

ADECUACIÓN DEL DERECHO PARAGUAYO A LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO DE FAMILIA

Josefina Sapena Giménez¹

Introducción

El mundo ha cambiado mucho en los últimos años. Esto trajo consigo cambios sustanciales en los paradigmas que sustentan el derecho de familia, debido a varios factores, entre ellos, los avances científicos y tecnológicos en el área genética -descubrimiento del ADN y de las Técnicas de Reproducción Asistida-, la globalización y la evolución del derecho de los derechos humanos.

Los derechos humanos tienen actualmente reconocimiento supraestatal y una nueva visión que sitúa al “individuo” como eje de la protección legal, y no a la institución de la familia en sí. Esta nueva visión ha modificado la conceptualización jurídica de “familia”, y de las relaciones familiares en general.

En consecuencia, se impone una actualización del ordenamiento jurídico paraguayo en todo lo que se relaciona con la protección de la familia.

¹ Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Asunción. Autora del libro: Fecundación Asistida y Derecho (Asunción, Editorial Intercontinental, 1998), y de varias publicaciones nacionales y extranjeras sobre temas relacionados. Profesora de Hechos y Actos Jurídicos y de Derecho de Familia, en la Facultad de Derecho de la Universidad Americana. Correo-e: josapena@rieder.net.py

Protección de la familia en el Paraguay

a) Generalidades.

La Constitución de 1992 brinda el marco referencial protectorio de la familia, luego, según el orden de prelación de leyes, establecido en el Art. 137, están los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, y por último, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía.

La Carta Magna del 92, por la época en que 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, en la Constitución de 1992 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.

Se podría decir, sin embargo, que la Constitución, en forma indirecta, ha reconocido los avances tecnológicos relacionados a las pruebas genéticas (ADN) pues, 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 filiales.

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. No. 23/92).

En líneas generales se puede decir por ende, que el derecho paraguayo aún no se dio por enterado de los avances científicos y tecnológicos en el área genética, ni del cambio en los paradigmas que fundamentan el Derecho de Familia, ni del auge mundial de las investigaciones y experimentaciones con seres humanos y los embriones in-vitro.

Los Tratados de Derechos Humanos de los últimos años, sin embargo, reflejan ese cambio en los paradigmas del derecho de familia, y el Paraguay ha suscrito varios de ellos, y los ha ratificado por Ley. Mediante la aprobación y ratificación de un Tratado Internacional, los Estados se comprometen a garantizar el cumplimiento de los principios allí consagrados, y para el efecto, a adecuar sus cuerpos legales inferiores.

En consecuencia, resta decir que la actualización del ordenamiento jurídico paraguayo, en todo lo que se relaciona con los avances científicos y tecnológicos es una materia pendiente.

b) Distintos modelos de familia reconocidos en la Constitución del 92

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; 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 impedimentos 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 pareja homosexual, y la simple unión de hecho heterosexual, cuando la pareja no reúne los requisitos para que su unión sea considerada un concubinato. 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 D.D.H.H, 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 más, 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* (Llovera y Herrera, 2010, p. 633).

En la próxima Constituyente, habría que revisar dicha solución legal, analizando los pro y los contra de mantenerla o de modificarla, ya que tampoco es conveniente seguir los rumbos legales determinados por otros países sin más, como autómatas, asumiendo que siempre tienen la razón simplemente por ser más avanzados en materia económica, industrial, tecnológica, jurídica y cultural. También hay que tener en cuenta que por muy globalizada que esté la sociedad, no tenemos todos los países los mismos valores, y que para que una ley sea eficaz, tiene que responder a los valores imperantes en la sociedad para la cual fue dictada.

Sin embargo, sí hay que tomar conciencia de los cambios que se van registrando en los valores imperantes en la sociedad globalizada, a modo de ir internalizándolos, madurándolos, para que eventualmente, se pueda actualizar la legislación cuando esto sea necesario.

c) Derecho a Fundar una Familia

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 Rep. Asist. 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 tras 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.

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), la 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 Constitución?

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?

Esta es una cuestión que no encuentra uniformidad en Derecho comparado. 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 No. 24.029/95), Alemania (Ley de Protección al Embrión) e Italia (40/2004).

