

LA INFLUENCIA DE LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA Y DE LOS DESCUBRIMIENTOS CIENTÍFICOS Y TECNOLÓGICOS EN EL DERECHO

Josefina Sapena Giménez¹

I. Consideraciones Generales

Los descubrimientos científicos realizados en las últimas décadas han conseguido que la ciencia haya evolucionado mucho más durante este período de tiempo que a lo largo de toda su historia.

Especialmente en el campo de la genética, estos descubrimientos han marcado un cambio sustancial en las expectativas de sobrevivencia que tenemos como especie, ya que han abierto las puertas a nuevas posibilidades y desarrollos. El descubrimiento de la secuencia de ADN por ejemplo, permite pensar que la cura de numerosas enfermedades hasta ahora incurables es ahora posible. Las técnicas de reproducción asistida han permitido a millones de personas infértiles, alcanzar su deseo de procrear. El diagnóstico genético pre-implantacional permite detectar enfermedades ya en el embrión in-vitro, la investigación con células madre ha logrado la regeneración de células muertas para curar enfermedades

1. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción con calificación Summa Cum Laude. Postgrado en Ética de la Investigación por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Traductora Pública y Mediadora reconocida por la Cámara de Comercio y Bolsa Paraguaya. Autora de numerosas publicaciones, Profesora Titular de la Cátedra "Hechos y Actos Jurídicos" y de la Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil en la Universidad Americana. Disertante en Congresos realizados en América Latina. Consultora en diversos proyectos de la USAID. Actualmente, en el Estudio Jurídico Raúl Sapena Brugada & Asociados.

degenerativas, e incluso se cree que se podrán producir órganos sanos en el futuro.

No solo en el ámbito de la salud estos descubrimientos han influido sustancialmente. El descubrimiento de las pruebas biológicas y las técnicas de reproducción asistida han impactado en los cimientos mismos del derecho de familia, como lo veremos más adelante.

En realidad, estamos hablando de un cambio general, una revolución ideológica, en los últimos 20 años ha cambiado la forma de comunicarnos, la forma de trabajar, la forma de reproducirnos, la forma de ver la vida

II. La evolución del Derecho de Familia en el mundo y en el Paraguay

El derecho de familia está siendo sacudido por un viento huracanado que lo está levantando desde sus mismas raíces, lo cual se ha manifestado en primera instancia en el reconocimiento de nuevos “valores” en los tratados internacionales de derechos humanos, y en segunda instancia en la modificación de la legislación familiar de numerosos países a través del globo.

Muchos son los factores que han incidido en esa evolución en el concepto de familia:

El descubrimiento del ADN, que permite ir en busca de la verdad objetiva, ha tenido como consecuencia que se deje de lado el sistema de presunciones legales, lo cual, indirectamente ha afectando a la misma filosofía que imperaba en el derecho de familia, según la cual en los casos en que la familia no estaba asentada en la verdad biológica, era preferible dejar las cosas como estaban, a fin de proteger la estabilidad de la familia, aunque esta estuviera fundada sobre una mentira. Es que como no había un método para saber con certeza los vínculos biológicos, esa forma de resolver el problema en realidad era el más prudente.

La puesta en práctica de técnicas de fertilización asistida, que dan solución a problemas de infertilidad, y permiten tener acceso a la mater-

nidad/paternidad a personas que anteriormente no podían tener hijos (mujeres menopáusicas, mujeres solas, hombres solos, etc.), ha tenido por resultado la aparición de otros modelos de familia, y el surgimiento de un estado de hechos que no se puede desconocer, ya que están involucradas miles de personas quienes se ven afectadas en sus derechos más elementales. Es decir, independientemente de los reparos éticos que se pudiera formular a esos procedimientos, la realidad nos grita que la sociedad no ha podido atajar el fenómeno de la reproducción asistida, y que es necesario dar amparo social, legal, económico y de todos los órdenes, a todos esos seres humanos afectados.

Los nuevos medios de comunicación: Internet, los teléfonos celulares, la evolución de los medios de transporte, la globalización. Es que ahora todo es cerca, y todo está expuesto, se conoce lo que sucede en otros países del mundo, en materia social, económica, política y también familiar. Quedó así en evidencia el alto índice de fracasos matrimoniales, el aumento progresivo de nuevas formas familiares (familia monoparental, familias ensambladas, etc.), la flexibilización de las funciones asignadas a hombres/mujeres según su género, ya que ahora es común ver que ambos miembros de la pareja contribuyen igualmente en el sostén económico y las tareas de la casa, el cuidado de los hijos, etc. También quedó revelada la gran cantidad de homosexuales que existen, lo cual produjo una sensibilización con respecto a la situación de los mismos.

Asimismo, el énfasis en el reconocimiento y en el respeto a los derechos humanos ha influido en la transformación del modelo de familia. ¿Por qué? En primer lugar, porque se produjo un “giro” acerca del “sujeto de protección”, convirtiéndose en centro de la protección legislativa la “persona”, en sus diversas relaciones familiares, y ya no más la “familia”, como era antes; en segundo lugar porque los derechos humanos tienen actualmente reconocimiento supranacional, y en consecuencia, son reclamables por cualquier persona frente a cualquier sujeto pasivo, sea el Estado o sean los propios particulares; y en tercer lugar porque los tratados de DD.HH. han reconocido nuevos “valores”, como ser la tolerancia, el respeto por las minorías, los derechos del niño como sujeto de derecho

cuyos intereses son prioritarios, la igualdad, la no discriminación, entre otros.

III. La Evolución de los Derechos Humanos en el campo del Derecho de Familia

Hasta los primeros años del siglo XX el Estado era, sin discusión, el encargado de garantizar la paz social, y el individuo era considerado como un “objeto” de protección. Pero después de la experiencia con los Estados totalitarios de la época de las guerras mundiales –los cuales violaron sistemáticamente cada uno de los derechos humanos básicos– se constató la necesidad de cambiar la percepción de la defensa de los derechos humanos.

La comunidad internacional dio cauce a su preocupación cambiando algunos de los paradigmas en que se fundaba el derecho de los derechos humanos, como por ejemplo, los siguientes:

a) El individuo es **sujeto de derechos** y no únicamente **objeto de protección**. *En esta moderna teoría de los derechos humanos se concibe a la persona o al individuo como eje de la protección y sujeto de derechos, lo que comporta un cambio de paradigma respecto a la vieja concepción².*

En la nueva concepción, el eje de la protección de los derechos humanos es el individuo, cada persona en particular. No es “la familia”, sino los que componen la familia los que son sujetos de derecho, y la familia, no es más que el ámbito de desenvolvimiento de dichas personas.

Entonces, la reglamentación jurídica de la familia, debe centrarse en la protección de los derechos humanos de los individuos que la componen, y no en la protección de la familia en sí misma.

Desde este punto de vista, la exclusión de determinadas relaciones familiares puede vulnerar los derechos humanos de los protagonistas,

2. El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Nora Lloveras- Marcelo Salomón. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. Año 2009. Pág. 28.

perdiendo de vista así el objeto central de la tutela. Por ende, en virtud de la protección del/los individuo/s que componen la familia, se han reconocido otros modelos de familia, como la familia monoparental, o la familia de homosexuales (en algunos países).

Al decir de Nora Lloveras: *Esta nueva visión de reconocimiento internacional de los DD.HH. influyó decisivamente en la conceptualización jurídica de la familia tradicional y en el reconocimiento de nuevas formas familiares, así como en la remodelación de las relaciones familiares en general*³.

