



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**LA VOLUNTAD PRO-CREACIONAL PARA EFECTOS DE
LA FILIACIÓN POST-MORTEM Y SU POSIBLE
INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTOR: JOSÉ OMAR MOLINA OCHOA

DIRECTOR: DRA. MARCELA PAZ SÁNCHEZ SARMIENTO

CUENCA - ECUADOR

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

LA VOLUNTAD PRO-CREACIONAL PARA EFECTOS DE LA
FILIACIÓN POST-MORTEM Y SU POSIBLE INSERCIÓN EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTOR: JOSÉ OMAR MOLINA OCHOA

DIRECTOR: DRA. MARCELA PAZ SÁNCHEZ SARMIENTO

CUENCA - ECUADOR

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*

DEDICATORIA

Primeramente, dedico mi tesis a Dios, quien siempre ha guiado mis pasos en este duro camino que está llegando a un final feliz y la consecución de mi meta. Además, les dedico a mis queridos padres que siempre han estado a mi lado apoyándome en las buenas y en las malas y los cuales con sus enseñanzas y valores inculcados desde siempre han hecho de mí un buen ser humano que busca ser exitoso en todos los aspectos de la vida, sin ellos no sería lo que soy. A mis hermanos que siempre me han apoyado en todo lo que me he propuesto en la vida con su cariño y amistad incondicional, a mis sobrinos que son el motor de mi vida y a los cuales amo con toda mi alma.

José Omar Molina Ochoa

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las personas que me apoyaron en la elaboración de este proyecto de grado, de manera especial a mi directora de tesis la Dra. Marcela Paz Sánchez Mgs, quien me supo guiar a lo largo de esta investigación y me apoyó para el cumplimiento de los objetivos propuestos al facilitarme las herramientas necesarias para su desarrollo.

INDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTOS.....	II
INDICE DE CONTENIDO	III
RESUMEN	1
PALABRAS CLAVE.....	2
ABSTRACT	3
KEYWORDS	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I	7
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM Y SU CONSENTIMIENTO INFORMADO 7	
1. ANTECEDENTES	7
1.1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	7
1.1.1. Definición y concepto de técnicas de Reproducción asistida	9
1.1.2. Técnicas de Reproducción Asistida	10
1.1.2.1. Inseminación Artificial:.....	11
1.1.2.2. Fecundación in vitro e Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI):	11
1.1.2.3. Criotransferencia:.....	11
1.1.2.4. Ovodonación:	12
1.1.2.5. Embrioadopción:	12
1.1.3. Situaciones en las que se puede aplicar Técnicas de Reproducción Asistida	13
1.2. CLASIFICACIÓN DE LAS TRA.....	14
1.2.1. La Fecundación In vitro:	14
1.2.2. Inseminación Homóloga:.....	15
1.2.3. Inseminación Heteróloga:	15
1.2.4. Inseminación Artificial Mixta:.....	15
2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM	16
2.1. DEFINICIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM	16
2.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM .	17
2.3. DETERMINANTES PARA LA REALIZACIÓN DE LAS TRA POST MORTEM	19
CAPÍTULO II	21

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA A NIVEL INTERNACIONAL, UNA MIRADA DESDE EL ORDEN JURÍDICO	21
2.1. LA REGULACIÓN DE LAS TRA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	22
2.2. LAS TRA EN LA LEGISLACIÓN DE ECUADOR.....	24
2.2.1. Normativas acerca de la práctica de las TRA con vigencia en el Ecuador	25
2.2.1.1. EL Código Orgánico Integral Penal	25
2.2.1.2. La Ley Orgánica de la Salud	26
2.2.1.3. EL Código de Ética Médica	27
2.2.1.4. El Proyecto de Ley “Código Orgánico de la Salud”	28
2.3. CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	29
2.3.1. Clases de consentimiento	31
2.3.1.1. Consentimiento expreso.	31
2.3.1.2. Consentimiento tácito.....	31
2.3.1.3. Consentimiento Informado.	32
2.4. Marco normativo referente al consentimiento informado en el Ecuador.	32
CAPITULO III	36
LA FILIACIÓN POST MORTEM.....	36
3.1. ¿QUE ES LA FILIACIÓN?	36
3.2. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA FILIACIÓN	39
3.2.1. La igualdad entre los hijos.....	39
3.2.2. La libre investigación de la paternidad y maternidad.....	40
3.2.3. El interés superior del niño.	41
3.3. CARACTERÍSTICAS DE LA FILIACIÓN.....	42
3.3.1. Filiación matrimonial.....	44
3.3.2. Filiación extramatrimonial	45
3.3.3. Filiación Post – mortem.....	45
3.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA FILIACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO EN ECUADOR.....	46
3.5. DERECHOS DEL NACIDO EN LA FILIACIÓN POST – MORTEM	48
3.6. LA FILIACIÓN GENERADORA DE DERECHOS PATRIMONIALES	49
3.6.1. La filiación respecto a los derechos sucesorios.....	49
3.7. LEGISLACIÓN COMPARADA DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN EN LOS HIJOS CONCEBIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM	
CONSENTIMIENTO DE LOS PROGENITORES.....	51
3.7.1. Consentimiento de la Madre.....	52

3.7.2. Consentimiento del Padre.....	52
3.8. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS CONCEBIDOS POR TRA.....	53
3.9. LEGISLACIÓN COMPARADA EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM.....	54
CONCLUSIONES Y RECOMEDACIONES	60
Conclusiones	60
Recomendaciones	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65
ANEXOS	67

RESUMEN

La investigación que a continuación se presenta, concierne al evento denominado para lo cual se determina como filiación bajo la figura de consentimiento, estimado para la práctica de las técnicas de reproducción asistida, semejante efectuada de modo post mortem; estas incursiones aplicadas en el campo de la reproducción en la medicina ha tomado un auge significativo en los últimos años, lo que ha permitido a los no solo a los profesionales de la salud en el incursionar en este tipo de prácticas, sino que también como la posibilidad de gozar de un derecho inalienable como el de formar una familia, cabe notar que no se trata únicamente de una respuesta a los problemas de fertilidad de las parejas, este ejercicio va más allá, congregándose en la figura jurídica en pro de él bebe concebido por medio de estas técnicas, y a partir de ahí. Toda la garantía de derechos que llegan consigo.

En lo particular, a lo que respecta a nuestro país, es importante mencionar, que no existe hasta la fecha una ley que sea clara y precisa sobre los aspectos que conciernen a la práctica de las TDA. Por consiguiente, esto da pie a un vacío legal en cuanto a los derechos en materia de filiación a bebes nacidos por medio de estas técnicas. De ahí la importancia de generar un debate analítico e investigativo, acerca de las TDA y las afectaciones que estas conllevan al núcleo de familia como tal. Es importante mencionar que en la actualidad los estudios existentes, se han caracterizado por la falta de aporte y sustento jurídico, solo se han enfocado en los aspectos científicos y de orden médico.

PALABRAS CLAVE

Reproducción Asistida Post Mortem – Identidad en el derecho - La filiación como derecho - Derechos de sucesión del bebe por nacer - Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) - Desarrollo científico y tecnológico y biomédico.

ABSTRACT

The research presented below concerns the event known as the filiation by consent, granted for the realization of homologous assisted reproduction techniques applied in a post mortem manner; these incursions applied in the field of reproduction in medicine has taken a significant rise in recent years, which has allowed not only health professionals in the incursion into this type of practice, but also as the possibility of enjoying an inalienable right such as forming a family, for cases in which a couple, due to various biological problems, it is worth noting that it is not only a response to the fertility problems of the couple, this exercise goes further, gathering in the legal figure for the baby conceived through these techniques, and from thereon. All the guarantee of rights that come with it. In particular, as far as Ecuador is concerned, there is no clear and precise regulation about post mortem filiation through Assisted Reproduction Techniques, which results in a legal vacuum regarding the rights and obligations that arise from the birth of a human being whose mother has undergone a medical procedure after the death of the father who provided his gametes for the conception, I consider of great interest and importance to carry out an analysis of post-mortem assisted fertilization and its impact on family law, particularly in matters of filiation. It should be noted that at present most studies and research that have been carried out have tended to explain and complement medical, scientific, biological, and physiological studies, leaving aside the legal aspect.

KEYWORDS

Post mortem assisted reproduction, right to identity, right to filiation, rights of succession of the conceived, techniques of assisted human reproduction (trha), scientific and technological and biomedical development.

INTRODUCCIÓN

El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia para con ellos y frente a terceros. Cabe mencionar que el contexto en el que se encuentra fundado el derecho de familia por la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los sujetos de acción y los efectos, es el derecho privado, y la intervención de los órganos del Estado solo es auxiliar en la aplicación de las normas para el goce, el ejercicio, el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos, deberes, y obligaciones derivados de los vínculos familiares.

Esto partiendo de la premisa de que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y podemos establecer que es constituida principalmente por el padre, la madre y sus hijos, como de manera inclusive religiosa se ha mencionado, partiendo de este antecedente podemos manifestar, que como constitucionalmente se establece, requiere de protección al igual que sus integrantes; esto es atención y provecho de los individuos que la conforman, cumpliendo así con la función social que le corresponde. Es decir que el interés familiar debe entenderse como el medio de protección de los intereses y derechos de los miembros del núcleo familiar, en este caso principalmente en el tema del DERECHO A LA FILIACIÓN POSTMORTEM.

Un aporte importante para esta investigación, es la aplicación del método comparativo, en el cual se desarrolla un estudio de algunas de las leyes en otros países que regulan a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Este ejercicio será nuestra bitácora que nos oriente para determinar con claridad las vías de hecho que nos permitan construir en nuestro país una legislación adecuada y pertinente. Un sustento relevante para este ejercicio es sin duda las experiencias llevadas a cabo en países donde ya existe una normativa, las cuales servirán como referente a nuestro caso en particular. Esta investigación se presenta en tres capítulos, el primer capítulo se compone de la descripción en detalle de las TDA, aportando de manera clara cada una de

sus características, su clasificación y también su proceso de evolución en las últimas décadas.

En el segundo capítulo se aborda el consentimiento como el instrumento y la forma de reconocimiento del derecho a incidir de manera voluntaria en un procedimiento de estas características, describiendo cada una de las particularidades en las que aplica este consentimiento, así como también los diferentes tipos de consentimiento y su pertinencia jurídica.

En el tercer capítulo, se desarrolla un análisis acerca de las falencias jurídicas en materia de filiación a los bebés nacidos por medio de las TDA, lo cual nos permite reconocer en comparación a ciertas de las normativas existentes en diferentes países como Brasil, España, Argentina y la Unión Europea. Haciendo especial énfasis en las normativas de España y Argentina, ya que estos dos países han demostrado mayor avance y desarrollo en su regulación.

La investigación termina con el planteamiento de las conclusiones que surgen luego de analizar la situación actual del Ecuador en este tema, y por consiguiente se establecen las recomendaciones que se mencionan como alternativas a posibles soluciones viables y aplicables frente a la realidad jurídica de nuestro país.

CAPITULO I

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM Y SU CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. ANTECEDENTES

1.1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Los inicios de la reproducción humana asistida se dan hace más de tres décadas, cuando se da paso a las primeras investigaciones que dieron como punto de partida en la historia, el primer nacimiento de bebés concebidos de manera “artificial”. El primer registro histórico hace mención al Dr. Patrick Steptoe, ginecólogo y a su vez al fisiólogo Robert Edwards quien fuera tiempo después premio nobel de la medicina en el año 2010. Esta pareja de científicos hicieron posible gracias a sus estudios, que se produjera el primer nacimiento del primer bebé concebido por fecundación in vitro. Este hecho se produjo el 25 de julio del año 1987, una niña llamada Louis Brown en el hospital Royal Oldman en Inglaterra. La concepción de Louis se produjo en un periodo de 9 meses antes y este se llevó a cabo en un laboratorio utilizando la técnica de fecundación in vitro. El procedimiento consistió en la extracción de un óvulo de la madre y lo cultivándolo junto a un espermatozoide del padre. Lo que tuvo como resultado la unión de los gametos, pasado dos días el óvulo ya había sido fecundado formando así una masa compuesta por 8 células denominado (blastómero)¹. El cual fue implantado en el útero de la madre, dando inicio al embarazo.

El 10 de noviembre de 1977, fue el momento preciso cuando el científico Jean Purdy, hizo la transferencia de un embrión en el útero de la madre. Pero basto solo 10 años de investigación para que se llevara a cabo un procedimiento como ese. En todo este tiempo, el ginecólogo Patrick Steptoe y el fisiólogo Robert Edwards juntan esfuerzos para así desarrollar la fecundación in vitro completando dos procedimientos, uno era el de extracción de los óvulos y el otro de fertilización, este procedimiento involucró también a la primera embriologa de

¹Los blastómeros son un quídam de células embrionarias animales indiferenciadas resultantes de la segmentación del cigoto a posterior a la fecundación. Estas células poseen totipotencialidad, o sea que pueden dar inicio a células de cualquier tejido.

la historia, la Dra. Purdy. Logrando dar como resultado la primera concepción y posterior nacimiento. ("Caballero. P", ; "Núñez, R", & "García, A"., 2012)

En ese mismo año, se da también el segundo nacimiento por medio de fecundación in vitro, esta vez en la India, más sin embargo, las autoridades no permitieron que se hiciera público este acontecimiento por lo que pasó inadvertido. (Matorras, R., 2011)

El equipo de médicos australianos, compuesto por los doctores Lopata, Leeton, Wood y Trounson, lograron que naciera el primer bebé australiano bajo la técnica de fecundación in vitro. Este hecho se produjo el 23 de junio de 1980 en la ciudad de Melbourne. Un año después en 28 de diciembre nacería en Estados Unidos el primer bebé norteamericano engendrado bajo la fecundación in vitro, además fue la primera vez, que se utilizaron las gonadotropinas para lograr la estimulación del ovario. Este evento científico estuvo liderado por los doctores Howard y Georgeanna Jones.

El grupo australiano formado por los doctores Lopata, Leeton, Wood y Trounson consiguieron que el 23 de junio de 1980 naciera en Melbourne el primer bebé australiano tras FIV. El 28 de diciembre de 1981, venía al mundo en Norfolk (Virginia) el primer niño engendrado por fecundación in vitro en los Estados Unidos, además fue la primera vez que se utilizaron las gonadotropinas para estimular el ovario. El grupo estaba dirigido por los doctores Howard y Georgeanna Jones. Es gracias al equipo de médicos australianos dirigidos por el Dr, Trounson y Mohr, que se da el primer nacimiento luego de la criopreservación y posterior descongelación de embriones. Este hecho se dio en el año de 1993, en este mismo año, este mismo grupo hace público el primer nacimiento por medio de la donación de ovocitos. (Tahefertilidad.es, 2018)

Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), han llegado a ser en las últimas décadas como la mayor práctica científica, la cual ha sido desarrollada como una alternativa a las formas de la reproducción humana, esto en respuesta a ciertas necesidades específicas de miles de usuarios que optan por este método científico. Se han puesto en práctica desde la década de los años 70, lo que le ha permitido la evolución histórica, debido a los diversos acontecimientos

que se han presentado, en la investigación genética, así como también en la puesta en marcha de nuevas técnicas y procedimientos que faciliten la oportunidad de concebir bebés indiferentemente de cuales sean las necesidades o dificultades. La primera vez que dio uso al término de fecundación in vitro, fue el año de 1959. Luego del experimento que dio como resultado el nacimiento de un conejito, este evento les aportó una gran motivación a las futuras décadas. Más sin embargo el evento estuvo en el ojo del huracán debido a la polémica que se suscitó por parte de grupos activistas y religiosos, quienes condenaron el experimento.

Sin lugar a dudas las TRA comprenden una esfera un tanto compleja, a causa de las distintas respuestas emocionales asociadas a una carga de preocupaciones y juicios racionales. Por consiguiente, se adicionan diversas actitudes sociales (ciertos estereotipos de maternidad o de virilidad), las distintas visiones que se dan en la sociedad sobre el rol de la mujer en el plano de reproducción así como también, la participación cada vez más notoria de la ciencia en aspectos fundamentales, desarraigando a lo natural, con lo científico. La percepción positiva o negativa de la medicalización de ciertos procesos naturales.

Como primera medida, debe ubicarse a las TRA dentro del marco de la salud sexual y reproductiva. Es a partir del siglo XX, que se construye el concepto de salud sexual y salud reproductiva, basándose en la definición propuesta por la Organización Mundial de la Salud, la cual manifiesta que la salud es un estado de total bienestar el cual es físico y a su vez mental, y por consiguiente social, y no solo se enmarca en la ausencia de enfermedades.