En el otro polo tenemos a países, como Inglaterra (Human Fertilization and Embriology Act), España (14/2006) y Estados Unidos, que 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 nonato (no nacido).

Con respecto a nuestro país, teniendo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño, establecido tanto en el art. 54 de la Constitución, 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.

En otro orden, cabe manifestar que en el 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. 9 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 contrario. 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.

d) Derecho a la Investigación de la Paternidad/Maternidad

El 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 prevalecía 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: la establecida en el art. 234 última parte del C.C.P, que establece la prohibición de la investigación de la maternidad de la mujer casada, salvo cuando el hijo hubiera nacido antes del matrimonio; la establecida en los arts. 227/228 del C.C.P. que establecen presunciones absolutas respecto de quien es el padre del niño de una mujer casada, si esta se hubiera casado de nuevo, inmediatamente después de divorciada de su primer marido, la presunción acerca del plazo de duración del embarazo (art. 29 C.C.P), la presunción acerca de la época de la concepción (art. 29 C.C.P), y la presunción de la paternidad del esposo de la madre, si es que éste no impugna su paternidad en el plazo de dos años (art. 239 C.C.P.). En estos casos, los hijos no tienen derecho a investigar quienes son sus padres, 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 titulado “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 reclamación de la filiación cuando se persigue atribuir la maternidad a una mujer casada* (Lloveras, 2007, p. 199).

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* (Lloveras, 2007, p. 635).

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. Asimismo se deben evitar los sistemas diferenciados para impugnar la paternidad matrimonial, la maternidad y el reconocimiento.

e) La protección al niño

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.

Según nuestro ordenamiento jurídico, (Código Civil, Tratados de DD.H.H. suscritos por Paraguay, y Código de la Niñez y Adolescencia, Ley N° 1680/2001) la vida comienza en la concepción, como consecuencia, podemos aseverar que tácitamente se ha consagrado que los embriones in-vitro son considerados personas, con todas las implicancias que dicha categorización trae consigo.

Pero el derecho de familia en nuestro país, contenido principalmente en el Código Civil, en la actualidad, está totalmente desactualizado y es incapaz de dar esa protección integral a los niños/as nacidos por reproducción artificial, y a los embriones sobrantes de dichos procedimientos. Y sin embargo, dichos procedimientos se están realizando en varias clínicas nacionales de fertilidad sin ningún control estatal.

Hay que reconocer que se ha avanzado bastante en cuanto al marco protectorio jurídico de los derechos de los niños/adolescentes, con el dictamamiento del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 1680/01), el cual estableció el Sistema Nacional de Protección y Promoción Integral y de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia (SNNA) en diciembre del mismo año.

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; 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, etc. 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.

Algunos países cuentan con leyes especiales acerca de las técnicas de reproducción asistida. Entre otros: España, Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida; Suecia: a) Ley 1140/84 sobre inseminación artificial, b) Sobre fecundación in-vitro, Junio 1988 y c) Ley sobre inseminación artificial de 1990; Inglaterra: a) Ley de fertilización y embriología del 1990, b) Ley del 1º de abril del 2005 (sobre el anonimato del donante), c) Acta de acuerdo de subrogación, Año 1985 y d) Acta complementaria, del Año 1991; Alemania, Ley sobre protección al embrión, Año 1991; Australia, Estado de Virginia, Infertility Act, Año 1984; Costa Rica, Decreto N° 24.029 del año 1995, de la Regulación de la Reproducción Asistida; Italia, normas en materia de Procreación Médicamente Asistida, Ley N° 40/2004; Francia, Ley sobre Bioética del 29 de Julio de 1994. (Ley 94-654).

Otros países han introducido modificaciones parciales del Código Civil, como las relativas a la imposibilidad de impugnar la filiación por parte del marido que ha dado su consentimiento para que su mujer sea inseminada con semen de donante. 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.

Distintos países han dictado leyes especiales sobre temas puntales, urgentes y sobre los cuales hay un consenso mundial mayoritario, como por ejemplo, acerca de la necesidad de prohibir la clonación reproductiva. En efecto, en Panamá, la Ley No. 3/2004; en Perú, la Ley 26.842/97; en Argentina, el Decreto No. 200/97; entre muchos otros.

