

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS JURÍDICAS

**LA FILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y LA
APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA**

***THE FILIATION IN ECUADORIAN LEGISLATION AND THE
APPLICATION OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION
TECHNIQUES***

**Salame Ortiz, Mónica Alexandra ^I; Pérez Mayorga, Betty Cumandá ^{II}; Merizalde Avilés,
María Lorena ^{III}**

I. abmonisalame@hotmail.com, Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, Ecuador

II. betty-1232@hotmail.com, Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, Ecuador

III. ua.lorenamerizalde@uniandes.edu.ec, Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, Ecuador

Recibido: 22/01/2019

Aprobado: 20/06/2019

RESUMEN

Esta investigación contiene un análisis del impacto jurídico en las instituciones del derecho de familia en el Ecuador haciendo referencia a otras legislaciones del mundo que al parecer han tratado el problema en beneficio de quienes optan por las técnicas de reproducción humana asistida, resolviendo al menos en parte los derechos vulnerados a costa del avance de la ciencia. En torno a aquello, se pretende desarrollar en esta investigación que la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida debería ser incluida como fuente generadora de filiación en la legislación ecuatoriana. Los procedimientos de reproducción humana asistida no deberían ser analizados únicamente desde la perspectiva médica, moral o religiosa ya que el impacto jurídico permitirá de cierta forma el control de estos métodos con el fin de amparar y de proteger los derechos de las personas, ya que parece manifiesto que el derecho de familia en Ecuador se torna vulnerable ante la realidad científica, este asunto se vuelve más complejo al analizar instituciones jurídicas milenarias, sobre todo la filiación, cuya esencia

debería adaptarse a la modernidad de la vida humana, por lo que esto se constituye en el objeto de estudio de la investigación.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de reproducción humana asistida; filiación; derecho de familia; maternidad; paternidad; esterilidad; infertilidad; derechos humanos

ABSTRACT

This investigation contains an analysis of the juridical impact on the institutions of laws about the family in Ecuador making references to other legislation in the world that have dealt with the problem for the benefit of those who opt for the assisted human reproduction techniques, resolving at least in part the rights violated at the expense of the advancement of science. Around that, the intended to develop in this investigation that the application of assisted human reproduction techniques should be included as a source of filiation in Ecuadorian legislation. Assisted human reproduction procedures should not be analyzed solely from a medical, moral or religious perspective, since the legal impact will, in a certain way, allow the control of these methods in order to protect the rights of individuals, since it seems manifested that the family law in Ecuador becomes vulnerable to the scientific reality, this issue becomes more complex when analyzing millenarian legal institutions, especially the filiation, whose essence should be adapted to the modernity of human life, so this is Constitutes in the object of study of the investigation

KEYWORDS: Assisted human reproduction techniques; filiation; family rights; maternity; paternity; sterility; infertility; human rights

INTRODUCCIÓN

La más antigua de todas las sociedades, y la única natural, es la familia, el ser humano siempre buscó estar acompañado, es así como esta aparece y junto con ella el matrimonio (Rousseau, 1999).

Se refleja de esta manera la necesidad del hombre por tener descendencia, como un claro deseo de pertenecer a un conglomerado social que comparta caracteres comunes y sobre todo vínculos sanguíneos.

Esta necesidad considerada como una etapa esencial del ciclo de vida se ve truncada por la imposibilidad de procrear atribuida a la infertilidad y a la esterilidad que afectan a un número considerable de personas alrededor del mundo; es aquí donde la medicina conjuntamente con la tecnología abren las puertas a la prolongación de la vida humana, poniendo a nuestra disposición mecanismos como las técnicas de reproducción humana asistida que posibilitan

la reproducción y la conservación de la especie, haciendo efectivo el ejercicio del derecho a tener una familia que incluya dentro de sus miembros a hijos.

La ingeniería genética ha llevado a algunos Estados a adaptar su normativa con el fin de solucionar los problemas jurídicos que se deriven de la práctica de la ciencia moderna, sobre todo en el derecho de familia en instituciones jurídicas como la Paternidad y la Maternidad cuyos postulados en muchas legislaciones del mundo podrían resultar insuficientes a la hora de responder cuestionamientos como: ¿qué pesa más jurídicamente la voluntad pro creacional o la verdad biológica?, ¿Es el no nato un sujeto de derechos o un bien de protección constitucional?, ¿El derecho a la reproducción está por sobre el derecho a la identidad?, ¿La identidad únicamente Se define el tema y se analizan sus antecedentes, la necesidad e importancia. ¿Se describe el estado actual del problema con un análisis crítico de trabajos anteriores responde a nexos biológicos?, ¿La ciencia es capaz de rebasar los límites al amparo de la seguridad jurídica?

En torno a aquello el objetivo de esta investigación fue enfocar desde una perspectiva doctrinaria y jurídica a los derechos comprometidos en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación ecuatoriana.

Por lo que me permito sostener la justificación de esta investigación que contiene un análisis del impacto jurídico en las instituciones del derecho de familia en el Ecuador haciendo referencia a otras legislaciones del mundo que al parecer han tratado el problema en beneficio de quienes optan por las técnicas de reproducción humana asistida, resolviendo al menos en parte los derechos vulnerados a costa del avance de la ciencia.