*“En esta línea de pensamiento, el derecho de familia debe ajustarse a la realidad social y amoldarse al cambio social operado, en tanto no puede desconocer que la familia no es un sujeto jurídico, sino que la familia es el seno, el importante ámbito del desarrollo del proyecto vital de la persona humana y, por ende, de la materialización de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes*⁴.

b) El ámbito de protección a ese individuo excede los sistemas nacionales para instalarse en la comunidad internacional.

O sea que los DDHH se han internacionalizado. Su defensa se ha asumido como una causa internacional. Cualquier persona cuyos derechos humanos hayan sido sobrepasados puede reclamarlos tanto en su propio país como ante los organismos internacionales encargados, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

*Esta respuesta internacional de renovada protección de los derechos humanos surge motivada por la necesidad de facultar a los organismos internacionales para intervenir en cuestiones internas de los estados, cuando se vean violados o fuertemente comprometidos los DD.HH.*⁵

c) Se consagra el principio pro homine, el cual, según Bidart Campos, citado por Nora Lloveras, *indica que el intérprete y el operador han*

3. Obra citada, pág. 41.

4. Obra citada, pág. 45.

5. Obra citada, pág. 27.

de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma –internacional o interna⁶.

El principio pro-homine, o pro-hombre, implica entonces una pauta de conducta que debe ser observada por las instituciones nacionales (gobierno, poder judicial, municipal etc.), en la interpretación y aplicación de leyes y políticas públicas.

d) Nuevos criterios axiológicos (o éticos) son inyectados por los tratados de derechos humanos, a saber: la tolerancia, el respeto de las minorías, el cambio de la protección de la “familia” por “relaciones familiares”, la necesidad de concebir la pluralidad de las formas familiares y no un único modelo familiar, los derechos del niño o niña como sujeto de derecho cuyos intereses son de aplicación prevalente, la igualdad, la no discriminación, entre muchos otros.

IV. La Obligatoriedad de los Derechos Humanos

Los instrumentos normativos internacionales de Derechos Humanos tienen una trascendencia indudable como declaraciones que marcan los valores imperantes, y las pautas de convivencia que son consideradas como buenas por la comunidad internacional. Pero, ¿son obligatorias las normas en ellos establecidas? ¿Qué tipo de relación existe entre el derecho interno nacional y el derecho internacional?

Ese es un tema largamente debatido. Está la posición dualista, que afirma que, siendo el derecho interno y el internacional, dos tipos de derechos, separados, diferenciados por sus fuentes y por los sujetos que regulan, no es posible una integración espontánea. Será necesario un acto de novación de la norma que modifique su naturaleza. Es decir, transformar una norma de derecho internacional, en una norma de derecho nacional.

6. Obra citada, pág. 28.

En el otro extremo, tenemos a la posición monista, según la cual, no se requiere ninguna transformación o recepción para darle fuerza obligatoria a una norma de derecho internacional, sino que ésta deroga de pleno derecho las reglas de derecho interno incompatibles con él.

Según el libro “Digesto de Derechos Humanos”, de Elodia Almirón Prujel y Horacio A. Pettit, *...la tendencia actual en la comunidad internacional consiste en la integración del derecho vigente, donde el principio y norma consuetudinaria pacta sunt servanda (los pactos deben cumplirse), y el reconocimiento estadual de las personas como sujetos de derecho internacionales, incluyendo los tribunales internacionales, lo confirman: la práctica de los Estados lo ratifica. La clásica división entre derecho interno y derecho internacional, en la medida de considerarlos como dos ordenamientos jurídicos diferentes carece, en este momento histórico, de adaptabilidad.*

El principio de pacta sunt servanda ha sido reconocido y afirmado tanto en la doctrina como la jurisprudencia internacionales. El fundamento jurídico reside en la paz, seguridad y convivencia entre los Estados. La norma de que los Estados deben cumplir los tratados, se encuentra establecida en el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones, en el artículo 17 de la Carta de la OEA, en el preámbulo de la Carta de la ONU, y en el Pacto de la Unidad Africana. Este es un principio de costumbre, justicia, moral y derecho internacional. Es una regla independiente del tratado, que es consecuencia de la moral internacional, reconocida en el Preámbulo de la Convención de Viena, al decir que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos”⁷.

Se puede afirmar que, independientemente de reconocer la existencia de corrientes doctrinarias importantes –monismo y dualismo– el orden jurídico internacional ha consolidado criterios que hacen a la vigen-

7. Digesto De Derechos Humanos. Principios e Instrumentos normativos. María Elodia Almirón Prujel-Horacio Antonio Pettit. Marben Editora & Gráfica. Asunción-Paraguay. Año 2008. Pág. 37.

*cia de sus propias normas y que, en todo caso, acotan los márgenes de decisión de los Estados*⁸.

La adhesión y aprobación de un tratado internacional convierte al Estado en un sujeto activo y pasivo en la defensa del mismo. Es decir, por un lado, asume la obligación de promover el cumplimiento de sus normas—mediante la adecuación de su legislación interna y la puesta en práctica de sus disposiciones— y, por otro lado, asume la obligación de defender a cualquier persona que reclame que sus derechos humanos han sido violentados.

Si el Estado no adecua sus leyes internas a las disposiciones del Tratado Internacional está faltando a su deber de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Tratado, y como tal, se hará acreedor de una responsabilidad internacional. *Esta responsabilidad puede darse tanto por dictar el Estado normas opuestas al derecho internacional, como por omitir los medios para la realización de sus internacionales*⁹.

La conclusión de nuestros compatriotas, la Dra. Almirón y el Dr. Pettit, especialistas en la materia, es la siguiente: *para solucionar los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno es necesaria en cada Estado una reforma constitucional que establezca la primacía del derecho internacional, y que evite las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que hasta hoy han estado divididas entre la doctrina monista y dualista.*

*Sería importante establecer, por ejemplo, la supranacionalidad automática en materia de Derechos Humanos, para que las normas de los organismos supranacionales pudieran regir automáticamente sin necesidad de incorporarse a la legislación interna*¹⁰.

8. Obra citada, pág. 38.

9. Digesto de Derechos Humanos, pág. 37.

10. Digesto De Derechos Humanos, pág. 42.

V. Los Derechos Humanos en la Constitución de 92

La Constitución de la República del Paraguay otorga el segundo lugar en el orden de prelación de las leyes a los Tratados de DD.HH. (art. 137). Asimismo, reconoce al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus artículos 143 inc. 5 y 145.

El artículo 137 dispone en su primer párrafo: *“La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso, y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”*.

El artículo 141 en concordancia directa con el artículo arriba transcrito dispone: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137.*

Es decir, en el Paraguay, a los efectos de la aplicabilidad y exigibilidad de cualquier instrumento de naturaleza internacional en territorio nacional, primeramente se debe modificar su naturaleza a una ley de carácter interno eso es lo que prescribe taxativamente el 141 del texto supremo.

Como hemos dicho antes, el Paraguay ha aceptado que los DD.HH. se rigen por un orden internacional. El artículo 143 inc. 3) ordena cuanto sigue: *“La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: 5) la protección internacional de los Derechos Humanos... Al ser reconocidos los derechos humanos a nivel internacional, su protección puede ser reclamada también ante los organismos internacionales correspondientes. De hecho que nuestra Constitución reconoce también la existencia de un orden jurídico supranacional, en su art. 145, al establecer que: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los Dere-*

chos Humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”...