Como vemos, existe una diferencia trascendente entre países, en materia de regulación legal de las técnicas de reproducción asistida. Algunos las han regulado total o parcialmente y otros no las han regulado en absoluto, como el Paraguay.

Desde ese punto de vista, se puede decir, con certeza, que las leyes del Paraguay están desactualizadas y esa es una crítica que no merece reparos. Pero eso tampoco nos puede llevar a la conclusión mecánica de que los países que sí han regulado la puesta en práctica de las T.R.A. estén protegiendo de manera primordial el “interés superior del niño”, obligación a

cargo de las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, establecida en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se observa a simple vista, los abusos cometidos en contra de los niños/as nacidos por reproducción asistida y contra los embriones sobrantes de dichos procedimientos en el mundo entero. 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.

La investigación con células madre es actualmente la perla negra de las investigaciones científicas, por los grandes beneficios para la salud que puede irrogar a la humanidad. 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. Éstas 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 EEUU, Inglaterra, Brasil, España, entre otros. Es más, 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 (2001), España (2007), Corea del Sur, Estados Unidos, Australia (desde 2006), Bélgica, Suecia, Japón, Israel, Singapur y Finlandia.

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?. En efecto, 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.

f) De la Planificación Familiar y la Salud materno/infantil

El **Art. 61** dice: *De la Planificación Familiar y de la Salud Materno Infantil: El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados, en la materia.*

Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos.

Es decir que, según la Constitución paraguaya toda persona tiene derecho a decidir cuántos hijos tendrá y cuándo los tendrá. El Estado no tiene derecho de limitar en ninguna forma ese derecho a decidir.

En la segunda parte, este artículo dispone: *Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos.*

Es decir que el Estado tiene la obligación de ayudar a las personas, para que ejerzan ese derecho en forma efectiva, mediante planes educativos, orientación científica y prestación de servicios adecuados en la materia.

Este compromiso, no solo es determinado por la Constitución Nacional, sino también por Tratados Internacionales suscritos por Paraguay, referentes al tema, como por ejemplo: La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, del Cairo, año 1994, y la Plataforma de Acción de Beijing, año 1995. Ambos eventos destacaron la consideración de la calidad de vida con énfasis en la satisfacción de la salud sexual y reproductiva de hombres y mujeres como individuos, con un enfoque en el derecho de las personas y en la equidad social.

En ese marco, el Estado ha redactado varios documentos en los últimos años, como lo son:

- a) **Plan Nacional de Salud Integral de la Adolescencia;** (2002-2006)
- b) **Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2003 – 2008.**
- c) **Política Nacional de Salud 2005-2008.**
- d) **Política Nacional de Niñez y Adolescencia (POLNA)**
- e) **Plan Nacional de Acción por la Niñez y Adolescencia (PNA)**, de la Secretaria Nacional de la Niñez y Adolescencia (SNNA). (2003)
- f) **Política Nacional de Salud Integral de Adolescentes.** (2006)
- g) En el año 2007 por resolución SG N°305 y Decreto Presidencial N°10540 se dispone la gratuidad de atención a la embarazada, recién nacido y menores de 19 años en todos los servicios de salud del país del Ministerio de Salud Pública.
- h) **Plan Nacional de Salud Integral de la Niñez 2008-2012 (PNSIN)** del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, a través de la Dirección General de Programas de Salud - Dirección de Salud Integral de la Niñez y Adolescencia, en cumplimiento de su función normativa y rectora. (2008).

Cabe señalar que la efectividad de estas políticas y planes se ve muy disminuida por factores tales como la falta de consolidación de la democracia, el alto nivel de analfabetismo, la gran cantidad existente de familias en extrema pobreza, la corrupción, etc.

En otro orden, cabe formular la siguiente pregunta: ¿Incluiría esta disposición constitucional la obligación del Estado de brindar a sus conciudadanos en forma gratuita el servicio de reproducción asistida? Esta pregunta, tan candente en los países vecinos no ha llegado aún a nuestros tribunales.

Para responderla, preliminarmente debemos recordar la evolución que han sufrido el derecho a la salud, y el derecho a la reproducción, los cuales han sido elevados a la categoría de derechos humanos.