Los procedimientos de reproducción humana asistida no deberían ser analizados únicamente desde la perspectiva médica, moral o religiosa ya que el impacto jurídico permitirá de cierta forma el control de estos métodos con el fin de amparar y de proteger los derechos de las personas, ya que parece manifiesto que el derecho de familia en Ecuador se torna vulnerable ante la realidad científica, este asunto se vuelve más complejo al analizar instituciones jurídicas milenarias, sobre todo la filiación, cuya esencia debería adaptarse a la modernidad de la vida humana, por lo que esto se constituye en el objeto de estudio de la investigación.

MÉTODOS

Esta investigación fue de carácter bibliográfico con la finalidad de seleccionar el material para la organización y selección de datos que permitieron fundamentar teórica, doctrinaria y jurídicamente aspectos referentes a la filiación en la legislación ecuatoriana frente a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Este estudio tuvo un enfoque teórico relevante con aplicación de los métodos inductivo, deductivo, analítico, sintético e histórico lógico, iniciando con una investigación exploratoria respecto a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y su influencia en

las instituciones jurídicas clásicas del Derecho de Familia en la legislación ecuatoriana con el fin de conocer el contexto de estos tratamientos y su relación con el derecho, posteriormente se identificó los derechos comprometidos dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional tomando como eje transversal al derecho a la vida, la protección del ser desde la concepción, salud sexual y reproductiva, identidad, integridad y sobre todo al interés superior del niño.

RESULTADOS

En la actualidad mujeres solteras y parejas homosexuales pueden acudir a centros médicos especializados en reproducción asistida haciendo uso de sus derechos de reproducción, libertad, igualdad entre otros que han girado la visión de la familia, el matrimonio, la filiación, patria potestad, sucesión por causa de muerte, pero sobre todo el reto de los juristas a ponderar correctamente los derechos de hombres y mujeres involucrados.

Jiménez (2007), establece que “Hoy en día no existe una legislación ad hoc que regule la reproducción asistida, que debe estar incluida en el ámbito del derecho público como del privado; ya que puede tener implicaciones administrativas, penales, familiares, sucesorias y de salud pública” (pág. 97).

Siguiendo esta línea de pensamiento la intención de procrear parece que deja de ser sólo eso para convertirse en un derecho. Es por ello que en la Constitución del Ecuador (2008), según el artículo 66 numeral 10 reconoce y garantiza “El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”. Así mismo, el Código Civil Ecuatoriano (2015), en su artículo 81 establece: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos procrear y auxiliarse mutuamente”; de aquello se desprende que la voluntad de unirse es producto de su derecho de libertad y así mismo en torno aquella gira uno de los fines primordiales de toda unión que es el de procrear aunque no lo hagan de forma “convencional” pues generar vida ya no es tarea exclusiva de la naturaleza.

En tal virtud se desarrollan instituciones jurídicas consagradas a la familia que son integradas en la legislación civil ecuatoriana en armonía con lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución del Ecuador (2008), al reconocer a la familia en sus diversos tipos.

El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad, también manifiesta que, garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, uno de ellos es el de procrear.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), en su artículo 16 numeral 3 consagra lo siguiente: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Salame Ortiz, Mónica Alexandra; Pérez Mayorga, Betty Cumandá; Merizalde Avilés, María Lorena

Al definir según la Constitución al matrimonio y sus fines, así como a los diversos tipos de familia, resultarían quizás incompletas e incluso discriminatorias ya que, según las estructuras legales actuales, la familia no necesariamente está compuesta de padres, madres e hijos.

Haciendo referencia al uso de los tratamientos de reproducción humana asistida la filiación no sólo parte de nexos biológicos, la procreación no es un fin exclusivo del matrimonio, sino de otras uniones legalmente reconocidas o simplemente del deseo unilateral de la persona que quiere reproducirse. La familia puede generarse en virtud de uniones homosexuales y con ello la doble paternidad y maternidad, atendiendo de cierto modo a los derechos de género, rompiendo paradigmas tradicionales revolucionando hechos que se daban por resueltos en el ámbito jurídico como es el caso de la filiación a través de la cual se establece la paternidad y maternidad (Junyent,2016).

La palabra filiación proviene del latín: "*filiius*", que significa "hijo". La filiación es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y otra el padre o la madre del mismo (Moreno, 2009).

La filiación, es el vínculo jurídico que existe entre padres e hijos siendo el punto de partida del parentesco, en cuanto a la filiación materna se la determina con el parto, lo cual atiende a una relación biológica certera entre la madre y el hijo. En el caso de la filiación paterna se la puede determinar por el matrimonio, la unión de hecho, un acto de voluntad que genere la condición de hijo o una orden judicial, circunstancias que nos permiten inferir que el hombre ha engendrado a aquella persona cuya filiación se trata de establecer (Código Civil Ecuatoriano, 2015).

