



FACULTAD DE DERECHO

**LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS  
CONCEBIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL  
ECUADOR**

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la  
República.

Profesor Guía

Ab. María Paula Romo

Autor

Medardo Efraín Urquizo Guevara

Año

2014

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

---

María Paula Romo Rodríguez  
Abogada  
C.I: 110339106-4

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

---

Medardo Efraín Urquizo Guevara

C.I.: 171184304-3

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a Dios por su infinita bondad conmigo y por permitirme cumplir mis metas.

A mi familia y demás personas que estuvieron siempre a mi lado en los momentos difíciles, muchas gracias por todo su apoyo.

A mi profesora guía, abogada María Paula Romo cuyos conocimientos y directrices fueron muy importantes en este trabajo.

## **DEDICATORIA**

A mi madre Bertha Guevara López por ser la persona más importante en mi vida, sin cuyo esfuerzo, paciencia y amor nada de lo que soy hubiera sido posible, este trabajo y todos los logros que consiga a los largo de mis días, le pertenecen a ella.

A mi padre Medardo Urquizo Díaz por enseñarme desde pequeño el valor de la responsabilidad y la dedicación, espero ahora esté orgulloso de mí.

## RESUMEN

El Derecho es una ciencia dinámica cuyos aportes deben estar acorde a la evolución y avances que surgen con el paso del tiempo en la sociedad, es por este motivo necesario empezar a analizar las repercusiones jurídicas de una práctica que se ha vuelto cada vez más frecuente en el Ecuador, como son las técnicas de reproducción asistida, tema que hasta el momento no ha sido regulado por ningún cuerpo normativo del país, hecho que hace aún más urgente el desarrollar estudios e investigaciones que permitan develar cuales son los conflictos jurídicos a los cuales el legislador habrá de enfrentarse al tratar un tema que normas como el Código Civil ecuatoriano no alcanzan a entender por su antigüedad y por haber sido expedidas en una época en la cual se propendía regular una realidad que dista mucho de la actual.

El campo de problemática jurídica que las técnicas de reproducción asistida presentan es sumamente amplio, pero en este trabajo se ha resuelto profundizar en la figura de la filiación, pues muchos de sus principios constantes en el Código Civil Ecuatoriano son obsoletos y de inútil aplicación en estos casos.

En varios países en los últimos años se han dado sonados conflictos que por sus características han causado un fuerte impacto e interés social, en ellos se ha dejado al descubierto las falencias y vacíos legales de países que no regulan la filiación en estas nuevas prácticas médicas.

Temas como los conflictos de la paternidad y maternidad en las técnicas de reproducción asistida, el anonimato del donante y la evidente existencia de una nueva forma de filiación son aspectos para los que el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe estar preparado.

Este trabajo se aproxima a estos asuntos a la luz de la Constitución de la República del Ecuador, la legislación comparada y los pronunciamientos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con la finalidad de demostrar la necesidad de que estas prácticas sean reguladas en el país.

## **ABSTRACT**

Law is a dynamic science whose contributions must be in tune with the evolution and developments that take place in society over time. This is why it is necessary to begin analyzing the legal implications of a practice that has become increasingly common in Ecuador, namely, the techniques of assisted reproduction, a topic that for the moment has not been regulated by any normative body in the country; therefore, it is urgent to develop studies and research in order to uncover the legal disputes which the legislature will have to face when dealing with a topic that norms such as the Ecuadorian Civil Code have not been able to fathom due to their outdated qualities and for having been issued in an era which attempted to regulate a reality that is very distant from the present one.

The legal issues presented as a result of assisted reproduction techniques are very broad; but this particular work has decided to delve into the figure of filiation, as many of its constant principles in the Ecuadorian Civil Code are obsolete and of useless application in these cases.

In recent years there have been notorious conflicts in several countries whose characteristics have caused a strong impact and raised social awareness. These conflicts have exposed the flaws and legal loopholes in countries that do not regulate filiation in these new medical practices.

Topics such as conflicts of parenthood in assisted reproduction techniques, donor anonymity, and the apparent existence of a new form of filiation are aspects for which the Ecuadorian legal system must be prepared.

This paper approaches such matters in light of the Ecuadorians Constitution, comparative law, and the pronouncements in the Inter-American System of Human Rights, in order to demonstrate the need for regulation of these practices in the country.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
<b>1. CAPÍTULO I. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA</b> .....	<b>5</b>
1.1. Concepto .....	5
1.2. Clasificación de las técnicas de reproducción asistida .....	5
1.2.1. Técnicas elementales .....	6
1.2.2. Técnicas avanzadas .....	7
1.2.3. Maternidad subrogada .....	9
1.3. La ética frente a las técnicas de reproducción asistida .....	10
1.4. Las técnicas de reproducción asistida en instrumentos internacionales .....	11
1.5. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación <i>in vitro</i> ”) Vs Costa Rica .....	13
1.6. Las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano .....	20
1.6.1. La falta de normativa sobre técnicas de reproducción asistida en el Ecuador .....	20
<b>2. CAPÍTULO II. LA FILIACIÓN</b> .....	<b>26</b>
2.1. Concepto .....	26
2.2. Antecedentes de la filiación .....	27
2.3. La importancia de poseer filiación .....	30
2.3.1. La filiación como generadora del derecho a conocer el origen biológico .....	31

2.3.2. La filiación como generadora del derecho a tener un nombre. ....	31
2.3.3. La filiación como generadora de derechos sucesorios ...	33
2.3.4. La filiación como generadora del derecho a reclamar alimentos .....	33
2.4. Clases de filiación .....	35
2.4.1. Filiación matrimonial .....	36
2.4.1.1. Requisitos de la filiación matrimonial.....	37
2.4.2. Filiación por reconocimiento voluntario .....	37
2.4.2.1. Características del reconocimiento voluntario....	38
2.4.2.2. Formas de reconocimiento voluntario.....	40
2.4.3. Filiación por declaración judicial.....	42
2.4.4. Adopción .....	43

<b>3. CAPÍTULO III. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....</b>	<b>47</b>
3.1. La problemática jurídica en cuanto a la filiación en las técnicas de reproducción asistida homólogas .....	48
3.1.1. Sometimiento a las técnicas de reproducción asistida homólogas sin consentimiento varón .....	51
3.2. La problemática jurídica en cuanto a la filiación en las técnicas de reproducción asistida heterólogas.....	53
3.2.1. La disociación de la figura paterna y materna en las técnicas de reproducción asistida heterólogas .....	54
3.2.2. Situación jurídica del hijo nacido dentro del matrimonio mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga con consentimiento de la pareja .....	57

3.2.3. Situación jurídica del hijo nacido fuera del matrimonio mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga con consentimiento de la pareja .....	58
3.2.4. La imposibilidad de impugnar la filiación del hijo concebido mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga con consentimiento previo de la pareja .....	59
3.2.5. Situación jurídica del hijo concebido mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga sin consentimiento de uno de los miembros de la pareja.....	65
3.2.6. El acceso de mujeres sin pareja a las técnicas de técnicas de reproducción asistida.....	67
3.3. Nuevos conflictos planteados por las técnicas de reproducción asistida .....	71
3.3.1. La nueva concepción de maternidad ante el Código Civil Ecuatoriano .....	72
3.4. La problemática jurídica de las técnicas de reproducción asistida en cuanto a los donantes .....	75
3.4.1. Argumentos en contra del anonimato del donante .....	77
3.4.2. Argumentos a favor del anonimato del donante. ....	79
3.4.3. El derecho a conocer el origen biológico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano .....	81
3.4.4. El derecho a conocer el origen biológico es un derecho absoluto o está sujeto a excepciones? .....	82
3.4.5. Soluciones planteadas para el anonimato del donante ...	84
3.5. La problemática jurídica de la filiación en la fecundación <i>post mortem</i> .....	85
3.5.1. La situación jurídica del hijo nacido por una técnica de fecundación post mortem .....	86
3.5.2. La importancia del consentimiento previo al	

fallecimiento del varón en la fecundación *post mortem*.....88

**4. CAPÍTULO IV. UNA MIRADA A LA  
NORMATIVA INTERNACIONAL QUE REGULA  
LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA ....94**

4.1. Normativa Europea .....94

4.1.1. Ley Sueca 1140 (1984) .....94

4.1.2. Ley Alemana sobre protección de embriones (1990) .....95

4.1.3. Ley Italiana 40/2004 (2004) .....96

4.1.4. Ley Española 14/2006 (2006) .....99

4.2. Normativa en Sudamérica ..... 101

4.2.1. Ley Argentina de reproducción medicamente asistida  
26.862 (2013). ..... 102

4.2.2. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación  
Argentina. .... 103

**5. CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y  
RECOMENDACIONES ..... 107**

5.1. Conclusiones ..... 107

5.2. Recomendaciones ..... 112

**REFERENCIAS ..... 114**

## INTRODUCCIÓN

La figura de la familia es posiblemente la institución jurídica que más cambios ha sufrido en las últimas décadas, lo cual ha llevado al cuestionamiento de si el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra acorde con esta evidente transformación de la vida familiar, por lo que es necesario se realicen investigaciones y debates referentes al tema.

El vertiginoso avance de la ciencia ha traído consigo un sinnúmero de nuevos retos para el Derecho a nivel mundial, uno de los avances médicos más notables son las técnicas de reproducción asistida cuya finalidad principal radica en permitir procrear a aquellas personas que se encuentran imposibilitadas de hacerlo, estos tratamientos reproductivos no son en lo absoluto nuevos ya que el primer nacimiento mediante la aplicación de estas técnicas data del año 1978 donde mediante la aplicación de la fecundación *in vitro* se dio el nacimiento de Louise Brown, hecho que generó un gran revuelo en el mundo de la ciencia, así como también levantó voces de reclamo que cuestionaban cuan ético podría llegar a ser una práctica de este tipo.

Los primeros debates sobre el tema se concentraron en el aspecto médico e incluso religioso, pero muy poco se analizaba sobre las implicaciones jurídicas que podrían llegar a tener.

No fue hasta el año de 1984 cuando Suecia se convirtió en el primer país en expedir una ley sobre técnicas de reproducción asistida, lo que marcó la senda para que se empiece a regular este tema de evidente repercusión legal.

Con el transcurrir de los años países como España, Italia, Alemania y pronto Argentina han visto la necesidad de expedir normas que regulen la gran variedad de problemática jurídica que estas técnicas traen consigo.

En el Ecuador se han venido aplicando estos tratamientos por más de veinte años, ya que según lo mencionado por el Doctor Pablo Valencia en la conferencia "Familias, Identidades y Derechos Humanos. Los debates

contemporáneos del Derecho de Familia”, fue en el año de 1992 que se dio el nacimiento del primer bebe probeta con asistencia del Doctor Iván Valencia. Se tienen también datos estadísticos según lo establecido en la ya mencionada conferencia, que demuestran que desde el año 1990 hasta el año 2011 se han producido aproximadamente quince mil embarazos clínicos mediante la técnica de fecundación *in vitro*, habiendo nacido en el país aproximadamente mil niños mediante este tipo de métodos reproductivos, lo que demuestra que esta no es una práctica aislada, y que sobre todo va aumentando con el pasar del tiempo, por lo cual el país debe estar preparado para brindar soluciones a posibles conflictos legales que se den a futuro.

Pese a estas reveladoras estadísticas, lastimosamente el Ecuador parecería estar muy lejos de tener una regulación referente al tema de estudio, pues no se conoce de ningún proyecto de ley que esté siendo tratado por la Asamblea Nacional y es justamente sobre estos temas de actualidad sobre los que se debería estar debatiendo, no únicamente por parte de los legisladores sino también por todos aquellos que hacen derecho, ya que de lo contrario el país seguirá contando con un anacrónico ordenamiento jurídico para esta materia.

Las técnicas de reproducción asistida no son bajo ningún concepto un tema fácil de regular, debido a la variedad de elementos y situaciones que se encuentran inmersas, tales como la bioética, la donación de gametos, la fecundación post mortem, la responsabilidad médica, entre otras aristas que presenta esta grave problemática, no obstante a esto al parecer el tema filiatorio requiere de un trato de carácter especial y de una urgente regulación, pues el Código Civil Ecuatoriano data de una época para la cual la reproducción sin relaciones sexuales era algo inconcebible.

La razón de enfocarse en la filiación es debido a que las condiciones bajo las cuales estas técnicas se llevan a cabo cuestionan en su totalidad la estructura de la filiación comprendida por el Código Civil, quedando inaplicables muchos de los principios aquí establecidos.

El surgimiento de un nuevo tipo de filiación mediante las técnicas de reproducción asistida es evidente, lo cual hace indispensable la inclusión de esta nueva fuente de la filiación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya que caso contrario los conflictos jurídicos que se podrían llegar a dar producto de este vacío legal son inimaginables.

Se debe volver a revisar conceptos que se creían inalterables tales como la paternidad y maternidad que con las técnicas de reproducción asistida han sufrido una disociación, fenómeno que no se encuentra comprendido por el arcaico Código Civil con el que cuenta el Ecuador. A lo largo de este trabajo se analizará la necesidad de que el país cuente con reformas y con una ley que regule a las técnicas de reproducción asistida, pues pese a que no han sido tratadas a fondo por ningún cuerpo normativo, son una realidad evidente que se da todos los días y es inconcebible que no existan ciertos parámetros para su práctica.

Para efectos de establecer la necesidad de regular este tema en el país se hará un análisis que comprenderá una revisión de los antecedentes históricos de la filiación, los derechos derivados de la filiación, la problemática jurídica que se puede generar en los hijos concebidos por técnicas de reproducción asistida, donde se plantearán varias hipótesis que se podrían dar, con el fin de dejar en evidencia la insuficiencia del Código Civil para tratar estos temas y por último se dará una mirada a la normativa internacional sobre las técnicas de reproducción asistida, donde se tendrá como referente a la Ley Española 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida que es posiblemente la ley más completa sobre el tema, también se revisará el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, cuerpo normativo que se puede constituir en el pionero en regular este aspecto en el continente sudamericano.

Con estos antecedentes cabe mencionar que la finalidad de esta tesis es dar una voz de alerta a los legisladores ecuatorianos para que se concienticen en la urgente necesidad de regular a las técnicas de reproducción asistida, y dejar atrás viejos paradigmas como que la filiación está íntimamente ligada con el

aspecto biológico. Para esto se recomendarán parámetros bajo los cuales se debe regular estas prácticas y se dejarán planteados los puntos que se deben tomar en cuenta.

## 1. CAPÍTULO I. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

### 1.1. CONCEPTO:

Para poder tener un entendimiento adecuado de lo que son las técnicas de reproducción asistida es necesario conocer su conceptualización, por lo cual Santamaría (2001), señala que son "...el conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o subsistir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana". En una definición mucho más simple y concreta se establece que "las técnicas de reproducción asistida consisten en una serie de procedimientos médicos y técnicas de laboratorio cuyo objetivo es lograr la fecundación y en algunos casos también favorecer la implantación del embrión" (Sanz, 2006).

Son muchos los beneficios que estas técnicas brindan y se han constituido en una buena opción fundamentalmente para aquellas personas que no pueden procrear. Estos métodos pueden ser la fecundación *in vitro* o la inseminación artificial, acerca de sus principales características se tratará más adelante.

Con estos antecedentes es necesario referirse al debate que han causado estas formas de reproducción asistida, lo que ha dado lugar a que detractores afirmen que su aplicación es atentatoria contra la vida, dándoles el calificativo de práctica inaceptable, son varios los argumentos que intentan dar validez a esta teoría, los cuales señalan que especialmente en la técnica de la fecundación *in vitro* en ocasiones se desechan cierta cantidad de embriones cuando ya no existe necesidad de usarlos, lo que da paso al argumento de que se está violando su derecho a la vida.

### 1.2. CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Se podría decir que existen básicamente dos grupos en los cuales se dividen las técnicas de reproducción asistida, en el primer grupo se encuentran las técnicas elementales o de baja complejidad que comprende la inseminación artificial y la estimulación ovárica y por otro lado están las técnicas avanzadas como por ejemplo la fecundación *in vitro* (Merlyn, 2006, pp. 44-51). Cada una

de estas técnicas guardan sus características particulares, como lo veremos a continuación:

### **1.2.1. Técnicas elementales:**

#### **Inseminación artificial:**

Como su nombre lo indica proviene de la palabra inseminar que consiste en "...hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera" (Mendoza, 2011, p. 48), este proceso se lleva a cabo mediante la manipulación médica de los gametos con la finalidad de lograr la fecundación, para esto se colocan espermatozoides ya sea en el cuello uterino o en la trompa de Falopio, cabe mencionar que este material genético se podrá obtener de donantes o de la misma pareja de la mujer que se somete a estas técnicas.

A saber, existen básicamente cinco formas de llevar a cabo este procedimiento (Awad y Narvaez, 2001, pp. 16-17):

- a) Inseminación intravaginal: Consiste en la colocación del semen en el interior de la vagina mediante la ayuda del uso de una jeringa.
- b) Inseminación intracervical: Este método es bastante parecido al método anterior con la diferencia que en este caso el semen es colocado en el cuello del útero.
- c) Inseminación intrauterina: Se caracteriza por ser un poco más compleja que las dos anteriores formas detalladas ya que en este caso el material masculino es inyectado directamente en el útero.
- d) Intraperitoneal: Esta forma de inseminación se la lleva a cabo mediante la introducción de los espermatozoides directamente en el líquido intraperitoneal en la pared posterior de la vagina justo en el momento de la ovulación.

- e) Transferencia intra-tubárica de gametos (GIFT): En este proceso es necesario extraer los óvulos del ovario con la finalidad de colocarlos junto con los espermatozoides al interior de las trompas de Falopio.

Como se lo mencionó el material genético utilizado para llevar a cabo este tipo de técnica puede ser perteneciente a la pareja que se va a inseminar o en su defecto puede usarse gametos de donante como se lo detalla a continuación.

- a) Inseminación homóloga:

Esta clase de inseminación consiste en la introducción de gametos pertenecientes a la pareja, generalmente es aplicada por problemas de disfunción eréctil, entre otras situaciones de carácter funcional.

- b) Inseminación heteróloga:

La inseminación heteróloga se la lleva a cabo mediante la implantación de material genético distinto del marido o de quien convive con la persona que va a desarrollar en su seno el embrión.

### **Estimulación ovárica:**

Esta es considerada como la más simple de las técnicas de reproducción asistida ya que consiste en la estimulación hormonal de la mujer, con la finalidad de aumentar su capacidad de producción de óvulos y por ende el aumento de la posibilidad de que uno de los óvulos sea fecundado por un espermatozoide, a diferencia del resto de técnicas de reproducción asistida, esta puede dar resultados mediante una relación sexual, en ocasiones sin la necesidad de aplicar otro tipo de métodos para lograr el embarazo.

### **1.2.2. Técnicas avanzadas:**

#### **Fecundación *In vitro*:**

Este es un método mucho más técnico y elaborado ya que consiste en una fecundación de carácter extracorpórea, debido a que se produce dentro de un

tubo de ensayo el cuál debe estar bajo condiciones ambientales adecuadas para posterior a esto introducir el óvulo fecundado en la paciente con la finalidad de continuar con la gestación, es por este motivo que esta técnica proviene del latín “*in-vitro*” cuya traducción es “en vidrio”, haciendo alusión a la técnica aplicada.

Al tener un mayor grado de dificultad que las técnicas anteriormente mencionadas, la fecundación *in vitro* requiere de un proceso para que surta efecto, que comprende las siguientes etapas (Mendoza, 2011, p.50):

- a) La obtención de gametos masculino y femenino, mismos que pueden ser provenientes de la misma pareja, caso en el cual se denominará fecundación *in vitro* homóloga, o podrán ser provenientes de un donante ajeno a la pareja, técnica que se denomina fecundación *in vitro* heteróloga;
- b) La fecundación del espermatozoide y el óvulo *in vitro* generándose así, el huevo, cigoto o embrión; y,
- c) La transferencia embrionaria al seno materno, esta transferencia se la llevará a cabo mediante el uso de un catéter que permitirá que se introduzca el embrión en el útero de la mujer.

Como se determinó en el literal a) la fecundación *in vitro* también se divide en homóloga y heteróloga:

- a) Fecundación homóloga: La fecundación homóloga al igual que en la inseminación artificial, se la realiza por medio del uso de gametos provenientes de la pareja, solo que a diferencia de la inseminación, en este caso no son transferidos directamente a la mujer sino que los gametos masculinos son fecundados junto con los gametos femeninos dentro de un tubo de ensayo como ya se lo explicó.
- b) Fecundación heteróloga: Esta es realizada mediante la utilización de gametos de un donante ajeno a la pareja, el cual es sometido al proceso anteriormente detallado.

### 1.2.3. Maternidad subrogada:

La maternidad subrogada es básicamente una derivación de las técnicas de reproducción asistida que fueron analizadas, los conflictos que plantea en el campo jurídico son bastante amplios y su legalidad es un hecho que se encuentra aún en debate en algunos países.

Si bien es cierto muchos autores incluyen a la maternidad subrogada dentro de las técnicas de reproducción asistida, parecería más adecuado darle un trato individual a esta modalidad de procreación, ya que intervienen muchos elementos extras que deben ser motivo de un análisis pormenorizado, mismos que escapan de la finalidad de este trabajo.

Esta forma de procreación dependiendo bajo las circunstancias que se lleve a cabo es también denominada por algunos doctrinarios como vientre de alquiler, y como nos dice Bernal (2009, p.24) es la sustitución del estado o calidad de madre en donde una mujer se compromete a gestar en su útero una criatura, que deberá ser entregada a los comitentes al momento del parto.

Cabe mencionar que la maternidad subrogada puede ser clasificada en dos grupos dependiendo de la modalidad que se aplique (Mendoza, 2011, p.158):

- La primera forma de maternidad subrogada es aquella que tiene como característica principal el hecho de que la mujer que ha convenido en gestar al embrión no tiene ningún vínculo biológico con el mismo, ya que este ha sido producto de los gametos de la pareja comitente, es decir la mujer que presta su útero para este fin, únicamente se limita a la gestación de un concebido, con el compromiso previo de entregarlo una vez nacido, a la pareja con la cual llegó a dicho acuerdo.
  
- La segunda modalidad de maternidad subrogada, guarda características mucho más complejas que la anterior forma, ya que

en ésta la mujer no únicamente lleva adelante la gestación sino que también aporta sus óvulos para que los mismos sean inseminados con el material genético del varón de la pareja comitente, al igual que la modalidad anterior la mujer gestante se compromete previamente a entregar al niño a la pareja una vez que haya nacido.

### **1.3. LA ÉTICA FRENTE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Un punto bastante delicado de tratar al momento de referirse a las técnicas de reproducción asistida es el aspecto ético, ya que es donde se debe hacer el cuestionamiento de ¿cuándo dejan las técnicas de reproducción asistida de ser métodos que ayudan a parejas estériles para convertirse en métodos atentatorios contra la integridad de las personas?

Existen muchos cuestionamientos que surgen referentes a este tema, así como opiniones contrapuestas, no obstante a esto la finalidad de este trabajo bajo ningún concepto es cuestionar cuan éticas son las técnicas de reproducción asistida, sin embargo no sería adecuado dejar de tratar este punto al menos de manera referencial.

Al momento de analizar el aspecto ético de las técnicas de reproducción asistida es necesario saber cuál es la postura de la Iglesia Católica y pese a que si bien es cierto el Ecuador es un Estado laico, es innegable la influencia que esta Iglesia tiene en la sociedad en general.

Como se sabe la Iglesia Católica a lo largo de los años se ha manifestado contraria a muchos de los avances de la ciencia y esto no ha cambiado al momento de pronunciarse sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, donde se ha dejado una postura totalmente clara, ya que según decreto del Santo Oficio del Vaticano en 1987, se condenó a la inseminación artificial y se la declaró atentatoria contra la vida, señalando también que la reproducción debe ser siempre natural y estar dentro de un vínculo matrimonial y bajo ningún concepto dentro de un laboratorio (Mendoza, 2011, p.171).

En la aplicación de estos métodos intervienen aspectos que deben ser tratados con mucha cautela, por lo cual es necesario respetar todos los puntos de vista existentes. En cuanto a los argumentos usados para oponerse a las técnicas de reproducción asistida se habla mucho del desecho de embriones y de la manipulación genética que desvirtúan la verdadera finalidad de esta práctica, un ejemplo de estos argumentos es el de Rivera (2011), quien menciona que:

“...su valor moral reside, en el hecho de que el embrión a diferencia de otras células o conjunto de células puede convertirse en una persona si se dan ciertas circunstancias. Y esto le da un derecho condicionado a que esa potencialidad se actualice. En este sentido, sería, por ejemplo, inmoral dañar un embrión para luego transferirlo y generar una persona con alguna discapacidad producto de ese daño”.