Según el libro *Digesto de Derechos Humanos*, “... *Con este compromiso, el Paraguay se encuentra obligado constitucionalmente a que los instrumentos internacionales suscriptos ya no sean meros actos protocolares, más cuando ellos se constituyen en instancias supra legales de nuestro orden positivo interno para la defensa de la vida, de la libertad y de otros valores sustantivos que él garantiza a los habitantes de la República en su papel de protector primero*”...¹¹.

De allí la innegable influencia que dichos instrumentos tienen sobre nuestra legislación positiva. Puesto que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos están en un orden de prioridad superior que las leyes dictadas por el congreso, si hubiera alguna disposición del Derecho de Familia, en cualquier instrumento normativo (por el ej. Código Civil), que contradiga los valores y principios consagrados por éstos, esa disposición deberá ser modificada. Aunque en la práctica, actualmente, todavía ese cambio no se manifieste en la modificación de las leyes, dichos cambios deberán operarse, mas tarde o más temprano.

La opinión de la Dra. Elodia Almirón, expresada en el libro “Comentario a la Constitución” es la siguiente: “*Más aún, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable, adoptando medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.*

Asimismo, la Corte IDH ha manifestado que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Ello implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile); y sólo son efectivas

11. *Digesto De Derechos Humanos*, pág. 42/45.

*cuando el Estado adopta su actuación a la normativa de protección de la Convención*¹².

VI. Los avances científicos y tecnológicos en la Legislación paraguaya

La Carta Magna del 92, por la época en fue dictada, no tuvo en cuenta los descubrimientos que en el área de la genética venían avanzando rápidamente, ni las aplicaciones a que estos descubrimientos dieron lugar, como las técnicas de reproducción asistida, el diagnóstico genético pre-implantacional, la investigación con células madre, la clonación, etc. Tampoco los problemas de toda índole que la puesta en práctica de estos procedimientos puede acarrear, como por ejemplo: la influencia que éstas técnicas ejercen en el derecho de familia, la existencia de embriones sobrantes, el destino que tendrán los mismos, la manipulación genética, la mutación del patrimonio genético, los abusos cometidos sobre seres humanos en el marco de experimentaciones e investigaciones científicas, etc.

Si bien algunos de estos procedimientos ya eran de aplicación generalizada en el mundo en aquellos años, en el Paraguay aún eran de realización incipiente. Debido a ello, no hay menciones expresas a ningún tema que involucre investigaciones en materia genética, ni a la procreación artificial, ni al derecho a la conservación del patrimonio genético, ni al derecho de gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, en la Constitución del 92.

Tampoco en los cuerpos legales inferiores, leyes, Códigos, etc. se observa un reconocimiento de los avances científicos y tecnológicos en el área genética, excepto algunas pocas regulaciones atinentes al pago del examen de ADN para juicios de filiación (Acordada C.S.J. N° 23/92). Y la

12. Comentario A La Constitución. Tomo III. Corte Suprema de Justicia. Asunción, Paraguay. Año 2007. Págs. 462/463.

disposición del art. 184 del Código de la Niñez y Adolescencia (Ley N° 1680/01), que reconoce expresamente a la prueba de ADN u otras pruebas científicas, como aptas para demostrar los vínculos sanguíneos en una acción de reconocimiento, o desconocimiento de la filiación.

En nuestra Constitución, la única señal de reconocimiento de los avances científicos y tecnológicos en el área genética es la establecida en el artículo 53 última parte, que reconoce el derecho indeclinable de toda persona de investigar el vínculo paterno-filial, adhiriéndose así a las nuevas tendencias mundiales del Derecho de Familia, de fomentar la búsqueda de la verdad biológica en las cuestiones filiatorias.

Estas carencias deben ser tomadas en cuenta por nuestra sociedad y empezar un proceso cuyo destino final sea poner fin a esta gran laguna legal, puesto que se trata de asuntos de implicancias graves. En efecto, la puesta en práctica de estos adelantos científicos, (biomedicina), puede colisionar con los derechos humanos de los seres humanos tanto en nuestra condición de individuos como en nuestra condición de especie humana. Por ejemplo, la dignidad, y el derecho a la vida del embrión in-vitro son puestas en riesgo cuando se realiza un diagnóstico genético pre-implantacional; el derecho a la identidad de un niño/a nacido con semen de donante es vejado si no se le permite tener acceso a los datos identificatorios de su padre biológico; asimismo, la dignidad y el derecho a la conservación del patrimonio genético de toda la humanidad son puestas en riesgo cuando se realizan experimentos que involucran una manipulación genética.

Los derechos relacionados con la práctica de la bio-medicina son llamados derechos de última generación y han sido reconocidos como derechos humanos. Y como lo hemos afirmado antes, los DDHH ahora tienen un status internacional, por lo que el Estado tiene un compromiso asumido a través de diversos Tratados Internacionales, de asegurar el ejercicio de éstos.

En el ámbito de la bioética se han firmado, a instancias de la UNESCO, los siguientes instrumentos internacionales: a) la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (de 1997, que

la Asamblea General de la Naciones Unidas hizo suya en 1998); b) la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003); y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).

En un intento multilateral de definir un marco para la investigación científica, el Consejo de Europa adoptó en abril de 1997, la “Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología”, más conocido como el Convenio de Oviedo, y en el año 2004, se firmó el Protocolo adicional al Convenio sobre derechos humanos y biomedicina relativa a la investigación biomédica.

Tampoco es necesario dar grandes pasos, pero hay que empezar a estudiar estos temas e ir regulándolos, aunque sea, un tema a la vez. Por ejemplo, la prohibición de la clonación reproductiva es uno de los pocos temas que ha conseguido consenso mundial. La mayoría de los países del globo han dictado regulaciones específicas en cuanto a este tema, a fin de dejar sentada su postura al respecto y contribuir así a la erradicación internacional de esta técnica. Por ejemplo: Panamá (Ley N° 3/2004), Perú (Ley N° 26.842/97, y Argentina (Decreto N° 200/97), entre muchos otros. Paraguay debería también dictar una ley adhiriéndose al consenso mundial sobre la necesidad de prohibir la clonación reproductiva, a fin de no dejar dudas acerca de la ilegalidad de implementar dicho procedimiento en nuestro país, el cual, como país del tercer mundo, tiene condiciones para ser utilizado como un “paraíso genético” por países más industrializados.

También se debe regular el tema de la investigación con células madre, según sean células madre “adultas” o “embrionarias”. Existen diversos tipos de células madre. Las células madre adultas se obtienen de tejidos tales como la placenta o la medula, se congelan y se guardan para poder utilizarlas para el tratamiento de posibles enfermedades del bebé, como leucemia, anemia, linfoma, trastornos hematológicos heredados o ciertos tumores infantiles, entre otras, sin riesgo de rechazo inmunológico. La obtención de este tipo de células madre no ofrece reparos éticos ni legales.

Pero las células madre más cotizadas y deseadas por los científicos, son las células madre embrionarias (que no son otra cosa que embriones), porque son mejores que las otras para la investigación en medicina regenerativa. Se espera que en el futuro, se podrán producir órganos humanos, a partir de células madre embrionarias, no solamente regenerarlos, que es el resultado que se puede esperar de las células madre adultas. Son utilizados los miles de embriones que han sobrado de la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida, los cuales se congelan supuestamente para una implantación posterior, la cual muchas veces no ocurre, ya que la pareja puede separarse, o simplemente cambiar de idea acerca de cuántos hijos desean tener.