1.1.1. Definición y concepto de técnicas de Reproducción asistida

Solís (2011), establece que “hacen referencia al conjunto de métodos de carácter biomédicos que buscan facilitar en cuanto sustituyen ciertos procesos naturales de orden biológicos que se dan durante la reproducción en las personas”. El aspecto fundamental de las técnicas de reproducción asistida, son herramientas alternativas que buscan generar soluciones a las necesidades de ciertas personas en términos de fecundidad y de reproducción humana.

En la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, llevada a cabo el pasado 19 de octubre de 2005, se contemplan ciertos aspectos éticos los cuales están relacionados con la práctica de la medicina, al igual que otras ciencias y tecnologías para el tratamiento de los seres humanos. En esta discusión se tomaron en cuenta dimensiones sociales, al igual jurídicas y ambientales con el ánimo de salvaguardar la dignidad de las personas indiferente de sus condiciones naturales, sociales, políticas, religiosas, entre otras. Lo que prima en este orden es el derecho a la dignidad y el derecho a la vida de las personas, sin torpedear sus libertades fundamentales. Por consiguiente, esta declaración es bastante explícita en cuanto a la responsabilidad de los Estados en salvaguardar la vida y la dignidad de sus ciudadanos, en todos los campos de la ciencia, en especial en de la biología y la medicina.

Por consiguiente, los anteriores planteamientos, permiten establecer el hilo conductor sobre la injerencia en lo que respecta a los Derechos sexuales y derechos reproductivos, en especial a la relación que conforman las TRA y los derechos humanos. Esto como principio para la formulación de las normativas que regulen la participación adecuada y responsable de los usuarios de estas técnicas.

Por otra parte, es importante mencionar que las TRA no solamente existen como alternativa a problemas de esterilidad, ya que dentro de sus características está, la manipulación bajo control de los gametos (óvulos y espermias) y/o embriones, procesos que se llevan a cabo en laboratorios especializados, necesarios para poder realizar este tipo de procedimientos, como es el caso de la inseminación intrauterina (IIU) y la fertilización in vitro (FIV). Así como también la preservación de los embriones por medio del congelamiento y el diagnóstico genético preimplantacional.

1.1.2. Técnicas de Reproducción Asistida

“La fecundación se puede definir como el proceso por el cual se forma a partir de la unión de gametos masculino y femenino la formación de un nuevo ser. Este procedimiento se realiza mediante la inclusión del espermatozoide, el cual se orienta en dirección al cuello de útero, en donde encuentra el espacio y

ambiente favorable para su desarrollo. Y al cabo de unas horas al llegar a las trompas de Falopio de lleve a cabo la fecundación.” (De la Macorra, B., 2013)

1.1.2.1. Inseminación Artificial:

La inseminación artificial (IA) consiste en el depósito con una cánula de una muestra de esperma, la cual se inserta al interior de la matriz durante su fase de ovulación. Es un procedimiento no tan complejo el cual no produce dolor alguno. Se aplica también en situaciones donde se altere la calidad del esperma, cuando existen problemas para depositar el semen en la vagina o en el de mujeres con problemas en el matriz como malformaciones o alteraciones en el cuello uterino. (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, 2014)

1.1.2.2. Fecundación in vitro e Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI):

Esta se da por medio de la unión del espermatozoide con el óvulo, logrando con esto la fecundación y por ende la producción de un embrión, el cual luego, será transferido al útero de la madre. Este procedimiento se da en distintas fases, la primera es la estimulación del ovario por medio de fármacos, luego se da la extracción de los óvulos, para luego proceder a la fecundación de estos en el laboratorio, así como también la fecundación de los mismos el desarrollo de los embriones la posterior a ello, la transferencia del embrión al útero.

Otra manipulación se da mediante la inyección intracitoplasmática, la cual consiste en la inyección de un espermatozoide de forma directa al interior del óvulo. (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, 2014)

1.1.2.3. Criotransferencia:

Esta técnica también reconocida como la transferencia de embriones luego de su congelamiento, consiste en la disposición de óptimas condiciones en un laboratorio de los embriones que se desarrollaron gracias al ciclo de la fecundación in vitro. Lo que permite que cualquier usuario pueda disponer de estos embriones en el momento que lo desee. (Bermebeu, R. , 2012)

1.1.2.4. Ovodonación:

Esta consiste en la fecundación in vitro, pero para ello se recurre a la utilización de óvulos donados por alguien distinto a la mujer que desarrollara el embarazo. Es decir, se hace el proceso de desarrollo del embrión y posterior a ello se transfiere este embrión a la matriz de la mujer receptora. (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, 2014)

1.1.2.5. Embrioadopción:

Esta técnica se basa en la que un embrión es donado por una pareja, la cual ha completado con éxito su deseo de fecundación y cuentan con embriones vitrificados sobrantes de posteriores diligencias de reproducción asistida. Este embrión se transfiere al útero de la mujer quien lo recibe de forma sencilla. Por lo general se indica este procedimiento luego de que algunos tratamientos de reproducción asistida no hayan tenidos óptimos resultados. (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, 2014).

En la actualidad, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no establece los criterios formales para el desarrollo de las TRA, para lo cual, el objeto de la presente investigación busca orientar sobre las facultades en las que se pueden sostener dichas prácticas, si bien es cierto, la fecundación in vitro es la más recurrente en el mayor de los casos para responder a las necesidades de procreación de los usuarios que estiman por acceder a estos servicios, por lo que según la normativa en orden general, es decir las instituciones que abanderan el tema, como la Organización Mundial de la Salud, a su vez, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, contemplan las facultades para garantizar a todos y todas a disponer de los adelantos científicos que estén a su alcance, con el fin de satisfacer sus necesidades en términos de salud, lo que se busca es recrear el escenario jurídico en el cual la sostenibilidad sea también en lo referente a la filiación post mortem, sin distinción de usuarios, más bien como una garantía de derechos. No obstante, las condiciones son bastante restrictivas para los candidatos, porque imperan ciertos requerimientos, que, desde la dinámica del orden legal, vulneran derechos. Comparado con los

derechos sexuales y reproductivos, en los cuales se enmarca el acceso a los adelantos y desarrollos científicos, de igual modo a la información, no es un procedimiento libre para cualquier usuario que contemple disponer de estas técnicas de forma abierta.

1.1.3. Situaciones en las que se puede aplicar Técnicas de Reproducción Asistida

Las principales situaciones que rodean a las TRA son las distintas opciones que brindan oportunidades para el poder llevar a cabo un embarazo, debido a esto se instaura una gama de alternativas para terminar con la novedad de un embarazo y posterior nacimiento de un bebe. Este procedimiento, se determina en primera instancia reconociendo los diversos factores o problemáticas que poseen quienes recurren a estos procedimientos, a continuación, se establece en la tabla presentada una relación de estas posibles circunstancias.

Tabla 1. Circunstancias para la Reproducción Asistida

Tipo de Infertilidad	Espermatozoides	Óvulos	Útero
Madre y padre con capacidad para concebir. Problemas para fecundar naturalmente	Padre	Madre	Madre
Padre infértil. Madre con capacidad para concebir	Donante	Madre	Madre
Padre con baja posibilidad de fertilidad. Madre con capacidad para concebir	Padre y Donante	Madre	Madre
Madre infértil capaz de portar al feto	Padre	Donante	Madre
Pareja infértil y madre capaz de portar el feto	Donante	Donante	Madre

Pareja fértil y madre incapaz de portar el parto	Padre	Madre	Vientre alquilado
Madre fértil incapaz de portar el feto padre infértil	Donante	Madre	Vientre alquilado

Fuente: José Omar Molina

En esta tabla se muestran algunas de las circunstancias en las que se determinaría la posibilidad de procedimiento sobre cualquier tipo de técnica, estimando la naturaleza de la necesidad y/o situación de los usuarios. Es decir que la manera como se estima la aplicabilidad de cualquiera de los tratamientos es excluyente en el objeto de nuestra investigación, no se remite en alternativas que abran posibilidades para el caso de la filiación post mortem, es decir, estas circunstancias solo imperan a parejas vivas, pero no facultan en la figura o caso del fallecimiento de la pareja. Esta situación abre puertas al debate en cuanto a la necesidad de regular abiertamente en términos de garantías de los derechos de la pareja sin excluir por su situación o condición.

1.2. CLASIFICACIÓN DE LAS TRA

Como primera medida, se considera la diferenciación de los gametos en cuanto a que las TRA pueden ser homólogas o heterólogas. Las homólogas suelen ser aquellas en las que los espermias y óvulos proceden de la pareja que desea someterse a este procedimiento. Y la heteróloga es aquella en la cual ya sea el espermia o el óvulo provienen de un donante ajeno a la pareja. (Santamaria, L., 2012)

1.2.1. La Fecundación In vitro:

Esta se lleva a cabo por medio de la unión de los gametos masculinos y femeninos a través de un tercio, este procedimiento se lleva a cabo en un laboratorio. En primera instancia se da la extracción de los gametos masculinos y femeninos respectivamente, esta extracción se realiza por medio de un mecanismo invasivo; una vez que se ha logrado la extracción se procede a su

colocación en matraz o probeta. Esta técnica resulta ser mucho más compleja que las anteriores. (Merlyn, S. , 2011)

1.2.2. Inseminación Homóloga:

Esta se da por medio de la introducción de los gametos de la pareja en el aparato reproductor de la mujer. Este procedimiento no representa por consiguiente un conflicto de orden jurídico dado que el nacido es hijo de la pareja que opta por esta concepción. (Robayo, M. & Alvarez, O. , 2015)

1.2.3. Inseminación Heteróloga:

Cosiste en la inoculación² de aportes genéticos ajenos al esposo o pareja, los cuales son aportados por un donante.

1.2.4. Inseminación Artificial Mixta:

Esta técnica consiste en la utilización del semen de la pareja y a su vez de un tercero o donante. Esto hace posible que el semen de la pareja resulte óptimo para el procedimiento, es una de las técnicas muy poco utilizadas, más sin embargo se recomienda como alternativa. Por lo general cuando hay evidencia de una muy baja producción de espermatozoides, estos se mezclan con los del donante lo que amplía las posibilidades. (Ines Awad, & Mónica de Narvaéz, 2001)

Haciendo referencia a la metodología seguida, podemos clasificar las TRA según el esquema siguiente:

- **IA:** Inseminación artificial.
- **I1UD:** Inseminación intrauterina directa.
- **I1P:** Inseminación intraperitoneal.
- **TIPEO:** Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos.
- **GIFT:** Transferencia intratubárica de gametos (Gamete Intra-FallopianTransfert).

² La Inoculación es el procedimiento de Introducción de una sustancia en un organismo.

Las prácticas de reproducción asistida de manera homóloga, requiere en su mayoría de los casos del congelamiento del material genético. Por lo anterior, se trata de un procedimiento de alta complejidad, cabe resaltar que, es significativo la extracción de gametos masculinos, una vez que el varón haya fallecido, lo que nos lleva al siguiente contexto. En la actualidad existen algunas técnicas que se van adaptando a las necesidades de cada uno de los usuarios. Los métodos más conocidos y utilizados en Ecuador hasta el momento son la Inseminación Artificial y la fecundación in vitro. En algunos países, esta técnica no ha sido objeto de una legislación oficial, y Ecuador no es la excepción, por lo que no cuenta con una referencia específica para abordar el tema.

2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM

2.1. DEFINICIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM

Las técnicas de reproducción asistida post mortem, se desarrollan cuando se da el fallecimiento del donante, de quien provienen los gametos. Suele ser una de las técnicas mayormente cuestionadas, debido al gran debate moral y ético sobre los derechos del niño por nacer.

Para lograr estas técnicas se hace necesario disponer de tres modalidades, las cuales son la fecundación in vitro, la inseminación artificial, y la transferencia intratubárica de gameto, en lo que solo, en lo que solo se tiene aceptación bajo los parámetros del matrimonio constituido legalmente, en unión de hecho que supere los 5 años de convivencia. De acuerdo a las normativas que disponen los centros de asistencia, en Europa y Estados Unidos, este procedimiento se da como parte del sistema de seguridad social en el que incurran los usuarios.

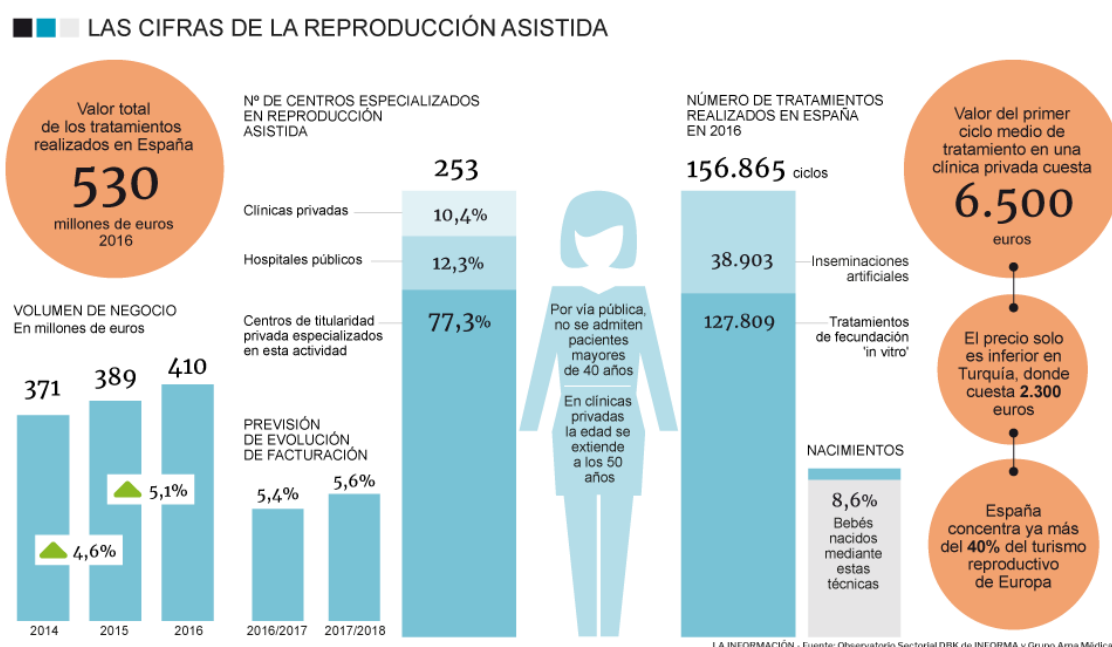
Otra variante, se da cuando la mujer pide la extracción del material genético de su pareja fallecida, con lo cual se da la transferencia de estos embriones post mortem, fecundados de forma in vitro, son dispuestos en el útero de la mujer. (Rodríguez, A., 2015)

Otra definición, la cual plantea un aporte más simplista, sostiene que la fecundación que se logra es a través del semen de la pareja, fallecida, lo que

implica un procedimiento de inseminación artificial y la fecundación in vitro, estableciendo las variables de estas prácticas: la obtención del material genético a través de la crio conservación³. Esto abre la puerta a las técnicas de reproducción asistida desde el orden científico y social.

En la región iberoamericana se han realizado al menos 37.893 ciclos de reproducción asistida, generando 13.696 embarazos, 10.318 donaciones de espermias y el nacimiento de 13.879 bebés. Las mujeres entre 35 y 36 años son quienes mayoritariamente llevan a cabo este tipo de tratamiento (un 40 por ciento del total); realizándose el 31 por ciento de ellos en mujeres de más de 40 años.

Ilustración 1. Cifras de aplicación de TDA en España.



Fuente: Observatorio sectorial DBK. Y Grupo Arpa Médica

2.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM

El desarrollo de la ciencia observa un crecimiento exponencial. Un ejemplo de ello, es lo que sucede en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida, en el que ya no se debate -al menos con tanta fuerza si este tipo de práctica médica es subsidiaria o principal, la posibilidad de que este tipo

³Proceso de congelación y almacenamiento de espermatozoides para su uso en el futuro. Se toman muestras de semen que se examinan al microscopio en el laboratorio para contar los espermatozoides y determinar qué tan sanos son. Luego, los espermatozoides se congelan y almacenan.

de procedimiento sea con material genético proveniente de un tercero, o la utilización de embriones como sucede en la fertilización in vitro, y la necesidad de criopreservar los embriones sobrantes, más allá de que aún en ciertos países, como la Argentina, siga existiendo un silencio legal al respecto con la consecuente discusión doctrinaria acerca de los destinos posibles.