Son varios los argumentos existentes tanto a favor como en contra de estas técnicas dependiendo del punto de vista desde el cual se lo mire, pero como se lo mencionó en líneas anteriores, este trabajo no tiene la finalidad de analizar el aspecto ético, sino por el contrario es el ámbito jurídico el que se desarrollará, por lo que es deber de cada uno realizar un análisis personal y determinar cuáles son los pros y los contra de estas prácticas, no obstante a esto es una realidad la necesidad de que estas técnicas que se practican a diario en el país sean reguladas especialmente en cuanto a la filiación y así evitar posibles inconvenientes a futuro.

#### **1.4. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

El reconocimiento de las técnicas de reproducción asistida no es un hecho nuevo, ya que con anterioridad se encontraban plasmadas en normas y convenciones de carácter internacional, como las que a continuación se van a detallar brevemente:

##### **a) Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de las Naciones Unidas (1994):**

Este informe trata derechos relacionados a las técnicas de reproducción asistida en su capítulo VII, como son los derechos reproductivos y de salud reproductiva definiendo a este último como:

“...el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”.

Uno de los puntos dignos de destacar de esta Conferencia Internacional es que reconoce que dentro del derecho a la salud reproductiva de cada persona se encuentra también la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, con la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia.

El informe resalta el derecho de cada persona a decidir con libertad el número de hijos que desea tener, y a tomar decisiones relativas a la reproducción sin que por este hecho sea víctima de discriminación, lo cual tiene una íntima relación con el derecho de acceder a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida ya que sin duda alguna este se constituye en un mecanismo facilitador para que las personas puedan ejercer el derecho de procrear.

También determina como una medida para el cumplimiento de los objetivos que se encuentran dentro de este instrumento internacional realizar un esfuerzo, por parte de los países, para que la salud reproductiva se encuentre al alcance de todos para el año 2015.

Si bien es cierto dentro de este informe se busca luchar por el derecho al acceso a los diferentes métodos de salud reproductiva, también se delinean ciertos parámetros, y se establece que para un correcto ejercicio de este derecho se debe tener en cuenta directrices éticas y normas médicas

apropiadas que eviten cualquier tipo de aplicación irresponsable de este tipo de métodos de reproducción asistida.

**b) Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979):**

Otro de los instrumentos internacionales que reconoce los derechos reproductivos de las personas es la CEDAW, como se la conoce por sus siglas en inglés, la cual en su artículo 16 literal e) determina el derecho de la mujer de decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos que desee tener y el intervalo entre el nacimiento de los mismos, así como a tener acceso a la información y medios que le permitan ejercer este derecho.

**c) Convención para los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina (1997):**

Esta convención que rige para la Unión Europea dentro de su capítulo V, artículo 18, que trata sobre la investigación científica, establece ciertas condiciones para que se lleve a cabo la técnica de fecundación *in vitro* y señala que se deberá prestar una protección adecuada al embrión, también prohíbe la creación de embriones con fines investigativos, pero hay que tomar en cuenta que esta convención de ninguna forma prohíbe la fecundación sino que al igual que los anteriores instrumentos internacionales, busca que estas prácticas se lleven a cabo con el mayor cuidado y basándose en lineamientos de carácter ético.

**1.5. SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN *IN VITRO*”) VS COSTA RICA.**

Al ser esta práctica un tema que no ha sido desarrollado por la legislación ecuatoriana, parece conveniente tomar como un referente en cuanto a lo jurídico la sentencia del Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) Vs Costa Rica, quizá la sentencia más representativa que trata esta problemática,

cuya importancia radica en su carácter vinculante para los estados que se encuentran suscritos a la Convención Americana de Derechos Humanos entre los que se encuentra Ecuador, la sentencia fue dictada por la CIDH, el 28 de Noviembre de 2012, en este caso intervinieron ciudadanos costarricenses en contra de su estado, alegando la violación de derechos humanos que se habría dado a partir de la prohibición de la fecundación *in vitro* en ese país. Debido a la gran importancia de esta sentencia, a continuación se realizará un breve resumen de los aspectos más importantes de la misma.

**a) Descripción de los hechos del caso:**

- En Costa Rica, las técnicas de reproducción asistida eran legales a partir de la expedición del Decreto Ejecutivo No 24029-S emitido por el Ministerio de Salud, de fecha 3 de febrero de 1995, mediante el cual se autorizó la práctica de la fecundación *in vitro* en parejas conyugales, donde también se detallaban ciertas condiciones para su aplicación, como por ejemplo la prohibición de la manipulación del código genético del embrión, la comercialización de células germinales, o el hecho de que no se permitía el desecho o eliminación de embriones, entre otras condiciones establecidas en dicho decreto.
  
- El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad del decreto anteriormente mencionado ante la Corte Constitucional de Costa Rica por parte de un ciudadano costarricense, el cual solicitó lo siguiente: i) se declare el decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declare inconstitucional la práctica de la fecundación *in vitro*, y iii) se solicite a las autoridades públicas que mantengan un control riguroso de la práctica médica.

Los puntos sobre los que se argumentaron en esta acción de inconstitucionalidad se basaban fundamentalmente en que esta práctica es atentatoria contra la vida, por el desecho de embriones en la aplicación de esta técnica.

- El 15 de Marzo de 2000 el Decreto Ejecutivo fue anulado y declarado inconstitucional por sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la cual se declaró con lugar a la acción de inconstitucionalidad propuesta, esta sentencia se fundamentó en dos puntos: i) se establece que desde el momento en el que se da la concepción se tiene la calidad de persona y por ende es un ser vivo, que tiene derecho a ser protegido y; ii) se determinó que la práctica de la fecundación *in vitro* atenta contra la vida y la dignidad del ser humano ya que en el proceso de su aplicación se desechan un número alto de embriones, acto que no puede justificarse en el hecho de que el objeto sea lograr un ser humano, motivo por el cual a partir de esa fecha la práctica de esta técnica de reproducción asistida quedó prohibida en Costa Rica.
  
- Ante esta prohibición y después que los afectados agotaron todas las instancias judiciales internas, se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los hechos de este caso, alegando que al prohibirse la aplicación de la fecundación *in vitro* se estaban violentando los derechos a la vida privada y el derecho de formar una familia.
  
- La Comisión a su vez consideró que efectivamente esta prohibición se constituía en una violación al derecho de igualdad de las víctimas y presentó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sentencia fue favorable para las víctimas de esta prohibición, en esta sentencia se pudo evidenciar varios aspectos importantes que se los revisará a continuación:

**i) Puntos principales de la sentencia Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *in vitro*”) Vs Costa Rica:**

Como puntos principales que fundamentaron esta decisión, está el hecho de que la Sala Constitucional de Costa Rica en su sentencia optó por darle una

protección absoluta al embrión, por lo cual se puso a este derecho por sobre otros de también mucha importancia tales como la libertad personal, el derecho a la vida privada, el derecho a la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y el derecho a fundar una familia, lo que desembocó en una interferencia desproporcionada por parte del estado en la vida privada y familiar de las víctimas. Por este motivo se resolvió que las autoridades pertinentes del estado de Costa Rica adopten medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de la fecundación *in vitro* en el país, también se pidió se indemnice a las víctimas de esta prohibición por los diferentes daños causados, sobre todo los de carácter inmaterial, como por ejemplo el daño psicológico sufrido.

Esta sentencia marca el punto de partida para el reconocimiento del derecho al acceso a las técnicas de reproducción asistida, mismas que como ya se mencionó están vinculadas al ejercicio de otros derechos tales como la libertad personal, la vida privada, el derecho a tener una familia, entre otros derechos reconocidos en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **ii) Argumentos jurídicos relevantes de la sentencia de la CIDH**

### **-Derecho a la vida privada y familiar:**

Uno de los derechos reconocidos en la sentencia emitida por la CIDH es el derecho a la vida privada y familiar, ya que como según se mencionó en dicha sentencia, al prohibir la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en Costa Rica se está violentando el derecho de las personas a decidir si tener o no hijos, lo cual es una decisión de carácter privada, dentro de las consideraciones de la CIDH se establece que se están vulnerando los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos que tratan sobre el derecho a la vida privada, el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia y la igualdad que tienen las personas ante la ley. Es importante señalar que se reconoce que la maternidad forma parte del libre

desarrollo de la personalidad de las mujeres y por ende también comprende el derecho a la vida privada.

**-Derecho a la salud sexual y reproductiva:**

Este es otro de los derechos que fue violentado al prohibir la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ya que no únicamente comprende la ausencia de enfermedades o dolencias, sino que acapara un conjunto de derechos mucho más amplios, como el acceso a métodos seguros para la regulación de la fecundidad y sobre todo el acceso adecuado a atención de la salud que permita a las mujeres tener embarazos y partos sin riesgos.

**-Derecho al goce de los beneficios del progreso científico:**

Este es un derecho que sin lugar a dudas guarda una estricta relación con el derecho a la libertad reproductiva anteriormente expuesto ya que es un complemento para que este pueda ser cumplido, debido a que si se brinda el acceso a la tecnología médica necesaria, por ende también se está garantizando el derecho reproductivo de las personas y la posibilidad de fundar una familia mediante el acceso a técnicas de reproducción asistida.

**-Principio de no discriminación:**

La discusión sobre si la infertilidad es considerada como una enfermedad es un tema que ha generado mucho debate, pero esta duda queda despejada por Villalobos (2012) quien hace referencia a la definición de infertilidad hecha por la Organización Mundial de la Salud que define a la infertilidad como "...una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas". Al tener en claro que la infertilidad es considerada una enfermedad que desemboca en la incapacidad de procrear, por ende las personas que están en esta condición adquieren el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de superar su problema reproductivo, con lo cual se convierte en una responsabilidad del estado el

brindar todas las facilidades posibles para dar una protección especial a las personas que sufren de esta imposibilidad reproductiva.

Con estos antecedentes se puede afirmar que en determinadas circunstancias se da paso a una forma de discriminación incluso desde el punto de vista económico ya que al prohibir la práctica de la fecundación *in vitro*, las personas que no poseen los medios económicos suficientes para viajar a otro país a practicarse estos tratamientos no tendrían la oportunidad que otras personas con recursos económicos si pueden alcanzar.

#### **-El reconocimiento del derecho a la vida:**

El momento desde el cuál se reconoce el derecho a la vida es un tema ampliamente discutido y analizado dentro de la sentencia de la CIDH, debido a su gran trascendencia, ya que este fue uno de los factores que motivó a la Corte Constitucional de Costa Rica a tomar la decisión de prohibir la fecundación *in vitro* dentro de su territorio, como se lo mencionó en líneas anteriores, se afirmaba que la aplicación de estas técnicas son atentatorias contra el derecho a la vida, y se señaló por parte de la Corte Constitucional que el momento de la concepción se da desde que se fecunda el óvulo, por lo cual desde ese momento existe una persona con derecho a la vida.

Por otro lado uno de los argumentos más claros y decisivos que motivaron el fallo por parte de la CIDH fue aportado por uno de los peritos quien estableció la necesidad de realizar una diferenciación entre el término fertilización y concepción, y mencionó que “ el momento de la fertilización es un proceso distinto al de la concepción o implantación” y dejó en claro que la protección jurídica de la vida se debe dar a partir de la concepción o implantación del embrión en el útero materno, ya que antes de esta implantación no existe ninguna posibilidad de que se genere un nuevo ser.

Ante estos argumentos la CIDH se pronunció expresando que si bien es cierto que al momento de la fecundación se da lugar al nacimiento de una célula la cuál es poseedora de toda la información genética requerida para tener como resultado a un ser humano, también se debe tomar en cuenta que si el embrión

no se llega a implantar dentro del útero las posibilidades de tener como resultado a un ser humano son nulas.

Como conclusión se puede decir que desde el momento de la implantación el embrión es susceptible de protección del derecho a la vida y por lo tanto desde esta etapa es también aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### **-Análisis del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969):**

El artículo 4 numeral 1 trata sobre el derecho a la vida, el cual generó una interpretación de carácter absolutista por parte de la Corte Constitucional de Costa Rica, el artículo en mención establece lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, **en general** (las negrillas son de mi autoría), a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

La CIDH determina que si bien es cierto que este artículo busca la protección a la vida, no se puede pretender prohibir el acceso a las técnicas de reproducción asistida por intentar dar un cuidado absoluto al embrión ya que esto implicaría la violación de otros derechos de gran importancia que también se encuentran establecidos dentro de la Convención.

Se debe tener en cuenta que el término usado "en general" hace que el espíritu de la norma sea establecer ciertas excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción.

Una vez analizados los principales argumentos jurídicos constantes en la sentencia de la CIDH se puede decir que con la prohibición de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se están violentando varios derechos de carácter fundamental que no se los puede dejar de lado, y como se hizo mención dentro de la propia sentencia, "...el principio de la protección a la vida desde la concepción debe ser de carácter gradual e incremental, mas nunca absoluta".

## **1.6. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.**

Lastimosamente en el Ecuador la atención que se ha brindado a las técnicas de reproducción asistida dentro de su ordenamiento jurídico ha sido prácticamente nula ya que en ningún cuerpo normativo existe algo concreto y puntual referente a este tema, con excepción de ciertas normas que podrían ser aplicables del Código de Ética Médica y de la Ley Orgánica de Salud, las cuales más adelante se pasarán a tratar.

Como se sabe el Código Civil Ecuatoriano entró en vigencia en el año de 1861 y ha sido objeto de muy pocas reformas a lo largo de los años, por lo que mal se haría en esperar que este cuerpo normativo comprenda o se encargue de regular algo concerniente al tema.

### **1.6.1. La falta de normativa sobre técnicas de reproducción asistida en el Ecuador:**

El Ecuador no cuenta con una normativa específica sobre técnicas de reproducción asistida, sin embargo cabe recalcar que el Proyecto de Ley del Código de la Familia cuyo extracto fue publicado en el Registro Oficial No 136 del 8 de agosto de 2000, presentado al Congreso Nacional, el cual dentro de su sección séptima trataba del establecimiento de la filiación en los casos de reproducción asistida (Merlyn, 2006, p. 86), se constituye en uno de los escasos intentos por parte del legislador por tratar este tema, lamentablemente este proyecto de ley no ha sido aprobado hasta la fecha y tampoco ha sido objeto de debate por la actual Asamblea Nacional, por lo que parecería que Ecuador aún se encuentra bastante alejado de la posibilidad de contar con una reforma o normativa al respecto. Como fue mencionado anteriormente existen cuerpos normativos que tratan algunos aspectos que se pueden considerar relacionados a las técnicas de reproducción asistida como lo veremos a continuación.

#### **- Código de Ética Médica:**

El Código de Ética Médica que fue expedido en el Registro Oficial No. 5 del 17 de agosto de 1992, en el capítulo XVIII, que se titula “De la planificación familiar y esterilización”, dedica tres artículos a este asunto, que establecen lo siguiente:

Art. 107.- La inseminación artificial, sólo la realizarán los médicos especialistas, previo consentimiento mutuo de los cónyuges, y en los casos de esterilidad o impotencia del varón comprobados científicamente.

Art. 108.- La ingeniaria (sic) y el consejo genético será de exclusiva competencia del médico especialista, luego de una exhaustiva investigación que lo justifique.

Art. 109.- La fecundación *in vitro* será realizada por médicos especialistas en institutos o centros de investigación autorizados, previo el consentimiento de los cónyuges y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales.

Sujetándose al tenor literal de estos artículos se podría concluir que las técnicas de reproducción asistida son métodos a los cuales únicamente pueden acceder las parejas conyugales, excluyendo de esta manera a parejas no unidas por vínculo matrimonial y mujeres sin pareja que tengan el deseo de procrear, de similar forma lo ve Merlyn (2006, pp. 86-87) quien menciona que:

“Parecería que en Ecuador tácitamente se prohíbe por estas normas la realización de las Técnicas de Reproducción Asistida en mujeres solas, pero la práctica médica nos muestra continuamente lo contrario, por ello es urgente aclarar este aspecto con legislación especializada en la materia”.

Este es un tema que también debe ser analizado profundamente por el legislador previo a regular este aspecto, ya que no se puede dejar por fuera del acceso a estas técnicas a parejas no casadas y a mujeres sin pareja, debido a que también cuentan con el derecho a una salud sexual y reproductiva,

derechos que se encuentran tutelados por la propia Constitución de la República del Ecuador, entre otros derechos que se deben poner en balanza previo a establecer una prohibición de este tipo, más adelante se dedicará un apartado para analizar este aspecto.

- **Ley Orgánica de la Salud:**

La Ley Orgánica de la Salud contiene ciertos artículos aplicables a las técnicas de reproducción asistida, no obstante dichas normas no tienen una repercusión directa en este tipo de prácticas, sin embargo a continuación se resaltarán los artículos más relevantes:

Se establece la prohibición en este cuerpo normativo en el artículo 212 el cual señala la prohibición de la intervención genética sobre células de línea germinal y células madre que persigan fines de experimento y lucro, exceptuando a esto las intervenciones al genoma humano, células de línea germinal y células madre, esto siempre y cuando tengan que ser intervenidas por razones predictivas, preventivas, diagnósticas o terapéuticas.

Finalmente el artículo 214 determina la prohibición de la clonación de seres humanos, así como la obtención de embriones humanos con fines de experimentación.

No se hace ningún tipo de referencia concreta a las técnicas de reproducción asistida en este cuerpo normativo y mucho menos se da respuesta a la problemática de fondo, por lo que existe una ausencia marcada de regulación sobre este aspecto en el país.

- **Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células:**

El día viernes 4 de marzo del año 2011 se publicó en el Registro Oficial No. 398 la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, un cuerpo normativo que cabe destacar es bastante completo en cuanto a la

regulación de las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de órganos, tejidos y células de humanos.

Esta ley contempla desde aspectos de carácter bioético hasta temas administrativos, lastimosamente se ha dejado por fuera la regulación de temas de gran importancia como los que se tratan en esta investigación, referentes a componentes tales como espermatozoides y óvulos, no obstante a esto se ha dejado un punto de partida para los casos en los que se requiera de una regulación en este aspecto tomando en cuenta la falta de normativa existente en el país, para aclarar este punto es necesario citar el siguiente artículo del cuerpo normativo referido:

Art. 9.- Excepciones.- Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a los casos de sangre humana, sus componentes diferenciados, espermatozoides y óvulos. Las actividades médicas en las que se empleen estos elementos o partes del cuerpo humano, se regularán por las disposiciones internacionales, leyes de salud, y más cuerpos legales.

A partir de lo establecido en este artículo citado de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células se puede concluir que en caso de existencia de controversias o conflictos de índole legal en las que se vean inmersos células germinales como espermatozoides u óvulos habrá que remitirse a cuerpos normativos de salud o referentes al tema, cuestión que no brinda mayor solución a esta problemática pues como se lo mencionó anteriormente, las leyes ecuatorianas que regulan estos aspectos son casi nulas y muy limitadas.

Este artículo también determina que para regular este tema se podrá aplicar disposiciones internacionales, ante lo cual también es necesario indicar que las disposiciones internacionales que se refieren a este punto son bastante generales, siendo lo óptimo contar con una ley especial que regule pormenorizadamente las diferentes aristas y circunstancias que se pueden llegar a dar por el manejo de material genético en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el país.

- **El Código Orgánico Integral Penal:**

Uno de los cuerpos normativos más debatidos y recientemente aprobados por la Asamblea Nacional del Ecuador es el Código Orgánico Integral Penal, expedido en el Registro Oficial Suplemento N.O. 180 del 10 de febrero de 2014, que contiene normas que pretenden actualizar y poner acorde al ordenamiento jurídico penal con los cambios que ha sufrido la sociedad en las últimas décadas y sobre todo adecuar las normas penales a los principios constitucionales vigentes en el país.

El Código Integral Penal ha traído consigo varios avances en cuanto a la sanción de delitos que atentan contra la salud sexual y reproductiva, de la misma forma ha puesto especial énfasis en sancionar actos que comprendan manipulación genética, artículos tales como el 214 donde se establece que aquellas personas que realicen terapias genéticas con células germinales, cuya finalidad sea diferente a la de combatir una enfermedad será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, demuestran que ha existido una mejoría en cuanto a la regulación penal de estos temas.

Es pertinente destacar también lo comprendido en el artículo 164 de este cuerpo normativo, mismo que establece lo siguiente:

Art. 164.- Inseminación no consentida.- La persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, quien la ocasione será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Si bien es cierto el aspecto penal en las técnicas de reproducción asistida rebasa de la finalidad de este trabajo es importante destacar que artículos

como este denotan que los legisladores ecuatorianos están empezando a regular temas relativos a las técnicas de reproducción asistida.

Por último no se puede dejar de mencionar lo constante en la Sección Décima de este cuerpo legal, específicamente el artículo 211 que trata sobre los delitos contra la identidad, donde se castiga a aquellas personas que inscriban como propia en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación a una persona que no es su hijo, sancionándola con pena privativa de libertad de uno a tres años. Esta sanción en particular podría traer repercusiones en cuanto a los procesos de inscripción de hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida heterólogas, más adelante cuando se trate la problemática jurídica en las técnicas de reproducción asistida heterólogas se retomará este punto y se analizará cual podría ser la repercusión de este artículo.

## 2. CAPÍTULO II. LA FILIACIÓN

Al ser la filiación una institución jurídica de gran relevancia ha sido objeto de análisis y en la doctrina se puede encontrar varias definiciones y clasificaciones, muchas de ellas en la actualidad se encuentran ya caducas debido a que no son capaces de acaparar todas las posibilidades que puede comprender la filiación hoy en día, también existen estudios contemporáneos que permiten tener una idea de las diferentes clases de filiación que se pueden dar en la actualidad producto de los avances científicos y muchos otros factores, lo que ha producido un cambio en cuanto a los principios generales referentes a esta importante institución jurídica.

### 2.1. CONCEPTO

Etimológicamente la palabra "filiación" proviene del latín *filius*, que comprende la relación existente entre padres e hijos, por otro lado Cabanellas ( 1979, p.377 ), define a la filiación como:

“...la procedencia de los hijos respecto a los padres y la descendencia de padres a hijos. También, la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores”.

Falconí (2009, p. 64), por su parte afirma que la filiación es el “vínculo jurídico que liga al hijo con su madre o padre y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado”.

En otra definición Somarriva, (1931, p.19), determina que la filiación es “...el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o madre de la otra”.

Como conclusión se puede determinar que la filiación es aquel vínculo existente entre padres e hijos que genera derechos y obligaciones entre estos, como se verá más adelante la forma de adquirir la filiación se puede dar de distintas formas, y esta no necesariamente tiene que estar íntimamente

vinculada al aspecto biológico, sino que también se puede dar en virtud de la voluntad.

## **2.2. ANTECEDENTES DE LA FILIACIÓN**

La filiación es una institución jurídica que a lo largo de los años ha mantenido un sitio preponderante dentro de la sociedad, y se ha convertido en un aspecto que se lo debe tratar con mucha delicadeza debido a que no únicamente comprende el tema jurídico sino que también trata temas de carácter íntimo, afectivos y emocionales.

Para efectos de tener un claro conocimiento de las grandes implicaciones y de la importancia de la filiación, es necesario dar una breve revisión de sus antecedentes históricos y la forma en la que esta figura jurídica ha ido evolucionando con el pasar del tiempo.

Larrea (1985, p.p 169-171), hace una observación sobre la evolución jurídica de la filiación y dice que en la antigüedad el derecho no logró conciliar de una forma adecuada, el gran respeto debido al matrimonio con la necesaria protección de los hijos nacidos fuera de él, y manifiesta que incluso los pueblos de gran cultura y de leyes muy perfectas pecaron de excesiva severidad en la regulación de la filiación “ilegítima”.

En los tiempos de la antigua Grecia y Roma se hizo una diferenciación entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los hijos denominados extramatrimoniales, lo que desembocaba en hechos discriminatorios.

Siguiendo el relato de la evolución que ha tenido la figura de la filiación que efectúa Borda (1984, pp. 284-286) en su obra, nos dice que las legislaciones antiguas se caracterizaban por su dureza y fundamentalmente por colocar en un estado de inferioridad a los hijos concebidos fuera del matrimonio o también denominados hijos naturales, como se lo verá a continuación:

- **En el Derecho Romano:**

La Ley de las XII Tablas fue una de las primeras leyes en la cual salió a relucir la discriminación existente en contra de los hijos “naturales” o “extramatrimoniales” ya que estos no eran considerados como miembros de la familia, lo que daba como resultado que tampoco gocen de derechos de carácter fundamental, e incluso se les prohibía contraer matrimonio con personas que si tenían la calidad de ciudadanos.

