

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TEMA:**

**DETERMINACIÓN LEGAL DE FILIACIÓN POR USO DE MÉTODOS DE  
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**

**AUTORA:**

**ABG. SANDY CRISTINA RAMÍREZ CHÁVEZ**

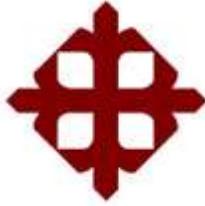
**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:  
MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TUTOR:**

**SANTIAGO VELÁZQUEZ V. PHD**

**Guayaquil, Ecuador**

**2019**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL  
CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Abogada. Sandy Cristina Ramírez Chávez**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**.

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

---

**Dr. Santiago Velázquez Velázquez, PhD**

**REVISORA**

---

**Abg. Corina Navarrete L, Mg. Sc**

**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

---

**Dr. Santiago Velásquez Velázquez, PhD**

**Guayaquil, 21 de agosto del 2019**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL  
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, Sandy Cristina Ramírez Chávez**

**DECLARO QUE:**

El Proyecto de Investigación: **Determinación legal de filiación por uso de métodos de reproducción humana asistida**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

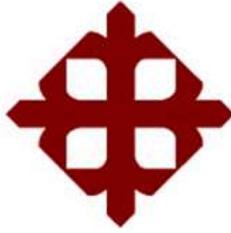
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, 21 de agosto del 2019**

**LA AUTORA**

---

**Abg. Sandy Cristina Ramírez Chávez**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Sandy Cristina Ramírez Chávez**

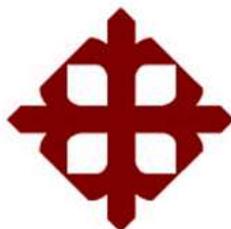
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Proyecto de Investigación** previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada: **Determinación legal de filiación por uso de métodos de reproducción humana asistida**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, 21 de agosto del 2019**

**LA AUTORA:**

---

**Abg. Sandy Cristina Ramírez Chávez**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRIA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL**

**INFORME DE URKUND**

**URKUND**

**Documento** [Sandy 12 de julio de 2019.docx](#) (D54469031)

**Presentado** 2019-07-17 14:48 (-05:00)

**Presentado por** Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)

**Recibido** santiago.velazquez.ucsg@analysis.orkund.com

**Mensaje** RV: INFORME DE URKUND [Mostrar el mensaje completo](#)

2% de estas 44 páginas, se componen de texto presente en 6 fuentes.

Lista de fuentes		Bloques
	Categoría	Enlace/nombre de archivo
		TESIS FINAL TAMARA MUNZÓZ.docx
		<a href="https://www.legalitas.com/abogados-para">https://www.legalitas.com/abogados-para</a>
		<a href="#">05d3c710-aba9-4bc9-983c-87436d4c1447</a>
		tesis INDI 22.docx
		Reproducción Asistida JUAN MANJARRES.d
		<a href="#">e0d71ef7-eac9-4dcd-94d0-79bfa706601d</a>

## **AGRADECIMIENTO**

Mi agradecimiento a la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, por haberme permitido estudiar en sus aulas, recibir conocimiento de grandes maestros y conocer compañeros que apoyaron hombro con hombro para que ninguno se deje caer.

A Byron, sin tu ejemplo de estudio y dedicación no hubiese reunido las fuerzas para pulir los conocimientos y emprender esta nueva meta.

A Soledad, compañera y amiga, que sufrió conmigo cada página de esta tesis hasta su culminación, hoy se puede decir lo logramos.

A todos quienes con su granito de arena pudieron abonar hasta llegar hasta esta meta.

**Abg. Sandy Cristina Ramírez Chávez**

## **DEDICATORIA**

A Dios por permitirme llegar hasta este punto de mi vida, a Danny mi hermano que ha sido amigo, padre y guía a lo largo de este camino, a mi madre como ejemplo de lucha constante por los sueños y ante los estereotipos formados, mi hermano Vinicio por la paciencia que me has tenido a lo largo de la vida, y a mis sobrinas por la alegría que me han dado. Cada uno se puede resumir en familia, pero por la particularidad que representan en mi vida deben ser nombrados así, esto va por ustedes.