Las TRA post mortem, se practican después del fallecimiento del donante de los gametos, de los cuales se obtendrá el material genético para la posterior fecundación. Según Chavez, (2012). “Este procedimiento resulta ser bastante cuestionado, de forma médica, así como también de forma legal, debido a que se trata de la programación de un bebe que nacerá sin padre. No tanto por los derechos a los que tenga este bebe en materia de filiación, si no, para con los cuidados paternos. Por otra parte, se da otro procedimiento en el cual es la mujer quien otorga la facultad legal, por así decirlo, al realizar la sustracción de los gametos de un cadáver quien haya sido su pareja o conyugue, no obstante, es importante hacer mención que no es necesario que exista un documento donde el fallecido exprese su consentimiento. Trayendo a colación lo expresado por Inés Awad & Mónica Narváez,

“En ambos casos, se procede a la criogenización de forma in vitro, y luego del fallecimiento del hombre, le serán transferidos al útero de la madre, es ahí donde comienza una nueva vida, y por ende deben garantizársele los derechos”. (Ines Awad, & Mónica de Narvaéz, 2001)

Según lo observado, la fecundación post mortem, trata de la concepción de un nuevo ser por medio de las técnicas de reproducción asistida, se pueden considerar a estas técnicas como, instrumentos para la obtener vida humana, mediante la utilización de procedimientos médico-biológicos

Tal y como se ha examinado, la fecundación post mortem consiste en la concepción de un hijo a través de los métodos de reproducción asistida. Consideramos estas técnicas como “la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico-biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer’ (Cook, R ; Dickens , B. & Fathalla, M. , 2003)’. Ahora bien, las técnicas más efectuadas en las últimas décadas, son la fecundación in vitro, con la posibilidad efectiva de que esta se

puede realizar aun cuando el donante, en este caso la pareja haya fallecido. (Serrano, A. , 2000).

Para el caso de la fecundación in vitro post mortem, es importante que se estudie, con detenimiento, en el caso de que es el donante varón quien por medio de un documento, el cual se denomina como “consentimiento”, determina su voluntad para la utilización de su material genético luego de su muerte. Una vez consentido este requerimiento, se procede a utilizar diversas prácticas como la de fecundación artificial post mortem. (Martinez de Aguirre, A ; Conteras, P. ; Perez, M., 2011)

2.3. DETERMINANTES PARA LA REALIZACIÓN DE LAS TRA POST MORTEM

La ley ampara en todos los casos al derecho a la vida del bebé procreado, bajo cualquier técnica. Lo que impera sobre la particularidad de que se preserven los derechos de la criatura, cuando la pareja establece en consenso participar de este procedimiento, la ley se queda corta sobre diferentes técnicas pueden desarrollarse. El requisito por así decirlo, que impera en este caso es el consentimiento en común acuerdo de la pareja.

Tomando como referencia, la normativa legislada en España, acerca de la protección de embriones, es importante mencionar algunas de las normas, que se estipulan en los diferentes cuerpos legislativos. Según la constitución, en su artículo 15, dispone que “el derecho a la vida es primordial para para todos y todas, a la integridad física y moral”. (Femenia, P., 1999). Otra postulación plantea que el vocablo “todos”, sin lugar a duda, menciona también a los no nacidos, reconociéndole el derecho a la vida como fundamental. Por su parte el artículo 29, manifiesta que un nacimiento determina en causa y efecto la personalidad y por consiguiente, todos los efectos que le sean favorables para su desarrollo.

Uno de los mayores referentes para el estudio de las TRA, es la llevada a cabo a nivel jurídico por Diane Blood, quien a sus 36 años le solicita de forma expresa un permiso a la Autoridad de Embriología y Reproducción. Para poder participar de un proceso de fecundación in vitro, para el cual se usarían sus óvulos, y los espermias de su pareja después de su muerte, los cuales fueron

extraídos mientras este, se encontraba en esta de coma. Debido a la falta de legislación, y por no contar con un consentimiento por parte de su esposo, la petición de Diane Blood fue rechazada. Tiempo después, la petición fue presentada ante las instancias legales, obteniendo como resultado que el tribunal de apelaciones fallara a favor de Diane, por lo cual pudo participar de la fecundación in vitro con el material genético de su esposo, logrando así su primer embarazo.

En la actualidad las normas jurídicas para el caso de algunos países incluyendo el Ecuador, carecen de normativas claras para la realización de este tipo de prácticas, en las cuales se divaga en un mar de inconsistencias, debido a que las garantías expresadas en los órganos de control como la OMS, y la DDHH, establecen que los Estados parte de estas convenciones, deben como política, garantizar el acceso a servicios y a tecnologías que den bienestar a sus ciudadanos, por el contrario, las TDA, se han transmitido a un sector privado, en el cual los procedimientos se elevan en términos económicos, lo que no es un ejercicio de derecho que otorgue el Estado si no que se convierte en un tema de posibilidades económicas, lo que eleva la discusión a otro entorno.

Para el caso ecuatoriano, no se cuenta con una normativa que regule el procedimiento de la Donación de material genético con motivos de procreación, por su parte el Ministerio de Salud Pública, solo cuenta con la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos. Lo cual aumenta la brecha para las parejas que deseen participar de este procedimiento. Las diferentes consideraciones que enuncia la Ley son excluyentes.

CAPÍTULO II

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA A NIVEL INTERNACIONAL, UNA MIRADA DESDE EL ORDEN JURÍDICO

El siglo XX estuvo acompañado de muchas intervenciones científicas, las cuales permitieron el desarrollo y mejoramiento de las TRA, aunque estuvieran dispuestas al tratamiento de la infertilidad, la prevención de enfermedades genéticas. En el año de 1978, se da en el Reino Unido, el nacimiento de la primera bebe, gracias a la técnica de la fecundación in vitro, lo que dio paso al nacimiento de unos 100.000 bebés, el año en todo el mundo. Lo que en terminas estadísticas se estipule que el 4% de los niños nacidos en los Estados Unidos sean como resultado de las TRA.

Según las cifras que se han publicado por parte de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED LARA)⁴ entre los años de 1990 a 2012, se produjo el nacimiento de en América Latina de 128.245 bebés con ayuda de las TRA. Brasil, se encuentra en los primeros lugares donde se realizaron el mayor número de nacimientos, alcanzando una cifra de 56,674 bebés. Seguido de Argentina con 26.085 nacimientos, México contó con 17.238 nacimientos, estos países representan tan solo el 78% de los nacimientos en toda América Latina.

Por otra parte, en el caso de España, se reportan un total de 33.934 nacimientos gracias a la ejecución de las TRA. España es el primer país a nivel de Europa en la implementación de las TRA, y el tercero a nivel mundial, a diferencia de América latina, cuenta con una normativa que apremia en la funcionalidad de los centros a llevar registros y reportar los resultados. Con el fin de que la población tenga conocimiento acerca de la favorabilidad de cada uno de estos centros.

Los planteamientos de la regulación y normatividad enfocados a los nuevos avances científicos en el área de la reproducción, es importante tener en cuenta, las líneas de la ética y el razonamiento moral con el fin de garantizar la

⁴El registro Latinoamericano de Reproducción Asistida en un órgano de la RED que tiene como función, la recolección de información estadística para su análisis y posterior publicación.

protección de los derechos de las personas. Es por ello que el análisis de las diferentes regulaciones, propenden por la ampliación de la cobertura en el campo investigativo. Sin dejar de lado salvaguardar la integridad de los usuarios. Distintos organismos internacionales, han pronunciado debates frente al tema optando por el uso adecuado y respetuoso de la biomedicina como un campo de protección de las personas y no como un experimento.

En cuanto a las manifestaciones que se han presentado por parte de la Naciones Unidas para con el tema, en el área de las nuevas tecnologías reproductivas y la investigación biomédica aparece condicionado, por los principios y derechos consagrados en la “Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948”; y los “Pactos Internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966”. Como consecuencia de ello, el concepto de dignidad del ser humano y la libertad de investigación se alzan como pilares básicos de toda la construcción jurídica.

América Latina cuenta con un tribunal regional especializado en derechos humanos: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Desde sus labores, en 1979, se dedicó a emitir opiniones consultivas. Su rol jurisdiccional inició recién en 1987. En su primera etapa contenciosa, se abocó a delitos de lesa humanidad. La responsabilidad internacional de los Estados parte se centraba en el derecho penal humanitario, al encontrarse comprometidas fuertes restricciones a la vida, la libertad y la dignidad. Muchos años después, la CIDH comenzó a inmiscuirse en el campo de las relaciones de familia, brindando pautas de interpretación en variados y relevantes conflictos.

2.1. LA REGULACIÓN DE LAS TRA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Es importante hacer mención acerca de las formas en cuanto a cómo está regulado el tema de las TRA y su relación con los derechos humanos, de forma histórica. Basados en el hecho de la no existencia de una regulación detallada, que determine con claridad y respecto a sus implicaciones y condiciones de este tipo de técnicas, a continuación, se describen algunos apartes más

representativos, basados en las normas vigentes que se fundamentan en un marco de derechos.

- **El informe de la conferencia internacional sobre población y el desarrollo de las Naciones Unidas (1.994)**

Este informe trata acerca de los derechos fundamentales que tienen una relación marcada con los procedimientos desarrollados en las TRA. Se da la definición de los Derechos Reproductivos como a la Salud Reproductiva. Su objetivo principal era el reconocimiento del derecho a la salud reproductiva de cada persona, por consiguiente, sus deseo y capacidad de participar de una vida sexual complaciente y satisfactoria.

- **La convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer:**

El órgano internacional que hace el reconocimiento de los derechos reproductivos de todas las personas es la CEDAW, la cual determina el derecho fundamental de la mujer a decidir libremente y de manera responsable sobre su vida sexual y su vida reproductiva. Esto implica el deseo de tener hijos y el tiempo en que desee tenerlos.

- **La convención para los derechos humanos y la dignidad del ser humano con relación a la aplicación de la biología y la medicina (1.997)⁵:**

Esta convención se plantea solo para la Unión Europea y en ella, abarca en su interior las condiciones que se establecen para la práctica de la fecundación in vitro, y señala a su vez, que se debe proteger el embrión. Se prohíbe la procreación de embriones con fines de investigación, salvaguardando la ética y la dignidad de los usuarios.

⁵Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

- **La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida al caso de Artavia Murillo (fecundación in vitro)⁶:**

Al finalizar el año 2012, se produce un hecho de bastante renombre y de especial importancia en el tema de los derechos sexuales y reproductivos. Este hecho involucra a una ciudadana de nombre Artavia Murillo, quien se enfrenta en los tribunales contra el Estado de Costa Rica, basándose en los perjuicios que este le ha generado a ciudadanos, negándoles la práctica de la fecundación in vitro. Esta sentencia fue dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre de 2012. Algunos de los argumentos que la sentencia plantea el ordenamiento jurídico plantean un espacio más posible para la práctica de las TRA como una oferta de servicios a los que los ciudadanos tienen derecho como parte fundamental del goce pleno de sus derechos. Se reconocen el derecho a la no discriminación, por sobre todo el derecho a la vida, y por consiguiente los derechos sexuales y reproductivos. Es importante mencionar que los Estados parte, de la convención deben garantizar el derecho a la vida y sus múltiples manifestaciones.

2.2. LAS TRA EN LA LEGISLACIÓN DE ECUADOR.

En el contexto ecuatoriano, hasta la fecha no se tiene registro de forma específica que exista una regulación precisa, clara e imperativa en cuanto a las técnicas de reproducción asistida post mortem. Para tal fin, se puede hacer mención de algunos preceptos contemplados en el Código Orgánico Integral Penal, así como también la Ley Orgánica de Salud y el Código de ética Médica. Cabe mencionar como argumentación a esta investigación el caso de “Satya”, debido a que es un caso de presunta discriminación de género que lleva el nombre de una niña a quien en Ecuador fue negada la inscripción usando los apellidos de sus dos madres. El caso legal se presenta como un caso de discriminación de género debido a su condición como hija de un hogar homoparental. Uno de los aspectos a analizar y a tener en cuenta, es el fundamento con el cual las TRA imperan como una herramienta científica bajo la

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH. Ficha Técnica: Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica consultado en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

premisa del derecho universal de la familia, es decir; que las TRA son constitucionalmente un ejercicio sobre el derecho a la conformación de la familia y su instrumento procede de los avances científicos en materia de derechos.

2.2.1. Normativas acerca de la práctica de las TRA con vigencia en el Ecuador

2.2.1.1. EL Código Orgánico Integral Penal

Este código plantea en concordancia con la importancia que cuentan las técnicas de reproducción asistida en nuestra sociedad, en materia de derechos y por ende por el bienestar que puede aportar a las familias durante su proceso de conformación de una familia. También hace referencia a lo que se refiere al punto específico del consentimiento informado, debido a que según la Ley, se estipula como una conducta delictiva si se procede a la práctica de inseminación sin el previo consentimiento de la receptora del material genético.

En cuanto a lo contemplado a lo que tiene que ver con el consentimiento como instrumento de igualdad entre las partes, la Dra. Merlyn, (2011), manifiesta lo siguiente sobre las cuales se pueden determinar las posibles causas en las que se da una inasistencia jurídica:

- El rechazo social en el que se puede incurrir por parte de sectores de la sociedad, debido al tratamiento de la información que se debe suministrar como parte del proceso.
- La desinformación en cuanto a los derechos reproductivos y como acceder a servicios especializados.

Tomando como referencia, lo expuesto por la Dra. Merlyn, es imperante que las TRA resulten ser más frecuentes hoy en día en nuestra sociedad, por lo que se hace necesario y de carácter urgente una redacción clara y precisa. Tal y como se plantea en esta investigación es que en cuanto a lo relevante de este elemento orgánico y que a través de él, se puedan crear los espacios de construcción para que se reconozcan los tipos de filiación que se presentan en un evento para el cual se apliquen las TRA. Es por esto que la formulación de políticas aterrizadas a las necesidades de los usuarios, en este tema, resulta ser

un elemento importante, porque debe existir concordancia entre los Estados y sus políticas, respecto a los avances y alcances de la ciencia moderna. Ahora bien, desde el enfoque de derechos, no pueden existir vacíos sustanciales dentro de una política global que dice promover a la familia como el primer órgano de la sociedad.

2.2.1.2. La Ley Orgánica de la Salud

La Ley Orgánica es un ente de carácter normativo, en el cual se sustentan las prerrogativas referentes a las TRA, no obstante, algunos de sus artículos no disponen de un alcance concreto y claro con estas técnicas.

Art. 212.- en este numeral, se menciona la prohibición en cuanto a la intervención genética sobre células madre, que sea con fines de investigación experimental así como de lucro particular. Solo se permite en cuanto a la Ley, intervenciones que tengan que ver con el genoma humano, solo y únicamente por razones preventivas, bajo diagnóstico o de terapia.

Art. 213.- se plantea a su vez la prohibición de patentes en genes derivados de células humanas.

Según lo expuesto en los artículos anteriores, el consentimiento es un instrumento que congrega la disposición y la voluntad de cada usuario que participa de un procedimiento de intervención con material genético. En el caso de las células madre es claro que la norma plantea las circunstancias en las que se debe intervenir, y advierte que el usuario debe obtener toda la información y asesoramiento, y a su vez, conocer sobre el tipo de procedimiento, para lo cual su voluntad queda expresada en el instrumento denominado consentimiento informado.

...INTRODUCCIÓN *Se solicita su participación para un proyecto consistente en aislar células madre mesenquimales localizadas en el fragmento del hueso, cartílago o médula ósea, que le será extraído durante el transcurso de la operación. Tenga en cuenta que el fragmento de hueso que pedimos que done será extraído para poder colocar la prótesis de rodilla o cadera. En el*

caso de que no desee participar, las muestras serán destruidas como se hace habitualmente. Además, durante su estancia en el hospital, y aprovechando la extracción de análisis rutinarios, se tomará una muestra de su sangre para la extracción de ADN. Se le pide que otorgue su consentimiento para poder utilizar sus muestras en investigación, con el fin de mejorar el tratamiento de enfermedades del aparato locomotor. Las muestras que usted dona con este Consentimiento Informado serán congeladas y conservadas para su uso en el futuro...⁷

2.2.1.3. EL Código de Ética Médica

Este código plantea aspectos sobre las TRA, en algunos de sus artículos. Y por consiguiente se tratan de crear ciertas disposiciones de orden jurídico que puedan aportar soluciones a los usuarios que dispongan de participas de estas técnicas. Los siguientes artículos hacen mención de ello:

- **Art. 107.-** la inseminación artificial será realizada por médicos especializados, bajo el consentimiento previo de la pareja, y en los casos en los que se determine esterilidad esta debe ser comprobada científicamente.
- **Art. 108.-** el desarrollo y la praxis de la técnica adecuada, será exclusividad del médico especialista, previo de una investigación justificativa.
- **Art. 109.-** la técnica de fecundación in vitro, será realizada por personal especializado, y en los centros que cuenten con la autorización.