La discriminación de la cual eran objeto los hijos extramatrimoniales era bastante grande, pero este rigor con el cual eran tratados comenzó a atenuarse a partir del edicto *Unde cognati*, donde se realizó una especie de clasificación que les otorgaba diferentes tipos de derechos a cada uno, esta clasificación consistía en tres grupos que eran los siguientes (Larrea, 1985, pp. 169-170):

-*Liberi naturali*: De esta forma se les denominaba a los hijos de concubina, estos eran los hijos “naturales” a los que mayores derechos se les reconocía ya que tenían el carácter de parientes del padre o madre e incluso se les reconocía los derechos hereditarios.

-*Spurii*: Término utilizado para denominar a los hijos de mujeres de baja condición o de vida deshonestas.

-*Adulterini e Incestuosi*: Eran los hijos producto de una relación prohibida o incestuosa, los hijos incestuosos o adulterinos eran los que más limitados tenían sus derechos ya que ni siquiera se les reconocía el derecho a reclamar alimentos.

Los emperadores cristianos jugaron un papel fundamental en el mejoramiento de las condiciones de los hijos denominados “extramatrimoniales” o “naturales”, es así como Constantino permitió que se dé la legitimación en el año 335, el cual otorgó la posibilidad de que los hijos que eran denominados “ilegítimos” dejaren de serlo para convertirse en hijos “legítimos”, este privilegio únicamente era en un inicio otorgado a los hijos de concubina pero luego con Justiniano este beneficio se extendió a todos los hijos sin importar su condición.

- **En el Derecho Germánico:**

El derecho germánico era uno de los más rigurosos ya que prácticamente desconocía a los hijos concebidos fuera del matrimonio y no les reconocía ningún derecho, dejándolos en un estado de desprotección total, incluso los hijos “extramatrimoniales” no tuvieron la suerte de ser beneficiados con la legitimación como si lo fueron en Roma, se podría decir que el único beneficio que se les reconocía era la posibilidad de una especie de adopción o de reconocimiento por parte de los padres “ilegítimos” cuya consecuencia únicamente era el hecho de que se generaba una guarda por parte del padre y el derecho de alimentos a favor del hijo.

Con estos antecedentes queda claro que el trato que se daba a los hijos denominados “ilegítimos” era intolerante y de lenta evolución y al ser tanto el Derecho Romano como el Derecho Germánico la base fundamental de todo el derecho europeo, su posición tan radical en el trato a los hijos que se encontraban en esta situación, fue uno de los motivos principales del por qué se mantuvo esta discriminación durante tanto tiempo.

- **En el Derecho Francés:**

Con el Derecho Francés las cosas variaban un poco ya que existía la posibilidad de reconocer a hijos “ilegítimos”, pero no se había establecido procedimiento alguno para que se lleve a cabo este reconocimiento, no obstante a esto se admitían cualquier tipo de pruebas tales como el uso de testigos, y se daba una amplia facultad a los tribunales para que puedan apreciar estas pruebas presentadas, sin embargo los derechos que estos tenían una vez reconocidos eran demasiado limitados, tampoco se puede dejar de mencionar que la línea en la que se manejaba este derecho era bastante intolerante en contra de los hijos que no eran reconocidos ya que de la misma manera que en el Derecho Germánico no se les otorgaba derecho alguno e incluso tenían la prohibición de contraer matrimonio con personas que se encontraran en una situación diferente.

- **En el Derecho Inglés:**

Este derecho se distanciaba bastante del derecho del resto de los países de Europa en esas épocas, ya que en este caso existía la posibilidad de admitir la prueba de paternidad fundada únicamente en el juramento de la madre debidamente corroborado por otros testimonios o documentos, o en su defecto por la confesión tácita o formal del padre.

- **En América:**

Los códigos americanos del siglo pasado son clasificados en dos grupos, el primero de estos grupos comprende aquellos derivados del proyecto de Don Andrés Bello, mismos que se caracterizaban por ser contrarios a la investigación de la paternidad, los cuales por ende restringían los derechos de los hijos “ilegítimos”, y no se permitía el reconocimiento voluntario mas que de aquellos concebidos por personas sin impedimentos para contraer matrimonio, es importante mencionar que una gran parte de los códigos americanos del siglo pasado formaban parte de este grupo influenciado por el venezolano.

En el otro grupo el cual se caracterizaba por tener una tendencia mucho más favorable para los hijos “ilegítimos”, dentro de los cuales se encontraba el Código Colombiano así como el Código Argentino se caracterizaban por dar amplias facultades para la investigación de la paternidad, pese a que se excluía a los hijos adulterinos (Larrea,1985, p. 173-174).

De esta manera en la antigüedad existía una fuerte discriminación en contra de los hijos nacidos fuera del matrimonio, es a partir del siglo pasado cuando empiezan a surgir cambios y se da un reconocimiento igualitario tanto a los hijos matrimoniales como a los extramatrimoniales.

### **2.3. LA IMPORTANCIA DE POSEER FILIACIÓN.**

En líneas anteriores ya se trató a breves rasgos el tema de la importancia de poseer filiación y de la delicadeza con la cual se debe tratar el tema, y como se mencionó en la antigüedad el tipo de filiación que se poseía jugaba un papel fundamental en el aspecto jurídico y social, en la actualidad este derecho no ha dejado de tener tal importancia.

A partir de la filiación se generan una serie de derechos, mismos que para un correcto entendimiento se los clasificará en dos categorías que serán: 1) personales y; 2) patrimoniales, el primer grupo se divide en: 1.1) derecho a la identidad biológica y; 1.2) derecho a tener un nombre; mientras que la segunda categoría se divide en: 2.1.) derecho a alimentos y; 2.2) derechos sucesorios, los cuales se pasará a tratar a continuación

### **2.3.1. La filiación como generadora del derecho a conocer el origen biológico:**

Este es un tema bastante complicado de tratar por todos los aspectos que comprende, por lo cual definirlo no es una tarea fácil, pero sin duda es necesario establecer que se entiende por derecho a conocer el origen biológico, un concepto bastante claro lo da Romero (2009, pp. 30-31) quien lo define como, el derecho a ser uno mismo, el cual está estrechamente ligado a la propia dignidad de la persona y es un factor indispensable para alcanzar el pleno desarrollo vital, también resalta mucho el hecho de que comprende el derecho a conocer la información histórica y cultural de las personas, buscando no se vea truncada por la ocultación o el secreto, también se la relaciona con el derecho al ejercicio de la libertad.

Este derecho se encuentra también plasmado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45 penúltimo inciso y no únicamente tiene una repercusión jurídica sino también social es así como lo mira la anteriormente citada autora, que afirma lo siguiente:

“Este conocimiento, no cabe duda, va estrechamente unido a la propia dignidad de la persona y es un factor indispensable e insustituible para alcanzar el pleno desarrollo vital, para la autorrealización personal, y en definitiva, para el logro de la felicidad o, al menos de la paz interna, de la tranquilidad del ánimo.”

### **2.3.2. La filiación como generadora del derecho a tener un nombre:**

Este derecho también se genera a partir de la filiación, la palabra nombre se encuentra definida por Romero (2009, p. 58) como "...la máxima expresión de la identidad personal...".

Por otro lado Cabanellas (1979, p. 559) conceptualiza al nombre como "palabra o vocablo que se apropia o se da a una persona o cosa, a fin de diferenciarla y distinguirla de las demás, sea de modo individual o al menos colectivo".

Con estos antecedentes se debe puntualizar un aspecto de suma importancia, ya que si bien es cierto hasta el momento se ha hecho mención al nombre de manera general, cabe aclarar que este fundamentalmente comprende el derecho a adquirir los apellidos del padre y de la madre, lo cual es la parte medular y fundamental del derecho que está siendo analizado.

Como no podría ser de otra manera este derecho se encuentra plasmado en la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 45 inciso segundo que en su parte pertinente dice "...las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía...", pero no únicamente las niñas, niños y adolescentes gozan de este derecho, sino que por el contrario este es un derecho inherente a todas las personas el cual es indispensable para el ejercicio pleno del derecho a la identidad.

Instrumentos internacionales tales como la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, en su artículo 8 determina que los estados partes de esta convención tendrán la obligación de "...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", también la Convención Americana de Derecho Humanos (1969) ampara este derecho en su artículo 18 de la siguiente manera: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos".

### **2.3.3. La filiación como generadora de derechos sucesorios:**

La sucesión es definida como la “transmisión de los derechos, bienes y obligaciones que recibe una persona por herencia”, (Fontanillo, 1980, p.661) la palabra sucesión ha adquirido una estrecha vinculación con la idea de muerte y se puede considerar básicamente que el suceder es el acto de transferir la propiedad que se genera producto de la muerte de una determinada persona, transferencia que comprende bienes, derechos y obligaciones, que formaron parte del patrimonio del difunto. Según la clasificación hecha por Bossano (1978, pp.18-19), los sujetos intervinientes dentro de la sucesión son:

- a) La persona fallecida: Esta es aquella que da origen a la sucesión y cuyos bienes serán transmitidos a otra u otras personas.
- b) La persona llamada a suceder: Estos podrán suceder ya sea por voluntad del difunto plasmada en un acto testamentario o porque la ley así lo dispone.

Los derechos sucesorios tienen repercusión, no solo para los hijos nacidos de una técnica de reproducción asistida sino también en el resto de herederos, con la finalidad de no desviar el objetivo de este trabajo entrando a analizar lo referente a las sucesiones, tema que es bastante extenso e incluso podría ser objeto de una investigación individual se lo tratará únicamente de forma referencial.

### **2.3.4. La filiación como generadora del derecho a reclamar alimentos:**

El derecho a percibir alimentos se constituye en un derecho de carácter patrimonial por todo lo que este comprende, remitiéndose a lo señalado por Borda (1984, p.471) quien conceptualiza al derecho de alimentos como, “ todos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo en cuenta no solo sus necesidades orgánicas elementales, sino también los medios tendientes a permitir una existencia decorosa”, adicionalmente menciona que la obligación de dotar de alimentos a los descendientes tiene un

“carácter humano, más personal, mismo que responde a un conmovedor deber de caridad el cual despierta el sentido de solidaridad surgida de los lazos de sangre o del matrimonio”.

La legislación ecuatoriana le ha prestado basta atención a este derecho derivado de la filiación tanto en el Código Civil, como en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), este último cuerpo legal nos brinda una clara definición sobre lo que comprende el derecho de alimentos en su Título V, artículo 2, donde establece lo siguiente:

Art. 2.- Del derecho de alimentos.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario adecuado;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
7. Transporte;
8. Cultura, recreación y deportes; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Por otra parte el Código Civil Ecuatoriano en el artículo 349 detalla a que personas se deben alimentos y efectúa un listado en orden de preferencia, de la siguiente forma:

- 1º. Al cónyuge;
- 2º. A los hijos;
- 3º. A los descendientes;
- 4º. A los padres;

5°.A los ascendientes;

6°.A los hermanos;

7°.Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

Cabe destacar que los alimentos según lo determina el artículo 351 del Código Civil se encuentran divididos en dos categorías:

-Congruos: “Son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social”.

-Necesarios: “Los que dan lo que basta para sustentar la vida”.

Como conclusión se puede establecer que la obligación del progenitor para con su descendiente de otorgarle alimentos tiene como fundamento esencial el asistirle y brindarle el sustento necesario para su formación, crianza y educación, esto como una obligación que tiene el carácter de inembargable e irrenunciable.

#### **2.4. CLASES DE FILIACIÓN.**

Según el artículo 24 del Código Civil Ecuatoriano se reconoce como forma de establecer la filiación las siguientes:

- 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 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 determinado padre o madre.

No obstante a estas tres formas de filiación que reconoce el Código Civil en su artículo 24 parece necesario se incluya a la adopción, a continuación se procederá a realizar un análisis de cada una de estas formas de filiación,

usando como apoyo la doctrina que trata a fondo este tema donde se establecen sus características principales y los aspectos que las diferencian entre sí.

#### **2.4.1. Filiación matrimonial:**

Esta clase de filiación se encuentra establecida en el artículo 233 del Código Civil Ecuatoriano en el cual se determina que se entenderá que el hijo es producto del matrimonio, si nace expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio y por lo tanto tendrá por padre al marido de su madre, pese a esta presunción establecida por el Código Civil, el marido tiene la capacidad de no reconocer al hijo como suyo, aún si ha nacido en el lapso de tiempo anteriormente señalado, obviamente tiene que demostrarse que durante el tiempo en el cual se presume la concepción este estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

Al hijo nacido dentro del matrimonio también se lo denominaba como hijo “legítimo” y es así como Larrea (1985, pp.10-11), en su ya antigua pero siempre reconocida obra titulada Derecho Civil del Ecuador, se refiere a los hijos nacidos dentro del matrimonio y establece lo siguiente: “...la legitimidad es la calidad legal originaria, propia de aquel que ha sido concebido dentro del matrimonio de sus padres”.

Esta forma de adquirir la filiación le otorga una notable preeminencia al factor del vínculo biológico por sobre otra clase de aspectos, en forma similar lo ve Sambrizzi (2004, p.47) quien establece que “...es evidente que se ha privilegiado en lo fundamental a la relación biológica o genética existente entre padres e hijos, determinando así que la esencia original de la filiación es el vínculo biológico”.

Volviendo al tema de la filiación matrimonial es importante señalar que la discriminación que existía para los hijos que eran concebidos fuera del matrimonio también existía en el Ecuador ya que se hacía una diferenciación entre hijos “ilegítimos”, “legitimados” y “legítimos”, cuestión que tuvo un cambio

rotundo a partir de la expedición de la Ley 256 que propugnó por establecer una igualdad de los hijos, por lo que se llegó a suprimir este tipo de denominaciones, dejando una denominación genérica de hijos, lo que se constituyó en un gran avance en la legislación del país, es por esta razón que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano no se encontrará ninguna de estas denominaciones para referirse a los hijos cualquiera sea su situación, ya que sin lugar a dudas estos términos eran discriminatorios y poco adecuados.

También la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 69 numeral 6 establece lo siguiente: “Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción”.

#### **2.4.1.1. Requisitos de la filiación matrimonial:**

Es importante establecer cuáles son los requisitos que se deben reunir para establecer la existencia de una filiación matrimonial, cuyos elementos fundamentales son (Larrea, 1985, pp. 13-14):

1. Filiación paterna y materna.
2. El matrimonio de sus padres.
3. El hecho de haber sido concebido durante el matrimonio.

#### **2.4.2. Filiación por reconocimiento voluntario:**

Los hijos que nacen de una pareja que no está unida bajo vínculo matrimonial al no estar amparada por la presunción de paternidad deben ser reconocidos de forma voluntaria según las formas establecidas en el Código Civil Ecuatoriano.

El reconocimiento voluntario es otra de las formas de adquirir la filiación que se encuentra comprendida a partir del artículo 247 del Código Civil Ecuatoriano, esta forma de adquirir la filiación tiene como característica esencial la presencia de un elemento volitivo para el reconocimiento del hijo.

El reconocimiento voluntario tiene ciertas características de tipo jurídico y se las clasifica de la siguiente forma (Abeliuk, 2000. p. 70-71).

#### **2.4.2.1. Características del reconocimiento voluntario:**

##### **1. Acto Unilateral:**

La característica principal del reconocimiento voluntario, es como su propio nombre lo indica la existencia de la voluntad y es a partir de este elemento que se convierte en un acto unilateral ya que el reconocimiento emana de la voluntad de una de las partes, comprometiéndose así a contraer todos los derechos y obligaciones para con el hijo reconocido.

##### **2. Es una institución amplia:**

Todo hijo sin importar su situación es susceptible de reconocimiento, es este hecho lo que le da la característica de institución amplia a esta forma de adquirir la filiación, inclusive dentro del Código Civil Ecuatoriano se establece que aún los hijos que se encuentran en el vientre materno podrán ser reconocidos.

##### **3. Es solemne:**

Como lo establece el Código Civil Ecuatoriano en el artículo 249, existen varias formas mediante las cuales se puede llevar a cabo el reconocimiento voluntario y todas ellas requieren el cumplimiento de algún tipo de solemnidad, como se lo demuestra a continuación: a) escritura pública; b) ante un juez y tres testigos; c) por acto testamentario; d) por declaración personal en la inscripción de nacimiento del hijo; e) en acta matrimonial de ambos cónyuges. Estas formas de reconocimiento serán revisadas individualmente más adelante.

##### **4. Es expreso:**

Al ser el reconocimiento voluntario un acto de tanta importancia por los efectos que conlleva, es indispensable que sea de carácter expreso y de ninguna forma tácito, debe quedar absolutamente clara la voluntad del padre o madre

de efectuar el reconocimiento mediante cualquiera de las formas que la ley establece, y es necesario cumplir con todas las solemnidades del caso, para que el reconocimiento pueda surtir efecto.

#### **5. Es irrevocable:**

Al momento que se efectúa el reconocimiento voluntario, se está adquiriendo la calidad de hijo y de padre o madre por lo que esto no puede ser alterado por la simple voluntad de un interesado, si bien es cierto según lo señala el Código Civil Ecuatoriano, el reconocimiento puede ser impugnado por parte de toda persona que tenga interés en ello, no puede ser revocado por parte del padre o madre que previamente ha efectuado este reconocimiento voluntario, esto por motivos de seguridad jurídica.

En el caso del reconocimiento voluntario llevado a cabo mediante testamento, este puede dar lugar a varias interpretaciones, ya que si bien es cierto según la legislación existe la posibilidad de revocar los testamentos, nunca podrá ser revocado el reconocimiento voluntario de un hijo hecho mediante esta vía, debido a que no se puede equiparar el reconocimiento de un hijo con la disposición patrimonial de los bienes, siendo el reconocimiento totalmente independiente de este acto dispositivo.

#### **2.4.2.2. Formas de reconocimiento voluntario:**

Las formas de llevar a cabo el reconocimiento voluntario de un hijo son cuatro, las cuales son de carácter solemne y deben ser cumplidas de acuerdo a lo establecido en el Código Civil Ecuatoriano, para tener un conocimiento más a fondo sobre lo que trata cada una de estas formas de reconocimiento se las analizará de forma individual a continuación:

##### **1. Mediante Escritura pública:**

La escritura pública es definida por Cabanellas (1979, p. 183) como "Documento extendido ante un notario, escribano público u otro fedatario

oficial, con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico cumplido por el compareciente y actuante o por las partes estipulantes”.

Según lo determina Larrea (1985, p. 190), el reconocimiento mediante escritura pública generalmente se lo efectúa de forma expresa y únicamente para reconocer a uno o más hijos “ilegítimos”, pero pese a esto no existe prohibición alguna para que el reconocimiento que figure en una escritura tenga también otras finalidades e incluso si este reconocimiento no es el objeto principal de este instrumento público.

El elemento fundamental del reconocimiento mediante escritura pública es el hecho de que se debe hacer constar de forma categórica la voluntad del padre de efectuar el reconocimiento del hijo, sin dar lugar a confusión alguna.

Pese a que en la doctrina internacional se concibe el reconocimiento voluntario mediante instrumento privado, parecería que nuestro ordenamiento jurídico no admite tal forma de reconocimiento, ya que claramente hace referencia a escritura pública dejando de esta manera sin efectos la posibilidad de reconocer a un hijo mediante un documento de carácter privado.

## **2. Por declaración ante un juez y tres testigos:**

Esta forma de reconocimiento tiene una gran similitud con el reconocimiento mediante escritura pública, ya que de la misma manera el reconocimiento ante un juez se constituye en un instrumento público, obviamente que esta forma de reconocimiento requiere de una solemnidad adicional que es la comparecencia de tres testigos que puedan dar fe del acto.

## **3. Por acto testamentario:**

Para analizar esta forma de reconocimiento que mantiene una similar esencia a las anteriores, se hará mención a lo que afirma Méndez (1986, p. 245), quien dice que “...el legislador ha considerado conveniente referirse expresamente al testamento, a pesar que ya se encuentra comprendida en la generalidad de los instrumentos públicos”.

El reconocimiento por acto testamentario presenta una dificultad y en cierta manera se podría decir que una contradicción ya que una de las características fundamentales del reconocimiento voluntario es su carácter irrevocable, es aquí donde se genera un conflicto ya que según el Código Civil Ecuatoriano en el artículo 1235 el testamento es susceptible de revocación por parte del testador.

Sobre este tema ya se hizo una pequeña referencia cuando se trató acerca de las características del reconocimiento voluntario, y se señaló entre otras cosas que si bien es cierto existe la posibilidad de revocar un testamento, esta revocación no puede dejar sin efecto el reconocimiento de un hijo que ya se hizo previamente en el testamento revocado, ya que esto sería equiparar el aspecto patrimonial con un elemento de muchas más importancia como el estado civil de las personas.

#### **4. Mediante declaración en la inscripción del nacimiento del hijo:**

Al igual que las formas anteriores de reconocimiento voluntario esta también es de carácter solemne ya que la voluntad de reconocimiento del hijo se la hará constar en un documento público, que en este caso será el acta del Registro Civil.

La Ley General de Registro Civil, Identidad y Cedulación (1976) en su artículo 34 comprende esta forma de reconocimiento y determina lo siguiente:

“Reconocimiento al inscribir.- La declaración al momento de inscribir el nacimiento tendrá valor de reconocimiento de hijo, si fuere hecha personalmente por el padre, o por la madre, o por ambos, o por un mandatario. En este caso, se acompañará al poder la cédula de identidad o de identidad y ciudadanía del poderdante, y el mandatario acreditará su identidad personal”.

#### **5. Reconocimiento en acta matrimonial de ambos padres:**

En este tipo de reconocimiento es necesario poner mucho énfasis en el hecho de que para que pueda surtir efecto es necesario que el acta de matrimonio en el que se hace el reconocimiento pertenezca a ambos padres del niño reconocido, ya que bajo ningún concepto es válido el reconocimiento en acta matrimonial de uno de los cónyuges de un hijo que ha sido producto de otra relación. Pese a esto no existe ninguna prohibición de que en el acta de matrimonio solo uno de los cónyuges haga el reconocimiento del hijo, siempre y cuando este hijo ya haya sido reconocido por el otro cónyuge con anterioridad.

#### **2.4.3. Filiación por declaración judicial:**

Esta se constituye en la tercera forma de determinación de la filiación dentro del Código Civil Ecuatoriano y tiene como característica principal según lo establece el artículo 252, el hecho de que se lleva a cabo en los casos en los que el hijo no ha sido reconocido de forma voluntaria, diferenciándose así del reconocimiento voluntario fundamentalmente debido a que en esta forma de declaración de la filiación hay la ausencia de voluntad de reconocer al presunto hijo y existe una especie de imposición de carácter judicial previa investigación de la paternidad para que este reconocimiento se lleve a cabo, esto siempre y cuando se incurra en las causales establecidas en el artículo anteriormente citado.

La finalidad fundamental de la declaración judicial es poder determinar quién es el padre o madre de una persona que ha sido concebida fuera del matrimonio.

Para poder llevar a cabo una declaración judicial de este tipo es necesario entrar en un proceso de acción de investigación, que le corresponderá iniciar al hijo, o en su defecto a su madre en los casos en los que este sea incapaz y a falta de madre esta acción podrá ser propuesta por un tutor, curador especial o curador ad-litem según lo establecido en el Código Civil a partir del artículo 252 en adelante.

La declaración judicial de la paternidad se ha visto altamente beneficiada con el empleo de las pruebas de ADN (ácido desoxirribonucleico), lo que dio un cambio total a las formas de investigación de la paternidad que se daban hasta hace años atrás, donde la determinación de la paternidad se basaba fundamentalmente en presunciones o testimonios dados por personas allegadas tanto a la madre como al presunto padre con la finalidad de dar suficientes elementos de juicio para que el juez tome una decisión, o en ocasiones se optaba por seguir mecanismos tales como el que nos relata Bossert & Zannoni (2010, p. 465) en el cual se aplicaban pruebas como la de Khune, donde se buscaban ciertas coincidencias entre padre e hijo que suelen aparecer en la columna vertebral, métodos que dicho sea de paso no brindaban la seguridad que en la actualidad brindan las pruebas de ADN que tienen un elevado porcentaje de efectividad, lo cual está científicamente demostrado ya que cada individuo hereda aproximadamente la mitad de las huellas de ADN de cada uno de sus padres, es por esto que el porcentaje de eficacia con el que cuentan estas pruebas es del 99.9%.