Este procedimiento está permitido en varios países, como por ejemplo EE.UU., Inglaterra, Brasil, España, entre otros. Es mas, algunos países no solo permiten la investigación con embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, sino que se permiten “crear” embriones destinados a experimentación, por el procedimiento conocido como “clonación terapéutica”, permitida en países como: Gran Bretaña, España, Corea del Sur, Estados Unidos, Bélgica, Suecia, Japón, Israel, Singapur y Finlandia.

En el año 2005 se emitió la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Clonación Humana, en la cual se recomienda a los Estados Miembros prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana.

Dicha declaración fue adoptada por 84 votos a favor, 34 en contra y 37 abstenciones. Paraguay votó en el mismo sentido que la mayoría. Como dato de interés acerca de la posición de nuestros vecinos, Brasil votó en contra de la mayoría, al igual que Cuba. Argentina y Uruguay se abstuvieron de votar. De todas maneras, dicha Declaración no es de cumplimiento obligatorio, así que los países que no estuvieron de acuerdo, hicieron caso omiso de la misma con respecto a la clonación terapéutica, y siguieron trabajando en dichas investigaciones. De hecho, con posterioridad a dicha Declaración, varios países dictaron leyes que declararon

legal la clonación terapéutica, como por ejemplo España (2007) y Panamá (2004), entre otros.

Entiendo que en nuestra legislación la investigación con células madre embrionarias estaría prohibida (ya sea que provengan de embriones sobrantes o de clonación terapéutica), debido a que nuestro derecho considera al embrión, desde su concepción, dentro o fuera del seno materno, como una persona. Desde este punto de vista no es necesario prohibir la investigación con células madre embrionarias en nuestro país. Sin embargo, como hemos afirmado antes, nuestro país debe externalizar su postura al mundo, para enriquecer el debate internacional, y para que alguna vez pueda ver la luz una postura mayoritaria sobre estos temas tan polémicos, lo cual contribuirá a la paz social internacional.

VII. Distintos modelos de familia reconocidos en la Legislación paraguaya

La Constitución paraguaya se compromete a promover y a proteger a la familia. El artículo 49 establece: *“La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores y sus descendientes”*.

En esta norma encontramos la descripción expresa de dos tipos de uniones que merecen la protección legal según el texto constitucional: a) la unión estable entre un hombre y una mujer y sus hijos (concubinato); y b) la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores y sus descendientes (familia monoparental).

Aunque la norma del artículo 49 no lo diga expresamente, la unión en matrimonio del hombre y la mujer, también es digna de protección integral. De hecho, esta es la especie más valorada por el ordenamiento jurídico paraguayo. El artículo 52 establece: *“La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia”*.

Cabe aclarar que la unión de hecho a que se refiere el artículo 49 C.N, es a la unión de hecho entre un hombre y una mujer, sin impedimen-

tos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad. Este tipo de uniones –que son conocidas en nuestro país como “concubinatos”–, según la Constitución, art. 51, *producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley.*

Acerca del tema de las familias que merecen la protección de la ley, corresponde decir que la enumeración establecida por la Constitución es taxativa, o sea, que quedan excluidas de la protección constitucional, las familias que no se amolden a esas características, como por ejemplo la simple unión de hecho heterosexual cuando la pareja no reúne los requisitos para que su unión sea considerada un concubinato, las familias ensambladas (aquella constituida por un hombre y una mujer que ya tienen hijos de otras uniones) y la pareja homosexual. Quiere decir que los integrantes de cualquiera de estos modelos de familia, no tienen un respaldo legal para la defensa de sus derechos, sus derechos no están regulados.

Esta forma de categorizar entre familias dignas o indignas de la protección legal, si bien concuerda con los valores sociales imperantes en el país en la época en que nuestras leyes fueron dictadas, actualmente puede ser considerada discriminatoria.

Recuérdese que actualmente, algunos de los valores que la sociedad consideraba dignos de realce han sufrido una evolución, que se manifiesta en las Convenciones Internacionales de DD.HH., en las cuales la nueva visión sitúa a la “persona” en sus diversas relaciones familiares, como eje de la protección legislativa, y no ya a la “familia” como institución.

En este punto cabe aclarar que en el ordenamiento jurídico paraguayo han desaparecido las diferencias que antes existían en los derechos de los hijos, según que hubieran sido fruto de una relación legítima o ilegítima.

Actualmente, el derecho paraguayo no hace distinciones en los derechos de los hijos, ... *todos los hijos son iguales ante la ley...* (Art. 53 C.N.) O sea que, los derechos de los hijos se encuentran razonablemente resguardados.

No podemos decir lo mismo de los derechos de los progenitores de los mismos, en los casos en que su unión no se amolde a uno de los modelos que la Constitución reconoce como “dignos”, pues ellos se encuentran desprotegidos legalmente, lo cual, en última instancia, afectará también a su descendencia, indirectamente, pues si su familia no merece la protección legal, es evidente que no podrán hacer efectivos todos sus derechos ciudadanos.

Merece atención la opinión de la doctrinaria Nora Lloveras acerca de este tema: ... *en este contexto cabe recordar que los tratados y convenciones de derechos humanos reconocen en forma expresa al matrimonio como una de las formas de manifestación de la familia, pero no la única ni tampoco “la” forma por excelencia. Es mas, por el contrario, una interpretación armónica a integral de los derechos reconocidos en dichos instrumentos permite vislumbrar el reconocimiento implícito de diversas formas de vivir en familia. Ahora bien, el reconocimiento de múltiples modalidades familiares no significa que necesariamente todas ellas vayan a gozar del mismo grado de cobertura legal. De lo que se trata es de determinar los alcances de tal protección sobre la base del principio de no discriminación ya aludido*¹³.

En la próxima Constituyente habría que revisar dicha solución legal, analizando los pro y los contra de mantenerla o de modificarla, teniendo en cuenta que no es necesario adoptar decisiones radicales o explícitas. Se puede por ejemplo, restar el carácter taxativo a la lista de modelos de familias que merecen protección legal, evitando hacer definiciones, a fin de que más adelante se pueda reglamentar la situación legal de otros modelos de familia, si así se considera conveniente.

13. El Derecho de Familia en Latinoamérica. Nora Loveras. Marisa Herrera. Directoras. Editorial Nuevo Enfoque Jurídico. Argentina. Año 2010. Pág. 633.

VIII. El derecho a la reproducción en el Derecho paraguayo

En nuestro país, el texto constitucional reza: *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones (Art. 50).*

El reconocimiento del derecho a fundar una familia, en el mundo ha dado origen a la tesis de que existe un “derecho a la reproducción”, también llamado “derecho a procrear”. Y con fundamento en este “derecho a procrear”, algunos defienden que no se puede prohibir a ninguna persona, que sea usuaria de las técnicas de reproducción asistida, cualquier sea su condición civil (soltera, casada, viuda, o divorciada), y cualquiera sea su preferencia sexual (heterosexual u homosexual).

Corresponde analizar cuál es la regulación jurídica en nuestro país acerca del derecho a procrear, pero preliminarmente cabe hacer algunas aclaraciones:

En primer lugar, que algunas aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida dan lugar a muchos cuestionamientos éticos y religiosos, pues impactan en algunos de los derechos humanos fundamentales reconocidos a toda persona humana, como por ejemplo el derecho a tener dos padres responsables, el derecho a la identidad, etc.