El planteamiento que se funda en los anteriores artículos, manifiesta que las TDRA no dejan de ser alternativas que buscan dar soluciones a situaciones de esterilidad, y por la cual solo se presta para parejas casadas, lo que es una

⁷ Extracto del Acta de Consentimiento informado para la donación de células madre con fines investigativos. Asociación Argentina para el Estudio de la Rodilla y la Cadera. Consultado en: http://www.acaro.org.ar/files/consentimientos-informados/CONSENTIMIENTO_PARA_MUESTRAS_BIOLÓGICAS.pdf

vulneración latente de los derechos sexuales, por que excluye totalmente a parejas en unión libre y a mujeres que deseen concebir un bebe.

Por lo anterior, es importante reconocer las especialidades que hacen parte de las garantías y el acceso a los derechos, dado que no puede existir una figura jurídica que sea excluyente totalmente. Por lo tanto, como se ha mencionado anteriormente, en cuanto a las TRA, como instrumentos para la garantía del derecho a la familia, su alcance debe estar concertado en el acceso de todas las parejas que propenden por el uso de este tipo de recursos científicos, si bien es cierto, se debe reconocer dentro de la gama de los derechos sexuales y reproductivos, el derecho conocer sobre los avances científicos y a la información científica sobre especialidades. Esto es un elemento congregado en la carta magna de los derechos humanos, por lo que los Estados deben garantizar el acceso a servicios que promuevan y estimulen a la conformación de la familia, si bien es cierto, este es también un derecho explícito en la DUDSR⁸. Como un ejercicio de derechos, los gobiernos deben plantearse políticas que promuevan la participación y sobre todo el acceso a este tipo de especialidades. Cabe mencionar también que lo expuesto por la OMS y consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todas las personas tienen derecho a gozar de una vida sana y saludable, esto no implica la ausencia de enfermedades, si no que pueden desarrollarse como conjunto, logrando así la satisfacción de sus necesidades. En este orden el derecho a formar una familia. Le pide al Estado generar las alternativas para garantizar ese derecho.

2.2.1.4. El Proyecto de Ley “Código Orgánico de la Salud”

Este proyecto tuvo su aprobación en un primer debate por parte la Asamblea Nacional, el cual contiene en su cuerpo las directrices en materia de derechos fundamentales, como el derecho a la libertad, el derecho a la personalidad, entre otros pero que debido a la ambigüedad de términos pueden resultar aleatorios la exposición clara de estos derechos en especial con las TRA,

⁸ Declaración Universal De los Derechos Sexuales y Reproductivos

dentro de este cuerpo de Ley, se hace referencia a la salud sexual y reproductiva, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución del Ecuador en su Artículo 66. En el cual se hace mención a que todas las personas tienen derecho a la decidir de manera libre sobre como desean tratar situaciones de infertilidad, guardando siempre un enfoque de integralidad.

En consecuencia, este numeral expresa la permisividad de las TRA, siempre y cuando se trate de situaciones de infertilidad debidamente diagnosticadas, y por consiguiente se hace precisión en que el Estado debe garantizar el derecho de todos los ciudadanos a decidir de manera libre y voluntaria.

“Artículo 133. – Técnicas de Reproducción Asistida. Estas técnicas pueden desarrollarse en el territorio, siempre y cuando cumplan con las normas, con los requisitos y las regulaciones concernientes, las cuales han sido determinadas por la Autoridad sanitaria. Una vez que estas estén permitidas y se sustenten con evidencia científica.

Es decir; la operatividad de las TRA funciona bajo la existencia de lugares o centros en donde se consigue el acceso a estas prácticas de orden privado (servicio pagado por el usuario), más no se conoce un orden o un cuerpo que regule en cuanto a estos servicios de forma jurídica, debido a la carencia de normativas para ello.

2.3. CONSENTIMIENTO INFORMADO

Este es sin lugar a duda, el mayor elemento bajo el ordenamiento jurídico, por el cual se puede proceder a la práctica de las TRA, lo que nos permite revisar con gran detenimiento su fundamentación jurídica.

El consentimiento es un acto jurídico que en el ámbito de las tecnologías reproductivas debe ser exteriorizado por escrito. La importancia del elemento persiste también en la reproducción post mortem. En esta sintonía, la European Society of Human Reproduction and Embryology, la mayoría de los países

favorables a estas técnicas- avala la utilización post mortem de gametos y de embriones siempre que el fallecido lo haya consentido por escrito.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual está suscrita también por Ecuador, indica que toda persona tiene igualdad de derecho a la libertad ya sea de opinión y de expresión, esto le incluye el no ser causa de molestias debido a sus opiniones, tampoco la prohibición a difundirlas.

En concordancia con lo expuesto en la declaración anterior, se sostiene la variable causal, de que toda persona tiene derecho a la expresión libre y por sobre todo a la toma de decisiones de igual forma en libertad, pero bajo la información necesaria y suficiente. Es decir; para tomar decisiones es importante tener primero acceso a la información técnica y científica que nos ayude a alimentar y sustentar propositivamente las decisiones que propendan por el mejoramiento de nuestra calidad de vida.

Revisando la Constitución del Ecuador, en cuanto a derechos y libertades establece el reconocimiento de los ciudadanos de tomar decisiones de forma libre, informadas, voluntarias y responsables, sobre aspectos de su vida y de su sexualidad. Y es deber del Estado la promoción del acceso a medios para que estas decisiones se den en ambientes favorables y seguros.

En cuanto al derecho de tomar decisiones libres, e informadas, sobre las TRA post mortem, estas se otorgan en virtud del consentimiento informado, el cual debe realizarse de forma escrita, suscitando toda la información pertinente respecto del tratamiento. Para ello, es responsabilidad del profesional de la salud, asegurarse de que su paciente este plenamente informado de todo los pormenores de procedimiento. Y de esta forma pueda expresar y dar por sentado su consentimiento.

El consentimiento se sustenta en el amparo de los derechos fundamentales, de todas las personas, como lo es el derecho a la información, el derecho a la libertad de tomar decisiones de forma autónoma y voluntaria. Por consiguiente se salvaguardan estas libertades sin que se afecten derechos de terceros. (Matorras, R., 2011)

Para los juristas locales, Torres y Salazar quienes expresan al respecto, que la cualquiera que sea la manifestación de voluntad expresa de una persona, en la cual se estime para la celebración de un determinado procedimiento de orden jurídico, y para que se produzcan en si los efectos concernientes, el consentimiento es la norma que dispone como declaración la voluntad unilateral que se da entre los participantes. Por lo anterior, es importante este reconocimiento, en cuanto a las TRA post mortem debido que a que esta manifestación de voluntad es el medio por el cual se le conceden derechos de filiación, de identidad entre otros fundamentales al bebe concebido mediante estas técnicas.

2.3.1. Clases de consentimiento

Dentro del ejercicio del derecho, un individuo puede manifestar su voluntad basado en evidencias que sean objetivas, por lo que puede expresar de diferentes formas y a través de diferentes medios su deseo sobre el proceder de cualquier iniciativa de orden jurídica. Ahora bien, el consentimiento es un instrumento que se puede dar de forma expresa y de forma tácita.

2.3.1.1. Consentimiento expreso.

El consentimiento expreso es el conducto por el cual, se puede tener certeza verificable, acerca de la expresión positiva de la voluntad de un individuo, y este puede manifestarse ya sea de forma escrita o de forma verbal, o a través de diversos medios, según sea lo referente a determinado proceso u objeto. (Rodriguez, A., 2015)

2.3.1.2. Consentimiento tácito.

Esta clase de consentimiento se refiere a ciertos hechos o determinados actos, en los cuales se manifiesta que el individuo acepta los términos sin necesidad de firmar o sin necesidad de manifestar oralmente su aceptación. (Chavez, J., 2012)

2.3.1.3. Consentimiento Informado.

El consentimiento informado es en la actualidad el aporte más importante en temas de ciencia jurídica y de medicina, por ser considerado como un derecho fundamental, se describe como la mejor expresión de las libertades, al momento de decidir sobre sí mismos. En aspectos concernientes a las TRA, es importante mencionar la doble significancia que dispone en su fin la conceptualización del consentimiento. Según Farnós, (2011). Por un lado se trata de la composición al tratamiento de otro lado tiene que ver con el acto personal de la pertinencia del consentimiento. Este, está dirigido a dar autorización sobre una técnica específica.

Un análisis previo de la intención del consentimiento informado, nos ubica en el plano de los derechos, dado que, este no es un documento más en cualquier trámite, se trata de un elemento en el cual, se derivan algunos efectos de orden jurídico, sobre todo el tema de las responsabilidades del cuerpo médico. Una forma de precisar en una conceptualización, como el instrumento por el cual el profesional de la salud debe garantizar todos los momentos y protocolos pertinentes acerca del procedimiento a practicar.

2.4. Marco normativo referente al consentimiento informado en el Ecuador.

Según el acuerdo ministerial expedido en el año 2016, por el cual se establece un modelo de gestión aplicado bajo la figura de consentimiento informado en práctica asistencial, sustentado en el artículo 362 de la Constitución, y que a su vez, su fundamenta en el artículo 32, el cual se refiere al derecho a la salud de todos y todas. En donde se expresa plenamente que la salud es derecho que el Estado debe garantizar, y esta realización debe estar ligada a diversos derechos de orden fundamental.

Esto tiene concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Salud. En la que se dispone que toda persona en función de su salud tiene derecho a ser informado de manera oportuna, sobre las alternativas de tratamiento, así como de productos y servicios especializados. A su vez tiene previsto el libre ejercicio de ejercer su autonomía y voluntad a través del

consentimiento escrito y por ende tomar decisiones respecto de su diagnóstico y tratamiento.

Es necesario que se exprese de forma clara y sencilla acerca del consentimiento informado para los procesos médicos, en los cuales se determine un diagnóstico, tratamiento, obtención de información de los pacientes y/o usuarios, toma de muestras biológicas. Es importante que se mencionen los siguientes interrogantes con el fin de clarificar acerca del procedimiento a realizar.

Ilustración 1. Consentimiento informado



Fuente: José Omar Molina Ochoa

La información de carácter relevante que debe disponer el consentimiento, está regulada por el acuerdo ministerial No. 5616 expedida por el Ministerio de Salud. Y en ella se dispone lo siguiente:

- Suministrar la información necesaria y suficiente
- Que haya comprensión total de la información suministrada
- Gozar de total libertad para decidir de forma voluntaria
- Estar en capacidad de tomar decisiones

Este instrumento surge de la base de la identificación plena de todos y cada uno de los usuarios, generando con esto que se reconozcan la mayor cantidad posible de características que amplíen las posibilidades de acceder a estos servicios, y busca también en el ordenamiento jurídico que no quede lugar a una mala praxis, es decir una vez, que se haya cumplido con este protocolo, el usuario determina por medio del consentimiento su voluntad de acceso a este servicio, para lo cual expresa de forma libre su participación, logrando así una exoneración de los entes prestadores del servicio cualquier posible irregularidad, en el resultado. Cabe notar que son estos centros los únicos responsables del proceso.

Cabe mencionar el caso de Argentina, en donde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), ha regulado una forma de manejar la filiación que es aplicable a las TRA. Entendiéndose a la filiación como la relación jurídica entre los progenitores padre/madre y sus descendientes directos hijo/hija. Por otra parte, se expresa la filiación como un vínculo existente entre el padre o la madre y su hijo, visto desde el lado de los hijos, formando el núcleo social primario de la familia. La filiación es el vínculo de derecho que hay entre el padre, madre e hijos, originándose las dos figuras jurídicas que son conocidas con el nombre de: paternidad y maternidad. La filiación jurídicamente se ha clasificado en tres tipos: A) Legítima. B) Natural. C) Adopción. Que se estructura sobre la "voluntad procreacional". (Cook, R ; Dickens , B. & Fathalla, M. , 2003)

La regulación que enmarca el Nuevo Código Civil y Comercial es una tercera fuente filial, derivada del uso de las técnicas por reproducción humana asistida (TRHA), en forma específica y autónoma de las ya conocidas, filiación por naturaleza y filiación por adopción, en atención a las propias particularidades y características que se apropia en el uso de estas técnicas (sobre todo en los supuestos de las técnicas heterólogas, es decir, con el aporte genético de un donante) y que repercuten directamente en el campo filial.

De este modo, el artículo 558 del citado cuerpo legal, dispone expresamente que: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”*. ("Caballero. P", ; "Núñez, R", & "García, A"., 2012)

Por consiguiente, el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación si preveía a la filiación post mortem, como un efecto de carácter jurídico

No obstante, la demanda social es muy grande frente a la demanda social, lo que ha ayudado un poco en cuanto a las sentencias favorables para con este tipo de técnicas. Esto nos introduce en el siguiente capítulo en donde se abordará el consentimiento informado para las TRA en el caso filial post mortem.

CAPITULO III

LA FILIACIÓN POST MORTEM

3.1. ¿QUE ES LA FILIACIÓN?

La filiación es el vínculo jurídico existente entre dos personas donde ya sea por un hecho natural o por un acto jurídico una es descendiente de la otra. (Ávila, S., 2012).

Dentro del marco jurídico de la relación filial puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial o que la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica, toda vez que el derecho extrae un efecto de tipo jurídico del primero que no siempre es idéntico; por ejemplo, si alguien siendo padre biológico, pierde el juicio de reclamación por sentencia. (www.definicionlegal.blogspot.com, 2012).

La filiación resulta de manera directa, una vez se da el estado de su generación por parte de quien le otorgue en plena potestad el carácter filiatorio. Se puede definir como una de las mayores legitimidades jurídicas, la que presenta el estado de familia. Por consiguiente este estado conlleva derechos y deberes, que dan como resulta la creación de la relación jurídica, que unen en este orden al padre con su hijo. (Méndez, M. J., 2009)

Lo que plantea este autor, básicamente es que la filiación, es "aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero" según Holguín, (2002), "no es solo el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, entre otros".

Es preciso recordar que no siempre ese lazo deviene de la unión sexual, ya que puede derivar de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina, de la clonación y de la partenogénesis, donde ya desaparece la cópula sexual. (Peralta, J., 2002).

La filiación debe entenderse, como esa estrecha relación que se produce de forma jurídica entre padres e hijos, procreantes y procreados indistinto de la forma en cómo se da.

De acuerdo con Manuel Miranda (2007), en el campo jurídico, la filiación, se define como esa relación de forma directa que se da entre dos individuos, uno siendo el padre o madre del otro. Así mismo podemos definir la filiación de tres formas:

- a) La filiación que resulta del parto de una mujer en cierta época y de la identidad del nacido, en un marco extramatrimonial.
- b) La filiación que resulta del parto de una mujer quien pueda ser la madre en una determinada época, así como también de la identidad del nacido en un marco matrimonial.
- c) El acto de reconocimiento impulsada por el hombre en la paternidad.

El uso de la fecundación artificial que se entiende tanto como inseminación artificial como fecundación in vitro, pone en duda la vigencia de los principios jurídicos de la filiación, empezando por el concepto mismo de paternidad y maternidad. Una variedad de situaciones jurídicas ha aparecido desde hace unos años, resolviéndose de numerosas maneras, bien sea con la aplicación de normas comunes o con la elaboración de teorías llamadas voluntaristas para reformular los conceptos fundamentales del Derecho de la familia.

El artículo 24 del Código Civil estipula que la filiación nace de tres distintas situaciones:

Art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

El primer caso corresponde a una situación de concepción del hijo en un marco matrimonial, verdadero o putativo, es decir un hijo, el cual es concebido

dentro la unión marital de una pareja, y esta unión cuenta con reconocimiento legal. Así mismo, si nos referimos a una situación de reproducción asistida post mortem, y si nos referimos a lo que estipula el artículo 105 del mismo Código Civil, un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida post mortem no se podría reconocer como hijo matrimonial, dado que el matrimonio se termina cuando una de las dos partes fallece.