Las pruebas de ADN han sido de vital importancia para la determinación de la paternidad en estos casos a tal punto que se encuentra amparada por el Código de la Niñez y Adolescencia a partir de su artículo 10 en adelante donde se encarga de regular su aplicación e incluso se considera que la mera negativa por parte del demandado de someterse a estas pruebas se constituye en una presunción de hecho de la filiación.

#### **2.4.4. Adopción:**

Esta es la última forma de adquirir la filiación que se encuentra amparada dentro del Código Civil Ecuatoriano, la adopción tiene ciertas características que la diferencian por completo de las formas de filiación que se han analizado hasta el momento, de similar forma lo ve Cárdenas (2001,p.151) quien menciona lo siguiente:

“La adopción es un caso especial de constitución de la familia, que se distingue por el hecho de que uno o ambos cónyuges, no tienen

participación de la gestación biológica de la persona que adquiere la condición de hijo adoptivo, es el resultado de un parentesco creado por la norma jurídica, que existe en los órdenes jurídicos que lo permiten y regulan así: es la relación jurídica de filiación, creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente ni por afinidad, progenitor e hijo”.

La adopción es una institución que se encuentra regulada tanto por el Código Civil Ecuatoriano como por el Código de la Niñez y Adolescencia, inclusive este último cuerpo normativo le dedica el título VIII para el tratamiento de este tema.

Para efectos de poder adoptar se deben agotar varios procedimientos tanto judiciales como administrativos que velan por la seguridad y bienestar del menor que va a ser adoptado.

En la adopción juega un papel trascendental la voluntad para asumir todas las responsabilidades que conllevan tanto la paternidad como la maternidad de un hijo con el cual no existe ningún vínculo biológico, adicionalmente en esta forma de filiación se ve también inmerso el hecho de que se benefician de forma recíproca tanto el adoptante como el adoptado, ya que por una parte el adoptante logra cumplir su deseo de poder asumir la paternidad o maternidad de un menor y por otro lado el adoptado es provisto de una familia la cual por diferentes circunstancias se vio privado de tener.

Legislaciones de otros países han contemplado tanto la adopción simple como la adopción plena, estas dos formas de adopción se encuentran definidas de la siguiente manera (Bossert & Zannoni, 2010, p.488-489):

- Adopción plena: Es aquella que confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales.

- Adopción simple: Confiere al adoptado la posición de hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante.

Cabe señalar que según el artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia, únicamente se contempla la adopción plena en el Ecuador, es decir que otorga al hijo adoptivo todos los derechos y obligaciones que tendría un hijo consanguíneo.

Como se lo mencionó tanto en el Código Civil Ecuatoriano como en el Código de la Niñez y Adolescencia se encuentra regulada esta figura, por esta razón a continuación se detallarán las características principales que presenta esta forma de adquirir la filiación:

- Esta forma de filiación bajo ningún concepto estará sujeta a modalidades y una vez perfeccionada es de carácter irrevocable.
- Dentro del proceso de adopción se debe cumplir con una fase administrativa que entre otras cosas tiene la finalidad de efectuar un análisis y una valoración a los candidatos a adoptantes tanto desde el aspecto psicológico, económico y social para determinar su idoneidad para desenvolver el rol de padres adoptivos.
- Una vez que se haya concluido con esta fase y por ende comprobado la idoneidad de los padres adoptivos, se procederá a la fase judicial que consta de un juicio de adopción, procedimiento que se encuentra regulada desde el artículo 284 en adelante del Código de la Niñez y Adolescencia, este juicio básicamente contará con la presentación de una demanda ante el Juez de la Niñez y Adolescencia, el cual una vez que se haya cerciorado de que se han cumplido con todos los requisitos por parte de los candidatos a adoptantes, llamará a una audiencia en la cual se percatará de la existencia de voluntad de las partes, concluida esta audiencia el juez podrá dictar sentencia, cabe

destacar que también se contempla el recurso de apelación a esta sentencia en caso de que los candidatos a adoptantes no se encuentren de acuerdo con la decisión.

Con estos antecedentes es conveniente mencionar que hace pocas décadas atrás la adopción se constituía en la única opción con la que contaban las personas que se encontraban imposibilitadas de procrear, en la actualidad las técnicas de reproducción asistida se han convertido en otra opción para quienes se hallan en esta situación e incluso les permite tener un nexo mucho más grande con los niños que nacen producto de estas técnicas, pero sin embargo a diferencia de la adopción que se encuentra regulada en el país, las técnicas de reproducción asistida carecen de un marco normativo que tutele su adecuada práctica, en donde al igual que en la adopción, la filiación deja de estar ligada a lo biológico.

### **3. CAPÍTULO III. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

En los capítulos anteriores se trató por separado los dos elementos principales que son objeto de análisis en la presente investigación, es decir las técnicas de reproducción asistida y la filiación. En el presente capítulo será necesario analizar posiblemente el punto más complicado y amplio, que es justamente la problemática de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, donde se deja al descubierto la evidente necesidad de reformas y de una ley especial que regule sus aspectos más importantes ya que el Código Civil Ecuatoriano no prevé una solución para estos casos debido a su antigüedad ya que fue expedido en una época en la que ni si quiera se contemplaba de forma alguna que fuere posible concebir un hijo mediante estos métodos.

Sería inadecuado tratar de acaparar todos los casos que se pueden llegar a dar producto de estos métodos de reproducción asistida, ya que la variedad de situaciones a las que se pueden enfrentar las personas que se someten a estos tratamientos son inimaginables, tomando en cuenta aspectos como la donación de gametos, la fecundación post mortem, la maternidad subrogada, la manipulación genética, los requisitos para acceder a estas técnicas, la responsabilidad médica, entre otras posibles aristas desde las que se puede tratar este tema, no obstante a esto el punto de análisis de este trabajo es la repercusión de estas técnicas en la filiación, esto con la finalidad de mostrar cuan necesario es que se legisle sobre el tema dentro del Ecuador para subsanar los vacíos legales existentes y determinar qué medidas o herramientas se deben aplicar para brindar una solución adecuada a cualquier conflicto de filiación que se genere.

Para efectos de poder tener un mejor entendimiento sobre la problemática que se analizará será necesario plantear algunos supuestos que se pueden dar dependiendo de la forma en la que se lleven a cabo estas técnicas de reproducción asistida y del material genético que se empleé.

### **3.1. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN CUANTO A LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HOMÓLOGAS.**

La definición de las técnicas de reproducción asistida homólogas y todo lo que comprenden ya fue anteriormente revisado, pero para ahondar más en este aspecto conviene citar la definición de Bossert (2010, p. 469) quien las define como “la inseminación artificial con semen del marido que se practica en los casos en que a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual”, esto se puede producir por varias causas como por ejemplo la impotencia del hombre u otras patologías de las cuales pueden padecer ya sea el hombre o la mujer dependiendo del caso, es necesario acotar a esta definición que la reproducción homóloga también se puede llevar a cabo en parejas que no se encuentran casadas.

Antes de continuar con el análisis de esta problemática es importante aclarar que a lo largo de este capítulo se tratarán a las técnicas de reproducción asistida de forma general, sin hacer una distinción entre qué tipo de método se aplica, ya que para efectos de la presente investigación este hecho es irrelevante, debido a que fundamentalmente lo que se busca es establecer sobre qué puntos se puede presentar problemática derivada de la filiación y bajo que parámetros se debería regular este tema, mas no entrar en una discusión de carácter médico que poco aportaría a las necesidades jurídicas que tiene hoy en día el país en este campo.

Continuando con lo que se planteó, al ser las técnicas de reproducción asistida homólogas realizadas con material genético perteneciente a la pareja, este método de reproducción presenta menos conflictos jurídicos que las técnicas heterólogas.

El Código Civil Ecuatoriano es aún capaz de regular algunos de los casos que se pueden dar sobre este aspecto, por motivos de que se mantiene la identidad biológica entre el niño que nace producto de estas técnicas y sus padres.

Para iniciar este análisis es importante mencionar que a los hijos concebidos mediante una técnica de reproducción asistida homóloga que nacen dentro del matrimonio, también les sería aplicable la presunción de paternidad. Para aclarar mucho más este punto es pertinente hacer mención al artículo 233 del Código Civil Ecuatoriano, donde se establece que el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputará concebido en él, y tiene por padre al marido de la madre.

Si bien es cierto cuando se expidió esta norma los legisladores únicamente tenían en mente la reproducción de forma natural, no obstante a esto no existe barrera alguna para aplicar a este caso lo establecido en el referido artículo ya que en este tipo de técnicas al igual que en la concepción natural existe una identidad entre paternidad-maternidad genética y legal, siendo la única diferencia que el ser que nace en estas circunstancias no fue producto de una relación sexual.

Siguiendo con el análisis de este artículo es importante brindarle atención a su segundo inciso, el cual nos habla acerca de que el marido está en la capacidad de no reconocer al hijo como suyo, si logra probar que durante el tiempo en el que se presume se dio la concepción, es decir no menos de ciento ochenta días o más de trescientos contados hacia atrás, desde la media noche en que principió el día del nacimiento estuvo en total imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

En este caso en concreto el padre del niño que nace producto de una técnica de reproducción asistida homóloga, bajo ningún concepto podría impugnar la paternidad alegando que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, ya que se debe tener en claro que en el campo de las técnicas de reproducción asistida la realidad es completamente diferente a la que se contempla en el Código Civil donde se llega a la determinación de la paternidad demostrando si hubo o no acceso carnal con la mujer, pues este supuesto es totalmente inaplicable a las técnicas de reproducción asistida, por lo que es necesario que los legisladores al momento de tratar el tema dejen en claro que una vez que la persona ha dado su consentimiento libre e informado

de someterse a una técnica de reproducción asistida, es inadmisibles que el varón o la mujer intenten impugnar la filiación.

El consentimiento libre e informado sobre el cual se hizo mención en líneas anteriores, juega un papel preponderante e indispensable para el correcto desarrollo de este proceso, ya que la voluntad procreacional se verá plasmada en un formulario donde se informará a los pacientes de todo lo que implica un proceso reproductivo de esta índole y lo más importante es que se establecerá la prohibición de impugnar la maternidad o paternidad una vez que este documento haya sido firmado, independientemente del tipo de técnica de reproducción asistida que se vaya a llevar a cabo.

En un documento emitido por la Sociedad Española de Fertilidad (2007, p.7) se definen a estos formularios o protocolos de consentimiento informado de la siguiente forma:

“Los protocolos de consentimiento informado permiten al profesional compartir con el paciente la información y facilitar la toma de decisiones clínicas que afectan de forma significativa la salud y el bienestar. En el campo de la reproducción humana asistida, por el carácter especial de la misma, su novedad y complejidad, los consentimientos informados consideramos que aún tienen mayor importancia y de hecho deben utilizarse por motivos éticos y legales. Éticamente los consentimientos determinan que se tenga en cuenta los derechos de los pacientes, especialmente el de ser correctamente informados. Legalmente pueden servir de ayuda para proteger al profesional en caso de litigio ya que dejan constancia de que al paciente se le comunicaron los riesgos de los procedimientos utilizados”

El consentimiento informado ha sido ya tratado en legislaciones como la Argentina y Española donde incluso se ha optado por elevarlo a escritura pública para darle más formalidad y validez, este tema se retomará más adelante cuando se revise la normativa internacional, pero desde ya se deja

planteado que este consentimiento informado debe ser un requisito *sine qua non* previo a la práctica de estos tratamientos de reproducción asistida.

Pero volviendo al tema de la posibilidad de impugnar la paternidad en los casos de técnicas de reproducción asistida homólogas e hilando un poco más fino, se debe mencionar que este tipo de prácticas es necesario se desarrollen bajo la existencia de la buena fe, y mal se haría en intentar impugnar la paternidad de un hijo a sabiendas que su nacimiento se dio como producto del material genético del padre impugnante.

Hasta ahora se ha tratado este supuesto desde la posibilidad de que el hijo producto de una técnica reproductiva homóloga nazca dentro del matrimonio, pero ¿qué pasa si se da el caso de que este niño nace de una relación extramatrimonial?

Respondiendo esta interrogante, también sería aplicable lo establecido en el Código Civil Ecuatoriano particularmente lo determinado en el título VIII a partir de su artículo 247 en adelante en donde establece que para poder efectuar el reconocimiento voluntario se lo deberá hacer mediante cualquiera de las formas determinadas dentro de este cuerpo normativo mismas que ya fueron analizadas cuando se trató las formas de reconocimiento voluntario.

### **3.1.1. Sometimiento a las técnicas de reproducción asistida homólogas sin consentimiento del varón:**

La reproducción asistida homóloga como se lo ha analizado no genera tantos conflictos de carácter legal como se da en la heteróloga, sin embargo existe una situación en la cual la legislación ecuatoriana se puede encontrar en problemas y esto se da particularmente en los casos en que la mujer se practica una técnica de reproducción asistida homóloga sin informarle a su pareja, es decir que el varón aporta el material genético mas no da su consentimiento para que este sea usado en determinado momento, es aquí donde se generan varias discusiones y posturas doctrinales contrapuestas.

Una de las posturas más concurrentes al referirse a este tema es la de Sambrizzi (2004, p76) quien considera que la paternidad debe ser atribuida al titular de los gametos, esto independientemente del consentimiento o no por parte de este.

Este caso no únicamente se podría dar en parejas casadas, ya que este tipo de conflictos generalmente podrían surgir en parejas que se encuentran divorciadas o que no están unidas en matrimonio.

Un aspecto que se debe tener en cuenta es que si el varón en un momento determinado aportó su material genético, se puede deducir de esta conducta la existencia de su voluntad y deseo de que este sea usado en una técnica de reproducción asistida, pero como se sabe este deseo o voluntad puede llegar a cambiar por diferentes circunstancias con el pasar del tiempo, un claro ejemplo de esto se da en las parejas donde el varón aportó su material genético mientras aún se encontraba casado, pero el problema se genera cuando se da un divorcio o distanciamiento de pareja y los embriones o material genético quedan congelados siendo posible que la ex esposa del varón desee inseminarse.

Bajo estos parámetros y tomando una postura acorde a lo que se ha venido tratando a lo largo de este trabajo, donde se ha mencionado que es de carácter indispensable otorgar el consentimiento previo, libre e informado por parte de las parejas o personas que se someten a estas técnicas, y en el supuesto de que pese a todas las prohibiciones que se deberían dejar claramente establecidas en una ley o reforma que regule estos temas, la mujer logre inseminarse con el material genético de su pareja o marido sin que haya mediado su consentimiento previo, sería totalmente injusto obligar al varón quien nunca consintió para que su material genético sea usado, a responder por la paternidad de la criatura que ha nacido con su material genético, pues sería aceptar y socapar un acto de mala fe por parte de la mujer y el profesional de la salud que incurren en estos actos.

Con estos antecedentes queda claro que el hijo que nace en estas circunstancias ya sea de una pareja matrimonial o no, únicamente debería tener la filiación materna, pues la mujer fue la única que tuvo la voluntad procreacional en este caso, y en cuanto al varón cuyo material genético se aplicó sin su consentimiento, su situación se asemejaría a la de un donante de gametos y por ende no tendría filiación alguna con el niño que ha nacido en estas circunstancias, lo que da paso a la posibilidad de la impugnación de la paternidad, obviamente en estos casos no con la finalidad de demostrar que no existe nexo biológico sino con el fin de demostrar la inexistencia de voluntad procreacional.

Pese a esto es necesario dejar muy en claro que para evitar todo este tipo de conflictos se requiere que en una futura ley o reforma se establezca la prohibición a los centros de reproducción asistida de practicar estas técnicas sin el consentimiento previo, libre e informado de las personas que se someten a estos métodos de reproducción.

Este supuesto que se ha analizado se debe tener en cuenta que únicamente se podría dar en instancias extremas en las cuales pese a las prohibiciones que debería fijar el legislador, la mujer logre fecundarse con el material genético de su pareja sin su consentimiento, ya que incluso se debería dejar en claro que para cada nuevo sometimiento a una técnica de reproducción asistida se requerirá la voluntad de las partes, por lo que la finalidad es justamente evitar que este tipo de conflictos se den.

### **3.2. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN CUANTO A LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGAS.**

Como se lo ha recalcado a lo largo de este trabajo las técnicas de reproducción asistida heterólogas traen consigo un bagaje de conflictos jurídicos fundamentalmente referentes a la filiación mucho más grandes que las técnicas de reproducción asistida homólogas, esto por el hecho de que se emplea material genético de donantes, el cual como es obvio es ajeno a la pareja, lo

que ha conllevado incluso a la disociación de la paternidad o la maternidad según sea el caso.

Cuando se habla de la determinación de la filiación en las técnicas de reproducción asistida heterólogas intervienen muchos aspectos que merecen ser tratados con especial atención, pero fundamentalmente un tema vital para establecer la filiación es el hecho de si existe o no el acuerdo conjunto de la pareja para someterse a estas técnicas, a partir de esta hipótesis se generan varias posiciones doctrinarias que sin duda deben ser analizadas en virtud de lograr una correcta regulación del tema.

Las técnicas de reproducción asistida heterólogas comprenden muchos aspectos que escapan de los límites establecidos y regulados por el actual Código Civil Ecuatoriano, iniciando por el hecho de que este cuerpo normativo únicamente concibe la fecundación por medios naturales y no alcanza a entender la realidad actual de estas técnicas de reproducción asistida donde la voluntad procreacional ocupa un sitio importantísimo y decisivo al momento de establecer la filiación. Uno de los conflictos nuevos que han planteado las técnicas de reproducción asistida es la disociación de la paternidad y la maternidad, fenómeno que ha dejado obsoletas muchas de las normas constantes en el Código Civil lo que hace incluso necesario recomendar la necesidad de reestructurar la figura de la filiación que contempla el Código Civil.

### **3.2.1. La disociación de la figura paterna y materna en las técnicas de reproducción asistida heterólogas:**

La voluntad procreacional juega un rol fundamental ya que cuando la pareja acuerda otorgar su consentimiento libre e informado para que se use material genético de donante en el proceso de procreación ya sea espermatozoides u óvulos, están también aceptando y asumiendo todos los deberes que la filiación conlleva, generándose en este caso una disociación de la figura paterna o materna según sea el caso.

Es necesario hacer una diferenciación entre la figura de padre y progenitor ya que progenitor se puede considerar a aquel que aporta su material genético sin pretender tener ningún tipo de relación filial con el niño que nace gracias a su donación, mientras que la calidad de padre se la puede atribuir al que asume voluntariamente la calidad de tal pese a que biológicamente no lo sea.

Sobre esto Morán (2004, p75) plantea la existencia de dos tipos de paternidad:

- 1.- Por un lado se establece la paternidad biológica, correspondiente al hombre que con su material genético ha logrado engendrar junto a su pareja. También esta calidad se le es atribuible a los donantes quienes únicamente aportan los gametos sin ánimo de asumir responsabilidad alguna, a los cuales parece más adecuado catalogarlos como progenitores mas no como padres, ya que la paternidad implica mucho más que el aspecto biológico;
- 2.- La paternidad jurídica por otro lado es aquella que la puede asumir el hombre que acepta la responsabilidad de paternidad pese a no ser el progenitor biológico.

Como ya se lo recalcó, la voluntad procreacional juega un rol vital en esta forma de adquirir la paternidad, ya que si bien es cierto se usa material genético de donante quien por el principio de la verdad biológica debería asumir todas las responsabilidades de la paternidad, en la gran mayoría de los casos los donantes no tienen la más mínima voluntad de ser padres y mucho menos de asumir todas las responsabilidades tanto morales como jurídicas que esto conlleva. Siendo la otra cara de la moneda el varón que si bien es cierto no tiene un vínculo biológico con el niño, si tiene la voluntad de asumir la paternidad, lo que convierte al consentimiento libre e informado en el elemento que da paso a este bagaje de derechos y obligaciones entre el padre legal y el niño, al barajar estas hipótesis queda demostrado que el Código Civil Ecuatoriano no se encuentra en la posibilidad de regular estos supuestos que se alejan mucho de la realidad que regulaba este cuerpo normativo cuando fue expedido.

Por otro lado también se puede dar una disociación de la maternidad en los casos en los que se usan óvulos de donante y estos sean fecundados con material genético masculino e implantados en la mujer que desea concebir o también en los casos de maternidad subrogada, es por esto que la maternidad también sufre una disociación y se la clasifica de la siguiente manera (Sambrizzi ,2004, p. 153):

- a) Maternidad plena: Es aquella en la cual la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo, siendo esta forma de maternidad la que menos problemas en cuanto a la filiación presenta ya que tanto la gestación como el material genético le pertenecen a la madre.
  
- b) Maternidad parcial: Esta clase de maternidad se puede clasificar en dos categorías que son:

- 1.-Cuando la mujer solo aporta la gestación.

- 2.- Cuando la mujer únicamente aporta su óvulo

En este tipo de maternidad la mujer únicamente aporta uno de estos dos componentes mas no ambos, lo cual da paso a varios conflictos y discusiones doctrinarias que intentan develar cuál de estas dos formas de aportación se constituye en el factor determinante de la maternidad, hecho inconcebible para el anacrónico Código Civil Ecuatoriano que contempla como única forma de establecer la maternidad el hecho del parto.

Parece ser necesario incluir a esta clasificación que hace Sambrizzi, otra clase de maternidad más, que algunos doctrinarios han tomado en cuenta y se constituiría en una tercera forma de maternidad, que tendrá mucha trascendencia en el tema tratado y esta es:

- c) Maternidad legal: Es aquella que se da cuando una mujer asume todos los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, pese a

no tener ningún tipo de vínculo biológico ni gestacional con el hijo que se reconoce.

El segundo de los casos de maternidad parcial y la maternidad legal se dan por la denominada maternidad subrogada que es una derivación de las técnicas de reproducción asistida, la cual se tratará más adelante por separado.

Al ofrecer este tema tantas posibilidades y de tan variante naturaleza es conveniente partir de varios supuestos para a raíz de esto tratar de analizar cuál sería la problemática que se puede presentar dependiendo de cada caso.

### **3.2.2. Situación jurídica del hijo nacido dentro del matrimonio mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga con consentimiento de la pareja:**

El hijo que nace producto de esta técnica se lo considerará como un hijo nacido dentro del matrimonio según la normativa ecuatoriana, ya que reunirá los requisitos establecidos en el artículo 233 del Código Civil sobre la presunción de paternidad y de acuerdo al tenor literal de lo que establece dicho artículo no menciona nada referente a la forma en la que el niño debe ser concebido, es decir es irrelevante que haya sido concebido mediante una relación sexual o mediante un técnica de reproducción asistida, por lo que sí cumple con los requisitos mencionados en este artículo, en un principio se lo considerará como concebido dentro del matrimonio y tendrá como padre al marido de su madre.

En cuanto a la facultad de impugnar la paternidad que brinda este artículo al varón si logra demostrar que no tuvo acceso a la mujer en el tiempo que señala el artículo 62 del Código Civil, es inadmisibles su aplicabilidad en estos casos, ya que en este tipo de técnicas es la voluntad la que otorga la paternidad al varón que acuerda con su pareja para que se insemine con semen de un tercero, mas no el nexo biológico, por lo que es necesario que se incluya en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que al momento en que la pareja manifiesta su voluntad para someterse a estas técnicas de reproducción asistida es totalmente improcedente la impugnación de la paternidad alegando la falta de

vínculo biológico entre el impugnante y el hijo, por lo cual es inaplicable el artículo 62 del Código Civil cuando haya mediado consentimiento previo, libre e informado de la pareja, hecho que por ende también deja obsoletas a las pruebas de ADN como medio probatorio determinante en estos casos.

Para afirmar esta posición es importante resaltar lo que establece Romero (2009, p.113) quien afirma que en los casos de técnicas con semen de donantes, es inútil el empleo de las pruebas biológicas de paternidad para investigar la filiación.

En el caso de que se use óvulos de donante de la misma forma en la que se analizó para el caso de la impugnación de la paternidad, bajo ningún concepto se puede alegar la falta de vínculo biológico para impugnar la maternidad, si ha existido consentimiento previo por parte de la pareja de someterse a una de estas técnicas.

El por qué de darle tanta relevancia a la voluntad procreacional es debido a que el hijo en estos casos nace por la voluntad de la pareja o persona que se somete a estas técnicas, caso contrario sin que haya mediado esta voluntad el hijo simplemente no hubiera nacido jamás.