En segundo lugar, que hasta hace tres décadas no se controvertía el derecho de todo ser humano a tener un hijo, ya que como el varón y la mujer están preparados biológicamente para engendrar nueva vida, el derecho de hacerlo era considerado como un derecho natural al ser humano. La situación cambió con el advenimiento de las T.R.A. (Técnicas de Reproducción Asistida), debido a que la reproducción asistida no se produce en forma natural, sino artificial, y con el concurso de los médicos encargados de llevar a cabo el procedimiento, por ende, escapa al ámbito íntimamente personal en que se desarrolla la procreación natural. Entonces, este derecho de procrear, hasta entonces indiscutible, empezó a cuestionarse con el desarrollo de las técnicas de procreación humana asistida, haciéndose necesario determinar si existe un derecho a la reproducción, y en ese caso, si este derecho implica que se puede concebir con quien se quiere, cuándo se quiere y cómo se quiere, incluso artificialmente.

Y, por último, que el concepto de salud evolucionó. Lo que antes era considerado como una mera condición física, ahora es considerado como un estado de bienestar físico mental y social. La infertilidad, al ser causante de graves desequilibrios psicológicos y emocionales, es considerada como una enfermedad. Desde esa perspectiva puede advertirse que el acceso a las T.R.A. (Técnicas de Reproducción Asistida) se alza como una de las múltiples aristas que conforman el derecho a la salud y, más puntualmente, el derecho a la salud sexual y a la reproducción.

Entonces, hechas estas aclaraciones, corresponde responder a varias preguntas, como lo hemos adelantado más arriba:

—¿Está el Derecho a la Reproducción —también llamado Derecho a Procrear— incluido en el derecho de fundar una familia, garantizado en el art. 50 de la C.N.?

El texto constitucional no deja dudas al respecto de la existencia del derecho de fundar una familia, lo dice expresamente (art. 50 C.N.). El derecho a la reproducción tiene su fundamento en la dignidad de la persona, como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes, y si bien no está expresamente contemplado en nuestra Constitución, se funda en la consagración de la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento.

Corresponde mencionar también aquí que el Paraguay ha suscrito varios Tratados de Derechos Humanos que han elevado el derecho a la reproducción, a la categoría de derechos humanos, por ejemplo la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Ley 10215/86), Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (ratificada en diciembre de 1951), y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (ratificada por Ley 605/95), entre otros.

—¿Está el derecho a la reproducción asistida incluido en el derecho de fundar una familia, garantizado en el art. 50 de la C.N.?

Por las mismas razones expuestas con respecto al derecho a la reproducción, considero que el derecho a la reproducción asistida también está incluido en el derecho a fundar una familia. Y no solamente en este, sino también en el derecho a la salud.

—¿Debe/puede el Estado imponer límites al mentado derecho a procrear artificialmente?

El tema de la intervención del Estado en la regulación de la familia no es un dilema nuevo, aunque ahora ha resurgido con renovados bríos.

Es que a veces, surgen tensiones entre el Estado y los individuos que componen una familia, como por ejemplo en los casos de reproducción asistida, ya que estos procedimientos han impactado fuertemente en los derechos humanos de los niños así nacidos, y en la concepción misma de la “familia”.

Por ejemplo, en el contrato de maternidad subrogada. Por un lado tenemos a la persona que desea procrear por ese medio, quien reclama dicho derecho con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, y por otro lado tenemos al Estado, a quien le interesa proteger a la familia y también tiene la obligación de pensar en los derechos de los niños/as que nazcan en ese contexto y protegerlos del desamparo.

Existen varias posiciones al respecto. Entre las posiciones extremas tenemos a quienes consideran que el Estado tiene una primacía clara sobre la familia, pudiendo intervenir en la misma cuantas veces sea necesario. Esta posición considera al derecho de familia, como una rama del derecho público. En la otra punta, tenemos a los individualistas, quienes sostienen que el Estado debe abstenerse de intervenir en todos los casos, sobre la familia, y defienden que el derecho de familia corresponde exclusivamente al derecho privado.

Según el Dr. Moreno Rufinelli: *...Es necesario adoptar aquí, como siempre, el término medio aristotélico. Ni una marcada tendencia colectivista o “social” ni una exagerada exacerbación del individuo tendrán la respuesta adecuada: más bien, debe aceptarse por un lado el ámbito irrenunciable de la autonomía individual y, por el otro, la importancia del grupo y el espíritu de solidaridad en los valores para el desarrollo pleno de la sociedad*¹⁴.

14. José Antonio Moreno Rufinelli, *El Derecho de Familia*, Tomo I. Intercontinental Editora. Asunción Paraguay, Año 2005. pág. 45.

Teniendo en cuenta la importancia de la familia para la sociedad toda, el Estado puede intervenir legítimamente para regular ciertas situaciones, pero sólo será justa esa intervención cuando sea subsidiaria, es decir, en los casos en que haya fracasado la familia como instituto de protección y educación del individuo. Esta la posición que encuentra más adeptos en la actualidad.

La jurista española Encarna Roca Trías, citada por Moreno Rufinelli da una opinión esclarecedora al respecto: ... *la discusión entre autonomía vs. intervención del poder público está mal planteada cuando se edifica sobre criterios de oposición. La intervención del juez o de otro funcionario público no impide el ejercicio de la autonomía, sino que pretende evitar la arbitrariedad y la desigualdad (entre los miembros de la familia)*¹⁵.

A tenor de lo expresado por Moreno Rufinelli a continuación: ...*Es justamente eso lo que explica el principio de subsidiariedad: el Estado deberá intervenir sólo cuando el grupo menor – la familia- fracasa como institución social; y con ello se logra el fino balance entre la protección del individuo y del grupo familiar*¹⁶.

Este debate se concretiza en las distintas posturas que han adoptado los diversos países en la regulación de las técnicas de reproducción asistida.

Algunos países, basados en el principio del Interés Superior de los Niños, en los casos en que ven un potencial perjuicio a sus intereses, limitan la puesta en práctica de estos procedimientos, prohibiendo su realización o estableciendo condiciones. Es el caso de las leyes que solo permiten la realización de estas técnicas dentro del matrimonio, o en parejas de hecho (concubinatos), como lo son las leyes de Costa Rica (Decreto de la Reproducción Asistida N° 24.029/95), Alemania (Ley de Protección al Embrión) e Italia (40/2004).

15. Moreno Rufinelli, obra citada, pág. 47.

16. Moreno Rufinelli, obra citada, pág. 47.

En el otro polo tenemos a países, como Inglaterra (Human Fertilization and Embriology Act), España (14/2006) y Estados Unidos, quienes no imponen prácticamente ninguna restricción al respecto, es decir, permiten que pueda ser usuaria casi cualquier mujer, independientemente de su estado civil y preferencia sexual, siempre que sea mayor de edad, y que de su consentimiento. El argumento que subyace a esta posición es el establecido en las Consideraciones Éticas dictadas por el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Fertilidad (1994), que dicen básicamente, que el Estado no puede prohibir la realización de ninguna técnica de fecundación asistida porque ello vulneraría tanto el Derecho de Formar una Familia (derecho a la procreación), como el Derecho a la Intimidad de los interesados, ambos de índole constitucional. Y que el Derecho a la Intimidad de los padres tiene un rango superior al derecho de un neonato (no nacido).

Con respecto a nuestro país, cabe manifestar que en Paraguay aún no hay leyes ordinarias reglamentarias de la puesta en práctica de técnicas de reproducción asistida, por lo que hasta el momento, el establecimiento de los límites y el control de calidad está en manos de los médicos que las realizan. Cabe recordar el principio constitucional del art. 9º que establece que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*.