De lo expresado anteriormente parecería sencillo determinar la filiación en el Ecuador ya que la concibe como consecuencia de un acto natural de procreación distinguiendo únicamente a la filiación por adopción que se deriva de un acto jurídico.

Del ordenamiento jurídico ecuatoriano se desprende que la maternidad y la paternidad no responden a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sobre todo cuando existe la intervención de donantes o de madres portadoras lo cual complicaría a los usuarios de estos procedimientos si existen conflictos para atribuir filiación, teniendo como padres a quienes no demostraron la voluntad de procrear en un inicio pues son simples donantes de gametos, pero que por nexos biológicos son los que se envisten de los derechos y obligaciones derivados de la maternidad y la paternidad, relegando por completo a quienes tienen un "supuesto derecho al hijo" (Código Civil Ecuatoriano, 2015).

Con lo que se desprende de este análisis, es prudente citar que en el texto de Zabalza y Schiro, se menciona a Lamm, el mismo que dice:

Estamos inmersos en una profunda revolución reproductiva que separa radicalmente la reproducción humana de la sexualidad, de modo que hoy es posible la reproducción sin sexo y el sexo sin reproducción, y esta separación entre el fenómeno reproductor

humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes" (Zabalza, G & Schiro, M, 2011; pág. 2).

La falta de normas no impide que estos tratamientos se practiquen en el Ecuador en este sentido estaríamos expuestos a enfrentar realidades jurídicas complicadas que deberán ser resueltas de ser accionadas por los sujetos implicados ante los Jueces y Tribunales de Justicia con un grado exigente en la ponderación de derechos, el uso adecuado de la lógica jurídica concordante con el efectivo ejercicio de los derechos y la sana crítica (Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Al parecer la paternidad y maternidad deberían derivarse también de la voluntad pro creacional y no únicamente de una verdad biológica. Por esto es que la mayoría de los países que han regulado respecto de las técnicas de reproducción humana asistida toman como referente el elemento de la voluntad para efectos de la filiación (Iturburu, 2015).

En el Ecuador una modificación al ordenamiento jurídico para estos casos podría ser de gran magnitud ya que involucraría un sin número de cuerpos legales, tanto en el ámbito civil, de la niñez y adolescencia como en el de la salud.

DISCUSIÓN

La vida como la muerte son dos hechos inherentes a la condición humana ambos detonantes de derechos y obligaciones, generadores de vínculos jurídicos en donde necesariamente interviene el Estado a través de un ordenamiento jurídico con el fin de proteger a sus ciudadanos.

El tiempo avanza y la necesidad del hombre por mejorar su calidad de vida también, jugando la ciencia un papel determinante en la preservación de la vida y preservación de la especie, convirtiéndose el derecho a la vida y al poder generarla en un acto en donde las condiciones biológicas ya son secundarias pues la medicina puede suplirlas, tal es el caso de las técnicas de reproducción asistida, fuertemente cuestionadas e insuficientemente reguladas, comprometiendo a una serie de principios, derechos e instituciones jurídicas como la seguridad jurídica, el interés superior del niño, la identidad, la privacidad, la dignidad e integridad personal, filiación, maternidad y paternidad así como también cuestiones bioéticas, religiosas y culturales, formulando debates interminables que en su mayoría concluyen en la urgencia de imponer limitaciones al amparo de los derechos de quienes optan por el uso de las técnicas de reproducción asistida.

Ante este panorama hoy el hombre es capaz de modificar al hombre, rebasando las limitaciones de la naturaleza humana, es capaz de construir estructuras familiares distintas que para muchos pueden ser extrañas pues los nexos biológicos no necesariamente determinarán figuras parentales. Es capaz de manipular material genético, para unos con fines

válidos como el de concebir mientras que, para otros la concepción se convierte en un medio para cosificar a un sujeto que posteriormente será persona.

¿Cabe de algún modo la posibilidad de aparejar criterios médicos, religiosos, morales y jurídicos en la aplicación de los procedimientos de reproducción asistida?, tomando en cuenta que sus concepciones y convicciones son diversas y complejas, pues ponen de antemano un sin número de situaciones que pueden detonar diversas formas de interpretación en el ejercicio de los derechos.

Para la ciencia la vida se convierte en una cuestión objetiva al contrario de la religión o la moral que la entienden con nivel filosófico, incluso subjetivo, mientras que para los juristas esta es una facultad propia del hombre que tiene un inicio y un fin, lo mismo podríamos decir de la libertad, la dignidad, la justicia que son principios y valores que se confrontan al momento de referirnos a las Técnicas de Reproducción Asistida, pudiendo complicarse aún más la situación si nos enfocamos en las personas involucradas en estos tratamientos que también tienen perspectivas diferentes en el ejercicio de sus derechos a la hora de acceder a los procedimientos que la ciencia nos ofrece, y queda aún un compromiso mucho mayor al tratar de interpretar adecuadamente los derechos que están a nuestra disposición si nos referimos al producto de estas técnicas, pues así lo concibe la ciencia respecto al nuevo ser que si bien no es persona jurídicamente hablando, si es sujeto de derechos, lo cual es discutible también desde el punto de vista moral y religioso.