### **3.2.3. Situación jurídica del hijo nacido fuera del matrimonio mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga con consentimiento de la pareja:**

Al niño que nace en estas circunstancias independientemente de a quien pertenezca el material genético usado, no se le puede aplicar la presunción de paternidad porque simplemente no ha nacido dentro un matrimonio conformado, por lo cual la pareja que acordó en someterse a una de estas técnicas con material genético de donante ya sean óvulos o espermatozoides, debe realizar un reconocimiento voluntario, bajo cualquiera de las modalidades constantes en el artículo 249 del Código Civil.

En este caso también queda claro que una vez que se ha dejado plasmado el consentimiento previo e informado por parte de la pareja de someterse a estos

métodos de reproducción asistida es inadmisibles se realice la impugnación de la filiación, no obstante a esto el Código Civil vigente deja abierta la posibilidad de realizar una impugnación de paternidad o maternidad alegando la falta de nexo biológico lo cual genera inseguridad jurídica en el país para los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida heterólogas, razón por la cual es necesario regular estos vacíos legales que presenta el Código Civil Ecuatoriano.

No obstante a la postura que se ha dejado en claro en líneas anteriores referente a la imposibilidad de impugnar ya sea la paternidad o maternidad cuando ha existido el consentimiento previo por parte de la pareja, existen varias opiniones que analizan esta posibilidad desde varias aristas como se verá a continuación:

#### **3.2.4. La imposibilidad de impugnar la filiación de los hijos concebidos mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga con consentimiento previo de la pareja:**

Cabe mencionar que si bien es cierto lo más común es que sea el padre quién intente impugnar la paternidad en estos supuestos, no se puede dejar de contemplar la posibilidad de que se den casos en los cuales la mujer que fue inseminada con óvulo de donante intente impugnar la maternidad alegando que no existe un nexo biológico entre esta y el niño que nació en estas circunstancias.

De llegarse a dar este supuesto se generaría un colapso total de los principios para probar la maternidad establecidos en el Código Civil, pues el artículo 258 establece que se podrá probar la maternidad por el hecho del parto, y si bien es cierto en estos casos la madre impugnante si parió al niño, no existe nexo biológico con el mismo ya que el óvulo usado fue de una donante, ante una circunstancia de estas características el Código Civil se vería incapaz de entender un hecho así, por este motivo a lo largo de este análisis se tomará en cuenta a la impugnación de la maternidad en estos casos como una posibilidad que se puede llegar a dar.

Dentro de los doctrinarios que han optado por mantener una postura a favor de la impugnación de la paternidad por parte del esposo en las técnicas de reproducción heterólogas, resalta lo expresado por Llambías quien se ha pronunciado de forma afirmativa en cuanto a la posibilidad por parte del marido de desconocer al hijo concebido por su esposa por una técnica heteróloga, lo que fundamenta en el hecho de que la voluntad de los interesados es incomputable en una materia de orden público, además de afirmar que “lo que mandan son los hechos y los fueros de la verdad los que imponen su respeto” (Sambrizzi, 2004, p.93).

Por otra parte y en una posición que parecería ser mucho más acertada y sensata están las posturas que no se encuentran de acuerdo en que se permita impugnar la paternidad en este tipo de técnicas, para hacer referencia a esto se citará lo señalado por Sambrizzi (2004, p. 95), quien trata este tema desde una perspectiva que busca proteger los derechos del niño:

“Uno de los escollos que presenta la doctrina que admite la posibilidad de la impugnación de la paternidad por parte del esposo lo constituye a nuestro juicio, la inmoralidad, que resulta de la conducta de quien a pesar de haber dado libremente su consentimiento para la fecundación con gametos de un tercero, luego de haberse ella producido, se vuelve atrás y asume una posición distinta, violando el principio de la buena fe lealtad, que el derecho no puede desatender”.

Sería lo más sensato alinearse con esta opinión tomando en cuenta el principio de la buena fe bajo la cual se deben llevar a cabo este tipo de técnicas, por lo cual se puede calificar de reprochable el hecho de que exista la posibilidad de que se permita impugnar la paternidad o la maternidad de un hijo, a sabiendas de que previamente ya se había acordado en que este iba a ser producto de una técnica de reproducción asistida en la cual únicamente se iba a usar el material genético de solo uno de los miembros de la pareja y pese a esto se dio la voluntad libre de cualquier vicio para hacerse responsable de todo lo que la paternidad y la maternidad conlleva.

Pese a estar de acuerdo con lo afirmado por Sambrizzi, es necesario señalar que no únicamente es cuestionable la impugnación de la filiación en estos casos por el aspecto moral, sino que también se debe tomar en cuenta la obligación de velar por los derechos del niño, quien quedaría sin derechos filiatorios de uno de sus padres si se otorga la facultad de retractarse del consentimiento que previamente se dio.

Bajo ningún concepto la ley puede socapar un acto que a todas luces es de mala fe, como es el de retractarse de una decisión luego de haber expresado el consentimiento libre e informado para someterse a un método de reproducción heterólogo a sabiendas que al haber dado este consentimiento se generó seguridad en la otra persona de que la filiación del niño no sería impugnada.

Para ahondar más sobre este aspecto y darle relevancia a lo inadmisibles que sería permitir la impugnación de la filiación en estos casos, es necesario aplicar uno de los principios que va más acorde a estos hechos, es decir la teoría de los actos propios que es explicada por Borda (1989) de la siguiente manera "...esta constituye una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto".

Al punto que se desea llegar al citar este principio es que no se puede obrar con tal mala fe en estos casos de tanta importancia, pues es necesario obrar con coherencia y responsabilidad en cada decisión que se toma.

Acerca de este tema también se refiere Morán (2004, p.98) quien hace una crítica a la impugnación de la paternidad en estos casos y se pronuncia de la siguiente forma "...en cuanto a la impugnación de la paternidad por parte del marido, constituye un atentado contra la buena fe y configura un supuesto de abuso de derecho".

No se puede dejar de mencionar que es irrelevante si la pareja que se somete a una técnica de reproducción asistida heteróloga está o no unida bajo un

vínculo matrimonial, puesto que si ya se otorgó el consentimiento libre e informado por ambos, por ende se ha adquirido la obligación de cumplir con lo que por su propia y libre voluntad se han comprometido a hacer, es decir al reconocimiento de este hijo pese a no tener ningún vínculo biológico con el mismo.

En cuanto al caso de la mujer que una vez que haya consentido en gestar un embrión que fue producto de la fecundación de material genético masculino y de óvulo de una donante, intente impugnar la maternidad alegando la inexistencia de un vínculo biológico con el niño que ha gestado, sería también improcedente permitir esta impugnación, ya que al igual que en el supuesto anterior al intentar impugnar la maternidad se está yendo en contra del consentimiento libre, voluntario e informado que ésta dio, consentimiento que se debe dejar en claro debe ser de carácter irrevocable una vez que se haya iniciado el proceso de reproducción asistida.

Con estos antecedentes es pertinente traer a colación el caso suscitado en Paraguay que recientemente se vio inmerso en un caso mediático que puso en jaque a los administradores de justicia ya que al igual que en Ecuador en ese país no existe una norma que regule las técnicas de reproducción asistida y mucho menos se han hecho reformas en cuanto a la filiación. Este caso se produjo a raíz de la interposición de una demanda de impugnación de paternidad promovida por D.A.B quien se negaba a reconocer la paternidad de unas mellizas nacidas mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga dentro de su matrimonio con M.A.V, alegando como punto principal la inexistencia de vínculo biológico entre las mellizas y el impugnante.

La demanda fue propuesta ante la jueza de la Niñez María Luisa Bajac, quien según el portal web “Color abc” señaló en una parte de la resolución lo siguiente:

“Del análisis minucioso de las pruebas producidas en el expediente surge en forma indubitable que el actor (padre de las menores) ha otorgado su consentimiento a los efectos de someterse a la técnica de

fertilización asistida denominada heteróloga. Es decir, por donante anónimo de espermatozoides, sabiendo que el niño o niña que se concebiría a través de esta técnica no tendría su material genético. Se ha acreditado la voluntad procreacional del actor en el presente caso, razón que imposibilita que la acción de impugnación tenga andamiaje”.

Ante estos argumentos la jueza decidió rechazar la impugnación de paternidad motivando su decisión en que la pretensión del actor no satisface ningún interés de las niñas y que incluso es atentatorio contra sus derechos ya que se está ejerciendo una injerencia ilegal y arbitraria en su vida privada y familiar.

Al ser este un fallo sin precedentes en este país la jueza dio una voz de alerta expresando que:

“...es indudable que nuestra legislación debe ser adecuada a los tiempos que corren, donde existe una nueva forma de filiación que tiene su fuente en lo que la doctrina ha denominado voluntad procreacional, que no es otra cosa que el consentimiento informado, otorgado en forma libre por aquellas personas que se someten a las técnicas de reproducción asistida”.

Esta sentencia es también un llamado de atención para los legisladores ecuatorianos para que se empiece a debatir este tema en aras de la creación de reformas al Código Civil y de una ley que regule las técnicas de reproducción asistida ya que como es evidente estos casos no son aislados y no se puede esperar a que en el país se de uno de estos casos para concientizarse de la urgencia de incluir estos temas en el ordenamiento jurídico.

De lo analizado hasta el momento al parecer es claro que cuando la pareja o persona suscribe el formulario de consentimiento libre e informado de someterse a las técnicas de reproducción asistida se está demostrando la existencia de voluntad procreacional, lo que da como resultado la creación de un nexo filial entre los usuarios de estas técnicas y el niño concebido producto

de las mismas, siendo irrelevante la existencia o no de vínculo biológico entre estos.

Trayendo a colación este aspecto, en las primeras hojas de este trabajo se hizo mención al Código Orgánico Integral Penal y se enfatizó en el artículo 211 de este cuerpo normativo, donde se trata acerca de los delitos contra el derecho a la identidad, para analizar la repercusión de este artículo en el tema tratado se lo citará textualmente a continuación:

Art. 211.- Supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil.- La persona que ilegalmente impida, altere, añada o suprima la inscripción de los datos de identidad suyos o de otra persona en programas informáticos, partidas, tarjetas índices, cédulas o en cualquier otro documento emitido por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y de Cedulación o sus dependencias o, **inscriba como propia, en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y de Cedulación a una persona que no es su hijo, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.** (las negrillas son de mi autoría)

La persona que ilegalmente altere la identidad de una niña o niño; la sustituya por otra; entregue o consigne datos falsos o supuestos sobre un nacimiento; usurpe la legítima paternidad o maternidad de niña o niño o declare falsamente el fallecimiento de un recién nacido, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Es interesante analizar este artículo citado y relacionarlo con lo que se ha venido mencionando hasta ahora referente a la forma en la cual se debería proceder al momento de inscribir la paternidad de los niños concebidos mediante técnicas de reproducción asistida heterólogas, en donde sí se llegara a aplicar la sanción establecida en este artículo del Código Orgánico Integral Penal se podría considerar que en los supuestos en los que un varón que ha consentido que su esposa o pareja se someta técnicas de carácter heterólogo y

desea inscribir a este niño como suyo pese a la inexistencia de vínculo biológico, se podría considerar que se está atentando contra la identidad de este menor pues está siendo inscrito como hijo de alguien que no es su progenitor y que según el ordenamiento jurídico ecuatoriano no es considerado como su padre.

Ante este supuesto que crearía un conflicto bastante complejo y que evidencia lo desactualizadas que se encuentran las normas ecuatorianas referentes a la filiación, hace necesario una vez más recalcar que para evitar este tipo de conflictos se debe reconocer a la voluntad procreacional como una fuente de filiación que de la calidad de padre al varón que ha consentido en que su esposa o pareja se someta a técnicas heterólogas y que por ende genere los mismos derechos y obligaciones que el resto de formas de filiación hoy por hoy comprendidas en el Código Civil.

### **3.2.5. Situación jurídica del hijo concebido mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga sin consentimiento de uno de los miembros de la pareja:**

Como se lo ha revisado anteriormente cuando una pareja se encuentra unida bajo un vínculo matrimonial, el hijo que nace dentro de esta unión, por el principio de la presunción de paternidad constante en el varias veces mencionado artículo 233 del Código Civil Ecuatoriano, tendrá como padre al marido de su madre, por lo que ante tal presunción y al estar unidos matrimonialmente, se llega a la conclusión que es de carácter obligatorio e indispensable que al momento de que la pareja se practique una de estas técnicas de reproducción asistida se cuente con el consentimiento de ambas partes.

Con estos antecedentes se debe plantear la hipótesis de qué sucedería en el caso de que la mujer se insemine con semen de un tercero sin que previamente su pareja haya consentido en esto o en su defecto haya expresado su voluntad de responder por todas las obligaciones inherentes a la paternidad de un hijo con el cual no les une ningún tipo de nexo biológico.

Ante este cuestionamiento el ordenamiento jurídico ecuatoriano es incapaz de brindar una solución, es por este motivo que es necesario remitirse a la doctrina, en donde se encuentran opiniones variadas acerca de este tema.

Previo a entrar al análisis de este supuesto se debe señalar que justamente lo que se busca demostrar dentro de este trabajo es la necesidad de legislar estos temas para que este tipo de posibilidades bajo ningún concepto se lleguen a dar, ya que como se lo ha venido mencionando, es inadmisibles que se permita acceder a una técnica de reproducción asistida sin consentimiento de las partes intervinientes, ya que esto podría traer consigo un sinnúmero de conflictos que son totalmente evitables dejando en claro que el consentimiento informado es un requisito previo totalmente indispensable.

En el supuesto de que una mujer sin consentimiento de su esposo se insemine con el material genético de un donante, este niño que nace producto de esta inseminación se presumiría hijo matrimonial, hecho ante el cual varios doctrinarios han optado por expresar que en estos casos el marido tendría toda la capacidad para impugnar esta paternidad, en primer lugar porque no tiene ningún nexo biológico con el niño, lo cual demuestra a todas luces que no fue su progenitor y en segundo lugar y el que parecería ser el argumento más importante es que este no otorgó su consentimiento para junto a su esposa someterse a una técnica que conlleva utilizar semen de donante.

Una vez dicho esto lo más justo sería que el varón tuviera la capacidad de impugnar la paternidad en estos casos tal como lo establece Sambrizzi (2004, p.90), quien expresa lo siguiente "...parece claro que en el caso de que el marido no haya prestado esa conformidad, a éste le asiste el derecho que naturalmente, puede o no ejercer de desconocer la paternidad".

Por ende en estos casos el hijo que nace en estas circunstancias únicamente se le debe reconocer la filiación materna, teniendo toda la potestad el varón para impugnar la paternidad de un hijo que no es suyo y que tampoco nunca consintió en tener bajo estas circunstancias.

### **3.2.6. El acceso de mujeres sin pareja a las técnicas de reproducción asistida:**

Este es otro de los temas conflictivos que presentan las técnicas de reproducción asistida pues existe una marcada contraposición de posturas doctrinales al respecto, y si se da un vistazo a la normativa internacional que regulan estas técnicas se hará aún más evidente la falta de consenso en las posturas sobre si se permite o no el acceso a las técnicas de reproducción asistidas a mujeres sin pareja, es decir esto comprende a mujeres solteras, divorciadas y viudas quienes tienen la intención de someterse a una técnica de reproducción asistida con material genético de donante y así ejercer sus derechos reproductivos sin la necesidad de contar con una pareja.

Como se lo mencionó existen dos grupos marcados en la doctrina que tratan este tema, el primer grupo considera que es poco acertada la decisión de permitir a mujeres sin pareja el acceso a estas técnicas, fundamentándose en que se está violentando el interés superior del menor al privarle de nacer dentro de una familia conformada por padre y madre.

Otro de los argumentos bastante concurridos por aquellos contrarios a que se permita esta práctica es el expresado por Sambrizzi (2004, pp. 134) quien afirma lo siguiente:

“... creemos necesario reiterar nuestra discrepancia del hecho de que una mujer sola haga uso de las técnicas de procreación asistida, por cuanto de tal manera quedan desvirtuadas las circunstancias por las cuales nacieron estos procedimientos, cuya finalidad fue, en un comienzo, la de superar un situación patológica de esterilidad, que impedía concebir hijos por vía natural con motivo de una relación sexual con el varón.”

Normas como la Ley Italiana 40/2004 son muy explícitas al establecer que únicamente tendrán acceso a estas técnicas las parejas mayores de edad formadas por miembros de diferente sexo, casadas o unidas mediante una

relación de convivencia, lo que obviamente restringe el acceso de mujeres sin pareja a estas técnicas.

Por otro lado cabe también destacar las posturas que se encuentran de acuerdo en el acceso de mujeres en estas circunstancias a estos métodos reproductivos, posturas que al parecer están más acorde a la realidad jurídica y a la evolución social existente a nivel mundial. Es sin duda importante destacar que el acceso a estas técnicas tienen como base el derecho a la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, es por esto que autores como Tamayo (2013) han afirmado que existe un derecho a procrear y que por ende toda mujer puede acceder a la maternidad en solitario, a través de las técnicas de reproducción asistida con el propósito de formar una familia monoparental.

El legislador ecuatoriano al momento de regular este tema es necesario tenga en cuenta la realidad social actual y sobre todo las nuevas tendencias en cuanto a la regulación de estos temas, ya que los cuerpos normativos internacionales más completos y al parecer más acertados al momento de regular la procreación asistida como son la Ley Española 14/2006 y la Ley Argentina de reproducción medicamente asistida dan carta abierta para el acceso a estas técnicas de mujeres solas sin necesidad de contar con una pareja.

Este aspecto debe ser analizado a la luz de la Constitución de la República del Ecuador donde se establecen derechos tales como la igualdad y no discriminación por razones de estado civil, la garantía de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener, la garantía del libre desarrollo de la personalidad y la responsabilidad del Estado de asegurar el acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos, el usufructo de sus descubrimientos y hallazgos.

Las mujeres que deseen formar una familia monoparental no pierden los derechos constitucionales enumerados en el párrafo anterior solamente por su estado civil, y mucho menos se puede restringir su derecho al acceso a estos

nuevos avances científicos basándose en argumentos tales como la afirmación de que estos métodos reproductivos fueron creados exclusivamente para permitir procrear a parejas estériles, pues esto sería un argumento retrógrado, egoísta y no acorde a la realidad de la sociedad actual, en donde si un avance científico como las técnicas de reproducción asistida permiten procrear a mujeres que por diferentes motivos carecen de pareja o simplemente no necesitan de una para formar una familia, mal se haría en negarles un derecho tan importante como este basándose en la exclusividad de las técnicas de reproducción asistida para personas que sufren de esterilidad.

El dar carta abierta para que mujeres solteras, viudas o divorciadas accedan a las técnicas de reproducción asistida trae consigo la posibilidad de que mujeres lesbianas deseen someterse a estas técnicas, hecho que es sin lugar a dudas perfectamente posible pues es una realidad innegable y evidente que parejas homosexuales deseen formar una familia.

Ante el tema planteado el ordenamiento jurídico no se encuentra preparado pues si bien es cierto una mujer puede inseminarse con material genético de donante, esta no podría inscribir al menor que ha nacido de estas técnicas con el apellido de su pareja mujer, esto según el precedente dejado en el caso “Satya” el cual fue un suceso muy mediático en el país.

Este caso giró en torno a dos mujeres, Nicola y Helen quienes solicitaron por escrito al Director General del Registro Civil del Ecuador se inscriba con el apellido de cada una de ellas a Satya, una niña que nació producto de la aplicación de una inseminación artificial en Nicola. Ante esta petición los abogados del Registro Civil manifestaron la imposibilidad de inscribir a la niña con el apellido de dos mujeres, este argumento se basó en lo establecido en el artículo 32 numeral 5, 33 y 80 de la Ley General de Registro Civil Identificación y Cedulación y mediante oficio No. 2012-9-DAJ suscrito por el Ab. Vinicio Astudillo Palomo en calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica donde se determinó que “en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento esta Dirección de Asesoría

Jurídica considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados.”

Este oficio suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil dejó muchas interrogantes e incluso se podría decir que existieron graves atentados a normas constitucionales al no permitir se inscriba en el Registro Civil a esta menor basándose en una norma como la Ley General de Registro Civil Identificación y Cedulación que es una norma que dicho sea de paso data del año 1976 y que fue aplicada en este caso desconociendo derechos constitucionales tales como el derecho a la igualdad, entre otros derechos que ya han sido mencionados a lo largo de este trabajo.

Con este precedente se deja planteado que la Asamblea Nacional deberá empezar a discutir estos temas y dar mayor apertura a estas realidades sociales evidentes ante las cuales ordenamientos jurídicos de países desarrollados están empezando a acoplar sus normas a la realidad social y ya reconocen la igualdad de derechos de las personas homosexuales, hecho que en nuestro país aún está muy lejos de suceder y una prueba de esto es la prohibición establecida en el artículo 69 segundo inciso de la Constitución de la República donde se establece que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”, lo cual es incoherente ya que si en el mismo artículo se acepta la unión de hecho en parejas del mismo sexo, mal se haría en restringir derechos a parejas homosexuales que hoy por hoy son plenamente reconocidas por la Constitución ecuatoriana.

El afán de este trabajo es dejar planteados temas como este que si bien es cierto no serán analizados a profundidad ya que trascienden del tema central de análisis de esta investigación, si es oportuno mencionar que la Asamblea Nacional del Ecuador y en general los ciudadanos ecuatorianos tienen un arduo trabajo por realizar al momento de regular y tratar estos temas tan importantes y que cuentan con todo tipo de posturas y opiniones todas ellas por cierto muy respetables.

### 3.3. NUEVOS CONFLICTOS PLANTEADOS POR LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La maternidad subrogada o también denominada gestación por sustitución es definida como:

“...el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica en favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante” (Gomez,1993, p. 204).

Este método de reproducción es una derivación de las técnicas de reproducción asistida es decir la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial, sin estas técnicas sería muy complicado practicar un proceso de maternidad subrogada.

La maternidad subrogada se lleva a cabo a través de un contrato en el cual ya sea una persona o pareja de contratantes acuerdan con una mujer para que esta se encargue de gestar un niño en su vientre y entregarlo al momento de su nacimiento a la pareja o persona que la contrató para dicho fin, dependiendo del caso este contrato puede llegar a ser gratuito o incluso de carácter oneroso como por ejemplo lo es en Estados Unidos en donde es muy habitual ver este tipo de prácticas realizadas con la finalidad de obtener un reconocimiento pecuniario por parte de la madre subrogante.

Este contrato enfrenta una dificultad grande y es en cuanto a su licitud ya que ha sido catalogado por algunos doctrinarios como un contrato que adolece de objeto ilícito por sus características y por lo que conlleva el alquiler del vientre de una mujer y posteriormente la renuncia de la patria potestad del niño que gestó.

La presente tesis no tiene el objeto de analizar la licitud de este contrato ya que esto cae en el campo contractual y requiere de un estudio pormenorizado sobre este aspecto, que incluso podría ser materia de una tesis completa que se

encargue de realizar un análisis contractual minucioso de su naturaleza jurídica, por lo cual este hecho rebasa de la finalidad de este trabajo, no obstante a esto es necesario referirnos a este tema y dejar planteados ciertos aspectos que se deben tomar en cuenta por el legislador en caso de llegar a regularse esta práctica y sobre todo establecer la problemática filiatoria a la cual se puede enfrentar el Código Civil Ecuatoriano .

### **3.3.1. La nueva concepción de maternidad ante el Código Civil**

#### **Ecuatoriano :**

Uno de los nuevos desafíos que plantea la maternidad subrogada para las legislaciones a nivel mundial es la disociación de la misma y aquí se plantea un conflicto similar al de la paternidad ya que hasta antes de que estas técnicas de reproducción asistida comenzaran a tener un auge, la forma de determinar la maternidad estaba totalmente establecida y no había dudas referente a esto, ya que era el parto la base fundamental para designar legalmente a la madre.

El concepto de maternidad puede ser definido desde diferentes puntos de vista, no obstante a los bastos conceptos de maternidad que la doctrina ofrece es interesante definir a este término desde dos perspectivas fundamentales, es decir tanto jurídica como médica, desde el punto de vista jurídico la maternidad es definida como "...hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones", por otra parte desde el punto de vista médico se la puede definir como "...la función reproductiva de la mujer que comprende la gestación y el embarazo" (Kurczyn, 2004).

Pese a la simplicidad y claridad de estos conceptos, parece ser que estas definiciones han inobservado las nuevas concepciones que se le puede dar a la maternidad, la cual no únicamente puede ser biológica sino que al igual que sucede en la paternidad puede llegar a sufrir una disociación dependiendo de la técnica de reproducción asistida que se aplique, pues el concepto de maternidad ha tenido un cambio radical a comparación de unas cuantas décadas atrás, para clarificar esta idea se volverá a tratar las diferentes clases

de maternidad que se pueden dar dependiendo de quién aporte el material genético.