En estas condiciones, las clínicas de fertilidad están jugando un partido sin arquero. Pueden por ejemplo, realizar procedimientos a mujeres casadas sin el consentimiento de su marido, o a mujeres solas (solteras, viudas, lesbianas), con semen de donante, o después de muerto el padre, pueden fecundar 10 embriones e implantar uno, congelar el resto, etc. El Paraguay debe reglamentar la puesta en práctica de estos procedimientos porque dejar librada la decisión a los interesados, (usuarios de los procedimientos y clínicas de fertilidad) es una determinación temeraria, teniendo en cuenta que no se puede presumir que actuarán con prudencia, por la gran ansiedad que acomete a las personas infértiles, y a los grandes intereses económicos que significa para las clínicas de fertilidad la realización de estos procedimientos.

Teniendo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño, establecido tanto en el art. 54 de la C.N., como también en tratados internacionales suscritos por Paraguay, considero que, en los casos en que se produjera un enfrentamiento de intereses, el Estado deberá proteger prioritariamente los intereses de los niños/as adolescentes, restringiendo o condicionando la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida.

IX. La investigación del vínculo biológico en la Legislación paraguaya

La Constitución Nacional, art. 53, última parte dice así: ... *Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales.*

Según el marco teórico brindado por la Constitución todos los hijos tienen derecho a investigar su filiación, sin excepciones. Esto condice con la tendencia mundial de dar prioridad a la búsqueda de la verdad objetiva, que surgió a partir del descubrimiento de la prueba de ADN.

En efecto, el descubrimiento de la prueba de ADN marcó un hito en el Derecho de Familia al permitir el acceso a la verdad biológica, a la cual, antes, era imposible acceder, razón por la cual se crearon las presunciones legales, como una forma de proteger a la familia. Pero para poder dar espacio a las pruebas biológicas se hizo necesario primeramente modificar el sistema de presunciones que preveía en aquella época, el cual se caracterizaba por tener presunciones absolutas o *juris et de jure*, en su mayoría. Ya que si una presunción de paternidad o maternidad es absoluta, o sea, no admite prueba en contra, no sirve de nada que exista una prueba capaz de demostrar lo contrario, puesto que dicha prueba no será admitida en juicio.

La mayoría de los países receptaron de brazos abiertos dicho avance y derogaron todas las disposiciones que establecían presunciones absolutas, consagrando presunciones *juris tantum* en todos los casos, es decir,

dejando abierta la posibilidad de demostrar la verdad biológica, sea para crear nuevos vínculos, o para deshacerlos.

Nuestro país, sin embargo, no derogó todas las disposiciones legales que establecen presunciones absolutas, estando vigentes actualmente varias presunciones absolutas:

- a) La establecida en los arts. 227/228 del C.C.P. Como consecuencia, en el caso en que una mujer se case en segundas nupcias antes de los trescientos días de disuelto el primer matrimonio, se presume, sin admitir prueba en contrario, que el hijo que naciera después de los ciento ochenta días de la celebración del 2º matrimonio, es hijo del 2º marido. Si se diera el caso de que, a pesar de dicha presunción, en realidad el hijo que naciera después de los 180 días de la celebración del 2º matrimonio fuera hijo del 1º marido, nadie tendrá acción para impugnar dicha filiación. Ni el verdadero padre (que es el primer marido), ni el padre supuesto (que es el 2º marido), ni la madre, ni el hijo, nadie.
- b) La establecida en el Art. 239 C.C.P. Como consecuencia, si el marido de la madre no impugnó su paternidad en el plazo de dos años desde el nacimiento, ya no podrá hacerlo después. Si movido por engaños, creyó que era hijo/a suyo/a y después se percató del engaño, tiene 60 días desde que tuvo conocimiento del engaño, para impugnar su paternidad, si no lo hace dentro de dicho plazo ya no tendrá acción para impugnarla después.
- c) La presunción acerca del plazo de duración del embarazo (art. 29 C.C.P), y
- d) La presunción acerca de la época de la concepción (art. 29 C.C.P).

Estas presunciones absolutas, como vemos, atentan contra el derecho de investigar el vínculo biológico. Y no solamente son estas presunciones las que restringen el derecho a la investigación del vínculo biológico en el Paraguay. Nuestro Código Civil establece diferencias en cuanto al derecho de peticionar acciones de investigación de la paternidad/maternidad, según quién sea el interesado en hacerlo. Así, cuando una mujer

casada se queda embarazada de otro hombre, la ley le niega acción para impugnar la paternidad de su marido, y tampoco la tiene el padre biológico del niño.

Esta negativa se ha fundado, en que, siendo el hijo fruto de un adulterio, no corresponde beneficiar a la madre ni al padre biológico reconociéndole acción de impugnación de la paternidad del marido.

En mi opinión este razonamiento adolece de cuanto menos dos errores importantes: En primer lugar, que la sanción lógica para el adulterio sería que se declare culpable a la esposa del divorcio, por su infidelidad, y como consecuencia, perdería los derechos que le corresponden como esposa (derecho a heredar, etc.), pero no hay una relación causal entre la infidelidad y la negación de la acción para impugnar la paternidad del marido; y en segundo lugar, porque su hijo, es un sujeto de derecho también, y no hay porque castigarlo a él por un error de su madre. Y sería un castigo para el hijo/a impedir que su madre busque que su verdadero padre lo reconozca, cuando que es posible que su padre supuesto (el marido de su madre), lo odie por ser fruto del adulterio de su esposa, pero aún así no impugne su paternidad por venganza o por no causar un escándalo. Aunque el hijo pueda impugnar dicha paternidad cuando sea mayor de edad, le causaría un daño irreparable el haber vivido toda su infancia en esa horrible situación.

En cuanto a la investigación de la maternidad cuando se trate de atribuir la maternidad a una mujer casada, nadie tiene legitimación para hacerlo, ni la madre, ni el hijo, ni otros interesados, nadie, salvo que el hijo hubiera nacido antes del matrimonio. Sería el caso de una mujer casada que haya abandonado a su hijo. En estos casos, el hijo/a no tiene derecho a investigar quién es su madre, a despecho del texto de nuestra Carta Magna, que consagra dicho derecho, sin condiciones.

En opinión de la doctrinaria argentina, Dra. Nora Lloveras, quien escribió un libro caratulado "La Filiación en la Argentina y en el MERCOSUR", y en su texto, al analizar el régimen de filiación paraguayo dice, entre otras cosas: *Existe un límite en el derecho paraguayo, de dudosa constitucionalidad, que es la imposibilidad de ejercer la acción de recla-*

*mación de la filiación cuando se persigue atribuir la maternidad a una mujer casada*¹⁷.

También Marisa Herrera, expresa su opinión en el Libro “El Derecho de Familia en Latinoamérica, diciendo lo siguiente: *...En definitiva, desde la perspectiva del principio de no discriminación entre las diversas modalidades de familia, entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y entre los sexos, deviene insostenible sostener sistemas diferenciados para impugnar la paternidad matrimonial, la maternidad y el reconocimiento. Considero entonces que una futura reforma legal debiera contemplar la posibilidad de unificar estos sistemas, otorgándoles idéntico tratamiento, del modo que vimos ocurre en algunos regímenes del derecho comparado, como el Código Civil Francés, el Código Civil de Québec, y el Código de Familia Cubano*¹⁸.