Se llaman técnicas de reproducción asistida a los diferentes procedimientos médicos especiales que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción (Luna, 1999).

En la aplicación de estos procesos intracorpóreos y extracorpóreos, sea con células germinales de la pareja que los solicita o con intervención de donantes o madres portadoras, surgen problemas que la medicina no puede resolver ya que le compete al Derecho reformar estructuras jurídicas convencionales tomando en cuenta a todos los involucrados ya que cada uno de ellos goza de derechos que deben ser protegidos al momento de aplicar el ordenamiento jurídico.

Dentro de los principales problemas que se generan por la aplicación de estas técnicas podemos mencionar:

- Impugnación de la paternidad en virtud de la ausencia de nexos biológicos
- Impugnación de reconocimiento como respuesta a una verdad biológica
- Investigación de la maternidad sobre todo en la maternidad subrogada
- Carencia de vínculos jurídicos de la mujer respecto a terceros alegando el estado legal del hijo concebido a través de procedimientos heterólogos.

Todos tenemos derecho a vivir en un entorno de justicia, paz, igualdad y dignidad, estos derechos son inalienables e irrenunciables con la finalidad de que todo individuo desarrolle al

máximo sus capacidades y cualidades, siendo libres de pensar, hacer y actuar dentro de un Estado que se compromete a velar por estos derechos en beneficio de los intereses de sus ciudadanos.

No se puede considerar a los derechos como simples privilegios, pues daría la impresión de que nacen de los caprichos de la humanidad y que son aplicables a pocos, de allí que se entiende por derecho a las facultades innatas al hombre cuya finalidad es alcanzar el bien común general.

La relación de los derechos humanos fundamentales en la práctica de la ingeniería genética es primordial ya que constituyen la base y soporte para abalizar el bien común con una concepción moderna de interpretación de las necesidades de la sociedad, partiendo desde el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad, y la identidad que confluyen como un todo al resolver situaciones sociales, morales, médicas, religiosas y jurídicas en las técnicas de reproducción asistida.

Por lo expuesto notamos que la vida humana tiene un valor absoluto, desde el momento de la concepción, es decir se le atribuye al embrión como resultado de este proceso natural un estatuto antropológico que requiere de amparo y protección, hecho que se determina en el Convenio para la protección de Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, limitándose las acciones que se pueden realizar con embriones protegiendo su dignidad como seres humanos; fusionándose de esta manera concepciones morales y religiosas conjuntamente con connotaciones jurídicas.

En palabras de la Doctora María Elena Moreira:

Los derechos humanos tienen valor propio, es decir, su existencia es parte integral de la persona humana y constituyen un elemento intrínseco de la dignidad de todo individuo. Por ello, los Estados tienen la obligación de promoverlos, protegerlos, garantizar su ejercicio y ponerlos en vigencia. Los derechos humanos constituyen el marco referencial mediante el cual se mide el avance o el retroceso de la organización política, económica y social de cualquier sociedad (Moreira, 2005)

Con estas premisas, es necesario analizar el ámbito de los derechos humanos desde dos ópticas:

1. El embrión: manipulación embrionaria, crio conservación, experimentación, utilización del embrión de acuerdo a las características y cualidades del mismo.
2. La pareja: como procreadores, relaciones familiares, salud mental, discriminación.

En el Ecuador no se encuentra establecido en una ley ni en un reglamento el tratamiento o procedimiento para la fecundación asistida o el trato y almacenamiento de embriones, lo que da lugar a que estos embriones deban ser protegidos ya que están propensos a cualquier

Salame Ortiz, Mónica Alexandra; Pérez Mayorga, Betty Cumandá; Merizalde Avilés, María Lorena

clase de manipulación, sin embargo, esto podría considerarse solucionado al establecer desde qué momento se considera como ser humano al embrión; conforme lo determinado el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador.

De lo señalado anteriormente el Ecuador bajo la presidencia del Doctor Alfredo Palacio González, firma el Decreto Presidencial número 1441 de fecha 1 de junio de 2006 en el que se fija al 25 de marzo como el "Día del niño por nacer", en donde se establece que el concebido ya es un niño y se debe asegurar "el derecho a la vida", reconociéndole expresamente su calidad de persona natural sujeto de derecho, al que no se le puede discriminar por su condición de no nacido (ACIPRENSA, 2016).

La Constitución del Ecuador (2008), también señala que "es una obligación Constitucional del Estado, proteger y garantizar la vida de todo ser humano, desde su concepción" y podríamos decir que es necesario y menester otorgar una protección especial a los niños no nacidos, por su extrema fragilidad e indefensión, en compañía de sus madres que los llevan en el vientre; además de considerar que los niños no nacidos son un grupo vulnerable al que debe darse un trato prioritario. Al respecto existe una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 28 de noviembre de 2012; el caso es Artavia Murillo y otros contra Costa Rica donde se hace referencia a la fecundación in vitro, en este fallo que es vinculante para el Estado ecuatoriano se señala que se debe entender la concepción como la implantación, por lo que sólo después del día siete de ocurrida la fecundación del óvulo, puesto que:

Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas (Caso Artavia Murillo y otros -Fertilización in vitro- VS. Costa Rica, 2014)

El artículo 45 de la Constitución del Ecuador (2008), en su primer inciso menciona: "Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción..."