Tabla 1. Tipos de maternidad en las técnicas de reproducción asistida

<b>Tipo de maternidad</b>	<b>Ovulo</b>	<b>Vientre</b>
Maternidad Plena	Madre	Madre
Maternidad Parcial	Madre	Subrogado
Maternidad Parcial	Donante	Madre
Maternidad Legal	Donante	Subrogado

Adaptado de: (Mendoza, 2011,p.157-167)

Como se vio anteriormente se pueden dar hasta tres clases de maternidad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, siendo la maternidad parcial de dos tipos, una vez en claro cuáles son las posibles clases de maternidad existentes en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es momento de recalcar sobre la evidente necesidad de legislar estos temas.

El Código Civil Ecuatoriano en su artículo 258 establece que la forma en la que se probará la maternidad será mediante testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo, por lo cual esta es la única realidad de maternidad que reconoce este cuerpo normativo en la

actualidad, ante este panorama se pasará a analizar los casos en los que las normas del Código Civil son insuficientes:

**-Maternidad parcial:**

Según se desprende de la clasificación realizada en líneas anteriores, una de las formas en las que se puede dar este tipo de maternidad se genera cuando la mujer que quiere ser madre aporta su óvulo para fecundarlo con material genético ya sea de su pareja o de donante e implantarlo en el útero de una tercera persona que vendría a ser la madre subrogante, en estos casos el Código Civil asignaría la maternidad a la madre subrogante lo cual como es obvio no es la finalidad de este tipo de prácticas, por lo que en caso de que el legislador permita la práctica de la maternidad subrogada en el país, se deberá modificar la estructura del Código Civil en cuanto a la maternidad iniciando por establecer que la maternidad se la fijará en estos casos por la voluntad procreacional que haya mediado y se debería dejar de lado la concepción de que madre es únicamente la que alumbró al niño.

**-Maternidad legal:**

La maternidad legal por otro lado se puede dar en los casos en que una mujer que tiene el deseo de ser madre pero que por diferentes circunstancias no puede ni aportar el óvulo, ni gestar al bebé recurre ya sea sola o junto a su pareja a contratar a una madre subrogante para que mediante la inseminación del material genético masculino con un óvulo donado se implante el embrión resultado de esta inseminación en la mujer que se encargará de gestarlo, y una vez que ha nacido se entregue el niño a la parte contratante renunciando a la patria potestad sobre el mismo.

En estos casos la madre subrogada no tiene ningún vínculo con el bebé que ha nacido en estas circunstancias, ni biológica ni gestacional, sin embargo ha decidido reconocer al niño como suyo ya que esta era la finalidad con la que se efectuó este contrato, este hecho también pondría en jaque al Código Civil ya

que la persona que tiene la voluntad de ser madre no ha parido al niño por lo tanto no sería considerada como la madre.

Es necesario ser muy cuidadosos en caso de regular la maternidad subrogada en el país, tomando en cuenta que se puede llegar a dar una distorsión a la verdadera finalidad altruista que la maternidad subrogada debe tener, convirtiéndola en una suerte de negocio a costa del cuerpo de la mujer, para evitar esto se debe tener en cuenta las cláusulas que un contrato de estas características debe contener.

Estas son solo las consecuencias jurídicas que a primera vista se pueden generar con la aplicación de la maternidad subrogada, sin tomar en cuenta los conflictos referentes a la paternidad que pueden surgir.

Es por esto que previo a que el legislador decida permitir o no este tipo de prácticas en el país es necesario se realice un análisis profundo de las repercusiones que podrían tener y bajo qué parámetros se deberían llevar a cabo, como por ejemplo las solemnidades del contrato, los requisitos necesarios para ser madre subrogante, que pasaría en el caso de que la madre subrogante no quisiera entregar al niño que ha gestado, establecer si el contrato de maternidad subrogada será gratuito u onerosos, a esto añadiéndole que se debe tener en cuenta la afectación psicológica que las partes pueden tener, por lo que este no es bajo ningún concepto un trabajo fácil para los legisladores, pero es un tema que debe ser tratado ya sea de forma favorable admitiendo estas prácticas en el Ecuador o prohibiéndolas de plano estableciendo en un artículo expreso que este tipo de contratos se los considera ilícitos y que se reconocerá como madre únicamente a aquella que ha dado a luz al niño incluso si ha nacido mediante cualquier tipo de técnicas de reproducción asistida.

#### **3.4. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN CUANTO A LOS DONANTES.**

Cuando se trata el tema de los donantes de gametos siempre surge la pregunta de si esta donación debería o no ser remunerada, cabe recalcar que en varias legislaciones se establece que bajo ningún concepto la donación de gametos podrá ser objeto de una compensación pecuniaria ya que estos actos se podrían llegar a convertir en un negocio lo cual está muy lejos de la verdadera finalidad de los tratamientos de reproducción asistida.

Para clarificar el panorama se debe iniciar definiendo que es una donación, misma que es conceptualizada en su sentido más general como “regalo, don, obsequio, dádiva. Acto por el que se da o entrega algo sin contraprestación.” (Cabanellas,1979, p.789), de esta definición se concluye que cuando se hace una donación no se espera nada a cambio y particularmente en donaciones de esta naturaleza que deben ser consideradas como actos meramente altruistas ya que se busca permitir a una pareja o persona que por diferentes motivos se encuentran imposibilitados de procrear lograr este fin, y sería una concepción totalmente errónea el que en un futura ley se contemple que la donación de gametos sea susceptible de una remuneración.

Los donantes juegan un papel vital en las técnicas de reproducción asistida, se podría decir que sin la existencia de donantes dispuestos a aportar su material genético en pos de permitir procrear a personas imposibilitadas de hacerlo, únicamente se estaría permitiendo la existencia de técnicas de reproducción asistida homólogas, mismas que no siempre se constituyen en una solución para todas las parejas o personas que buscan procrear.

La procreación asistida mediante el empleo de material genético de donantes, se ha convertido en la raíz de muchos problemas en cuanto a filiación se refiere, y también genera otro acalorado debate doctrinario que comprende y acapara varios temas de mucha importancia, y es la conveniencia o no de mantener el anonimato de los donantes de gametos, ¿cuánto podría llegar a afectar a la subsistencia de las técnicas de reproducción asistida heterólogas el hecho de permitir que se conozca la identidad de los donantes?, es un tema

que merece una amplia atención por la gran repercusión que una decisión de este tipo podría llegar a tener en estas formas de reproducción asistida.

Existen varias posturas referentes a este tema, algunas que afirman que se está generando discriminación en contra de los hijos nacidos de una técnica de reproducción heteróloga ya que se les impide conocer la identidad del donante de material genético quien vendría a ser su progenitor biológico, hasta posturas que determinan que si se permite que se conozca la identidad de los donantes, las técnicas de reproducción asistida heterólogas se verían gravemente afectadas por la falta de donantes que quieran asumir las consecuencias de que su identidad esté expuesta o verse inmersos en posibles juicios de paternidad o maternidad a futuro.

#### **3.4.1. Argumentos en contra del anonimato del donante:**

Las posturas existentes en cuanto a este tema son muy diversas, cabe mencionar que uno de los argumentos más fuertes para defender la teoría contraria a este anonimato es que al no permitir al hijo que ha nacido mediante la fecundación de material genético de un donante conocer su identidad biológica se está violando su dignidad e incluso se ha llegado a afirmar que se lo convierte en un objeto que sirve de medio para satisfacer deseos, privándolo así de su derecho a desarrollarse como persona.

Si bien es cierto varios de los argumentos aportados por quienes sostienen que no debería existir anonimato del donante sufren de varias inconsistencias, si es muy oportuno rescatar sus puntos fuertes como por ejemplo lo expresado por Sambrizzi (2004, p.25) quien hace un análisis de los pros y contras del anonimato del donante y señala lo siguiente:

“Se ha afirmado, asimismo, que la política de no revelar la identidad del donante de los gametos es injusta, peligrosa e inconsecuente. Lo primero, debido a que viola el derecho de toda persona humana de conocer sus raíces; peligrosa, por cuanto puede ocasionar daños a la salud física y psíquica del hijo; e inconsecuente, dado el retroceso que

implicaría levantar un muro que cede la investigación del vínculo biológico, precisamente cuando se habían logrado importantes avances hacia la implantación de la verdad biológica”.

Como ya se lo señaló la Constitución de la República en su artículo 45 refiriéndose a los derechos que gozan las niñas, niños y adolescentes determina que estos tienen “...el derecho a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, **salvo que fuera perjudicial para su bienestar**”. (las negrillas son de mi autoría) Siendo esta última parte trascendental y necesaria se tome en cuenta al momento de sacar conclusiones sobre la conveniencia o no del anonimato del donante.

Pero no únicamente la Constitución de la República reconoce este derecho, sino también algunos autores han citado artículos constantes en normativas de carácter internacional como por ejemplo lo establecido en el artículo 7, numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 donde se establece que todos los niños “...tendrán derecho desde que nacen a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos” .

Independientemente de la postura que se tenga referente a este tema y pese a que parecería lo más conveniente seguir la experiencia de muchas legislaciones que han optado por mantener en secreto la identidad de los donantes, lo cierto es que a medida que van avanzando estas técnicas de reproducción y que más gente se está sometiendo a las mismas a nivel mundial, la tendencia indica que la normativa de muchos países fundamentalmente europeos están optando por eliminar el anonimato del donante.

Esta tendencia se inclina por la apertura y transparencia, sobre todo en los países nórdicos y anglosajones, donde se han implementado leyes que buscan asegurar a los hijos el acceso a la identidad de los donantes, países como Suecia que fue la pionera en este hecho a la cual han seguido países como

Austria, Noruega, Suiza, Nueva Zelanda, el Estado de Victoria en Australia, Holanda e Inglaterra (Araya, 2010).

Otro de los puntos sobre los cuales se hace mucho énfasis al momento de señalar los perjuicios que el anonimato del donante genera, es la existencia de discriminación, entre los hijos nacidos de una técnica de reproducción asistida y un hijo nacido de forma natural, ya que este último puede ejercer su pleno derecho de iniciar un proceso de investigación de paternidad o maternidad con la finalidad de conocer su verdadero origen biológico y percibir todos los derechos derivados de la filiación, mientras que los hijos que han nacido producto del material genético de donante se encuentran privados de conocer su origen biológico.

Ciertamente esta postura está encaminada hacia la protección del niño que ha nacido con aporte de material genético de donantes, pero no se puede afirmar la total conveniencia de permitir se conozca la identidad de los donantes ya que esto puede también jugar en contra de los hijos nacidos por estos métodos de reproducción asistida, por lo que también es necesario analizar la otra cara de la moneda de este tema, es decir las posiciones que afirman la conveniencia de mantener el anonimato de los donantes.

#### **3.4.2. Argumentos a favor del anonimato del donante:**

Retomando la introducción que se hizo a este tema, los donantes se constituyen en un elemento indispensable para que se puedan llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida heterólogas, y parecería que en función de la gran importancia que tienen, es necesario brindarles la seguridad suficiente de que el aporte que hacen no les traerá inconvenientes a futuro, es por esta razón que muchos afirman que si se permite conocer la identidad del donante, la cantidad de personas dispuestas a donar disminuiría significativamente a tal punto de poner en grave riesgo la subsistencia de las técnicas de reproducción asistida heterólogas.

Ahora bien con estos antecedentes expuestos cabe reflexionar acerca de cuál podría ser la finalidad de los donantes al momento de aportar su material genético, pues sin temor a incurrir en una equivocación ciertamente el convertirse en padres o madres y asumir las responsabilidades que esto conlleva no se constituye en la finalidad de los mismos, sino que por el contrario los fines que se pueden perseguir son otros y muy variados dependiendo del caso, ya sea por motivos de solidaridad, curiosidad o incluso y dependiendo del banco de semen o clínica a la que se acuda se puede percibir un reconocimiento de carácter pecuniario a cambio de su donación, en resumidas cuentas independientemente de la finalidad con la que se done el material genético, los donantes no esperan que tiempo más tarde de haber hecho su donación sean demandados por un juicio de paternidad o maternidad o al menos la lógica así lo indica.

Según se señala en la página web del Diario El País de España, en un artículo investigativo realizado por Prats (2010) el cual se titula “Donar el esperma no es ser padre (de momento)”, se hace referencia a la experiencia que se ha vivido en el Reino Unido, lugar donde se modificó su ley de reproducción asistida en el 2005 y se revocó el anonimato para los donantes a partir de esa fecha, lo que dio como resultado una caída en picada de las donaciones y las consecuencias que esto trajo consigo fueron también la reducción de la cantidad de personas que acudían a clínicas a someterse a estos tratamientos así como una considerable baja en la calidad de los servicios de reproducción asistida que se ofrecían.

Generalmente cuando se trata el tema del anonimato del donante se lo ve únicamente como algo favorable al donante de gametos por las razones que anteriormente ya fueron expuestas, pero pese a esto, la realidad es que se genera un beneficio mutuo ya que casos se han visto en los que una vez que ha nacido el niño producto de una técnica de reproducción asistida heteróloga, el donante intenta interferir en la vida de la pareja y en ocasiones con oscuras intenciones tales como la extorsión o el chantaje, por lo cual es importante puntualizar que el anonimato no únicamente se constituye a favor del donante

de gametos sino que este también es favorable a la pareja o persona que se beneficia de los mismos.

Permitir conocer la identidad de las personas intervinientes en un proceso de reproducción asistida como este, puede traer muchas consecuencias graves al círculo familiar de quienes hicieron uso de estos gametos ya que su privacidad y armonía se puede ver truncada por el donador tiempo después, o en su defecto ser el donador quien vea su privacidad invadida.

Por estas razones antes expuestas lo más adecuado es que el legislador pondere los pros y contras que conlleva el anonimato del donante. Parecería ser lo más conveniente que una futura legislación sobre el tema se alinee con el anonimato del donante dejando en claro que sus datos serán de carácter confidencial, adicionalmente a esto se debería incluir un artículo que determine que el donante y el niño que ha nacido bajo estas técnicas no tendrán vínculo filiatorio alguno.

### **3.4.3. El derecho a conocer el origen biológico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano:**

Como ya se lo ha hecho mención el artículo 45, segundo inciso de la Constitución de la República establece que las niñas, niños y adolescentes gozaran del derecho a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Otro artículo en el cual se hace referencia a este derecho se encuentra en la sección quinta, artículo 92 de este mismo cuerpo normativo, el cual habla acerca de la acción de hábeas data y en su parte pertinente establece lo siguiente:

“Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico.

Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos”.

De aquí que se puede decir que este derecho se encuentra amparado por la Constitución de la República del Ecuador, pero pese a esto es importante recalcar lo que se establece en la parte final del artículo 45 de este cuerpo normativo donde claramente determina que todos los niños, niñas y adolescentes gozarán del derecho de tener información de sus progenitores, pero siempre y cuando no sea perjudicial para su bienestar, es entonces cuando cabe hacerse la pregunta de si permitir que los niños concebidos por una técnica de reproducción asistida heteróloga tengan acceso a la identidad de los donantes es perjudicial para ellos.

Pues tal parecería que así lo es, no solo desde el aspecto psicológico de las personas que han sido concebidas por este medio sino también por las graves repercusiones que esto tendría en los donantes de gametos, que al estar conscientes de que su identidad estará expuesta a que se conozca lo pensarán dos veces antes de hacer una donación, lo que provocará sin lugar a dudas una notable reducción de donantes como ya se vio anteriormente que sucedió en otros países.

#### **3.4.4. El derecho a conocer el origen biológico, ¿es un derecho absoluto o está sujeto a excepciones?**

Una vez que se han analizado tanto los argumentos a favor como en contra del anonimato del donante, se pueden ir obteniendo conclusiones de sobre qué postura tiene mayor relevancia y es más favorable tanto para el bienestar de los hijos concebidos mediante métodos heterólogos, como para la subsistencia de este tipo de técnicas.

Si bien es cierto el derecho a conocer el origen biológico que tienen todas las personas es un derecho inherente a la filiación e incluso se encuentra amparado por la propia Constitución de la República, no obstante a esto no se puede ser absolutistas y cegarse ante una realidad evidente, por lo que es

necesario establecer ciertos parámetros a este derecho, es por esta razón que es apropiado citar algunos principios que ha planteado Romero (2009, p. 89-90) quien establece que existen ciertos aspectos a tomar en cuenta que pueden hacer ceder a este derecho sujeto de análisis:

1. Para el legislador tiene más importancia la firmeza de los estados civiles que el principio de veracidad biológica.
2. Las técnicas de reproducción asistida demuestran que la filiación, es cada vez más un concepto social, más que biológico, siendo lo decisivo la voluntad de reconocer al hijo y asumir todos los derechos y obligaciones que esto comprende.
3. La verdad biológica ha dejado de ser la base fundamental al momento de determinar la filiación, hecho que es reflejado también en normas relativas a la adopción, que dentro del Código Civil Ecuatoriano es reconocida como una forma de adquirir la filiación. y;
4. El principio de estabilidad familiar, este principio es muy importante ya que se trata de evitar los cambios de familia perjudiciales para el hijo y para sus padres no biológicos.

Una vez establecidos estos principios se debe reflexionar acerca de que el derecho a conocer el origen biológico es un derecho ciertamente importante y de amplia repercusión en el desarrollo de las personas, pero hay que fijar parámetros y excepciones en cuanto a su aplicación, ya que hay que recordar que los derechos deben ser aplicados dependiendo de la realidad social en la que se vive, y el derecho es una ciencia que debe estar en constante cambio, acorde al desarrollo y evolución que va teniendo la sociedad, por lo cual es indispensable se acople de tal manera que se pueda constituir en un armonizador social, mas no generar más conflictos sociales como el que

generaría el hecho de que se permita conocer la identidad de los donadores de gametos.

#### **3.4.5. Soluciones planteadas para el anonimato del donante:**

Ante lo conflictivo del tema la doctrina ha propuesto ciertas soluciones intermedias al anonimato del donante intentando ser lo más justas posibles para con las partes inmersas en estas situaciones.

Como se lo mencionó la mayoría de donantes de gametos no tienen la más mínima intención de tener algún tipo de nexo con el hijo que nace gracias al aporte de su material genético, pero del otro lado también existe el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, por lo que autores como Cervantes (2011, p. 22) han contemplado la posibilidad de que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica, es decir se excluye por completo la posibilidad de que el hijo nacido en estas circunstancias tenga la posibilidad de iniciar algún tipo de acción para reclamar la filiación, opción que definitivamente sigue siendo incómoda para el donante, pero que sin embargo generaría un grado menor de rechazo por parte de los potenciales donantes para aportar su material genético bajo estas condiciones y posibles consecuencias a futuro.

Otra de las soluciones que se plantean y al parecer mucho más adecuada que la anterior es la que expone Lamadrid (1990, p. 489) quien establece la posibilidad de decretar el anonimato en la relación entre los padres y el donante, pero a su vez brinda al profesional de la salud la posibilidad de conservarse los datos del dador para casos de urgente necesidad, como por ejemplo por motivos de salud, esta opción es mucho más coherente ya que impide la posibilidad de reclamar la filiación por parte del hijo que nace producto de este tipo de técnicas y también limita la opción de conocer la identidad del donante a casos de extrema necesidad.

En cuanto a la legislación extranjera países como España han optado por dar una protección total al anonimato del donante, pero existen otras normativas

tales como la ley austriaca del 1 de julio de 1992 que reconoce el derecho al niño a conocer la identidad de su progenitor biológico a partir de los 14 años de edad.

No existe una tendencia marcada acerca del tratamiento que se le debe dar a la identidad de los donantes, pero parece ser lo más adecuado al momento de legislar optar por el anonimato del donante dejando en claro que su única intervención dentro del proceso de las técnicas de reproducción asistida se limita a hacer su donación imponiendo la prohibición de acceder a los datos personales del donante por parte de las personas que se beneficiaron con su donación, de igual forma el donante no podrá acceder a la información o datos personales de las personas que se beneficiaron con su material genético, caso contrario los problemas que sobrevendrían si se deja abierta la posibilidad de conocer la identidad de los intervinientes en este proceso de reproducción asistida serían muy grandes y perjudiciales tanto para las partes intervinientes en este proceso, como para las propias técnicas de reproducción asistida heterólogas.

Adicionalmente a esto es adecuado que el legislador ponga especial atención en temas tales como establecer ciertas excepciones en las cuales sea posible acceder a la información del donante, como por ejemplo en casos en los que la salud del niño nacido producto de esta técnica se encuentre en peligro, y aun así esta revelación de la identidad del donante no debería acarrear ningún tipo de responsabilidad u obligación para con el niño.

También es importante que el legislador establezca ciertos parámetros y requisitos en cuanto a los donantes como por ejemplo fijar un número límite de donaciones por cada persona, así como determinar los requisitos de edad y salud con los que debe contar el donador, entre otros aspectos necesarios que deben ser regulados en una ley especial.

### **3.5. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN EN LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM*.**

La fecundación *post mortem* se constituye en otro de los métodos derivados de las técnicas de reproducción asistida que pueden generar varios conflictos jurídicos que se encuentran sin solución en la legislación ecuatoriana.

Se denomina fecundación *post mortem* cuando la mujer se fecunda con el material genético congelado de su marido con posterioridad a la muerte de éste.

A raíz de estos antecedentes se deben analizar varias situaciones que se pueden dar, y es necesario tener en cuenta que al momento en que la mujer se fecunda con material genético de su pareja una vez que éste ha fallecido, no únicamente se está causando una gran repercusión jurídica para la madre o para el hijo que está por nacer producto de esta fecundación, sino que también se afecta y altera derechos de terceros, que en este caso vendrían a ser los de los familiares del difunto, quienes verían afectados sus derechos sucesorios, por lo cual es necesario establecer parámetros para la práctica de este tipo de métodos de reproducción asistida.

Al igual que los anteriores temas que fueron analizados, en este caso también se pueden presentar varios supuestos, por lo que se analizarán los más importantes y trascendentales para el aspecto filiatorio motivo de estudio en este trabajo.

### **3.5.1. La situación jurídica del hijo nacido por una técnica de fecundación *post mortem*:**

Al igual que en el resto de métodos de reproducción asistida, el consentimiento de las partes juega un rol fundamental y no podría ser de otra manera en la fecundación *post mortem*, donde se puede decir que la voluntad que debe otorgar el varón previo a fallecer es crucial y marca la diferencia entre la licitud y la ilicitud de esta práctica, Gómez (1993, p.167) considera ciertos parámetros bajo los cuales se debe llevar a cabo una fecundación *post mortem* como se lo detalla a continuación:

- 1.- Se requiere que exista una procreación no coital, sea por inseminación artificial o por FIVTE, puesto que si se trata de una fecundación coital estaremos frente a la figura del hijo póstumo.
- 2.- Es necesario que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de la aplicación de la I.A. o de una FIVTE.
- 3.- Es preciso que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la implantación del embrión en su esposa o mujer.
- 4.- Se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto.

Al momento de referirnos al consentimiento que el varón da para que se use su material genético en un proceso de fecundación asistida es necesario enfatizar que este consentimiento debe ser claro en expresar que el material genético se podrá usar para fecundar a la mujer una vez que este fallezca, ya que no se puede asimilar el consentimiento otorgado para una fecundación mientras el varón está en vida al consentimiento dado para una fecundación *post mortem*.

No existe una tendencia marcada en la doctrina que permita establecer cuál sería la situación jurídica del niño que nace producto de una fecundación *post mortem* ya que algunos autores opinan que este tipo de fecundación debe necesariamente seguir el principio biológico de la filiación, es decir que la paternidad se determinará por el nexo consanguíneo existente, e incluso se establece que el consentimiento es irrelevante en estos casos buscando siempre el interés superior del niño que ha nacido bajo estas circunstancias.

Por otro lado y en una postura un poco más analítica del tema, se determina que la procreación artificial *post mortem*, está siempre condicionada al consentimiento previo del varón, para que se usen sus gametos con estos fines, el argumento fundamental es que la voluntad procreacional en el ámbito de las técnicas de la reproducción asistida se ha convertido en la base para la determinación de la filiación.

Está claro que la fecundación *post mortem* practicada sin el consentimiento previo del varón que ha fallecido se constituye en una fuente de problemas y afectaciones a terceros, por lo que se afirma por parte de Franck (2012, p. 5) que en el caso de que no se haya dado consentimiento por parte de la pareja antes de fallecer, el niño así concebido solo tendrá vínculo filiatorio materno y no con la persona fallecida.

