguna relacionada al genoma humano, la Legislatura de Buenos Aires, apenas presentado el borrador del mapa de la vida, aprobó una ley que prohíbe la discriminación basada en la información genética, cerrándose el paso a la posibilidad que se obligue a los postulantes a un empleo a que se sometan a exámenes genéticos, o que aquello constituya un requisito para la contratación de un seguro médico o seguro de riesgo de trabajo; asimismo está prohibida la difusión de información genética sin autorización del interesado o del juez, de ser el caso.

Los alcances a futuro de este avance científico obliga que hagamos un balance de las implicancias que pueda tener éste en las disciplinas de nuestro interés, las que aunque parezca mentira, tarde o temprano se verán influenciadas por el desciframiento del genoma humano tal como ha sucedido en el campo del derecho, donde la influencia es tan grande que sobre el tema pueden ya escribirse varios tratados.

Finalmente, a pesar que aún no existen muchas leyes que regulen los avances de las ciencias biológicas, es preciso reconocer que hasta la fecha se han dado algunos avances, por ejemplo, el **Código de los Niños y Adolescentes** en su artículo 1º protege al concebido de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental. Por su parte, el **Código Penal** en su artículo 120º sanciona con pena privativa de la libertad no mayor de 3 meses el aborto de un embarazo que sea consecuencia de una inseminación artificial no consentida o ocurrida fuera del matrimonio.

⁶ <http://www.sibi.org>

En cuanto a leyes especiales, son 3 las que se refieren a los avances biológicos. La **Ley de Propiedad Industrial - Decreto Legislativo N° 823**, al referirse a las patentes en su artículo 28° inciso c) señala que no podrán ser patentadas las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo.

La **Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica - Ley N° 26839**, en su artículo 26° inciso c) declara de prioridad e interés nacional la investigación científica sobre el conocimiento, conservación y aplicación industrial y medicinal de los recursos genéticos mediante biotecnología tradicional y moderna; asimismo, en su artículo 30° señala que la investigación, desarrollo, producción, liberación, introducción y transporte en todo el territorio nacional de organismos genéticamente modificados, deben contar con mecanismos de seguridad destinados a evitar los daños al ambiente y la salud humana.

Por su parte la **Ley General de Salud - Ley N° 26842**, en su artículo 7° se refiere a las técnicas de reproducción asistida, a las que podrá recurrir toda persona que siga un tratamiento de infertilidad, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Asimismo, se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación y la clonación de seres humanos.

Como hemos podido ver, en nuestro país ya se puede hablar de la existencia de un Derecho Genético Peruano, ello no sólo por la presencia de los avances científicos sino por la promulgación de leyes sobre el tema, aunque falta que se promulgue una **Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida** y se den normas para la protección del Genoma Humano.