Estoy de acuerdo con Marisa Herrera. Para evitar que los derechos consagrados en la Constitución sean una mera declaración de principios, sería conveniente posibilitar que la investigación del vínculo biológico por parte de los hijos sea una puerta abierta para ellos, siempre, tal como les es concedido en virtud del art. 53 de nuestra Carta Magna. Y también evitar los sistemas diferenciados para impugnar la paternidad matrimonial, la maternidad y el reconocimiento.

No solamente el derecho a la investigación del vínculo biológico se ve afectado por ese sistema diferenciado de acceso a las acciones filiatorias. También el “derecho al acceso a la justicia”, y el “debido proceso”. En efecto, ¿de qué sirve que la ley fundamental reconozca el acceso a la justicia, si una ley ordinaria, inferior en la pirámide de Kelsen, niegue la legitimación activa para impugnar nada más y menos que un vínculo filial?

Como lo hemos afirmado antes, el descubrimiento del ADN no solamente dio origen a una nueva forma de determinar la filiación, mediante

17. Nora Lloveras, La Filiación en la Argentina y en el MERCOSUR, Costa Rica y Perú. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 2007, pág. 199.

18. El Derecho de Familia en Latinoamérica. Obra citada. Pág. 635.

la comprobación de los vínculos biológicos que unen a las personas, sino que influyó en la misma filosofía que orienta el derecho de familia. Ahora se considera que fundar la familia en lazos sanguíneos falsos no es propiciar la unión de la familia, ni tampoco el interés particular de cada uno de los miembros de la familia.

X. Protección al niño en el Derecho paraguayo

El Art. 54 dice: *De la Protección al Niño: La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.*

Nuestra Constitución consagra que la familia, la sociedad y Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos,... y que los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

Tenemos un Código Civil (Ley N° 1183/87) y un Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 1680/2001) que protegen en forma razonable los derechos de los niños/adolescentes, y que consideran al embrión como persona desde el momento de su concepción, dentro o fuera del seno materno, así como también hemos suscrito y aprobado varios Tratados de DD.HH. que consagran tanto el principio de primacía de los derechos de los niños, como también la protección de la vida humana desde la misma concepción. Asimismo, la creación del Sistema Nacional de Protección y Promoción Integral y de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia (SNNA), han contribuido a fortalecer el marco protectorio jurídico de los derechos de los niños/adolescentes de nuestro país.

Pero ninguno de estos instrumentos legales, ni políticas o planes nacionales, dan soluciones expresas a la problemática que traen consigo las técnicas de reproducción asistida, en el campo del derecho de familia,

como por ejemplo: si el contrato de donación de semen garantiza o no al donante el anonimato de su identidad; o si el marido de la madre puede o no impugnar su paternidad en caso de que su esposa se insemine con semen de un donante; o si el niño que fue concebido después de la muerte de su padre tiene o no derecho a heredar, o si el contrato de maternidad subrogada es válido o no, etc. Ciertamente que se pueden aplicar por analogía las disposiciones existentes, pero no son aptas para regular estos temas.

Aunque creo que aún no es el momento en el Paraguay de dictar una ley integral sobre regulación asistida, por razones que serán desarrolladas más adelante, sí creo que se deben realizar algunas modificaciones parciales al Código Civil, sobre temas cuya solución tiene un consenso mundial, como por ejemplo, prohibir la impugnación de la paternidad del marido de una mujer que dio su consentimiento para que ésta sea inseminada con semen de donante. Numerosos son los países que han modificado parcialmente el Código Civil, a fin de introducir esa limitación, como por ejemplo: Portugal (Art.1839 del Código Civil), Canadá (Código Civil de Québec, art. 539); Bolivia (Código de Familia, art. 187); Chile, Ley 19.585/99, que reforma el Código Civil en materia de filiación, artículo 182, entre otros.

También son ahora numerosos los países que han regulado la cuestión del derecho a la identidad de los niños nacidos con semen de donante, permitiendo a estos que accedan a los datos generales, genéticos y antropológicos del donante, aunque no necesariamente le concedan el derecho de exigir la constitución de un estado de familia. Por ejemplo: Suecia (Ley 1140/84) y Austria (Ley del 1 de julio de 1992) reconocen al niño el derecho a conocer la identidad de su padre biológico, a partir de los 14 años. En Suiza, (por Plebiscito, en la Constitución Federal) se garantiza el acceso de una persona a los datos relativos a su ascendencia. Alemania (Comisión Benda) aconseja conservar la información relativa al donante a fin de que el niño, una vez cumplidos los 16 años, pueda conocer sus orígenes. El 1 de abril del 2005, Inglaterra modificó su legislación anterior, y consagró el derecho a la identidad de los nacidos mediante FIV (fecunda-

ción in-vitro) o IA (inseminación artificial) con semen de donante, permitiéndoles investigar sus orígenes genéticos, pero recién después de los 18 años.

Asimismo, ninguno de estos instrumentos legales prevé cuál es la situación jurídica de los embriones sobrantes de una fecundación in-vitro, qué se puede/debe hacer con ellos y que no se puede/debe hacer con ellos. Y las armas legales con que contamos no son suficientes para proteger al embrión in-vitro. Debido a que la reproducción asistida se realiza en el marco del principio de la autonomía de la voluntad, sin límite legal alguno, se puede presentar la situación de que, en el marco de la realización de una fecundación in-vitro, no le sean implantados a la madre todos los embriones fecundados, es decir, que haya embriones sobrantes, y la madre no desee que los mismos le sean implantados en una segunda oportunidad. Esa es una situación que no tiene remedio legal en nuestro derecho, y es solo un ejemplo, pero no el único caso que podemos citar.

Tampoco debemos ilusionarnos pensando que en los países que si cuentan con una regulación integral se protege mas y mejor a los sujetos afectados. El embrión in-vitro por ejemplo, es hoy más que nunca vulnerable a todo tipo de vejaciones.

Basta mencionar que hay millones de embriones congelados en los Bancos de Embriones del mundo entero. La mayoría de esos embriones serán utilizados para experimentación, es decir, serán destruidos.

Probablemente la raíz de dichos abusos, se origina en la falta de una respuesta uniforme a preguntas fundamentales, como por ejemplo, ¿cuál es el status jurídico del embrión in-vitro? Ya que lo que para algunos es un simple conglomerado de células para otros es una persona humana.

Sin restar importancia al hecho innegable de que nuestro país debe actualizar su legislación, quiero resaltar como conclusión que no se debe perder de vista la importancia de buscar respuesta a esas preguntas fundamentales, pues son el camino para la convivencia pacífica y para una sociedad más justa.

XI. Necesidad de actualizar la legislación a los cambios operados en el concepto de la familia

Como hemos visto, se ha producido un cambio en los mismos “valores” que dan cimiento al derecho de familia, y el Derecho no puede desentenderse de dicha evolución porque entonces dejaría de cumplir con su misión, de regulador de la convivencia social.

Con esto no estoy diciendo que el Derecho debe “aceptar” todo lo que es posible realizar científicamente, pues habrá algunos descubrimientos científicos que sean positivos y otros que sean negativos para la sociedad. Tampoco estoy diciendo que se debe aplicar a todos los modelos familiares el mismo modelo de regulación legal, equiparando los derechos y obligaciones de los componentes de las familias independientemente del modelo que adopten.