No obstante a estas posturas contrapuestas lo importante en cuanto a esta problemática es poder llegar a determinar qué derechos adquirirá el hijo nacido bajo estas circunstancias y si las normas establecidas dentro del Código Civil Ecuatoriano pueden ser aplicables de alguna manera en este tipo de casos, para esto se debe barajar ciertas alternativas que se deben tomar en cuenta por los legisladores al regular esta práctica, la primera alternativa es reconocer todos los derechos filiatorios al niño nacido en estas circunstancias pese a la inexistencia de consentimiento por parte del fallecido o como segunda alternativa fijar como requisito *sine qua non* el consentimiento del varón previo su muerte para otorgar todos los derechos derivados de la filiación, por lo cual a continuación se pasará a analizar estas posibilidades.

### **3.5.2. La importancia del consentimiento previo al fallecimiento del varón en la fecundación *post mortem*:**

Para algunos autores la voluntad que se debe otorgar por parte del varón antes de fallecer es un elemento indispensable para que se lleve a cabo una técnica de reproducción asistida *post mortem*, esta voluntad según la mayoría de las legislaciones extranjeras han considerado adecuado se vea plasmada ya sea mediante una escritura pública o de forma testamentaria, en la cual se exprese con total claridad la voluntad de que se use el material genético del varón una vez que este fallezca.

En el caso que se haya expresado esta voluntad se puede concluir que por ende el niño que nace producto de estas técnicas de fecundación *post mortem* ha adquirido exactamente los mismos derechos que derivan de la filiación natural.

Al momento de hablar del consentimiento otorgado por parte del varón es indispensable hacer una clara diferenciación entre el consentimiento que se puede otorgar para que se use su material genético mientras está en vida, en contraste con el consentimiento para que se use su material genético cuando este haya fallecido, pues son dos circunstancias totalmente diferentes, y bajo ningún concepto pueden ser confundidas, un claro ejemplo de la inobservancia a esta diferenciación se dio en la sentencia dictada en el vecino país de Colombia cuyos hechos más importantes son relatados en la tesis de Awad y Narvaez (2001, pp. 105-110) , como se verá a continuación:

- **Hechos del caso:**

Esta sentencia fue expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la Sala de la Familia, en este caso intervinieron los cónyuges Teódulo Vaca Novoa y Rosa Reina.

Los sucesos en este caso se dan básicamente en torno a que el señor Teódulo Vaca Novoa en el año de 1988 procedió a congelar su semen en una clínica de reproducción asistida, con la finalidad de que este material genético sea inseminado en su esposa la señora Rosa Reina Acosta.

Meses después de este hecho el señor Teódulo Vaca Novoa falleció, cabe recalcar que su fallecimiento se dio previo a que se inicie cualquier tipo de procedimiento de inseminación en su esposa, por lo cual sus gametos se mantuvieron congelados.

Al siguiente año del deceso de su esposo, la señora Rosa Reina Acosta acudió ante esta clínica en donde se encontraba congelado el material genético de su fallecido esposo, para que se continuara con el tratamiento de fecundación homologa, el cual el señor Teódulo Vaca Novoa había consentido se lleve a cabo mientras este estaba en vida.

Producto de esta fecundación post mortem la señora Rosa Reina Acosta dio diez meses y quince días después de la muerte de su esposo a luz a dos gemelos.

En 1990 la madre planteó una demanda en contra de los herederos de su fallecido esposo para que se declare la paternidad de sus hijos.

- **Resolución:**

Con estos antecedentes el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, falló declarando la paternidad del señor Teódulo Vaca Novoa, determinando la existencia de filiación extramatrimonial.

Básicamente los argumentos que se dieron para declarar la paternidad del difunto fueron dos:

- 1.- El consentimiento que otorgó Teódulo Vaca Novoa para que se usen sus gametos, en la fecundación de su esposa y;
- 2.- El nexo biológico existente entre el fallecido y los niños nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida.

- **Conclusiones del fallo:**

Si bien es cierto bajo estos parámetros que se analizaron a breves rasgos parecería acertada la decisión de declarar la paternidad del señor Teódulo Vaca Novoa, no solo por la existencia de un nexo biológico con los niños, sino también por el consentimiento que existió, hay que tomar en cuenta que dentro de todo este razonamiento lógico que se dio por parte de los jueces, se omitió un gran detalle, que de habérselo considerado hubiera podido dar un cambio total a la sentencia, y es el hecho de que si bien es cierto se dio el consentimiento por parte de señor Teódulo Vaca para que su mujer se fecunde con su material genético, este de ninguna forma comprendía la posibilidad de que esta fecundación se lleve a cabo una vez que haya fallecido, por lo que mal se haría en suponer que el consentimiento que se dio también comprendía una fecundación *post mortem*, por lo cual este fallo omitió tomar en cuenta este detalle, lo cual generó una afectación en derechos de terceros, inobservando la verdadera voluntad procreacional.

En estos casos se debe partir del principio de que es inadmisibles se permita a la mujer fecundarse post mortem con material genético de su pareja sin la existencia de una autorización otorgada por este previo a su muerte. Es decir lo que se busca evitar con esto es el surgimiento de cualquier tipo de conflictos, ya que lo ideal sería que este consentimiento se vea plasmado en algún documento de carácter público, o en su defecto en un contrato celebrado en la misma clínica de reproducción asistida, en el cual se exprese claramente la voluntad por parte del varón de que se permita usar su material genético una vez que este ha fallecido.

Las normas del Código Civil ecuatoriano sobre presunción de paternidad e incluso algunas en cuanto a sucesiones quedan totalmente obsoletas para estos casos, pues como es obvio el Código Civil al ser un cuerpo normativo completamente anacrónico no contempla la posibilidad de que se dé vida a un ser después de la muerte, por lo cual sus normas no se acoplan con esta realidad y sería inútil tratar de adecuarlas ya que de todas formas se generarían inconsistencias insubsanables.

Hay que tomar como un referente en este caso al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, el cual parece estar acertado en determinar que la fecundación *post mortem* en las técnicas de reproducción asistida no generan vínculo filial alguno entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción asistida y la persona fallecida con excepción de los casos en los que la persona haya consentido en testamento o escritura pública en que sus gametos sean transferidos después de su fallecimiento a la mujer (El subrayado es mío).

Con estos antecedentes se debe tener en cuenta que si el varón dio su voluntad previo a fallecer para que sus gametos sean usados en su pareja, por ende trae aparejado consigo el reconocimiento de derechos filiatorios para el niño que nace en estas condiciones, por lo que es indispensable fijar también un plazo legal dentro del cual la mujer estará en capacidad de usar el material genético de su esposo fallecido, acerca de este punto la Ley Española 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida, establece en su

artículo 9 que el material genético podrá ser usado dentro de los doce meses posteriores al fallecimiento del varón, y que tal fecundación generará los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Si se llega a aplicar una norma similar a esta en el Ecuador se estaría dando una excepción a la presunción de paternidad constante en el Código Civil Ecuatoriano, que contempla la presunción de paternidad si el niño nace hasta 300 días posteriores a la disolución del matrimonio que en este caso se daría por la muerte del varón, y es sin duda necesario hacerlo así ya que la filiación en este tipo de técnicas no puede ser regulada con las normas comunes para la filiación natural cuya realidad dista bastante de lo que se ha analizado.

Desde esta óptica sería inadmisibles permitir que se practique una técnica post-mortem sin el consentimiento de las partes, y para reforzar esta afirmación autores como Cañizares (2013), destacan que la fecundación *post mortem* únicamente debe ser admisible bajo el cumplimiento de tres presupuestos indispensables:

- 1.- Consentimiento o autorización del varón.
- 2.- Determinada forma de prestación de dicho consentimiento.
- 3.- Un determinado plazo entre el fallecimiento y la realización de las técnicas.

En definitiva el consentimiento es decisivo en cuanto al establecimiento de la filiación en estos casos, pero no se puede dejar de lado el supuesto en el que pese a estas prohibiciones la mujer logre ser inseminada con el material genético de su pareja fallecida sin que haya mediado el consentimiento del mismo, en casos como este y siguiendo lo ya señalado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, únicamente se le deberían reconocer los derechos filiatorios maternos al niño .

Está por demás mencionar que es irrelevante si la fecundación *post mortem* se la llevó a cabo en una pareja que estuvo casada o simplemente unida, ya que

lo trascendental es si ha mediado o no consentimiento del varón para que su pareja se someta a uno de estos tratamientos reproductivos, del mismo modo Morán (2004, p. 282-283) afirma lo siguiente:

“...si la fecundación *post mortem* de la mujer se efectuó sin el consentimiento expreso de su compañero, el hijo no podrá establecer de forma alguna su filiación paterna y solo podrá hacerlo respecto a su madre como única responsable de este nacimiento”.

Ante estas circunstancias existe la necesidad de que se legisle este aspecto con el fin de que las normas se encuentren acorde a la realidad, por lo que se debe establecer que al momento en que el varón otorga su consentimiento libre e informado para permitir a su pareja se fecunde después de muerto, se está por ende otorgando los mismos derechos que tiene un niño concebido en forma natural.

## 4. CAPÍTULO IV. UNA MIRADA A LA NORMATIVA INTERNACIONAL QUE REGULA LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

### 4.1. NORMATIVA EUROPEA.

La necesidad de regular las técnicas de reproducción asistida es una realidad evidente a nivel mundial, pero no obstante a esto son pocos los países que cuentan con una ley referente al tema, coincidentalmente la mayoría de estos países están situados en el continente europeo y es curioso ver como existen marcadas diferencias en cuanto a la forma de regular la práctica de estas técnicas, donde claramente existen países que han optado por regularlas con una tendencia muy abierta a los avances científicos como por ejemplo España que tiene una de las leyes con más apertura a la investigación científica y por otro lado existen normativas como la italiana que se caracterizan por su rigidez y espíritu sancionador ante la manipulación e investigación genética.

Pese a lo puntualizado es digno de destacar que los legisladores europeos han venido trabajando arduamente desde los comienzos mismos de estas técnicas para que sus legislaciones se encuentren acorde a los avances científicos, a continuación se hará un corto recuento de las normativas europeas de mayor importancia en el continente.

#### 4.1.1. Ley Sueca 1140 (1984):

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida no es algo reciente, ya que como se hizo mención en las primeras páginas de este trabajo, la primera bebe probeta que nació gracias a la implementación de estas formas de reproducción fue Louise Brown en el año de 1978 mediante una fecundación *in vitro*, hecho que puso en shock en aquella época al mundo de la ciencia médica, quizá para aquel entonces no se previno la gran repercusión y alcance que tendría la aplicación de estas técnicas en el ámbito de la filiación, no obstante a esto bastó pocos años, para que los legisladores europeos empiecen a tomar cartas en el asunto, por lo que en el año de 1984 Suecia se

convierte en el primer país en expedir una normativa sobre inseminación artificial.

La ley sueca del 20 de diciembre de 1984 tiene entre sus puntos más importantes y dignos de mencionar el hecho de que garantiza al niño el derecho a conocer la identidad del donante si este así lo desea, también permite únicamente la inseminación artificial a la mujer casada o que conviva con un hombre en condiciones maritales, es muy destacable que pese a que esta ley se encontraba regulando un tema relativamente nuevo para la época, es una ley bastante completa (Saelzer, 2000).

#### **4.1.2. Ley alemana de protección del embrión (1990):**

No se puede dejar de mencionar en esta revisión de la normativa europea a la Ley alemana de protección del embrión, expedida el 13 de diciembre de 1990, que se caracteriza fundamentalmente por ser una ley estricta y poco permisiva, a continuación se pasará a detallar los puntos centrales de esta normativa.

Tal como su propio nombre lo indica esta ley busca fundamentalmente proteger al embrión, es por este motivo que en su primer artículo empieza estableciendo una sanción que comprende de una pena privativa de tres años para las personas que incurran en actos que puedan llegar a afectar el correcto desarrollo de los embriones, tales como:

-La transferencia a una mujer de un óvulo ajeno no fecundado

-La transferencia a una mujer dentro de un mismo ciclo de más de tres embriones.

-La extracción de un embrión antes de concluir su anidación en el útero para transferirlo a otra mujer con finalidad distinta a su conservación.

- **Prohibición de la elección del sexo:** Se prohíbe terminantemente la selección del sexo de la criatura que nacerá producto de las técnicas de

reproducción asistida y establece una sanción de pena privativa de libertad de hasta un año o pena de multa a quien incurra en esta falta.

- **Prohibición de la fecundación *post mortem*:** La fecundación *post mortem* como ya se lo revisó es una técnica cuya ética se ha puesto en total tela de duda, por lo cual la ley alemana la sanciona con una pena privativa de libertad de hasta tres años, junto con otras formas de fecundación como aquellas que se llevan a cabo sin el consentimiento de alguno de los miembros de la pareja, a las cuales se les da el calificativo de fecundaciones arbitrarias.

-**Reserva Médica:** Este es uno de los puntos más altos al parecer de esta normativa ya que deja en claro que únicamente un médico está en la capacidad de llevar a cabo tratamientos de reproducción asistida tan complejos como son: a) La fecundación artificial; b) La transferencia de un embrión humano a una mujer; c) La conservación de embriones y óvulos humanos.

Al momento de legislar estas prácticas dentro del país, se debe dejar en claro la necesidad de que este tipo de tratamientos sean llevados a cabo por profesionales en la rama.

La finalidad de la ley alemana es regular el uso y destino que se dan a los embriones, imponiendo fuertes sanciones a aquellos que intenten desvirtuar la verdadera finalidad de las técnicas de reproducción asistida, ciertamente no se la puede tomar como un modelo de ley en cuanto a la regulación de la filiación ya que poco o nada trata al respecto, pero si es importante analizar sus características sancionadoras y estrictas ante la experimentación deliberada con embriones, más adelante se verá la gran diferencia entre esta ley y la ley española que se encuentra conformada por normas mucho más permisivas y abiertas a la posibilidad del estudio científico de estas técnicas de reproducción asistida.

#### **4.1.3. Ley Italiana 40/2004 (2004):**

Italia es un país con una gran particularidad en cuanto a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida ya que antes del 19 de febrero de 2004 fecha en la que se expidió la ley 40/2004 sobre técnicas de reproducción asistida, Italia vivía una época que se caracterizaba por la poca organización en la aplicación de estas técnicas, esto como resultado de la carencia de una normativa o al menos de parámetros que regulen al respecto, por lo cual se generaban abusos en su práctica por la poca ética y responsabilidad con la que se las llevaba a cabo, por estos motivos algunos autores tales como Cotarelo (2011) llegaron a calificar a Italia como el “ salvaje oeste” de la reproducción asistida, por estas circunstancias se hacía urgente la necesidad de una ley que regule este tema e imponga límites para su aplicación.

Ante esta realidad que vivía Italia los legisladores de dicho país optaron por una posición conservadora que se ve plasmada en la ley 40/2004, este hecho es evidente desde su primer artículo que determina que las técnicas de reproducción asistida únicamente serán permitidas si no hay otros métodos o tratamientos eficaces para eliminar las causas de esterilidad o infertilidad, incluso parecería que en ciertos pasajes de esta ley se llega a restringir las bondades que las técnicas de reproducción asistida pueden brindar a la sociedad, a continuación se hará un recuento de los puntos más importantes:

- **Acceso a las técnicas de reproducción asistida:** Se establece que únicamente tendrán acceso a estas técnicas las parejas mayores de edad formadas por miembros de diferente sexo, casadas o unidas mediante una relación de convivencia.

-**Consentimiento Informado:** Como no podría ser de otra manera se ha puesto especial énfasis al consentimiento informado que la pareja debe dar previo a someterse a estos tratamientos y se menciona en el artículo 6 que este debe garantizar la existencia de una voluntad conscientemente expresada, por lo cual debe ser plasmado por escrito en conjunto con el médico encargado de realizar estas técnicas y adicionalmente se menciona que la voluntad puede ser revocada por cualquiera de las partes hasta antes que se lleve a cabo la técnica de reproducción asistida.

El consentimiento informado busca dejar en claro la existencia de la voluntad de la pareja, lo cual evita que a posterior se generen problemas de filiación en donde alguna de las partes quiera desconocer sus responsabilidades, ya que si previo al sometimiento a estas técnicas existió la voluntad plasmada por escrito no hay posibilidad alguna de que un conflicto filiatorio se genere.

**-Prohibición de las técnicas de reproducción asistida heterólogas:** Este es uno de los aspectos más controvertidos y que más críticas ha recibido esta ley, ya que con esta prohibición se está privando del acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas que únicamente pueden llegar a procrear mediante la ayuda de donantes, lo cual se ha considerado por muchos doctrinarios como una fuente de discriminación, y se puede considerar que este artículo priva de uno de los beneficios fundamentales que las técnicas de reproducción asistida traen consigo.

No obstante a esto en el artículo 9 de esta ley se prevé una sanción en caso que se violente esta prohibición y se haga uso de una técnica de reproducción asistida heteróloga, adicionalmente a esto se establece que el hombre que haya consentido en que su esposa se someta a estas prácticas con semen de donante le queda terminantemente prohibido negar su paternidad, lo cual lleva a la conclusión de que pese a que la ley italiana prohíbe la reproducción asistida heteróloga, también se maneja en una línea de pensamiento en la cual la voluntad procreacional es fuente de filiación.

**-Prohibición de la criopreservación:** La criopreservación está prohibida, salvo que por causa de fuerza mayor no pudiese realizarse la transferencia embrionaria en las fechas previstas, debiendo llevarse a cabo apenas sea posible.

**-Prohibición de la fecundación post mortem:** La fecundación post mortem también se encuentra prohibida en el artículo 5 de esta ley ya que se hace mención a que únicamente tendrán acceso a las técnicas de reproducción asistida las parejas de distinto sexo, casados o en unión libre, en edad fértil y

que se encuentren vivos, lo cual deja totalmente prohibida la posibilidad de realizar una técnica de estas características.

Por motivos de que este trabajo únicamente contempla la problemática de la filiación no es pertinente tratar otros puntos importantes que tiene esta ley como por ejemplo la postura totalmente prohibitiva que tiene ante la manipulación genética de embriones, pero es sin duda necesario que al momento de legislar estos asuntos dentro del país no se caiga en el desacierto de la ley italiana, al mantener una postura extremadamente prohibitiva ante todo lo que respecta a la manipulación genética, ya que no siempre esto es contrario a la ética, claro está siempre y cuando se lo maneje con cuidado y con parámetros claramente establecidos.

#### **4.1.4. Ley española 14/2006 (2006):**

España es un país que siempre se ha encontrado a la vanguardia de la regulación de las técnicas de reproducción asistida, no únicamente a nivel europeo sino mundial, esto se ve reflejando en que a lo largo de su historia España ha contado con tres leyes referentes a este tema: las leyes 35/1988, 45/2003 y 14/2006, esta última se encuentra vigente hasta la actualidad y sin temor a equivocaciones debe ser el cuerpo normativo más completo en este campo.

La ley española sobre reproducción asistida ha sufrido varios cambios desde su primera expedición en el año de 1988 que se deben al avance científico que se ha dado con el pasar del tiempo, estos elementos han hecho que esta norma se caracterice por su apertura a la exploración científica y sobre todo al reconocimiento de las técnicas de reproducción asistida como un derecho al cual todas las personas deben tener acceso, sin discriminación de orientación sexual, estado civil o capacidad reproductiva.

A medida que se desarrolle este breve análisis de la ley española se hará evidente su marcada diferencia con la ley Italiana antes analizada, ya que a diferencia de esta que se caracterizaba por su rigidez, la ley española se

caracteriza por ser una ley que pretende ir acorde a los avances de la ciencia y la sociedad, a continuación se analizarán sus puntos más importantes y sobre todo que tienen repercusión en lo referente a la filiación.

**-Voluntad de las partes:** La pareja o mujer sola que se someta a estas técnicas de reproducción asistida deberá plasmar su voluntad en un formulario de consentimiento informado, el cual contendrá toda la información referente al proceso al que está por someterse.

**-Requisitos para poder acceder a las técnicas de reproducción asistida:** Sobre este punto la normativa Española marca un hito en cuanto al libre acceso a estas técnicas ya que no hace distinción alguna entre parejas y mujeres solas, la única limitación que establece es que la mujer que quiera acceder a estos tratamientos deberá ser mayor de 18 años y haber otorgado previamente su consentimiento libre e informado.

En caso de que la mujer estuviera casada se establece el requisito fundamental de que se debe contar con el consentimiento de su marido.

**-Situación de los donantes:** Los donantes gozan de un anonimato total, pero previo a realizar una donación deberán celebrar un contrato gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado, se hace énfasis en que bajo ningún concepto esta donación podrá tener un carácter lucrativo.

Se plantean ciertas excepciones en cuanto al anonimato del donante únicamente cuando se den circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o salud del hijo o cuando se deba proceder con arreglo a las leyes procesales penales.

**-Determinación de la filiación:** La Ley española acertadamente ha dedicado un artículo a este aspecto tan trascendental como es la filiación y establece que ni la mujer progenitora, ni el marido cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso para la fecundación con material genético de donantes podrán impugnar la filiación, dando así una vez más preeminencia a la voluntad procreacional por sobre lo biológico.

-**La fecundación *post mortem***: La fecundación post mortem si bien es cierto no se encuentra totalmente prohibida, si requiere de un requisito indispensable para que se reconozca filiación con el hijo que ha nacido de una de estas técnicas y es que el marido previo a su muerte haya prestado su consentimiento ya sea en escritura pública o en testamento y únicamente permite que su material genético sea usado en los doce meses siguientes a su fallecimiento, en el caso que no se haya dado este consentimiento previo no se reconocerá legalmente filiación alguna con el difunto.

- **La maternidad subrogada**: Pese a que esta ley se caracteriza por ser una normativa abierta a las nuevas formas de reproducción asistida, la maternidad subrogada no es permitida bajo ningún concepto y se establece en el artículo 10 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, con lo cual esta normativa se suma a otras leyes referentes a este tema que no acogen la posibilidad de legalizar la maternidad subrogada.

#### **4.2. NORMATIVA EN SUDAMÉRICA.**

A diferencia de los países europeos donde se empezó a legislar sobre técnicas de reproducción asistida desde sus inicios, Sudamérica ha sido un continente que ha dejado a la merced de la ética de los médicos la aplicación de estas prácticas, siendo estos profesionales los únicos encargados de autoregular su proceder.

En el continente sudamericano son muy escasos los intentos que han existido por legislar este tema, un ejemplo son países como Perú y Colombia donde se han presentado proyectos de leyes que han sido rechazados por ser una copia de leyes internacionales o con poco aporte y escasas soluciones de fondo a esta práctica, por otro lado países como Brasil han hecho un somero intento por regular ciertos aspectos de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida como por ejemplo la autorización que se dio mediante una reforma a la norma del Consejo Federal de Medicina, donde se permite el acceso a la

fertilización asistida a parejas de cualquier sexo, no obstante a esto no se ha logrado establecer una normativa que se encargue pormenorizadamente del tema.

Argentina ha sido el país con más avances y con el historial más amplio en intentos de regular la fecundación asistida en Sudamérica ya que cuenta con varios proyectos de ley que han sido presentados desde la década de los ochenta.

Uno de los proyectos de ley más destacados fue el presentado por el diputado Luis M. González en el año de 1985, el cual sentó un gran precedente ya que dentro del proyecto se intentó regular la fecundación *post mortem*, un tema muy controvertido en la actualidad no se diga en aquellas épocas y se propuso que sean considerados hijos del marido los habidos por la madre después de los 300 días de fallecido el esposo.

Otro de los proyectos de ley que intentó regular sin éxito temas referentes a las técnicas de reproducción asistida fue el presentado en 1993 por el diputado Juan Pablo Cafiero, el cual contenía propuestas bastante interesantes referentes a la situación legal de los donantes, como por ejemplo se proponía la creación de un registro de donantes que podía ser consultado por el nacido, también se daba la facultad de conocer la identidad del donante a los representantes legales cuando la salud del menor así lo requiera (Sambrizzi, 2004, pp 108-110).

Pese a todos los proyectos de ley presentados en Argentina curiosamente ninguno ha tenido acogida hasta el momento aun cuando todos tenían la finalidad de reglamentar la complicada problemática de las técnicas de reproducción asistida.

#### **4.2.1. Ley Argentina de reproducción medicamente asistida 26.862 (2013):**

En Argentina se ha dado un caso bastante especial debido a que el 26 de junio de 2013 se publicó en el Boletín Oficial de la República de Argentina la Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales

de reproducción médicamente asistida, esta ley a diferencia de lo que busca el Proyecto de Código Civil y Mercantil de la Nación Argentina no se encarga de regular temas de fondo de la reproducción asistida, es decir no tiene ninguna respuesta clara a la problemática sino que se encarga de garantizar el acceso a estas técnicas a todas las personas sin distinción de sexo, estado civil o fertilidad mediante la inclusión de las mismas al Programa Médico Obligatorio, a continuación se hará una revisión de sus puntos más importantes.