En el nuevo derecho de los Derechos Humanos, el derecho a la salud comprende la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva. La infertilidad, al ser causante de graves desequilibrios psicológicos y emocionales, es considerada, actualmente, como una enfermedad. Desde esa perspectiva puede concluirse que el derecho al acceso a las T.R.A estaría incluido dentro del derecho a la salud y, más puntualmente, del derecho a la salud sexual y a la reproducción.

La función del Estado con respecto a la protección del derecho a la salud dejó de ser pasiva para convertirse en activa, positiva. Ahora se considera que el Estado tiene la obligación de promover el acceso a la salud en general, incluida la salud reproductiva y sexual, en forma igualitaria entre todos sus conciudadanos.

Como lógico corolario de esta secuencia de ideas, podríamos afirmar, en primera instancia, que el Estado sí está obligado a brindar cobertura social para la realización de las técnicas de reproducción asistida, con fundamento en el derecho a la salud y el derecho a exigir un mínimo de prestaciones sanitarias (art. 68 C.N.), en el derecho a la salud sexual y reproductiva de los usuarios de estos servicios (art. 61 C.N), de su derecho a una mejor calidad de vida (art. 6 C.N.), y del derecho a fundar una familia (art. 50 C.N.) y a no ser discriminado (art. 46 C.N.); siempre que se respeten en su realización, las normas legales imperantes vigentes en el país, relativas a la protección prioritaria de los derechos del niño y otras. En efecto, si el Estado tiene la obligación de *establecer planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos*, esto incluye la

obligación de establecer planes especiales en materia reproductiva cuando esta se realiza por medios artificiales (T.R.A.).

El Proyecto de Ley sobre Salud Sexual y Reproductiva del Senador Carlos Filizzola, prevé, en su art. 9º el derecho a la prestación gratuita de la reproducción asistida: *..... Los centros prestadores de servicios a la salud suministrarán tratamientos de fertilidad, seguros y eficaces, sin discriminación por razones de edad, sexo o condición económica. El tratamiento será gratuito cuando el/la usuario/a no pueda sufragar su costo.....*

Pero el tema es muy polémico. Independientemente de los cuestionamientos éticos relativos a los usuarios de las T.R.A., también se presenta el presente problema: En los países pobres, como el nuestro, sería ético dar prioridad a un problema de infertilidad por sobre un problema de vida o muerte?

El renombrado especialista argentino en Bioética, Dr. Padro Hooft, opina que: *"... no resultaría procedente imponer coactivamente a las obras sociales y/u otros prestadores de salud cubrir tratamientos costosos en el exterior, salvo que los mismos, por caso en determinadas instituciones de medicina prepaga, estuviesen previstos contractualmente. Lo contrario implicaría privilegiar de manera desmesurada el interés individual de un paciente/afiliado en desmedro de un interés social, regido por el principio de la solidaridad por cuanto dichas prestaciones excesivamente onerosas afectarían notoriamente las legítimas expectativas y derechos prestacionales de otros afiliados..."* (Hooft, 2004).

Por la experiencia de otros países, posiblemente veríamos que las compañías de seguros se opondrán a financiar estos procedimientos con fundamento en el interés general de sus demás asegurados, quienes verán comprometido su derecho a obtener cobertura para otros servicios más urgentes y que comprometen su vida misma.

Entonces, si un conflicto de esta naturaleza llegara a sede judicial, a cargo del juez quedaría ponderar los distintos intereses en juego, y decidir, caso por caso, según su leal saber y entender.

En la Argentina encontramos varios fallos judiciales que resolvieron la cuestión a favor de los asegurados. Por ejemplo: El 29 de diciembre del año 2008, el Tribunal de Apelación de Mar del Plata, en un juicio de amparo interpuesto contra dos empresas de medicina prepaga, una social y una mutual (no inscripta al régimen Nacional de Seguro de Salud), resolvió condenar a ambas a pagar solidariamente el 100% de los tratamientos de fertilización asistida necesarios, a fin de permitir a la pareja impetrante tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano enfermo, a través del sistema de D.G.P, con selección de un embrión no portador de la enfermedad y que dicho embrión sea histoidéntico a su hijo, para intentar su cura vía transplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica para lograr la cura de la enfermedad que hoy padece el niño. La Cámara aclaró que todas las empresas de medicina prepaga, obras sociales, empresas privadas, inscriptas o no en el Régimen Nacional de Seguro de Salud, están obligadas a cubrir este tipo de procedimientos para sus afiliados, por estar involucrado el derecho a la salud de los mismos.