En coordinación con el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida y el derecho a la integridad personal, la cual como ya se había dicho anteriormente se encuentra protegida desde el momento mismo de la concepción. En este sentido no se encuentra en debate el momento mismo de la concepción y el inicio de la vida, pues al hablar de vida humana lo que importa en sí es si se está haciendo o no valer los derechos humanos fundamentales que tienen todos

los hombres, pero sobre todo este artículo contempla la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

Autores como Habermas señala que:

Aunque no se ve en un embrión un ser humano, si se puede ver en él a un ser humano indefenso y que debe ser protegido. Por esto no se debe hablar de derechos humanos o derechos fundamentales que son inherentes a las personas, pero sí de derechos propios de la naturaleza y que, aunque éste se convierta en un alegato débil debe ser tomado en cuenta sobre todo en este tiempo en el que se está poniendo un mayor énfasis en los derechos de la naturaleza” (Habermas, 2002; págs. 146-147).

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en el primer inciso de su artículo cuatro señala: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

La palabra “en general” da lugar a excepciones, por lo que se ha determinado que existe el derecho de protección a la vida, pero no en todos los casos o no para todos, este es un tema que igualmente podría ser regulado con la inclusión de un artículo específico que señale hasta que momento del desarrollo del óvulo fecundado puede ser causa de experimentación o manipulación.

Sin intención de poner una vez más a discusión desde cuándo se considera que existe concepción, ya que esto se podría resolver con la sentencia mencionada anteriormente, hay que expresar que el artículo anterior señala que el Estado es el encargado del cuidado y protección de los niños desde su concepción; pero al no existir una norma específica que regule el procedimiento que deben tener las clínicas y laboratorios que realizan prácticas de reproducción asistida se da lugar a la realización de distintos procedimientos para la crio-conservación de los embriones concebidos, para la implantación, selección de embriones e investigación a discreción del médico, de esta manera es importante recalcar que la inclusión de un artículo en la ley podría establecer hasta qué día de desarrollo del óvulo fecundado se debe realizar determinado procedimiento o se puede investigar.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la Constitución del Ecuador (2008), en su art. 66 nos dice que: “se reconoce y garantizará a las personas” y en su numeral 3, considera “El derecho a la integridad personal, que incluye: d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos”.

De este artículo podemos destacar que se prohíbe el uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos, es por eso que los métodos empleados para la fecundación asistida deben ser seguros y bajo ningún concepto

Salame Ortiz, Mónica Alexandra; Pérez Mayorga, Betty Cumandá; Merizalde Avilés, María Lorena

atentar contra los derechos humanos, sin embargo, el mismo cuerpo legal en su artículo 67 también contempla el derecho a tener una familia y el Estado debe garantizar las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, es por eso que la reproducción asistida es la salida para garantizar el derecho a tener una familia para las parejas que no puedan concebir por esterilidad.

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Si bien la concepción es un proceso de la naturaleza humana existen personas que no la pueden concretar por factores de salud que pueden variar de acuerdo a sus condiciones anatómicas y fisiológicas, produciéndose así la infertilidad o esterilidad que atentan contra el fin de la procreación, es aquí donde interviene la ciencia, también con la finalidad de asegurarnos el derecho a la vida desde una perspectiva diferente, pues para ello deberá utilizar métodos no convencionales que pueden ser considerados por los moralistas y religiosos como contrarios a la dignidad humana.

La ciencia considera al embrión como un organismo humano y el derecho lo eleva a la categoría de sujeto protegido, cuando intervienen procesos de fecundación artificial la religión cuestiona el hecho de que si Dios creó a al hombre a su imagen y semejanza (Génesis -1:26-) con una moral intrínseca, esta no puede estar sobre las capacidades humanas es decir por encima de la ciencia que es producto del intelecto humano, ni por sobre el Derecho que es una respuesta a la regulación de las conductas de los hombres en sociedad.

Con respecto a criterios bioéticos no se discute el inicio de la vida que se presenta desde la concepción, es decir cuando termina el proceso de fertilización, tal como lo determina la ciencia y el derecho, pero sí hay una discusión con respecto a la consideración de persona, pues sostienen que desde el momento en que inicia la vida deben ser considerados como tales, mientras que la visión científica y jurídica eleva al sujeto a la calidad de persona cuando es capaz de vivir fuera del vientre materno, como ya lo habíamos mencionado; si estos criterios los valoramos desde la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, con la manipulación de material genético, estaríamos atentando contra la vida de una persona al distinguir embriones viables o no viables, para la ciencia con fines eugenésicos para potenciar la salud del ser que se le considera persona en potencia, pero para la moral un crimen, que en el derecho no se lo trata así, pues las legislaciones permiten el acceso a los beneficios de la ciencia con limitaciones que van desde la protección del embrión como sujeto de derechos incluso prohibiendo el aborto.