**-Objeto de la ley:** Como ya se lo mencionó el objeto de la ley es garantizar el acceso integral a los procedimientos médico-asistenciales de reproducción asistida, mas no regular la aplicación de las mismas.

**-Beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida:** La ley da carta abierta para el acceso a las técnicas de reproducción asistida a todas las personas sin distinción alguna ya que los únicos requisitos que se establecen es la necesidad de ser mayor de edad y haber otorgado el consentimiento informado para que se lleve a cabo este tratamiento, se aclara también que el consentimiento es revocable siempre y cuando se lo haga antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

**-Cobertura del acceso a las técnicas de reproducción asistida:** Este se constituye en el fin principal de esta ley, es decir busca garantizar el acceso de todas las personas a someterse a una técnica de reproducción asistida, y se señala que incluso el sector público de salud está en la obligación de brindar los servicios médico asistenciales a sus afiliados de los medicamentos, terapias de apoyo y procedimientos de las técnicas de reproducción asistida.

#### **4.2.2. Proyecto de Código Civil y Comercial de la nación Argentina:**

Tras varios años de proyectos de ley fallidos, la Comisión de Reformas encabezada por Ricardo L. Lorenzetti se encargó de redactar el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que trata todos los temas referentes al ámbito civil, comercial y de derecho internacional privado, que hasta la presente fecha no ha sido aprobado, no obstante a esto se pondrá especial

atención en la parte referente a la filiación en las técnicas de reproducción asistida, hecho que se constituye en un gran acierto por parte de los legisladores argentinos al haber tratado este tema con tal claridad y que por demás está decir que este proyecto se convierte en un punto de referencia para regular sobre este aspecto en el país.

Dado lo amplio del proyecto se destacarán los pasajes más importantes del mismo a continuación:

**-Las técnicas de reproducción asistida como una nueva forma de filiación:** Como punto principal y base para la regulación de la filiación en las técnicas de reproducción asistida se comienza mencionando en su artículo 558 que la filiación puede tener lugar en los siguientes casos:

1. Por naturaleza
2. Mediante técnicas de reproducción asistida
3. Por adopción

Este artículo marca la senda para regular el resto de temas derivados de la filiación en las técnicas de reproducción asistida.

**-Consentimiento previo, informado y libre:** Se establece que estará a cargo del centro de salud interviniente el recabar el consentimiento de las personas que se someten a este tipo de técnicas, algo interesante de destacar es que se determina que el instrumento en el cual se ha plasmado el consentimiento de las partes debe estar elevado a escritura pública.

**-Voluntad procreacional:** Este es otro de los grandes avances en cuanto a filiación que podría tener Argentina de aprobarse este proyecto de ley ya que se menciona que los hijos nacidos de una mujer por técnicas de reproducción asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre.

**- Gestación por sustitución:** Este tema es tratado a breves rasgos debido a que puede ser objeto de una ley especial, sin embargo se han dejado

claramente planteados parámetros para su práctica, uno de los puntos neurálgicos se encuentra en el artículo 562 donde se determina que la filiación quedará establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba de nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial, este último elemento es importante de analizar ya que para que se pueda dar una homologación por autoridad judicial se deben cumplir ciertos requisitos previos indispensables como son:

- La existencia del interés superior del niño.
- Capacidad, buena salud psíquica y física por parte de la madre subrogante.
- Aporte por lo menos de uno de los comitentes del material genético.
- La gestante no puede aportar los gametos.
- La gestante no puede recibir retribución alguna.
- La madre subrogante solo se podrá someter a uno de estos procesos máximo en dos ocasiones.
- La madre subrogante debe haber dado a luz al menos a un hijo propio.

Este artículo ha generado debate en Argentina por varias incógnitas y cuestionamientos que ha dejado ya que como se lo mencionó la maternidad subrogada puede ser objeto de una ley especial que se encargue de regular todos los parámetros atinentes a esta práctica que evidentemente era imposibles incluirlos dentro de un Código Civil.

**-Fecundación *post mortem*:** Sobre este punto ya se hizo mención y se destacó lo claro de la norma al determinar que en caso de muerte de la pareja de la mujer que da a luz no existirá vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción asistida y la persona fallecida, si la concepción o la implantación del embrión en ella no se ha producido antes del fallecimiento, pero se exceptúan los casos en los que haya mediado consentimiento previo por parte del fallecido, en estos supuestos si se le reconocerá filiación paterna al niño que ha nacido en estas circunstancias, lo cual da a entender que todo niño que nazca producto de una fecundación *post*

*mortem* llevada a cabo sin que haya mediado consentimiento previo por parte del fallecido únicamente se le reconocerá la filiación materna.

**-Situación jurídica de los donantes:** En el artículo 575 se señala que en los casos en los que se utilicen gametos de terceros, no se generará vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales, por lo que se entiende que este proyecto de ley ha optado por el anonimato del donante.

**- Inadmisibilidad de la impugnación de la paternidad en las técnicas de reproducción asistida con consentimiento de la pareja:** Este es otro de los artículos base de este proyecto de código civil y que se debería tomar muy en cuenta por el legislador ecuatoriano ya que con esta disposición se están evitando un sinnúmero de conflictos filiatorios que se pueden derivar de estas técnicas y al establecer la inadmisibilidad de la impugnación de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida cuando haya mediado consentimiento previo libre e informado, se impide que se den actos de mala fe en los cuales se intente inobservar el consentimiento que previamente se había dado.

Sobre este aspecto también se hace referencia más adelante en el proyecto en su artículo 588 que trata sobre la impugnación de la maternidad donde se menciona que en los casos de reproducción asistida no se podrá impugnar la maternidad invocando la falta de vínculo genético si ha mediado consentimiento previo, informado y libre.

Como se lo mencionó este proyecto de Código Civil y Mercantil de la Nación Argentina se encuentra aún en discusión pero pese a esto, de llegar a aprobarse se constituirá en un gran avance no solamente para Argentina sino que para todo el continente ya que se estaría dando el punto de partida para que el resto de países se encargue de legislar estos aspectos de tanta importancia.

## 5. CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1. CONCLUSIONES.

- El mundo se encuentra cursando una época marcada por el vertiginoso avance científico, fundamentalmente en las últimas décadas los logros alcanzados en el campo de la ciencia médica han sido motivo de regocijo y esperanza para millones de personas que se han beneficiado con un mejoramiento en su calidad de vida.
- Uno de los avances de mayor impacto social que la ciencia médica ha traído consigo son las técnicas de reproducción asistida, que mediante procedimientos médicos y de laboratorio han permitido procrear a personas que se encontraban imposibilitadas de hacerlo.
- A saber las técnicas de reproducción asistida se dividen en dos grupos, en el primer grupo se encuentran las técnicas elementales o de baja complejidad que comprenden a la inseminación artificial y la estimulación ovárica y por otro lado están las técnicas avanzadas como por ejemplo la fecundación *in vitro*.
- Las técnicas de reproducción asistida también se clasifican dependiendo del material genético que se aplique, es decir si se usa gametos pertenecientes a la pareja se denominan técnicas homólogas y si el material genético usado es de donantes se denominarán técnicas heterólogas.
- La aplicación de estos nuevos métodos de reproducción asistida traen consigo una serie de circunstancias que eran inimaginables décadas atrás, lo que ha puesto en jaque al derecho ecuatoriano, especialmente al Código Civil que no alcanza a entender estas nuevas realidades.
- La práctica de estos tratamientos de reproducción asistida no son algo nuevo en el Ecuador ya que se las lleva a cabo desde principios de los años noventa, no obstante a esto el país no cuenta con normativa que regule estos temas, lo cual ha creado un gran vacío legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

- El campo para legislar las técnicas de reproducción asistida es sumamente amplio entre los cuales se encuentran el aspecto bioético, la situación jurídica de los donantes, la responsabilidad médica, la regulación del funcionamiento de las clínicas de reproducción asistida, los requisitos para poder acceder a estas técnicas e incluso la posibilidad de incluir a estas técnicas dentro de la seguridad social, sin embargo a esto el presente trabajo se ha centrado en analizar uno de los temas de más apremio para el ordenamiento jurídico ecuatoriano que es la problemática jurídica de la filiación en los hijos concebidos por técnicas de reproducción asistida.
- El impacto que tiene la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida en el campo de la filiación es sumamente grande, tal es así que cuestiona toda la estructura referente a la filiación constante en el actual Código Civil, siendo necesario volver a revisar conceptos que se creían eran fijos e inalterables como las mismas figuras de paternidad y maternidad.
- Las circunstancias bajo las cuales se lleva a cabo estos tratamientos de reproducción asistida hacen necesario la creación de una nueva categoría de filiación que se basa en la “voluntad procreacional” misma que dista bastante de las formas de filiación biológica y por adopción que contempla en la actualidad el Código Civil Ecuatoriano.
- Con estos avances médicos la filiación ha dejado de tener como base fundamental el aspecto biológico, siendo necesario equiparar a la voluntad procreacional como generadora de los mismos derechos y obligaciones que derivan de la filiación biológica, bajo esta nueva problemática es indispensable reestructurar la figura de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico.
- La constancia de la existencia de la voluntad procreacional por parte de la pareja o persona que se somete a una técnica de reproducción asistida debería ser plasmada en un formulario de consentimiento libre e informado donde se establezca la prohibición de impugnación de la paternidad o maternidad una vez firmado dicho consentimiento.

- Es necesario que los legisladores al momento de regular estos temas establezcan claramente la prohibición de que se lleven a cabo técnicas de reproducción asistida en parejas casadas sin que haya mediado el consentimiento libre e informado de las dos partes.
- Las complicaciones que presentan las técnicas de reproducción asistida homólogas para el ordenamiento jurídico ecuatoriano no son muchas por el hecho de la existencia de una identidad biológica entre las partes, por lo que en caso de darse conflictos de carácter filiatorio aun podrán ser resueltos por las normas de filiación constantes en el Código Civil Ecuatoriano.
- La filiación del hijo nacido mediante una técnica de reproducción asistida heteróloga debe ser de carácter inimpugnable pese a la inexistencia de vínculo biológico con alguno de los padres, siempre y cuando haya existido el consentimiento libre e informado previo al sometimiento a estas técnicas de reproducción asistida.
- En los casos de parejas no unidas por vínculo matrimonial que se someten a técnicas de reproducción asistida heterólogas, deberán realizar el reconocimiento voluntario del menor, siempre y cuando se haya otorgado consentimiento libre e informado previo al sometimiento a este tipo de técnicas.
- Se debe establecer en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que la voluntad precreacional de las personas que se someten a técnicas de reproducción asistida otorgan exactamente los mismos derechos y obligaciones existentes para la filiación biológica.
- La maternidad subrogada es otro de los nuevos conflictos derivados de las técnicas de reproducción asistida que se presenta para el anacrónico ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde la Asamblea Nacional de la República del Ecuador al tratar este tema tendrá un arduo debate ya que deberá decidir ya sea de forma favorable admitiendo estas prácticas en el Ecuador o prohibiéndolas de plano en un artículo expreso que determine que este tipo de contratos se los considera ilícitos y que se reconocerá como madre únicamente a aquella que ha dado a luz al niño

incluso si ha nacido mediante cualquier tipo de técnicas de reproducción asistida.

- Es necesario ser muy cuidadosos en caso de regular la maternidad subrogada en el país, tomando en cuenta que se puede llegar a dar una distorsión a la verdadera finalidad altruista que la maternidad subrogada debe tener convirtiéndola en una suerte de negocio a costa del cuerpo de la mujer.
- En cuanto a la situación de los donantes de gametos en el Ecuador, se debería mantener su anonimato estableciendo que su participación únicamente se limita a aportar sus gametos, excluyéndolos de cualquier vínculo filial o responsabilidad con el menor que nace producto de su donación, caso contrario los problemas especialmente filiatorios que sobrevendrían si se deja abierta la posibilidad de conocer la identidad del donante serían muy perjudiciales tanto para las partes intervinientes en este proceso de procreación, como para las propias técnicas de reproducción asistida heterólogas.
- Los aspectos que quedan por regular referente a los donantes son varios como la posibilidad de la creación de un registro de donantes que permita conocer a las clínicas de reproducción asistida las veces que han aportado sus gametos, entre otros datos que deben ser de carácter confidencial y únicamente para uso de la clínica, así como también establecer requisitos para quienes quieren ser donantes, como por ejemplo su rango de edad, el número de veces que pueden aportar sus gametos, y otras cuestiones en las que los legisladores deberán ahondar.
- La fecundación *post mortem* debería tener como requisito sine qua non para que se lleve a cabo el consentimiento del marido o pareja de que se use su material genético después de su muerte, esta voluntad podrá verse plasmada ya sea en un testamento o en una escritura pública, caso contrario se debería considerar inadmisibile la práctica de esta forma de reproducción.

- El aspecto bioético en las técnicas de reproducción asistida es otro punto que requiere de una ley que regule temas tales como la investigación con embriones, el número de embriones que se deben transferir en cada intento de reproducción, el tiempo que se debe permitir se mantengan crio conservados los embriones, las prácticas eugenésicas, la legalidad de permitir la elección del sexo y características físicas del bebe que se busca procrear, entre otros puntos que sin duda alguna deberán ser regulados teniendo en cuenta no se transgredan los derechos humanos y los principios constitucionales.
- Es una realidad evidente el aumento de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el país y es alarmante el saber que no existe un marco normativo que regule el sinnúmero de conflictos que se pueden derivar de estas prácticas, no solo en el aspecto filiatorio que fue tratado en este trabajo sino también en el campo bioético, de ahí la necesidad de concienciar a nuestros legisladores de la urgente necesidad de empezar a regular estos temas, caso contrario el ordenamiento jurídico ecuatoriano no tardará en encontrarse en problemas por sus limitaciones frente a esta problemática que se ha dado con el avance de la ciencia.

## 5.2. RECOMENDACIONES.

Una vez que se ha analizado toda la problemática jurídica que se puede llegar a dar producto de la práctica de las técnicas de reproducción asistida, se hace evidente dar una voz de alerta a la Asamblea Nacional del Ecuador para que de manera urgente se inicie a debatir estos temas que tanto impacto social tienen y fundamentalmente debido a que dentro de esta problemática se halla inmersa la base fundamental de toda sociedad que es la familia.

Este trabajo se enfocó en tratar la problemática jurídica de la filiación de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, aspecto que parecería ser el más urgente de regular en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya que solo hace falta revisar la fecha de expedición del Código Civil Ecuatoriano para percatarse que la realidad que se encuentra regulando este cuerpo normativo es muy lejana a la que vive la sociedad actual.

Es insostenible seguir intentando acoplar la normativa arcaica con la que cuenta el Ecuador a estos nuevos temas a los que se enfrenta el derecho, problemática jurídica que dicho sea de paso para la época en la que se redactó las normas del Código Civil Ecuatoriano eran insospechables para los legisladores de aquel entonces.

Al ser la filiación una institución jurídica que por su naturaleza debe estar comprendida dentro del Código Civil lo más adecuado es incluir en este cuerpo normativo a la voluntad procreacional en las técnicas de reproducción asistida como una nueva fuente de filiación, debiendo establecer claramente todas las reglas bajo las cuales esta operará.

Adicionalmente a esto, previo a que se lleve a cabo una técnica de reproducción asistida se deberá firmar un consentimiento libre e informado donde se explique minuciosamente el proceso que comprende estos tratamientos y sobre todo donde se establezca la prohibición de impugnar la paternidad o maternidad una vez firmado este consentimiento.

El resto de temas que conllevan las técnicas de reproducción asistida son varios y de diferente índole yendo desde la bioética hasta la regulación de las clínicas de reproducción asistida, por lo que difícilmente podrán ser incorporadas dentro del Código Civil motivo por el cual es necesario que se cree una ley especial que se encargue de regular estos puntos y sirva de complemento a la reforma propuesta.

Es importante mencionar que para legislar estas técnicas se deberán tener como punto de partida los lineamientos constitucionales y de derechos humanos, tomando siempre en cuenta los derechos reconocidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *in vitro*”) vs Costa Rica, pues es una sentencia emblemática en este tema y vinculante para el Ecuador.

Se plantea como un reto para la sociedad ecuatoriana y fundamentalmente para los legisladores que se empiece a discutir estos temas de actualidad que requieren de una amplia investigación, dando paso al debate y a las nuevas tendencias que se están haciendo sentir a nivel mundial, por lo que se puede afirmar que mientras no se empiece a discutir esta nueva problemática que ha traído la ciencia consigo desde el aspecto legal, difícilmente el ordenamiento jurídico en el Ecuador estará acorde a la realidad social.

## REFERENCIAS

- Abeliuk, R. (2000). La filiación y sus efectos. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Araya,R.(2010). Secreto y anonimato en la reproducción asistida con donación de gametos. El derecho de los hijos a conocer su origen. Recuperado el 17 de agosto de 2013, de <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/08/Secreto-y-anonimato-en-la-reproducci%C3%B3n-asistida-con-donaci%C3%B3n-de-gametos.pdf>
- Bernal, D. (2012). Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia. Recuperado el 11 de agosto de 2013, de <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf>
- Borda, A. (1989). La teoría de los actos propios. Recuperado el 03 de septiembre de 2013, de [http://www.reigadaborda.com.ar/EN/publications/alejandro\\_borda/Teoria-Actos-Propios-para-Chile.pdf](http://www.reigadaborda.com.ar/EN/publications/alejandro_borda/Teoria-Actos-Propios-para-Chile.pdf)
- Borda, G. (1984). Manual de Familia. Buenos Aires, Argentina: Perrot.
- Bossano, G. (1978). Manual de Derecho Sucesori, tomo I. Quito, Ecuador : Editorial Universitaria.
- Bossert, G & Zannoni, E. (2010). Manual de derecho de familia. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Cabanellas, G. (1979). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cañizares, R. (2008). Fecundación post mortem y determinación de la paternidad. Recuperado el 28 de agosto de 2013, de <http://www.abogadofamilia.es/>
- Cárdenas, E. (2001). Estudios sobre la adopción internacional . México: Doctrina Jurídica.

Cervantes, E. (2011). Derecho de Familia . San Joaquín de Flores: Consejo Editorial.

Código Civil, Ley s/n, 2005, R O No. 46,( Act. 2012)

Código de Ética Médica, Ley s/n, 1992, RO No. 5. (Act.1992)

Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100, 2003, R.O. Suplemento 737, (Act. 2009)

Código Orgánico Integral Penal, Ley s/n,2014, R.O. Suplemento 180, (Act. 2014)

Color abc. Jueza rechaza la impugnación de paternidad en fecundación asistida. 2013. Recuperado el 24 de noviembre de 2013 de <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/judiciales-y-policiales/jueza-rechaza-la-impugnacion-de-paternidad-en-fecundacion-asistida-577893.html>

Conferencia “Familias, Identidades y Derechos Humanos. Los debates contemporáneos del Derecho de Familia”, 2013, Quito, Ecuador

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado el 19 de abril de 2013 de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. (1979). Recuperado el 14 de abril de 2013 de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Convención Sobre los Derechos del Niño. (1989). Recuperado el 13 de julio de 2013 de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

Convención para los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina.(1997). Recuperado el 17 de abril de 2013 de [http://www.europarl.europa.eu/transl\\_es/plataforma/pagina/maletin/coleccion/actual/genetica/convenio.htm](http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/maletin/coleccion/actual/genetica/convenio.htm)

Cotarelo, R. (2011). HVN. Recuperado el 06 de 10 de 2013, de [http://www.hvn.es/servicios\\_asistenciales/ginecologia\\_y\\_obstetricia/ficheros/curso2011\\_reprod\\_12\\_reproduccion\\_asistida\\_en\\_italia.pdf](http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2011_reprod_12_reproduccion_asistida_en_italia.pdf)

Falconí, J. (2009). Los juicios por acciones de investigación y de impugnación de la paternidad y maternidad en la legislación ecuatoriana; La filiación y el derecho constitucional a la identidad. Quito, Ecuador: Ediciones Rodin.

Fontanillo, E. (1980). Diccionario Anaya de la lengua. Madrid, España : Anaya.

Franck, M. I. (2012). La fecundación post mortem. Centro de Bioética Persona y Familia.

Gomez, M. (1993). La fecundación in vitro y la filiación. Santiago de Chile : Jurídica de Chile.

Kurczyn, P. (2004). Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo.. Recuperado el 6 de septiembre de 2013, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1363/11.pdf>

Larrea, J. (1985). Derecho Civil del Ecuador. Quito, Ecuador : Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley General de Registro Civil, Identidad y Cedulación, (1976), Registro Oficial-Suplemento No.70 de 21-abr-1976.

Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, (2011), Registro Oficial N.o. 398 de 04-mar-2011

Ley Orgánica de la Salud, Ley 67, (2004), R.O. Suplemento 423 (Act. 2012)

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. (1994). Recuperado el 7 de octubre de 2013 de [http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd\\_spa.pdf](http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf)

Lamadrid, S. (1990). Biogenética, filiación y delito. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Méndez, M. (1986). La filiación. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Mendoza, H. (2011). La reproducción humana asistida. México : Fontamara S.A.

Merlyn, S. (2006). Derecho y Reproducción Asitida. Quito, Ecuador : Cevallos Editora Jurídica.

Morán de Vicenzi, C. (2004). El concepto de filiación en la fecundación artificial. Colección Jurídica.

Prats, J. (2010). El País. Donar el espermatozoides no es ser padre (de momento). Recuperado el 18 de julio de 2013, de [http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/11/22/sociedad/1290380401_850215.html)

Reproducción humana asistida, protocolos de consentimiento informado de la sociedad española de fertilidad. (2002). Recuperado el 23 de noviembre de 2012 de [http://www.fundacionsalud2000.com/system/attachments/2431/original/Reproducci%C3%B3n\\_Humana\\_Asistida.\\_Protocolos.pdf?2013-07-01%2016:53:32%20+0200](http://www.fundacionsalud2000.com/system/attachments/2431/original/Reproducci%C3%B3n_Humana_Asistida._Protocolos.pdf?2013-07-01%2016:53:32%20+0200)

Rivera, E. (2011). Simposio de Aspectos éticos y legales de las técnicas de reproducción asistida y las diferentes alternativas terapéuticas. Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de [http://www.fecunditas.com.ar/publicados/Aspectos\\_eticos\\_y\\_legales\\_de\\_las\\_TRAs.pdf](http://www.fecunditas.com.ar/publicados/Aspectos_eticos_y_legales_de_las_TRAs.pdf)

Romero, A. (2009). Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad. Barcelona, España: Bosch Editor.

- Rosset, M. (2009). *Infertilidad y Reproducción Asistida*. España: Pirámides.
- Rozas Vial, F. (1989). Problemas jurídicos y morales que plantean la inseminación artificial y la fecundación in vitro. *Revista chilena de derecho*, 724.
- Saelzer, S. (2000). *Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*. Recuperado el 23 de octubre de 2013 de <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v11/art02.pdf>
- Sambrizzi, E. (2004). *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires: El Derecho.
- Santamaría, L. (2001). *Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos*. Recuperado el 01 de noviembre de 2013, de <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Sanz, J. (2006). *La filiación*. Recuperado el 17 de julio de 2013, de [http://librosgratis.net/leer/?title=DERECHO+DE+LA+FILIACION+C3%93N.+Derechoinforma&doc=jdbe8Xb48LldLg12I8wD20w2L2JtLi8TU6FxKjtnxsKLSicEZs2q4jJrj7Ky5rlw-x7O0U9QpJNrr1eKWlzuGA\\_\\_.pdf](http://librosgratis.net/leer/?title=DERECHO+DE+LA+FILIACION+C3%93N.+Derechoinforma&doc=jdbe8Xb48LldLg12I8wD20w2L2JtLi8TU6FxKjtnxsKLSicEZs2q4jJrj7Ky5rlw-x7O0U9QpJNrr1eKWlzuGA__.pdf)
- Somarriva, M. (1931). *La Filiación*. Santiago de Chile: El Esfuerzo.
- Tamayo, S. (2013). *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*. Recuperado el 17 de febrero de 2014 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4468986>
- Undarraga, M. S. (1931). *La Filiación*. Santiago de Chile : El Esfuerzo.
- Villalobos, A. (2012). *Infertilidad: Consideraciones generales*. Recuperado el 13 de agosto de 2013 de <http://infertilidadcr.com/publicaciones/infertilidad-publi.html>