En el Uruguay, desde el año 2009, empezó a operar un nuevo servicio de Salud Pública, por el que sus usuarios pueden acceder a una fertilización in-vitro gratis. La Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), contrató a dos médicos especialistas, y puso en funcionamiento una Unidad de Reproducción Asistida. Los pacientes que, por esa vía, accedan a un procedimiento de fertilización in Vitro, gozarán de los mismos servicios que prestan las clínicas privadas, pero no desembolsarán un solo peso. El Estado se hará cargo de dicho pago, y por mucho menos que lo que cobran las clínicas privadas: pagaría solo 1000 dólares por tratamiento, (en lugar de 4.000).

Al brindar este servicio para las personas de menos recursos, finalmente se reconoce la esterilidad como una enfermedad que debe tratarse, tal como lo establece desde hace años la OMS.

Los requisitos para acceder a este beneficio son los siguientes: a) solo se admiten parejas casadas o concubinadas; b) uno de los miembros de la pareja tienen que ser usuarios de Salud Pública; c) en principio, el límite de edad para la mujer es de 45 años, salvo casos excepcionales.

Consideraciones finales

Cuando se redactaron las leyes vigentes en el ordenamiento jurídico paraguayo, empezando por la misma Carta Magna, no se tuvo en cuenta el desarrollo de la ciencia y la tecnología en el área genética.

Actualmente, las técnicas de reproducción asistida se están realizando en nuestro país, y las leyes vigentes, que son las aplicables, son insuficientes para dar una protección integral a los afectados por la puesta en práctica de estos procedimientos.

Las investigaciones en el área de la genética que se vienen realizando en otros países, apieligran el patrimonio genético de toda la humanidad, por tanto, nuestro país debe sumarse al resto de las naciones, en el debate correspondiente, y tomar postura, además de dictar las regulaciones correspondientes.

Es impostergable el estudio y análisis de estos temas a nivel nacional, mediante un debate previo de todos los sectores sociales, y luego, en las cámaras legislativas, dictando leyes adecuadas para nuestra realidad social, pero también teniendo en cuenta que en estos temas, se debe buscar la uniformidad de criterios con los demás países, a fin de evitar crear paraísos genéticos, los cuales atentan contra la efectividad de cualquier ley dictada al efecto.

BIBLIOGRAFÍA

Almirón, P., Petit, M. E., Horacio, A. (2008). *Digesto de derechos humanos*. Asunción, Paraguay: Marben Editora y Gráfica.

Arribere, R. (2008). *Bioética y derecho: Dilemas y paradigmas en el siglo XXI*. Buenos Aires, Argentina: Cátedra Jurídica.

Bazán, F. (2000). Régimen jurídico del concubinato. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*.

Constitución de la República del Paraguay.

Derechos Individuales vs. Derechos Colectivos en Salud: Ética y Justicia. (2004). La Ley, C, 1320.

Documentos dictados por el Estado, tales como Planes y Políticas en materia de Salud, Salud Sexual y Reproductiva, citados en el texto del artículo.

Grossman, C. y Herrera, M. (2008). *Familia monoparental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

Grossman, C., y Martínez, A. (2000). *Familias ensambladas*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Hooft, P. F. (2005). *Bioética, derecho y ciudadanía*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Constitución Nacional de Paraguay, año 1992.

Ley No. 1/92, modificación parcial del Código Civil Paraguayo.

Ley No. 1183/87, Código Civil Paraguayo.

Ley No. 204/93. Que modifica el Código Civil y establece la Igualdad de los Hijos en el Derecho Hereditario.

Lledó Yague, F., y Ochoa Marieta, C. (Directores), Monje Balmaceda, O. (Coordinador). (2007). *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Madrid: Editorial Dykinson.

Lloveras, N., y Herrera, M. (directoras). (2010). *El derecho de familia en latinoamérica*. Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico.

Lloveras, N., y Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Lloveras, N. (2007). *La filiación en la Argentina y el Mercosur, Costa Rica y Perú*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Salcedo Beltrán, C (Coordinadora). (2008). *Investigación, genética y derecho*.
Valencia.