En el sentido ético no se concibe a la creación de la vida fuera del acto sexual, incluso rechazando el hecho de que de cierto modo la ciencia tenga en sus manos el control de la

natalidad y la disposición de crear hombres y mujeres de laboratorio a conveniencia de los que intervienen en estos procesos, mucho más rechazan el hecho de la participación de donantes ya que se atentará contra las relaciones interpersonales y sobre todo el desarrollo psicoemocional del niño producto del tratamiento.

Para muchos estos procedimientos deben ser entendidos a partir de sus fines Según Veatch, la mezcla de Homo sapiens, Homo faver y homo servis sugieren otra base social y ética para estos procedimientos. En este sentido podemos citar lo expuesto por León- Cechino, (1973; págs. 315-317) que dice “Durante años se ha notado en el mundo entero una pronunciada renuencia a legislar sobre la inseminación artificial a pesar de que las cinco personas envueltas (la madre, el marido, el hijo, el médico y el donador) requieren protección legal. Para algunos éste es un ejemplo más de la dificultad de adaptar nuestras regulaciones sociales a las adquisiciones del conocimiento científico” El Estado ecuatoriano respalda la salud sexual y reproductiva de sus habitantes, permitiéndoles hacer uso de las técnicas de reproducción asistida con total libertad, lo dicho desde la perspectiva constitucional, dejando de lado a las demás normas del ordenamiento jurídico que no constituyen verdaderos mecanismos para hacer valer nuestros derechos como es el caso de la legislación civil y de la niñez y adolescencia.

Al hablar de esterilidad e infertilidad la ciencia y la medicina actúan para mejorar el funcionamiento del cuerpo humano, por lo que las técnicas de reproducción Asistida deben responder a un fin terapéutico razonable y concordante con el derecho a la salud, integridad física, psíquica y sexual, sin que se los considere cómo simples métodos alternativos de reproducción, dando pie a interpretarlas como fundamento del derecho de procreación porque al ser alternativas ya no sería un condicionante la existencia de la esterilidad, provocando que su uso sea innecesario, justificándose en el efectivo ejercicio del derecho a la procreación, por sobre otros derechos como el de la vida, la dignidad, la salud, pero sobre todo derechos que prevalecerán sobre los demás, cuyo ejercicio le compete al nuevo ser originado de estos procedimientos, atendiendo al principio de interés superior del niño, por lo que a pesar de que los derechos sexuales consten en varios instrumentos internacionales, el papel de cada Estado es el de ampliar y mejorar las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos garantizados.

Rafael Junquera de Estéfani afirma estrictamente que la ley debe permitir y regular la utilización de los medios de reproducción asistida únicamente cuándo se presente como un remedio frente a la infertilidad, dice que:

Cualquier técnica referente al campo que nos ocupa sólo debe ser admitida en cuanto busque solucionar el problema que supone para el hombre y la mujer el hecho de no

Salame Ortiz, Mónica Alexandra; Pérez Mayorga, Betty Cumandá; Merizalde Avilés, María Lorena

ser capaces de procrear. De esta manera se evitan todos los riesgos derivados de una aplicación meramente experimental o caprichosa” (Junquera, 1998; pág. 52).

De lo expresado se comprende que la utilización de las técnicas de reproducción asistida garantiza el derecho a la salud y al pleno ejercicio de los derechos sexuales, específicamente a los derechos reproductivos, pero desde un punto de vista bioético, jurídico deben ser limitadas por normas que tomen en cuenta a los beneficiarios de las técnicas y la existencia de derechos involucrados.

A pesar de que en los instrumentos internacionales y la norma suprema que es la Constitución se den algunas respuestas a la aplicación de estos procedimientos en garantía del pleno ejercicio de nuestros derechos aplicando la jerarquía normativa, es necesario que el ordenamiento jurídico ecuatoriano guarde armonía con estos preceptos para evitar interpretaciones subjetivas a la hora de resolver los conflictos que se pueden derivar de este tema.

Es simple para la ciencia determinar cuándo se produce la concepción, de aquello resulta la protección jurídica que han adoptado varios ordenamientos jurídicos al amparo de los derechos del nasciturus, es así que nuestra legislación contempla su protección desde la concepción como lo expresa el artículo 63 del Código Civil ecuatoriano en concordancia con el artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, sin embargo si bien el no nato es sujeto de derechos no es considerado persona sino hasta su nacimiento y separación completa del vientre materno mientras tanto los supuestos derechos atribuidos a este ser en potencia son simples expectativas ya que dependerán de su existencia para su goce; en este sentido cabe analizar si resulta suficiente dicha protección al nasciturus puesto que en el proceso de reproducción cuya etapa final es la concepción la ciencia puede actuar sin limitaciones, con la única consideración jurídica de no manipular material genético (artículo 66 numeral 3, literal d, Constitución del Ecuador) pero ¿qué se entiende por manipulación?

Si la ciencia actúa con fines de experimentación en beneficio de la especie, haciendo alusión a lo que manifiesta nuestra constitución en su artículo 25 “las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales”.