La segunda situación de adquisición de la filiación se da en caso de acta de reconocimiento voluntario de parte del padre o de la madre. Esta situación es debidamente regulada tanto por el Código Civil que por la Ley Orgánica de Gestión de la identidad y Datos Civiles, que establece lo siguiente:

Art. 35.-Prueba de filiación. La filiación se probará con la comparecencia del padre o la madre o ambos. En caso de no tener vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, la filiación se probará con la comparecencia de ambos. En caso de fallecimiento de la madre en el momento del parto, la filiación materna en la inscripción de nacimiento de su hija o hijo se probará mediante la presentación del Certificado Estadístico de Nacido Vivo y la historia clínica o su epicrisis debidamente legalizada.

La tercera y última situación se define por la declaración jurídica de la filiación. Por lo tanto, cumpliendo las anteriores prescripciones legales, es posible establecer la filiación del hijo concebido tras la muerte del padre. Pero esta regulación deja planteadas algunas cuestiones que en lo posible, crean una manifiesta inseguridad jurídica: la primera de ellas es la relativa a la necesidad del consentimiento en la fecundación; la segunda, la imprevisión legal sobre la posibilidad de establecer la filiación cuando existe consentimiento pero la fecundación se realiza mediante material biológico donado; y la tercera, ya en cuanto a la sucesión, lo establecido acerca de la necesaria existencia previa si quiera del *nasciturus*⁹ para el nacimiento del derecho a heredar. No obstante, el *nasciturus* como concepto jurídico y científico debe proveer una protección genérica de sus derechos hasta que del *nasciturus* el individuo pase al estado

⁹ **Nasciturus** es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido. En muchas legislaciones, el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica.

de nacido y pueda gozar de sus derechos humanos. En el caso del Ecuador, impera que nazca vivo, lo que conlleva el reconocimiento de los derechos del concebido y la atribución de su personalidad jurídica. Por lo que se hace mención en referencia al estado evolutivo en términos de derechos, con razón a su existencia absoluta, y por ende, a su derecho a la vida.

El efecto esperado dentro del marco de la filiación, se denota por el reconocimiento de la madre hacia el bebe nacido, aun cuando esta se pueda dar como la mayor posibilidad articulada a un hijo concebido mediante esta técnica. Lo que deja sin piso lega a los juristas, cuando decidan dictar sentencia.

Lo fundamental de este aparte, resulta de la mediación en cuanto al procedimiento de cómo se da este proceso. En una parte existe el tema de la filiación post mortem, la cual abarca que el bebe por nacer o nacido, posee características de derechos alienados a su madre. Es decir, le faculta la madre para relegar derechos como portadora de la criatura por nacer. De otro lado, se da como estimado los derechos que le son asignados a ese bebe nacido, el cual le congregan una serie de características como hechos que le acompañan, tales como una identidad, el reconocimiento de sus padres, en este caso se le asignan los derechos que le son dados a cualquier ser humano nacido. Para efectos de una filiación post mortem jurídicamente, no existen elementos suficientes que le generen el reconocimiento del padre fallecido, solo se emplea una caracterización de categorías genéticas empleadas en un procedimiento de concepción.

3.2. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA FILIACIÓN

3.2.1. La igualdad entre los hijos.

Este reconocimiento de igualdad se describe en la Declaración de los Derechos del Niño en el año 1959 donde se suprime la peyorativa clasificación de hijos de legítimos, ilegítimos y naturales. En el caso del Ecuador, en el año 2005 se regula por medio del Código civil la igualdad de los hijos los cuales gozaran de todos y cada uno de los derechos

consagrados en la Ley. Una vez determinada la filiación al momento en que se regula la paternidad del nacido por medios de las instancias que lo designen, adquiere simplemente el estado civil de hijo de determinada. El mayor efecto lo constituyen los derechos-deberes de los padres, englobados dentro de la autoridad paterna:

- La crianza o cuidado personal de los hijos.
- La educación y establecimiento del menor, esto es, procurarle la educación, profesión u oficio que le permita subsistir por sí mismo.
- El derecho a mantener una relación directa y regular (antes denominado derecho de visitas) para el padre o madre que no tenga el cuidado personal del menor.
- Corregir a los hijos sin menoscabar su salud y desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico.
- Los padres deben contribuir a estos deberes, a través de la obligación de dar alimentos.

Otro efecto determinante de la filiación es la Patria Potestad, la cual predice para con los padres las siguientes facultades:

- El derecho de usar los bienes del hijo y de percibir sus frutos.
- La administración de los bienes del hijo.
- La representación del hijo.

3.2.2. La libre investigación de la paternidad y maternidad.

Todo individuo podrá investigar quién es su padre o madre para velar por sus derechos inherentes. La importancia de esta investigación se basa en la determinación de la filiación, pues la determina con su incidencia en los apellidos, así como en el estado civil y condiciones de las personas. Para los hijos por adopción, es necesaria una resolución judicial (acto jurídico judicial, que crea una relación de filiación similar a la derivada de lazos de sangre). Entendiendo la institución de la filiación, como la relación o vínculo que une a una persona con sus dos progenitores, o con uno solo de ellos. Como idea originaria, la filiación

deriva del nacimiento de un hijo a través de un puro hecho biológico. Con base a esa procreación natural, nuestro ordenamiento jurídico se encarga de regular la distribución de derechos y obligaciones existentes entre progenitores y procreados o, lo que es lo mismo, entre padres e hijos. La relación jurídica de filiación, en la mayor parte de los casos, no reúne grandes complicaciones a la hora de reflejarla de forma oficial en el Registro Civil. Ahora bien, en otras ocasiones, esa determinación puede traer problemas a la hora de fijar el modo de establecerla, estableciendo en cada caso quién es el padre o quién es la madre del filiado. Esto se debe a quien o quienes determinan el libre reconocimiento de la paternidad.

3.2.3. El interés superior del niño.

Es principalmente velar por su desarrollo personal, dejándose en un segundo plano la parte económica. Se trata de una garantía de que los niños, niñas y adolescentes menores de edad tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así, se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por otro.

Esto se congrega en la El Art. 48 de la Constitución Política, la cual dispone lo siguiente; "Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás".

Por su parte el artículo siguiente, manifiesta expresamente la garantía en derechos y determina a su vez, el rol del Estado como garante de esos derechos. "Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurara y garantizará el

derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten. (Const., 2008, art. 45)

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles, y demás formas de asociación, de conformidad con la ley".

En los artículos anteriores se expresa plenamente la condición que se le imprime a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, y amparando ante ellos, todas las facultades jurídicas para el disfrute pleno de sus derechos.

3.3. CARACTERÍSTICAS DE LA FILIACIÓN

Los aspectos más esenciales de la filiación suelen ser la certeza y a su vez la estabilidad, con la certeza, la Ley determina que no existan dudas sobre la filiación, con lo que se pretende dar una paternidad incuestionable. A su vez con la estabilidad, lo que la Ley requiere es que el estado en que se da la filiación sea de manera permanente, sólida y duradera. (Pérez, B.; Arévalo, C.; Soto de León, A. & Rodríguez, B. 2011).

Es un hecho jurídico. Su fundamento se encuentra en el hecho biológico de la procreación, (*relaciones sexuales*) con la excepción de la filiación adoptiva.

Constituye un estado civil. En el cual se congregan todas las disposiciones que designe la ley, a las que deba acogerse, y los beneficios jurídicos a los que diere lugar. También se caracteriza por ser una fuente de actos jurídicos, lo que significa que representa ante el Estado un reconocimiento que le permite generar acciones en pro de la defensa sus derechos en conglomerado. Se puede investigar libremente la maternidad o paternidad. Tanto así que goza de la posibilidad de centrar precedentes sobre el

origen identitario de los responsables de su paternidad, tomando como elemento central el derecho de identificar su origen.

Según lo estipula el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se define la certeza como la seguridad acerca del conocimiento sobre algo, quien afirma con pleno convencimiento. Lo que se traduce en que la certeza en la afirmación de la existencia de un vínculo jurídico entre dos personas, en las cuales la una se convierte en descendiente de la otra. Por otra parte, es importante hacer mención de lo que establece la constitución del Ecuador, en donde se hace referencia clara al principio del interés superior del niño. Para lo que en efectos jurídicos este interés prevalece por encima de los derechos de los demás. Este interés superior es un principio orientado a la satisfacción del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Lo que implica que el ejercicio de los derechos es la mayor garantía para cualquiera de las circunstancias en las que se ampara la Ley. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. Es decir, el niño adquiere reconocimiento vital en efectos de sus intereses propios y particulares, viene a ser un Estado parte, en el cual se deben considerar sus necesidades y el beneficio propio, tomando en cuenta que el objeto por así decirlo de la mayor garantía de los derechos recae sobre el niño, por lo que las decisiones deben estar aterrizadas a las verdaderas necesidades que garanticen su desarrollo estable y sostenible.

Es importante reconocer la mención que se hace en el artículo 45, el cual hace referencia al deber del Estado de garantizar y reconocer a los niños, niñas y adolescentes su derecho a la vida, al cuidado y protección desde el momento mismo de la concepción. Por lo que se establece su derecho a la identidad, a un nombre, y una ciudadanía, a la seguridad social, a tener una familia, y a disfrutar de la convivencia y el sano esparcimiento. Este aparte genera la idoneidad de las garantías fundamentales de los niños, desde su individualidad y como integrante de una sociedad.

3.3.1. Filiación matrimonial

La filiación matrimonial, es el resultado de dos elementos de orden natural, como lo es el nacimiento de un bebe, el cual va a adquirir derechos y deberes, por el elemento legal que va en concordancia con el matrimonio, o en su efecto el reconocimiento del derecho de una pareja conformada y reconocida como una unión marital. No obstante, los parámetros legales modernos que regulan al matrimonio entre dos personas del mismo sexo, en cuanto a la posibilidad de adoptar, la filiación es un elemento y un término de derechos. Que aún no está plenamente regularizada en términos legales.

Una de las formas más comunes de dar concepto a la filiación matrimonial, es la que hace referencia al hijo que se concibe en una relación de reconocimiento por los padres. Aunque puede resultar impreciso esta definición dado que, el termino de tiempo de distanciamiento entre el momento de la concepción y el nacimiento, y no precisamente se dan dentro del matrimonio. El idealismo jurídico, se concentra de forma ética en la organización de la familia dentro de la sociedad dentro de la figura del matrimonio, por lo que este no implica que la unión de hecho no de paso a la formación de una familia. (Belluscio, A. C., 2004)

Podemos decir entonces que la filiación matrimonial está consentida por cuatro elementos:

Maternidad: este se le denomina al vínculo jurídico que existe entre la madre y su hijo. Este se construye en el nacimiento, y se entiende como la esencia de la maternidad dado la certeza del reconocimiento de la madre hacia su hijo.

Matrimonio: la concepción es el hecho que marca la existencia natural jurídica puesto que para poder determinar la legitimidad de un hijo es necesario que esta haya existido antes el vínculo matrimonial en el momento de la concepción.

Paternidad: se crea un vínculo entre padre e hijo, como resultado de la relación biológica, lo que no supone que haya existido una relación jurídica dado que la segunda solo es procedente en cuanto pueda ser demostrada, mientras que la primera es un hecho natural. (Suarez, R., 1999)

3.3.2. Filiación extramatrimonial

Es aquella que opera respecto a los hijos nacidos por fuera del matrimonio. La ley supone que los dos miembros del matrimonio son los padres del niño, así que en la mayoría de los casos la filiación se establece automáticamente. En el caso de padres que no están casados, se debe establecer la filiación legalmente. El reconocimiento puede ser: Voluntario, Por solicitud de interesados o Por declaratoria judicial. (Abello, J, 2007)

La filiación matrimonial debe estar determinada para los padres, mientras que la extramatrimonial solo puede determinarse para uno de ellos. No obstante, los hijos o hijas extramatrimoniales tienen igualdad de derechos con respecto a lo que expresa plenamente la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, la cual tiene por objeto en su artículo 1. Garantizar el derecho a la identidad de las personas y normar y regular la gestión y el registro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y su identificación.

3.3.3. Filiación Post – mortem

La filiación se define como el vínculo jurídico que se da entre personas por razione congénitas, en cierto sentido, de manera restringida este término se puede utilizar para hacer referencia a la filiación inmediata, entre padres e hijos es decir entre progenitores e hijos. También se puede determinar cómo el acto jurídico en el cual se reconocen a los hijos, ya sea fuera o dentro de la relación matrimonial. Por lo que los hijos adquieren una serie de derechos con respecto al padre fallecido y esto se da por la vía legal. (Salvador, J., 2007)

No obstante, puede suceder que el individuo nazca con vida, pero con cierta anterioridad, ante el hecho jurídico se dé el fallecimiento de su progenitor. Este evento se trata como uno de los supuestos de la filiación post mortem, aquella en la cual por medio de las bases jurídicas y naturales existe de manera inmediata el vínculo.

En Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) regula un sistema de filiación aplicable a las TRHA, que se estructura sobre la "voluntad procreacional". Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación preveía la filiación post mortem, pero la figura fue suprimida en el marco del debate parlamentario. No obstante, esta era sumamente restrictiva y no admitía el consentimiento presunto.

Al respecto de la filiación post mortem por medio de las TRA, esta representa en sí, un tema bastante álgido por lo que algunos Estados se han dado a la tarea de aprobar nuevas normas que regulen para así resolver ya sea de forma parcial o total los problemas que se derivan de la manipulación genética.

3.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA FILIACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO EN ECUADOR

EL derecho de familia en lo que se refiere a la filiación, encierra tres formas, las cuales sirven de parámetros para tal fin: las clasificaciones de la filiación, la presunción de la concepción y los sistemas de impugnación. Tal como se define que la filiación es el estado que complementa lo jurídico, en su institucionalidad, por consiguiente la familia es la que se deriva de la relación entre padres e hijos, ya sea de manera legítima e ilegítima y adoptiva.

Considerando que la filiación en Ecuador, surge con la transformación de la norma, siendo el objetivo principal el dar a conocer a cada sujeto sus orígenes, para que pueda ser identificado, esto determina si los individuos poseen o no el derecho fundamental a establecer una verdadera filiación. Ya que en la relación sociedad y Estado, poseen el vínculo de igualdad de derechos y de obligaciones. Otro aspecto, es el estudio de la práctica de la prueba biológica que se da en los

procesos de filiación. Y por último se indaga la posición de la corte frente a la prevalencia del derecho fundamental.

La Constitución del 2008, enmarca que el Ecuador, se reconoce como un estado de derechos, y en este sentido, se definen que todos los derechos de las personas están por encima del poder público, esta norma constitucional. Se define en el artículo 1. “El Ecuador es un Estado de derechos y de justicia (...)”

Este enunciado recoge en síntesis todo el marco constitucional en materia de igualdades y libertades para las personas, ya que les concede en concordancia a la ley toda la gama de derechos a los que tuvieren como ciudadanos, y a su vez en términos de justicia para el goce de esos derechos. A su vez, en cuanto a la conformación de la familia este derecho se consagra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo tanto, hace parte de la gama de derechos que resguarda la constitución, en función de las libertades de los ciudadanos y en la forma de cómo formar una familia. Así como también se consagran en las libertades en materia de los derechos sexuales y reproductivos, inmersos en las garantías de los derechos universales.

Por razones de seguridad jurídica es importante para el ejercicio del Derecho civil, que se conozca con certeza, quien puede ser el titular de los derechos y de las obligaciones, para lo cual, en cuanto a la legislación ecuatoriana. Existen una serie de artículos que hacen referencia a la titularidad de derechos, para fines legales, el artículo 63 con respecto a esos derechos menciona “los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido vivo y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe...”

No obstante, el Código de la Niñez y la Adolescencia dispone en su capítulo I acerca de la titularidad de los derechos, es decir; que todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y por ende de las garantías para el disfrute pleno de estos, de igual forma, gozan también de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

3.5. DERECHOS DEL NACIDO EN LA FILIACIÓN POST – MORTEM

El derecho a la identidad se refiere a “diferentes manifestaciones que individualizan al ser humano” que lo convierten en un ser único y diferente a los demás. El origen del derecho a la identidad, como se encuentra formulado en la actualidad, se puede hallar en el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño (CVN).