En doctrina extranjera, tenemos el reciente libro, del año 2009, titulado “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”, en el cual, los autores Nora Lloveras/Marcelo Salomón, dicen lo siguiente, en esta línea de afirmaciones: *“Lo que no se puede hacer es desconocer el cambio en los paradigmas del concepto de familia. El Derecho debe evolucionar, al igual que evolucionan los valores sociales, y al igual que evolucionan las costumbres y la vida cotidiana. El Derecho debe receptar el conjunto de valores, principios y creencias que la conciencia social media tenga internalizados; porque de lo contrario, si las leyes consagran normas ajenas a lo que acontece en la realidad, y a lo que siente y piensa la gente, dichas normas se vuelven impracticables y por ende ineficaces, pues la sociedad misma se encargará de rechazarlas, por no reconocerlas como propias”*.

... *“Estas transformaciones sociales, técnicas o científicas, y el creciente reconocimiento internacional de los derechos humanos, fomentan en mayor medida el cambio jurídico en las relaciones familiares... Frente a todas estas transformaciones no alcanza con reconocer que existen cambios sociales y científicos o técnicos, sino que es necesario además generar un ámbito jurídico que constituya una “piedra de toque” para avanzar*

*sobre los mínimos necesarios a fin de asentar las futuras regulaciones del derecho de familia*¹⁹.

Considero que no es todavía el momento, en nuestro país, de regular integralmente esta evolución del derecho de familia de la que hablamos, ni tampoco la puesta en práctica de los avances científicos y tecnológicos (técnicas de reproducción asistida, diagnóstico genético preimplantacional, investigación con células madre), puesto que aún no se han hecho los estudios sociológicos correspondientes. El primer paso debe ser poner a consideración de la sociedad todas estas posibilidades que la ciencia ofrece, todas estas problemas humanos y dilemas éticos que la aplicación de la ciencia trae consigo, todos estos nuevos valores que están insertos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, y esperar que estas nuevas ideas maduren en la conciencia de cada persona, hasta que podamos encontrar una postura mayoritaria de nuestra sociedad acerca de estos cambios. Cabe aclarar que no se trata de decisiones fáciles. Es posible que se precise de un tiempo de maduración de la sociedad para poder legislar sobre la materia.

XII. Consideraciones finales

Los descubrimientos científicos de las últimas décadas, no solamente en el área genética, sino también en el área de comunicaciones, y los inventos científicos y tecnológicos a que dichos descubrimientos dieron pie, han transformado la sociedad de manera general. Ha cambiado la forma de comunicarnos, de desplazarnos, de trabajar, de reproducirnos, de relacionarnos. Han cambiado las costumbres.

A su vez, el cambio de hábitos ha causado que se vea la vida desde un nuevo prisma, el cual, al producir un reflejo diferente, ha cambiado la mentalidad de la gente. En otras palabras, se ha producido una evolución

19. EL DERECHO DE FAMILIA DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Nora Lloveras- Marcelo Salomón. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 2009. Págs. 43/44.

de los mismos valores en que la sociedad fundaba su equilibrio, algunos de los cuales han sido rechazados por arcaicos, y se han incorporado nuevos paradigmas que se adecuan más a estas nuevas costumbres.

Todos estos nuevos criterios axiológicos han sido plasmados en los instrumentos internacionales de derechos humanos (declaraciones, tratados, convenios), y nuevas pautas de convivencia social han sido dictadas.

Esta es una evolución de la cual ningún país puede desentenderse pues vivimos en un mundo globalizado, en el cual, todos, desde el país más pequeño hasta el más grande, influimos en el contexto general mundial. Se ha dicho a modo de ejemplo que si se coloca una bomba en un lugar del mundo, estalla en el otro extremo.

En el Paraguay estamos muy desactualizados de este cambio de paradigmas y también hay una noción muy vaga en la sociedad acerca del papel que deben cumplir los tratados internacionales en la vida real y jurídica del país. Es que el derecho de los derechos humanos también evolucionó y en esa nueva percepción, los derechos humanos son reclamables por cualquier persona no solamente ante el Estado al cual pertenece, sino también, ante la comunidad internacional. Se ha reconocido igualmente, en la Constitución del 92 un “orden jurídico supranacional”, es decir, que el Estado paraguayo se ha comprometido a garantizar, en condiciones de igualdad con otros Estados, la vigencia de los derechos humanos, de la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo en lo político, económico, social y cultural.

Por ello, el primer paso que debemos dar como sociedad es dar a conocer a todos los paraguayos este cambio de paradigmas, esta evolución en los valores humanos que se ha manifestado en el dictado de nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos, y en nuevas leyes en otros países.

También debemos tomar postura sobre algunos temas urgentes y consensuados mundialmente como lo son:

- a) La clonación reproductiva. No se justifica la dilación de dictar una ley que prohíba dicho procedimiento, tal como lo hemos explicado más arriba, en el ítem VI de esta monografía; y

- b) La denegación de la acción de impugnación de la paternidad del marido de la madre, cuando ha dado su consentimiento para que ésta sea inseminada con semen de donante.
- c) En honor al art. 53 última parte de nuestra Constitución Nacional, que garantiza el derecho a la investigación de la paternidad, y al derecho constitucional al acceso a la justicia, no se puede postergar tampoco una reevaluación de las presunciones absolutas establecidas en el Código Civil en materia de filiación, así como de los legitimados para impugnar la paternidad matrimonial, la maternidad y el reconocimiento, tal como lo hemos explicado más arriba, en el ítem IX de esta monografía.

Tomemos conciencia de la importancia de los descubrimientos científicos y tecnológicos en nuestra vida real y pongamos manos a la obra.

Bibliografía

- El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Nora Lloveras-Marcelo Salomón. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 2009.
- La Filiación en la Argentina y el Mercosur, Costa Rica y Perú. Nora Lloveras. Editorial Universidad. Buenos Aires, año 2007.
- El Derecho de Familia en Latinoamérica. Nora Lloveras-Marisa Herrera, Directoras. Nuevo Enfoque Jurídico, Argentina. Año 2010.
- Investigación, Genética y Derecho. Carmen Salcedo Berltrán, Coordinadora. Valencia, España. Año 2008.
- Bioética, Derecho y Ciudadanía. Pedro Federico Hooft. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. Año 2005.
- Bioética y Derecho. Dilemas y Paradigmas en el siglo XXI. Roberto Arribere. Cátedra Jurídica. Buenos Aires, Argentina. Año 2008.
- Familia Monoparental. Cecilia Grossman-Marisa Herrera. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. Año 2008.
- Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Francisco Lledó Yague-Carmen Ochoa Marieta (Directores) Oscar Monje Balmaceda (Coordinador). Editorial Dykinson S.L. Madrid, España. Año 2007.

- Familias Ensambladas. Cecilia Grosman-Martínez Alcorta. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. Año 2000.
- Digesto de Derechos Humanos. Ma. Elodia Almirón P- Horacio A. Petit. Marben Editora y Gráfica. Asunción, Paraguay. Año 2008.
- Régimen Jurídico del Concubinato. Francisco Bazán. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Asunción, Paraguay. Año 2000.
- Derechos Individuales vs. Derechos Colectivos en Salud: Ética y Justicia. La Ley, 2004, C, 1320.
- Constitución Nacional de Paraguay, año 1992.
- Ley N° 1183/87, Código Civil Paraguayo.
- Ley N° 204/93, Que modifica el Código Civil y establece la Igualdad de los Hijos en el Derecho Hereditario.
- Ley N° 1/92, modificación parcial del Código Civil Paraguayo.
- Acordada de la CS.J No. 23/92, que regula el pago del examen de ADN
- Documentos dictados por el Estado, tales como Planes y Políticas en materia de Salud, Salud Sexual y Reproductiva, citados en el texto del artículo.