En muchas legislaciones como es el caso de la Argentina se toma en cuenta a la esterilidad e infertilidad como un problema de salud pública ya que son consideradas como enfermedades según la Organización mundial de la Salud, por lo que el Estado actúa como responsable en el acceso a estos tratamientos no sólo en atención a los derechos de reproducción de sus ciudadanos sino también al derecho a la salud, con planes y políticas públicas que garanticen la gratuidad y seguridad en estos procesos, así lo contempla la Ley de Fertilización Asistida, conocida como la ley No14 208 y la ley No 26.862 que trata sobre el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción, permitiendo un avance importante en la sociedad latinoamericana.

Argentina es pionera en garantizar un nuevo tipo de derecho que es el de la fertilidad dando acceso ilimitado a sus ciudadanos para que lo ejerzan. En esta ley también se regulan medidas para controlar los centros en donde se realizan estas prácticas, se plantean campañas de información y capacitación a los profesionales de la salud, ya que de esto depende su correcto uso y su principal finalidad partiendo de aspectos bioéticos que son propios de la rama de la medicina.

En el Ecuador si bien la salud es un derecho según el artículo 32 de su Constitución y que tiene relación directa con el régimen del buen vivir, a pesar de que el Estado debe garantizarlo, no incluye dentro de sus programas y políticas públicas a los procesos de reproducción asistida como una alternativa viable para solucionar la salud de aquellas parejas infértiles o estériles, por lo tanto ante este incumplimiento no sería improbable la posibilidad de que estas parejas responsabilicen al Estado por impedirles el ejercicio efectivo de su derecho a la salud vinculado a otros derechos como: la integridad personal, sexualidad y vida reproductiva.

El Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia conforme se desprende del artículo 1 de la Constitución ecuatoriana en concordancia con el artículo 11 numerales 3,4,5,6,7,8 y 9 ibidem, referentes a los principios de aplicación de los derechos que debe ser inmediata y directa conforme lo determine no sólo la norma suprema sino también los instrumentos internacionales y de derechos humanos, sin restricciones, condicionamientos o renunciaciones cuya exigibilidad puede ser alegada por cualquier persona afectada en la tutela efectiva de sus derechos, responsabilizando directamente al Estado a través de las garantías jurisdiccionales como mecanismos para reparar derechos vulnerados.

Este asunto se vuelve más complejo al analizar instituciones jurídicas milenarias que han tenido que adaptar su esencia debido a la modernidad de la vida humana.

La reproducción asistida “no sólo implica el tremendo golpe a la familia, si no a la destrucción de ciertos derechos o situaciones fundamentales de la actual organización familiar, como es el honor del grupo” (Mantilla, 1989).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la maternidad y la paternidad no responden a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sobre todo cuando existe la intervención de donantes o de madres portadoras lo cual complicaría a los usuarios de estos procedimientos si existen conflictos para atribuir filiación, teniendo como padres a quienes no demostraron la voluntad de procrear en un inicio pues son simples donantes de gametos, pero que por nexos biológicos son los que se envisten de los derechos y obligaciones derivados de la maternidad y la paternidad, relegando por completo a quienes tienen un “supuesto derecho al hijo”

Si llegara a existir algún interés de quienes contribuyeron como donantes en estos procedimientos, bastará con impugnar la paternidad y con un simple examen comparativo de

Salame Ortiz, Mónica Alexandra; Pérez Mayorga, Betty Cumandá; Merizalde Avilés, María Lorena

los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) se detonará el ejercicio de otros derechos en función no sólo de los progenitores o padres biológicos, si no del niño producto de este procedimiento, que también los contempla la Constitución del Ecuador así como la Convención sobre los Derechos del Niño como: la identidad personal, conocimiento de orígenes biológicos, integridad personal, corresponsabilidad parental, y no discriminación en razón de su filiación, siendo estos los más relevantes.

Como fundamento a lo expresado el artículo 233 del Código Civil del Ecuador sólo determina que la figura de la impugnación de la paternidad o maternidad podrá ejercerla quién se crea el verdadero padre o madre, el que el legalmente conste como padre o madre según el registro de inscripción o aquellos afectados en sus derechos sobre la sucesión de quienes constan legalmente como padres.

Esto implica que además la impugnación del reconocimiento pudiera darse si el hijo desea una respuesta a su verdad biológica, generándose así obligaciones filiatorias en el ámbito del derecho sucesorio y el régimen de alimentos, como lo contempla el artículo 250 del Código Civil con relación al artículo 21 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que establece “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y mantener las relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentren separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías”, en armonía con el artículo 45 de la Constitución del Ecuador que en su parte pertinente garantiza a los niños, niñas y adolescentes el derecho a la identidad, nombre y ciudadanía.

Por estos motivos en otras legislaciones como en la española y la argentina se garantiza el anonimato del donante que participó en la técnica aplicada con carácter altruista, bajo el criterio de que la paternidad engloba no sólo el aspecto genético sino también vínculos psicoafectivos, de lo contrario una persona resultaría ser padre legalmente sin haberlo querido, por otra parte el anonimato no sólo brinda seguridad al donante, sino también a la pareja que desea procrear por estos medios ya que “El anonimato de los donantes permite preservar su intimidad y ofrecerles estabilidad tanto a éstos como a los familiares que recurren a la reproducción asistida” (Ruiz, 2013; págs. 152-158).