***Artículo 8.** Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

Los elementos que forman la identidad de acuerdo al artículo 8 de la CDN son “su nacionalidad, su nombre, y sus relaciones familiares”, las cuales deben ser protegidas en contra de las “injerencias ilícitas”, desde luego esto tiene una estrecha relación con la lengua, religión y cultura del niño que se encuentra protegido por el artículo 30 de la Convención. El segundo párrafo del artículo de la Convención contiene la obligación para que los Estados establezcan un mecanismo rápido para el restablecimiento de la identidad, cuando hubiera sido afectada, es decir cuando se altere ilegalmente uno o todos los elementos.

En el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 33 se recogen los mismos elementos de la identidad que en la Convención de Derechos del Niño “nombre, nacionalidad y relaciones de familia”, así mismo se establece la obligación de “sancionar” a los responsables de la “alteración, sustitución o privación” de este derecho. Por su parte el artículo 34 del mismo cuerpo legal, estableció el derecho a la “identidad cultural” que de acuerdo a esta norma incluye “identidad y valores espirituales, culturales y religiosos, lingüísticos, políticos y sociales”. Este derecho implica la obligación del Estado de promover su conservación, desarrollo, fortalecimiento y recuperación; la protección contra cualquier tipo de interferencia que tenga por objeto sustituir, alterar o disminuir estos valores.

En el ordenamiento jurídico local no se encuentra una postura legal, definida y clara con respecto a la temática desarrollada, por lo que se condensa un gran vacío legal en cuanto a las identidades de los bebés concebidos bajo estas técnicas, por lo que se hace necesario indicar que el derecho a la identidad al igual que los demás derechos, se encuentran regulados en órganos internacionales y por lo tanto se prohíbe tácitamente cualquier forma de discriminación. Lo que guarda silencio jurídico y normativo, debido a que en nuestro código civil, no existe ninguna referencia a los derechos que poseen los nacidos post mortem, por lo que se necesario y urgente la realización de ciertos cambios ya que solo se tiene referencia del hijo póstumo, el cual es concebido de forma natural.

El vacío legal frente a esta condición repercute en que al entenderse desde el punto jurídico como un sujeto de derechos, esta ausencia crea un espacio para la vulneración de los derechos de los nacidos, violando así los tratados sobre los cuales se sientan la universalidad de los Derechos. Un ejemplo claro de ello, es lo que dispone la CDIH la cual ha hecho referencia en cuanto a que el derecho a la identidad se el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de las personas en la sociedad, y, en tal sentido, este comprende entre otros, varios derechos según sea el caso que se trate.

La privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica.

3.6. LA FILIACIÓN GENERADORA DE DERECHOS PATRIMONIALES

3.6.1. La filiación respecto a los derechos sucesorios.

La sucesión se define como la transmisión de los derechos y de los bienes, así como también de las obligaciones que recibe una persona

por herencia (Fontanillo, 1980, p. 661). Esta se vincula con el hecho de muerte y se considera en el acto de suceder como la transferencia de la propiedad a causa del fallecimiento de una persona. Dicha transferencia reúne derechos pero también obligaciones las cuales forman parte del patrimonio. .

Los herederos o beneficiarios pueden adquirir los bienes de forma directa o en sustituciones de otros que no llegaron a ser herederos, para lo cual se explican los diversos modos de lograr una sucesión:

Por derecho propio: es la que se designa por derecho propio o por cabeza de modo directo, cuando el heredero es notificado por la ley de manera directa o por el testador. Ejemplo cuando los hijos son llamados por la Ley para acceder de manera directa a la sucesión de sus padres.

Por transmisión: este se da cuando existen casos en los que el heredero llamado a la sucesión fallece sin decidir si acepta dicha sucesión. En este caso los herederos del heredero fallecido hacen valer el derecho de este último.

Por representación: una herencia también puede ser deferida a favor de los herederos por estirpe, bajo la representación o la sustitución, esta forma es aplicable cuando la ley determina en lugar del heredero por cabeza, incurren otras personas que pueden heredar.

No obstante, es importante reconocer algunas consideraciones estipuladas en la Ley, que hacen referencia a la sucesión en términos particulares, según sea la condición de los intervinientes.

3.7. LEGISLACIÓN COMPARADA DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN EN LOS HIJOS CONCEBIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM CONSENTIMIENTO DE LOS PROGENITORES

Al determinar las consecuencias jurídicas que se generan cuando se da uso de la TRA, el elemento esencial es el consentimiento de los sujetos que intervienen en este proceso, ya sea como profesionales de la salud, o como usuarios, donantes de gametos o como esposos. En todos los casos es necesaria la emisión del consentimiento jurídicamente relevante, pero por el cual se diferencian las similitudes entre los actores, en efecto, tanto por su objeto como por su caracterización, como por su prevalencia jurídica. (Martínez, 2004, p. 1)

Es así que, en estos casos se puede acceder a una instancia constitucional en base al artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador el cual reconoce y garantiza los derechos de las personas, como es el caso del derecho a la integridad personal, el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, 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, y también invocar al artículo 45 de la Carta Magna el cual establece que los niños tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. Pero llegar a una instancia constitucional supone la vulneración de derechos establecidos en la constitución es decir posterior a darse el problema en cuanto a los derechos filiatorio del nacido bajo técnicas de reproducción asistida.

Ecuador necesita una ley especial sobre la filiación post mortem, que sea clara y precisa acerca de las TRA, y a su vez, resuelva el problema de la filiación que se deriva de las mismas. El silencio normativo que se desprende al momento de determinar la filiación de un hijo mediante la fecundación in vitro planteando

ciertos requisitos como solemnidades para que el hombre otorgue de manera voluntaria, su deseo expreso de poder participar de un proceso de criogenización. Luego de su fallecimiento.

Actualmente, los jueces pueden determinar, la filiación post mortem, cuando se presenten casos del establecimiento de los principios de igualdad y de no discriminación, el interés superior del niño, al igual que ciertos principios constitucionales los cuales son disposiciones lógicas, superiores e imperativas de aceptación y de validez universal. En los que se fundamenta la estructura y la organización jurídica y política del estado Ecuatoriano.

Por consiguiente es importante reconocer sobre los requisitos que se deben cumplir tanto la mujer y el varón, según la legislación, este caso la legislación de España.

3.7.1. Consentimiento de la Madre

El consentimiento de la mujer es un ejercicio de vital importancia al momento de participar en un proceso de TRA, ya que sobre ella se realiza este tipo de procedimientos, y por lo tanto se exige que la futura usuaria otorgue su consentimiento expreso, de manera libre e informada.

La Ley 35/1998 de España, establece en su artículo 22, lo siguiente:

Es de carácter obligatorio que se dé la información y asesoramiento necesario y suficiente a todos aquellos quienes deseen recurrir a estas prácticas, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las TRA, así como también de los posibles resultados y los riesgos, esta información se extenderá a diversas consideraciones de carácter bilógico, jurídico, ético o económico.

3.7.2. Consentimiento del Padre

En cuanto al consentimiento del varón para que este aporte de manera voluntaria su material genético, en un proceso de fecundación in vitro, es imprescindible que se destaque el consentimiento el cual debe ser informado y expresado de manera clara. Manifestando la intención de la utilización de los gametos para la posterior fecundación, de una mujer ya sea su pareja o su conyugue.

El consentimiento del marido implica la admisión del uso de su material genético, asumiendo de forma expresa, la filiación para con el hijo concebido, por lo que no constituye por sí solo, un título de determinación de la filiación, por ello, se debe indicar que mediante este otorgamiento, se dota de total protección jurídica al bebe por nacer. También se considera que el consentimiento del varón o de la pareja de hecho o de la mujer fecundada, es un requisito sin el cual no se podría proceder a la realización de la técnica. Por otra parte el consentimiento de la mujer es de carácter totalmente necesario, si el cual no se podría realizar el procedimiento. La Ley determina en su artículo 8.1 de la Ley 14/2006 sobre las TRA de España el cual contempla una interpretación restringida, exigiendo que para se pueda producir la técnica sea necesario los dos consentimientos.

Por consiguiente, debido al tipo de situaciones que se pueden presentar, es de vital importancia, que la Ley disponga de manera clara y precisa el periodo de tiempo por el cual, el cuestionamiento tendrá validez.

3.8. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS CONCEBIDOS POR TRA

Según lo enunciado anteriormente, el consentimiento del padre así como también el de la madre, tienen la función fundamental para la realización de las TRA post mortem, ya que en caso de no existir este documento, por parte de uno de los padres, no puede adelantarse el procedimiento. Algunas de las consideraciones expresadas para darse este procedimiento de manera post mortem, indican lo siguiente:

- 1) Se requiere que exista una procreación no coital, ya sea por inseminación artificial, o de una fecundación in vitro por medio de embriotransferencia puesto que se si trata de una fecundación coital, estaríamos frente a una fecundación in vitro del hijo póstumo.
- 2) Es necesario que el padre fallecido haya tenido y expresado su voluntad de asumir la paternidad y el reconocimiento del bebe por nacer, el cual resultara de la aplicación de la inseminación artificial o de la fecundación in vitro.

3) Es necesario también, que el conyugue o conviviente haya fallecido antes de la concepción, si se trata de una inseminación artificial o antes de la implantación del embrión en su esposa conviviente.

La situación jurídica de los hijos concebidos por medio de estas técnicas se encuentran determinadas por el principio de la voluntad pro creacional del padre, por lo que requiere de la declaración expresa de la voluntad para que se reconozcan los derechos inalienables como el de la identidad, filiación, derechos sucesorios, entre otros. El artículo 11 establece por defecto los que se dispone como el interés superior del niño. Este artículo manifiesta la responsabilidad del Estado en la promoción y garantía de los derechos fundamentales de los niños y niñas en el territorio ecuatoriano, dando ordenanza expresa a que se faculten todas las instancias a través de las diversas autoridades a velar y hacer valer todos y cada uno de los derechos de los niños y niñas.

3.9. LEGISLACIÓN COMPARADA EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM

En este aparte, se efectúa el análisis de la normativa con relación al derecho comparado, sobre la materia de la filiación específicamente en el ámbito de los hijos que son concebidos por medio de estas técnicas. Lo que dará un aporte valioso a esta investigación.

El presente análisis de la normativa aborda legislaciones europeas como sudamericanas, en el campo de la Fecundación Post Mortem.

- **En el Reino Unido**

La ley de fertilización humana y embriología, del año 1990, hace posible la fecundación post mortem, siempre y cuando exista el consentimiento escrito del marido, en caso de solicitar la extracción de esperma, se autoriza luego de las 24 horas del fallecimiento, y se disponga el cadáver en óptimas condiciones.

El artículo 28 de esta Ley enuncia lo siguiente al respecto: “el esperma de un hombre o el embrión generado con su esperma fuere utilizado después de su fallecimiento. No podrá dicha persona ser considerada como el padre del

niño”.

- **Brasil**

Brasil, es el país que recientemente ha regulado el tema especificando su tratamiento y más allá, permite que se puedan realizar procedimientos de reproducción asistida en parejas del mismo sexo. Por lo anterior el Consejo Federal de Medicina, el cual puntualiza en cuanto a la autorización para que las parejas congelen sus espermias, óvulos o embriones para que llegado el momento del fallecimiento de uno de los dos, el conyugue pueda concebir un hijo usando el material genético de su pareja fallecida. Pero para ello antes del fallecimiento debe quedar bajo constancia, cual es el procedimiento que la pareja dispone a desarrollarse en el momento que sea necesario. También consagra que no existe impedimento ético o profesional para con los médicos por la realiza este tipo de procedimientos.

Esta autorización se ha hecho expresa en el año 2013, mediante la Resolución 2013/2013 del Consejo Federal de Medicina, nominando las fundamentaciones y normas éticas para la utilización de las TRA.

V – CRIOPRESERVACIÓN DE GAMETOS O EMBRIONES

1. Los centros especializados pueden criopreservar el material genético que se necesario para la utilización de las TRA.
2. La cantidad de embriones que se produzcan en estos centros debe comunicarse a los usuarios, quienes decidirán cuantos serían transferidos.
3. Durante el momento de la criopreservación, los usuarios deben manifestar su voluntad por escrito, en cuanto al destino que se le dará a los embriones.

Otro aspecto que tiene relación a lo anterior, es que se enmarca en la Resolución 2013/2013 es la regulación del procedimiento de TRA post mortem.

VIII – REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM

Es muy probable que exista una autorización previa, la cual sea específica para con el fallecido, de acuerdo al uso que se dispone de su material genético, para efectos legales, el artículo 5.3 mantiene conexión con el artículo 9, el cual regula de manera general las TRA post mortem, y permite el acceso a este procedimiento, siempre y cuando se cumplan con los requisitos como los el del consentimiento por parte del marido previo a su fallecimiento. Esta regulación tampoco tiene efectos legales sobre la filiación existente entre el hijo y el padre fallecido. Pero amplía el debate acerca de las garantías de derechos.

- **España**

En España, se promulgó la Ley 35/1998 en la cual se regulan las TRA constituyéndose como las primeras normas en regular esta materia en comparación a otros Estados. Debido al gran avance científico dado en las últimas décadas, que dio pie a constantes innovaciones con relación al tipo de técnica que podrían darse. En cuanto a la fecundación post mortem, también reconocida como premoriencia del marido, la Ley es clara al admitir que es necesario que existan un conjunto reglas que podrían resumirse afirmando que se aprueba la práctica cumpliendo ciertas condiciones. La siguiente tabla enuncia las características de las dos leyes a revisar

Tabla 2. Comparativa de Ley 35 y Ley 14

Ley 35 de 1998	Ley 14 de 2016
1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el	1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el

<p>útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.</p> <p>2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los 6 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.</p>	<p>útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.</p> <p>2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.</p> <p>El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. (Todo el texto con negrilla son aspectos introducidos en la nueva ley).</p>
---	---

Fuente: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l35-1988.html

Los cambios son bastante significativos sobre todo en el inciso 2 el cual apporto los siguientes cambios.

- a) nuevas formas de manifestar el consentimiento por parte de los actores, en este caso del padre luego de su fallecimiento.
- b) se da la ampliación a doce meses los cuales se cuentan desde el fallecimiento del marido, como plazo máximo para la realización de la fecundación.
- c) se introduce la posibilidad de retracto o de revocación del consentimiento.

Es de gran relevancia resaltar lo que la Ley española ha dedicado un artículo completo al tema de la TRA post mortem, al establecer la filiación por lo que la mujer progenitora ni el marido, pueden impugnar la filiación una vez que hayan prestado su consentimiento.

- **Argentina**

Se conoce acerca de las disposiciones que la ley en este país dispone, por lo que se tuvo al inicio de incorporar una norma, que amplíe la filiación post mortem, dentro del artículo 563 del Proyecto de Ley del Código Civil, mas sin embargo una objeción, expone que en la legislación argentina, lo supone como un niño huérfano, el cual da lugar a la orfandad mundial, en la cual se priva al niño de conocer a su padre. Y que este hecho abre la puerta para permitir la concepción de niños huérfanos. Actos que resultan crueles tanto para la madre como para el bebe. De esta manera vulnera el derecho a la integridad personal, la obligación del Estado es de adoptar medidas tendientes que el niño pueda ser criado por sus padres biológicos.

El proyecto de Ley establece lo siguiente:

Artículo 563.- la filiación post mortem en las TRA, en caso del fallecimiento del o la conyugue o conviviente de la mujer que da a luz, no tiene vinculo filiar entre la persona nacida por medio de las TRA, y la persona fallecida, si la concepción en la mujer o la

implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento

Si se cumplen con los siguientes requisitos, lo anterior no rige:

- a) que la persona consciente en su documento, que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos a la mujer luego de su fallecimiento.
- b) que la concepción en la mujer o a su vez la implantación del embrión se produzca dentro del año siguiente al fallecimiento.

En el caso puntual de Ecuador la discusión se puede elevar, atendiendo que ciertos sectores sociales determinan como un tema de total desconocimiento para ellos, y que a su vez, tampoco se le ha dado la debida importancia que merece, dado que las condiciones a comparación de otros países han sido muy diferentes, por ejemplo en el caso de las parejas que desean participar de estas técnicas, es por ello que no estamos lejos de que este tipo de situaciones sucedan dentro de nuestro ordenamiento jurídico para lo cual el Código de la Niñez y Adolescencia es crucial.