¿Estamos preparados para aquello?, ya está claro que no, por lo que como una respuesta a la necesidad de reorganizar el Derecho de Familia en el Ecuador debería establecerse como una nueva forma de filiación a los nacidos por el uso de técnicas de reproducción asistida, atribuyendo la paternidad y maternidad de forma directa e indiscutible a la pareja que solicita estos procedimientos en atención a sus problemas de infertilidad o esterilidad, no a los donantes en caso de procedimientos heterólogos, guardando reserva en su identidad para garantizar la continuidad de dichas donaciones; pero sin negarle el derecho a ese niño a

conocer de su procedencia, es decir que fue producto de un procedimiento de reproducción asistida.

Para dar respuesta a que si la paternidad y maternidad deben derivarse también de la voluntad pro creacional o únicamente responden a una verdad biológica se citará el siguiente postulado: "la aparición de las técnicas de reproducción asistida ha traído un nuevo elemento, la voluntad pro creacional, que desplaza y es independiente del dato genético. Por esto es que todos los países que han regulado las TRHA han hecho del consentimiento (la voluntad pro creacional) el elemento determinante a los efectos de la filiación. En todos ellos la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento a las TRHA como fuente de la filiación legal" (Lamm, 2012).

En el Ecuador una modificación al ordenamiento jurídico para estos casos sería de gran magnitud ya que involucraría un sin número de cuerpos legales tanto en el ámbito civil, de la niñez y adolescencia como en el de la salud, pues esto se puede notar en el análisis anterior, sólo así daríamos cabida de una manera eficiente a las técnicas de reproducción asistida dentro de nuestro sistema legal, tal como lo han hecho varios países del mundo que indudablemente nos llevan una gran ventaja en la evolución del derecho.

CONCLUSIONES

- Actualmente la medicina y la tecnología han innovado la concepción del Derecho sobre todo en la problemática que se ha planteado, lo cual evidencia la necesidad de abandonar estructuras jurídicas tradicionales para dar paso a una verdadera revolución de la ciencia jurídica, todo aquello sin anteponer los resultados alcanzados por el hombre en sacrificio de ciertos beneficios, que pueden ser considerados así por criterios morales o religiosos, convirtiéndose muchas veces en prejuicios que deben romperse para alcanzar beneficios reales atendiendo a los principios de justicia, libertad e igualdad, sobre todo si nos enorgullecemos de nuestro famoso régimen del buen vivir contemplado en la Constitución ecuatoriana.
- El Derecho de Familia constituye un pilar fundamental en el ordenamiento jurídico de cualquier país, ya que sus postulados están dirigidos a la familia y sus integrantes, encontrándose entre ellos a grupos de atención prioritaria de acuerdo a la Constitución y a los Convenios y tratados internacionales, por lo que hay que poner especial interés en su desarrollo sobre todo si son los protagonistas en acontecimientos derivados de la ciencia como lo son las técnicas de reproducción humana asistida.

REFERENCIAS

- ACIPRENSA. (2016). *Presidente ecuatoriano decreta 25 de marzo día del niño por nacer*.
Obtenido de www.aciprensa.com/noticias/presidente-ecuatoriano-decreta-25-de-marzo-dia-del-nino-por-nacer/
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*. Quito: Nacional.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso Artavia Murillo y otros - Fertilización in vitro vs Costa Rica*.
- Habermas, J. (2002). *El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?* Barcelona: Paidós.
- Iturburu, M. (2015). La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. *Revista reproducción*, 30.
- Jiménez, R. (2007). Reproducción asistida. *Revista mexicana de derechos UNAM*, 97.
- Junquera, R. (1998). *Reproducción asistida*. Madrid: Tecnos.
- Junyent, B. (2016). *Fecundación asistida e identidad personal*. Buenos Aires: Astrea. .
- Lamm, E. (2012). *Como lo genético de ese plus, adquiere allí más relevancia lo volitivo*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- León-Cechino, A. (1973). Ética en medicina. *Cinetífico-Médico*, 315-317.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. RO.077. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Nacional.
- Ley Reformatoria al Código Civil R.O 526. (2015). *Ley Reformatoria al Código Civil*. Quito: Nacional.
- Luna, F. (1999). *Decisiones de vida o muerte: Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*. Buenos Aires: Sudamerica.
- Mantilla, B. (1989). *Proyecciones jurídicas de inseminación artificial humana*. Ecuador: Pío XII.
- Moreira, M. (24 de 11 de 2005). *derechoecuador*. Obtenido de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoshu>
- Moreno, J. (2009). *Manueal de derecho de familia*. Paraguay: Intercontinental.
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Ginebra: ONU.
- Rousseau, J. (1999). *El contraste social o principios de derecho político*.
- Ruíz, A. (2013). *El anonimato del donante en los supuestos de reproducción humana asistida*. Cantabria: Comunicaciones.
- Zabalza, G., & Schiro, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad en la adopción y la procreación asistida. *Cartapa de derecho*.