CONCLUSIONES Y RECOMEDACIONES

Conclusiones

Las facultades de las técnicas de reproducción humana asistida, se concentran en el derecho a la vida, por lo tanto, no le generan ningún perjuicio a la dignidad de las personas. Por el contrario, gracias a los avances científicos modernos, estas técnicas se han convertido para muchos en un instrumento a su alcance por medio del cual estas personas pueden gozar del derecho de formar una familia y por consiguiente de los derechos sexuales y reproductivos. Si bien es cierto, las técnicas de reproducción asistida, no solamente se emplean como medio para el tratamiento de la infertilidad, sino que, imperan como la posibilidad para el goce y disfrute del derecho a la reproducción humana, el cual se deriva de la carta de derechos como la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad, la libertad personal y a su vez, en consecuencia de formar una familia. (Ramírez y Calzada, 2012)

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida son el reflejo de los avances de la ciencia médica moderna, no obstante, este no se ha visto lo suficiente en países como Ecuador en el cual no se cuenta con un marco normativo específico que brinde garantías, dando pie a un gran vacío legal en el sistema jurídico del país. Por consiguiente, las falencias en materia de derechos son innumerables, por lo que no existen elementos dentro de un bloque constitucional que permita el disfrute pleno del acceso a estos servicios sobre todo el tema de la filiación post-mortem, los procedimientos son llevados a cabo en forma privada por los centros especializados, pero sin la cobertura jurídica.

Uno de los temas que necesita suficiente regulación es respecto al vacío legal en la discusión que se genera frente a temas bioéticos de incidencia en la práctica de las TRHA, en la cual no existe cobertura acerca del estatus jurídico de los donantes, la responsabilidad médica, las normas de funcionamiento de los centros de reproducción asistida, así como también aspectos de la filiación e identidad, y por ende los de sucesión.

En cuanto al derecho fundamental de formar una familia, es imperativo la trascendencia y el impacto que las TRHA, le aportan en aspectos derivados a

los derechos de filiación de los bebés nacidos bajo estas técnicas, tomando como referente el Código Civil respecto a la relación paterno filial, las figuras de la maternidad al igual que la paternidad quedan en un plano bastante subjetivo. Es por ello que por medio de investigaciones como esta, se busca crear la voluntad pro-creacional como fuente de derechos, los cuales surgen de la filiación biológica sin distinción de los medios por el cual se halla concebido.

Con respecto a la figura de la voluntad pro-creacional, la cual se sustenta bajo el consentimiento, este es un elemento orgánico que expresa de manera voluntaria, libre y sobre todo informado el deseo de la persona de participar como donante de primer orden en el proceso de aplicación de algunas de las técnicas de reproducción asistida. Esta intención que se sustenta bajo la figura de consentimiento, debe ser construido como una notificación documentadamente en un instrumento público, llámese testamento para el caso de la fecundación post-mortem. Y para salvaguardar los intereses y derechos de los bebés nacidos bajo la expresa voluntad de su donante. Si bien es cierto, que no solamente es un proceso para tratar la esterilidad, en lo fundamental, si no que ofrece la posibilidad de lograr el uso y disposición de gametos de donantes, los cuales pueden ser de la pareja fallecida establecido bajo acuerdo, como ya lo hemos revisado en esta investigación. Es relevante reconocer ciertos principios del ser, como el principio de igualdad, de identidad, que corresponden a la carta de derechos que un ser nacido posee, sin estimar cual haya sido el método de por el cual se logre la fecundación, es importante que se congreguen las facultades políticas para la jurisdicción de estas prácticas. Cuando el objeto de la manipulación técnica en estos procedimientos es el ser humano, como en la técnica de Fecundación "In Vitro" y Transferencia de Embriones, se convierte en disputa en cuanto a lo técnicamente correcto o efectivo. En nuestra constitución se regula que todo profesional en ejercicio está sujeto por disposición de la Constitución que son deberes y responsabilidades el ejercer su profesión u oficio con sujeción a la ética.

Debido a la inexistencia de una ley que regule en nuestro país estas técnicas, cabe mencionar el caso de Argentina, con la reciente aprobación de su Código Civil y Comercial en el año 2015, en el cual se ha estipulado la regulación de las técnicas humanas de reproducción asistida, dando paso al

reconocimiento de una tercera fuente filial, la derivada de las THRA. (Rodríguez, M., 2015). Al considerar el caso de Argentina como una realidad “similar” a la nuestra y tomando en cuenta lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Gretel Artavia Murillo y otros vs Costa Rica) y doctrina, los legisladores de nuestro país deberían tomar en cuenta estos antecedentes y comenzar estudios para legislar sobre el tema ya que es una realidad de la cual no estamos exentos y esto lo podemos comprobar con cifras, ya que desde 1990 hasta 2011 nacieron 1100 niños por medio de THRA (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2016).

Debe existir una pronta normativa que regule no únicamente a los profesionales de la salud que las practican, sino también a las personas que se someten a estas técnicas y a la calidad de los procedimientos que se practica.

Recomendaciones

Esta primera recomendación tiene que ver con la importancia de la participación del Estado por medio de las instituciones y de los órganos de control que formulan las normas y leyes tanto en el área de la salud como en materia de derechos, debido a que se hace necesario la pronunciación de una Ley expresa, que represente todas y cada uno de los elementos que congregan la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem. Es importante también hacer mención acerca del artículo 24 del Código Civil Ecuatoriano, en el cual se puede incluir un cuarto acápite reconociendo los derechos de filiación del niño concebido por medio de inseminación o fecundación in vitro, y a su vez, se disponga sobre la filiación post mortem. Es importante alimentar la discusión basado en las evidencias investigativas que se han dado hasta el momento en materia de TRHA, por lo que las futuras investigaciones serian material importante que sustenten la necesidad de legislar sobre las TRHA, como un factor de garantías a los derechos de las personas. En el orden metodológico, cualquier evidencia que se haya construido es sin lugar a dudas un esfuerzo de los investigadores, así como de los centros de estudio, en promover el acceso a derechos, por lo que valga la redundancia, el Derecho como herramienta jurídica cumple un papel protagónico importante, como ente investigador, como lo es el caso de esta investigación y a su vez, como proponente del debate.

Es por esto que se debe tomar en cuenta la voluntad pro-creacional de las personas que acuden a estas técnicas al momento de solucionar un conflicto de filiación producto de un niño genéticamente distinta a sus padres, es decir que haya sido concebido bajo la donación de gametos, no necesariamente de la pareja fallecida. Si bien es cierto que existen vínculos de filiación por adopción y por medio natural, debe estar de la misma manera regulada la creación de un vínculo filial por parte de estas técnicas ya que no se engloban dentro de ninguna de las anteriores y debe existir norma expresa y especial, es decir concreta, sobre los casos de reproducción asistida. Esto principalmente con el objetivo de solucionar las controversias en cada uno de los casos ya que se presentan dificultades distintas y especiales para cada tipo. Es ahí donde recae la importancia de esta investigación, con lo cual se deja en evidencia que las direcciones jurídicas carecen de sustento al momento de determinar un estado

de derecho sobre los bebés nacidos bajo la práctica de estas técnicas. Cabe mencionar que el artículo 32 de la Constitución Política de la República del Ecuador señala que la salud es un derecho que garantiza el Estado, y que la prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

En este orden de sugerencias, es importante mencionar al Código Civil Ecuatoriano, en donde se consagra como excepción a la regla general para la sucesión, esto hace referencia a la inexistencia de la persona natural al momento de la apertura de dicha sucesión, pero cuya existencia se espera. Cabe notar que, de cada 100 bebés nacidos en el mundo, 2 nacen a través de este procedimiento. Por tal razón la Ley no les otorga la cobertura suficiente en los temas de sucesión de su padre donante, por el hecho de no haber tenido la calidad de persona al momento del fallecimiento. Al regularse una legislación que propenda por la inclusión y el reconocimiento, se les estaría garantizando su derecho, y, por consiguiente, la seguridad jurídica.

En términos generales, es necesario que se de apertura al debate en torno a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y particularmente a la reproducción post mortem sobre su contenido y significación a fin de desmitificarlas y verlas como oportunidades para las parejas que no pueden procrear por los medios naturales. Esta investigación abre la puerta a la utilidad práctica por parte de los centros de estudio alimentando el banco de propuestas con los cuales se pueda crear el espacio y el lobby político para que sea tomado en cuenta la necesidad de regular estas prácticas, dado que su objeto de estudio da pie a que se reconozca la necesidad que existe actualmente en términos jurídicos sobre la garantía, goce y disfrute pleno de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- "Caballero. P" , ; "Núñez, R" , & "García, A" . (2012). CICLOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DE DONANTE. *Sociedad Española de Ginecología u Obstetricia*.
- Bernebeu, R. . (2012). <https://www.institutobernabeu.com>. Recuperado el 7 de Noviembre de 2019, de <https://www.institutobernabeu.com/es/ib/congelacion-de-embriones-criotransferencia/>
- Chavez, J. (23 de febrero de 2012). <https://www.monografias.com>. Recuperado el 8 de Noviembre de 2019, de <https://www.monografias.com/trabajos91/fecundacion-post-mortem/fecundacion-post-mortem.shtml>
- Cook, R ; Dickens , B. & Fathalla, M. . (2003). *Salud reproductiva y derechos humanos* . Bogotá: Oxford.
- De la Macorra, B. (2013). <https://www.serpadres.es>. Recuperado el 7 de Noviembre de 2019, de <https://www.serpadres.es/antes-del-embarazo/quedar-embarazada/articulo/la-fecundacion-que-es-como-se-produce-y-datos-curiosos-551499334544>
- embryocenter.es. (2015). <https://embryocenter.es/que-son-tecnicas-reproduccion-asistida/>. Recuperado el 12 de diciembre de 2019, de <https://embryocenter.es/que-son-tecnicas-reproduccion-asistida/>
- Femenia, P. (1999). *Status Jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro* . Madrid: Mac Graw Hill.
- <https://www.notimerica.com>. (2012). Panorama de la reproducción asistida en Iberoamérica. *Noti America*. Recuperado el 19 de 12 de 2019, de <https://www.notimerica.com/sociedad/noticia-panorama-reproduccion-asistida-iberoamerica-20170618084046.html>
- Ines Awad, & Mónica de Narvaéz. (2001). *Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Martinez de Aguirre, A ; Conteras, P. ; Perez, M. (2011). *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, (3ª Edición)*, . Madrid: Colex.
- Matorras, R. (2011). *LIBRO BLANCO SOCIOSANITARIO "La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas"*. Madrid: Marvell.
- Mendoza, H. . (2011). *La Reproduccion Humana Asistida*. México D.F. : Universidad Autonoma de México .
- Merlyn, S. . (2011). *La Reproducción humana asistida* . Mexico : Fontamara S.A. .

- Moadie, V. (2015). <http://cdsa.aacademica.org>. Recuperado el 8 de Noviembre de 2019, de <http://cdsa.aacademica.org/000-061/327.pdf>
- Peréz, A. (2013). <http://www.derecho.uba.ar>. Recuperado el 7 de Noviembre de 2019, de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf>
- Robayo, M. & Alvarez, O. . (2015). *Los derechos eventuales del concebido post mortem en procedimientos asistidos: falta de tutela jurídica frente a la sucesión por causa de muerte*. . Guayaquil : Uni Andes.
- Rodriguez, A. (2015). <http://www.scielo.org.bo>. Recuperado el 12 de Diciembre de 2019, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000200013
- Rodriguez, M. (2015). *La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad*. Buenos Aires: Iturburu.
- Santamaria, L. (2012). <http://aebioetica.org>. Recuperado el 19 de 12 de 2019, de <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Serrano, A. . (2000). *"Aspectos de la fecundación artificial"*. Barcelona: Actualidad Civil 107.
- Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. (2014). <https://sego.es>. Recuperado el 7 de Noviembre de 2019, de https://sego.es/mujeres/Reproduccion_asistida.pdf
- Tahefretilidad.es. (2018). <https://www.tahefertilidad.es>. Recuperado el 19 de 12 de 2019, de <https://www.tahefertilidad.es/historia-de-la-reproduccion-asistida/>
- UNESCO. (2005). <http://portal.unesco.org>. Recuperado el 21 de Noviembre de 2019, de http://portal.unesco.org/es/ev.php-url_id=31058&url_do=do_topic&url_section=201.html

ANEXOS

Cuenca, 26 de octubre del 2020

**LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA
CARRERA DE DERECHO MATRIZ**

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la segunda revisión de la investigación realizada por el estudiante **MOLINA OCHOA JOSE OMAR**, con No. de cédula **0105681670**, titulado “**LA VOLUNTAD PRO-CREACIONAL PARA EFECTOS DE LA FILIACIÓN POST-MORTEM Y SU POSIBLE INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**”, indica un 10% de índice de similitud, 9% de fuentes de internet, 1% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.
Unidad de Titulación e Investigación Formativa

www.ucacue.edu.ec

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

La investigación que a continuación se presenta, concierne al evento denominado como la filiación por consentimiento, otorgado para la realización de técnicas de reproducción asistida homóloga aplicada de manera post mortem; estas incursiones aplicadas en el campo de la reproducción en la medicina ha tomado un auge significativo en los últimos años, lo que ha permitido a los no solo a los profesionales de la salud en el incursionar en este tipo de prácticas, sino que también como la posibilidad de gozar de un derecho inalienable como el de formar una familia, para los casos en que una pareja, por diversos problemas biológicos, cabe notar que no se trata únicamente de una respuesta a los problemas de fertilidad de las parejas, este ejercicio va más allá, congregándose en la figura jurídica en pro de él bebe concebido por medio de estas técnicas, y a partir de ahí. Toda la garantía de derechos que llegan consigo.

En lo particular, a lo que respecta a Ecuador, no existe regulación clara y precisa acerca de la filiación post mortem mediante Técnicas de Reproducción Asistida, lo cual da lugar a un vacío legal respecto a los derechos y obligaciones que surgen del nacimiento de un ser humano cuya madre se ha sometido a un procedimiento médico después del fallecimiento del padre que aportó sus gametos para la concepción, como por ejemplo la filiación, los derechos sucesorios de la persona recién nacida, entre otros derechos que son materia de análisis en esta investigación. Considero de gran interés e importancia realizar un análisis, al respecto de la fecundación asistida post mortem y por ende, sus incidencias en el derecho de familia, particularmente en materia de filiación. Cabe notar que en la actualidad la mayoría de estudios e investigaciones que se han realizado, han tendido a explicar y complementar estudios médicos, científicos, biológicos y fisiológicos, dejando de lado el aspecto jurídico.

CENTRO DE IDIOMAS

PALABRAS CLAVES: REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM - DERECHO A LA IDENTIDAD - DERECHO A LA FILIACIÓN - DERECHOS DE SUCESIÓN DEL CONCEBIDO - TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA) - DESARROLLO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO Y BIOMÉDICO.

CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

The research presented below concerns the event known as the filiation by consent, granted for the realization of homologous assisted reproduction techniques applied in a post mortem manner; these incursions applied in the field of reproduction in medicine has taken a significant rise in recent years, which has allowed not only health professionals in the incursion into this type of practice, but also as the possibility of enjoying an inalienable right such as forming a family, for cases in which a couple, due to various biological problems, it is worth noting that it is not only a response to the fertility problems of the couple, this exercise goes further, gathering in the legal figure for the baby conceived through these techniques, and from thereon. All the guarantee of rights that come with it.

In particular, as far as Ecuador is concerned, there is no clear and precise regulation about post mortem filiation through Assisted Reproduction Techniques, which results in a legal vacuum regarding the rights and obligations that arise from the birth of a human being whose mother has undergone a medical procedure after the death of the father who provided his gametes for the conception, I consider of great interest and importance to carry out an analysis of post-mortem assisted fertilization and its impact on family law, particularly in matters of filiation. It should be noted that at present most studies and research that have been carried out have tended to explain and complement medical, scientific, biological, and physiological studies, leaving aside the legal aspect.

KEYWORDS: POST MORTEM ASSISTED REPRODUCTION, RIGHT TO IDENTITY, RIGHT TO FILIATION, RIGHTS OF SUCCESSION OF THE CONCEIVED, TECHNIQUES OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION (TRHA), SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL AND BIOMEDICAL DEVELOPMENT.

CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 7 de octubre del 2020

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO

Atentamente



00ÉV S000 WÁ
ÚV0P0AÚ00S00CE
0[& { ^} q A&^! 00000[Á
aa 000(^) 0^] :Á
^ { ^!*^} &00^ 00 0000^) Á
0& 000[:Á] :Á0UX000EJ
T 000 a 00^ ^) &00
00000-0000 ÁF000000 000

**Dr. Wladimir Quinche Orellana MSc.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS**

Cuenca, 26 de octubre del 2020

Señor Doctor

Ernesto Robalino Peña

DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Su despacho

De mis Consideraciones

MARCELA PAZ SÁNCHEZ SARMIENTO, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutora del estudiante **MOLINA OCHOA JOSE OMAR**, con número de cédula **0105681670**, quien realizó su Trabajo de Titulación denominado **“LA VOLUNTAD PRO-CREACIONAL PARA EFECTOS DE LA FILIACIÓN POST-MORTEM Y SU POSIBLE INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**, debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 35/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:

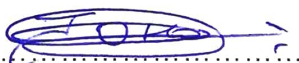


AB. MARCELA PAZ SÁNCHEZ SARMIENTO, MGS.
DOCENTE TUTOR

PERMISO DEL AUTOR DE TESIS PARA SUBIR AL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Yo, José Omar Molina Ochoa portador(a) de la cédula de ciudadanía N°0105681670, en calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación “La Voluntad Pro-Creacional para efectos de la Filiación Post-Mortem y su posible inserción en la Legislación Ecuatoriana”, de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos, Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 05 de Noviembre del 2020

F: 

EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

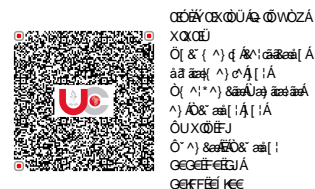
INFORMA:

Que, **JOSE OMAR MOLINA OCHOA** C.C. **0105681670**, de la carrera de **DERECHO**, presento su diseño de Trabajo de Titulación con el Título **“LA VOLUNTAD PRO-CREACIONAL PARA EFECTOS DE LA FILIACION POST-MORTEM Y SU POSIBLE INSERCION EN LA LEGISLACION ECUATORIANA”**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **20 de septiembre de 2019**, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 29 de octubre de 2020.

AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR, MGS



Elaborado por:	Ing. Paola Campoverde
Revisado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs
Autorizado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs



UNIVERSIDAD CATOLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES,
PERIODISMO, INFORMACIÓN Y DERECHO**

CARRERA DE DERECHO

**DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A
LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO:

**“LA VOLUNTAD PRO-CREACIONAL PARA EFECTOS DE LA FILIACIÓN
POST-MORTEM Y SU POSIBLE INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA”.**

AUTOR: JOSÉ OMAR MOLINA OCHOA

TUTOR: DRA. MARCELA PAZ SÁNCHEZ SARMIENTO MGS

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

MARCO CONTEXTUAL:

El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia para con ellos y frente a terceros.

Cabe mencionar que el contexto en el que se encuentra fundado el derecho de familia por la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los sujetos de acción y los efectos, es el derecho privado, y la intervención de los órganos del Estado solo es auxiliar en la aplicación de las normas para el goce, el ejercicio, el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos, deberes, y obligaciones derivados de los vínculos familiares.

Esto partiendo de la premisa de que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y podemos establecer que es constituida principalmente por el padre, la madre y sus hijos, como de manera inclusive religiosa se ha mencionado, partiendo de este antecedente podemos manifestar, que como constitucionalmente se establece, requiere de protección al igual que sus integrantes; esto es atención y provecho de los individuos que la conforman, cumpliendo así con la función social que le corresponde.

Es decir que el interés familiar debe entenderse como el medio de protección de los intereses y derechos de los miembros del núcleo familiar, en este caso principalmente en el tema del DERECHO A LA FILIACIÓN POSTMORTEM.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Al no existir una nueva categoría de Filiación en el ámbito de la voluntad pro-creacional dentro de la legislación Ecuatoriana, es imprescindible estar a la par de varias legislaciones de otros países que se encuentran a la vanguardia en este tema, en este caso ante este vacío legal, se podrían generar diversas consecuencias jurídicas dentro del marco social y jurídico ecuatoriano, dada la importancia e influencia que presenta la voluntad pro-creacional dentro del ámbito familiar, social y jurídico en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, es necesario analizar la implementación de esta nueva Filiación en la legislación ecuatoriana.

OBJETO DE ESTUDIO

- Derecho Civil

CAMPO DE ACCIÓN

- Filiación Post-Mortem
- Derecho de Familia
- Voluntad Pro-creacional

- Consentimiento del mas allá
- Voluntad del Causante
- Derecho Constitucional

OBJETIVO GENERAL

Analizar la Voluntad Pro-creacional para efectos de la Filiación Post-mortem y su posible implementación en la legislación ecuatoriana.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar si existe la posibilidad de insertar una nueva categoría de filiación y su implementación en la normativa dentro del Sistema Jurídico Ecuatoriano.
2. Análisis de Derecho Comparado, tomando como base casos de normativas de otros países.

TIPO DE INVESTIGACIÓN:

Cualitativo, exploratorio y descriptivo.

- Estos métodos serán los utilizados en base a que están enfocados a que las variables no se definen con la finalidad de manipularse experimentalmente, y esto nos indica que se analiza una realidad subjetiva además de tener una investigación sin potencial de réplica y sin fundamentos estadísticos, ya que es una investigación novedosa y con amplio campo para una verdadera investigación de calidad.

- Estos enfoques se caracteriza también por la no completa conceptualización de las preguntas de investigación y por la no reducción a números de las conclusiones sustraídas de los datos lo que nos permite explorar y describir la investigación de una manera amplia y eficaz.

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL:

Una de las características de los tiempos en que vivimos, es que las relaciones familiares están siendo objeto de profundos y permanentes cambios; que han tenido consecuencias en todo el derecho familia. Si bien este derecho ha estado siempre en constante evolución, los cambios a los cuales se enfrenta actualmente, como consecuencia de las nuevas tecnologías reproductivas, van más allá: lo transforman. Muchas de sus figuras jurídicas han cambiado radicalmente, no siendo ya las que eran. A su vez, muchos de los conceptos “clásicos” del derecho de familia han quedado obsoletos o se han visto desbordados como consecuencia de estas nuevas formas de reproducción.

Concretamente en materia de filiación, las técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA) han generado lo que se conoce como “revolución reproductiva”, debido a que estas técnicas separan, radicalmente, la reproducción humana de la sexualidad. Así, hoy en día, y gracias a las TRA, es posible la reproducción sin sexo; lo que viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes. (Lamm, 2012, págs. 5-10)

Si la filiación es el vínculo jurídico que se da entre personas unidas por un lazo de sangre, en un sentido restringido el término se utiliza para referirse a la filiación inmediata existente entre progenitores e hijos, específicamente a maternidad y paternidad. Es bien sabido, que por disposición del artículo 17 del Código Civil, la personalidad del ser humano se adquiere por el nacimiento con vida, de allí que se precise del mismo para poder considerar jurídicamente a la persona como tal, pues nuestro ordenamiento vigente adopta la teoría de la vitalidad. Mal puede hablarse de filiación si el ser no nació vivo y no llegó a ser persona; la configuración de aquélla es una consecuencia de la personalidad. Sin embargo, excepcionalmente puede acontecer que el sujeto nazca con vida, pero con anterioridad a tal hecho jurídico alguno de sus progenitores falleciera. Se trata de uno de los supuestos de filiación post mortem, aquélla donde en base a las leyes jurídicas o naturales, el vínculo inmediato de consanguinidad existe pero previamente a su constitución o declaración ha fallecido alguno de sus protagonistas. (Dominguez, 2010, págs. 1-10)

También puede suceder que la filiación sea declarada con posterioridad a la muerte del progenitor, pudiendo estar vivo éste al nacimiento del hijo (adopción post mortem, acción de inquisición de paternidad o maternidad contra los herederos, o reconocimiento por los ascendientes). La expresión “post mortem” denota un establecimiento o condición “posterior a la muerte”, lo que tiene lugar según acabamos de referir por lo general -aunque no

necesariamente- en función de la muerte de los progenitores, pues se puede reconocer un hijo muerto, así como se discute la posibilidad de adopción en caso de muerte del menor a ser adoptado. En todo caso la filiación post mortem incluye cualquier supuesto en que el vínculo sea establecido o declarado con posterioridad a la muerte de la persona de cuyo estado filiatorio se trate. (Camacho Becerra, 2008, págs. 6-8)

Ahora bien nos centramos en el primero de los debates contemporáneos que aún siguen generando fuertes enfrentamientos doctrinarios como jurisprudenciales en varios ordenamientos legales. Nos referimos a la FPM que, a su vez, se puede entrecruzar con la GS. ¿A qué se debe este especial interés por el tema? Ciertos planteos harto conflictivos sucedidos en tres lugares del globo: Argentina, Francia –con incidencia o impacto en España- y Gran Bretaña. De este modo, fácil se observa que la FPM no sólo constituye un conflicto actual, sino que, además, despierta el interés mediático y bioético de ordenamientos jurídicos muy diversos. ¿Se podrían esgrimir ciertos principios y reglas que sean comunes para el abordaje de esta temática con total independencia del orden jurídico comprometido? ¿Cómo juega en esta cuestión la tensión ancestral entre autonomía de la voluntad y orden público que tratándose de TRHA, “gestación por sustitución”, es decir, cuando en el proceso reproductivo interviene una tercera persona (mujer) a los fines de gestar un niño para otra persona o personas (pareja); se la

podría encuadrar dentro de la contraposición entre conservadurismo y progresismo?. (Camacho Becerra, 2008, págs. 6-8)

Para responder a estos interrogantes nos centraremos por razones de espacio y acercamiento teórico, en los avances y debates generados en el derecho argentino colocándose el eje en la noción de “consentimiento informado” entendida como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada”, la cual debe ser por escrita tal como lo prescribe el Código Civil y Comercial argentino en vigencia desde el 01/08/2015 para todo lo relativo a la filiación derivada por TRHA, siendo que la FPM involucra en definitiva, una cuestión filial con respecto al niño/a que pueda nacer de un procedimiento con estas características en el que se destaca por el fallecimiento de una persona que exteriorizó-de manera expresa o presunta- la llamada “voluntad pro creacional”, columna vertebral de este tipo o causa fuente filial. (Herrera, 2009)

- La justicia argentina contemporánea.

El último precedente a modo de termómetro en fecha 13/06/2016, una noticia periodística acaparó la atención de varios medios periodísticos argentinos. Se trata de un señor que falleció en un accidente ferroviario ocurrido el

13/09/2011 cuya esposa, acompañada por sus suegros (padres del fallecido) solicitaron judicialmente la extracción de material genético. Un juez hizo lugar a la petición. Años más tarde, la viuda pretende recurrir a un procedimiento de reproducción asistida para tener un hijo con dicho material, ante la negativa del centro de salud especializado, peticona a la justicia la correspondiente autorización para llevar adelante la práctica médica. El juzgado Nacional en lo Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia nro. 87 de la Capital Federal, en fecha 05/05/2016 hizo lugar a la acción y, en consecuencia, autorizó el uso del material del esposo fallecido hace casi 5 años. ¿Es correcta la interpretación a la que arriba la jueza argentina en esta oportunidad? ¿Cuáles son los intereses en juego? ¿Cuáles pueden ser los peligros que se deriven de una interpretación benigna o a favor en la situación fáctica planteada? ¿Cuál sería la interpretación correcta a la luz de los principios que emanan del nuevo CC y C argentino, vigente desde el 01/08/2015, ante la falta de regulación expresa de la FPM? Antes de pasar a responder brevemente estos interrogantes, es de interés dejar en claro que este planteo no es el primero, sino que ha habido uno anterior que no tuvo la repercusión mediática que el caso más reciente y que se analiza en esta oportunidad. (Herrera, 2009)

Nos referimos al caso resuelto por la Cámara 3ra de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza en fecha 07/08/2014 en el que también se hizo lugar al pedido de transferencia post mortem a favor de

una mujer que había conseguido con anterioridad, autorización judicial para extraer material genético del cuerpo de su esposo fallecido. Aquí los argumentos esgrimidos fueron, básicamente, los siguientes:

- 1) El acceso integral a las TRHA que recepta la ley 26.862 del 2013, que si bien se interesa en la cobertura médica, lo cierto es involucra más que ello.
- 2) El derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a las TRHA que se derivaría del derecho a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar.
- 3) Se le resta toda eficacia a la falta de consentimiento por dos razones: a) la falta de derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible y b) que ni en el ámbito de la sucesiones puede alegarse que el ordenamiento jurídico otorgue "derecho" al causante de que se cumplan sus disposiciones mortis causa, pues los beneficiarios pueden renunciar a recibir las herencias o legados, y además a quien la legislación protege y legitima para reclamar es a esos beneficiarios o a otros preteridos, no al causante.
- 4) Que sólo las leyes que regulan la ablación y trasplantes de órganos y tejidos han establecido el respeto a la voluntad expresa del donante en vida,

por tratarse de aspectos que la legislación considera ligados a los atributos de la personalidad y a la autodeterminación. (Herrera, 2009)

En el derecho de familia todas estas nuevas situaciones creadas por las nuevas tecnologías (nuevos modelos de familia, distintas filiaciones, reproducción sin sexo, sexo sin reproducción, nuevas posibilidades de reproducción, planificación eugenésica de la reproducción, etc.) generan cambios que encierran planteamientos éticos importantes ante los que la mirada jurídica no basta, sino que se requiere de una mirada multidisciplinar. Se trata de problemas que, al no tener una respuesta social unívoca, desembocan en una demanda de legislación y eso deviene una típica cuestión de axiología jurídica: cuáles son los valores que debemos proteger y cómo debe hacerse. La decisión jurídica que se adopte, debe elaborarse previo debate bioético, que implica que ha habido una valoración y una decisión consensuada multidisciplinar en cuanto a los planteamientos éticos.

Además, si bien la filiación desde siempre ha sido un tema tratado por el derecho civil, por las razones dichas, la nueva filiación que, como se verá, sostengo ha surgido como consecuencia del uso de la TRA no puede ser plenamente abarcada y comprendida desde esta sola disciplina:

- En el campo jurídico, estas técnicas sitúan al derecho de filiación ante un nuevo umbral, ya que al tratarse de relaciones nuevas, la homologación crea múltiples dificultades y polémicas sobre su

tratamiento, aumentando la importancia de la voluntad, y disminuyendo el valor de la realidad biológica o genética.

En otras palabras, esta revolución reproductiva surgida a partir de las TRA genera la necesidad de una concepción, análisis y estudio no solo jurídico, sino también bioético de las nuevas relaciones de filiación que surgen en su consecuencia.

HIPÓTESIS:

Al no existir en el Ecuador una normativa en referencia a la Voluntad Pro-creacional, resulta importante identificar una nueva categoría de Filiación Post-mortem relacionada a la antes mencionada Voluntad Pro-creacional, y analizar la inserción en la legislación ecuatoriana de esta nueva categoría de filiación, en niños que nazcan mediante este tipo de técnicas de reproducción asistida, tomando como base normativas de otros países.

MÉTODO A UTILIZARSE:

Etapa de investigación	Métodos: Teórico	matemático	Técnicas	resultados
Fundamentación teórica	Cualitativo		Revisión bibliográfica y base de datos científicas	Bases teóricas de la investigación

Diagnostico Situacional	Histórico Lógico	Pruebas de hipótesis	Criterios de expertos	Informe sobre el estado actual del problema
Propuesta	Sistémico			Propuesta de solución de problema y los resultados que se esperan con la ejecución de esta
Validación	Experimentos			
	Expertos otros medios empíricos	Pruebas de hipótesis	Expertos	Corroborar viabilidad de la propuesta

CRONOGRAMA DE TAREAS:

	CALENDARIO					
	Mes	Mes	Mes	Mes	Mes	Mes
ACTIVIDADES	1	2	3	4	5	6

Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos	X					
Elaboración de la fundamentación teórica	X					
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información		X				
Procesamiento y análisis de la información		X				
Elaboración del informe de diagnóstico de la investigación			X			
Contrastación con las teorías, elaboración de propuestas, conclusiones y recomendaciones				X		
Elaboración del informe final de la investigación				X		
Presentación del informe final en la secretaria de la unidad académica					X	
Sustentación individual ante el tribunal de grado						X

Bibliografía

Camacho Becerra, H. (2008). *¿Que es la filiación post mortem?* Panama.

Dominguez, M. (2010). *Breve referencia a la filiación post mortem*. Caracas: Estudios Jurídicos, 1-10.

Herrera, M. (2009). *"Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud"*. Buenos Aires.

Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación. *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación*, 5-10.

Sampieri, Roberto. *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill. Cuarta edición. 2006. p.3-26.

Marisa HERRERA (2016), *"El consentimiento informado prestado desde el más allá y presumido en el más acá. A raíz de un resonado fallo sobre filiación post mortem"*, *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, Nro. 14 – 05.07.2016.