**Abg. Sandy Cristina Ramírez Chávez**

## INDICE GENERAL

AGRADECIMIENTO.....	VI
DEDICATORIA.....	VII
INDICE GENERAL.....	VIII
RESUMEN.....	XI
ABSTRACT.....	XII
INTRODUCCIÓN .....	2
CAPÍTULO I.....	10
MARCO TEÓRICO.....	10
1.1. Reproducción asistida.....	10
1.1.1. Métodos de Reproducción asistida.....	12
1.1.1.1. Inseminación Artificial.....	12
1.1.1.2. Fecundación in vitro.....	13
1.1.1.3. Inseminación o FIV post mortem.....	14
1.1.1.4. Transferencia de gametos a la Trompa.....	15
1.1.2. Maternidad por subrogación.....	16
1.2. La Familia.....	18
1.2.1. La familia y sus diferentes tipos.....	20
1.3. Legalización de los métodos de reproducción asistida.....	23
1.3.1. Sobre la subrogación gestacional.....	24
1.3.2. Contrato de gestación subrogada.....	24
1.3.3. Requisitos para aplicar la norma.....	27
1.3.4. Tensiones.....	28
1.4. Filiación.....	29
1.4.1. Procedimiento para que se determine la filiación.....	31
1.4.2. Filiación después del nacimiento.....	34
1.4.3. Impugnación por casos excepcionales.....	35
1.4.4. Impugnación de paternidad.....	36
1.6. Referentes empíricos.....	36
1.7. Derecho Comparado.....	39
CAPÍTULO II.....	46

METODOLOGÍA Y RESULTADOS .....	46
2.1. Enfoque y metodología de la investigación. ....	46
2.2. Alcance.....	48
2.3. Tipo de investigación. ....	50
2.4. Métodos .....	51
CAPÍTULO III .....	55
RESULTADOS .....	55
3.1 Resultados .....	55
3.1.1. Familia formada mediante técnicas de reproducción asistida. ....	55
3.1.2. Filiación establecida mediante técnicas de reproducción asistida. ....	57
CAPÍTULO IV .....	60
DISCUSIÓN.....	60
4.1. Sobre el proyecto de Código Orgánico de la Salud. ....	60
4.2. Sobre la filiación .....	64
CAPÍTULO V .....	69
PROPUESTA .....	69
5.1. Objetivo de la propuesta.....	69
5.2. Justificación de la propuesta .....	69
5.3. Desarrollo de la propuesta.....	70
CONCLUSIONES .....	74
RECOMENDACIONES .....	75
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	76
APÉNDICE .....	80

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Obligaciones y derechos. ....	26
Tabla 2. Métodos teóricos .....	54
Tabla 3. Métodos empíricos .....	54

## RESUMEN

Las técnicas de reproducción asistida han marcado una era, tanto en el campo de la salud como en el derecho de familia. Su uso se ha ampliado, hasta reconocer que cualquier persona puede donar gametos para que sean usados para procrear. En Ecuador no existe dentro de la normativa de la salud un apartado sobre reproducción asistida en consecuencia tampoco lo hay para que se determine el parentesco que existiría entre los participantes y el niño. La investigación tiene como *objetivo general* analizar la pertinencia de incluir en el sistema jurídico ecuatoriano un procedimiento que regule las formas de filiación de las personas concebidas por uso de métodos de reproducción humana asistida, considerando a los donadores y receptores de los gametos. Es un trabajo con *metodología* cualitativa enfocada en la revisión documental y en la realización de entrevistas semiestructuradas a jueces de la niñez y adolescencia. Los *resultados* muestran que se producen en Ecuador procedimientos de procreación por técnicas de reproducción asistida, pero que no encuentran reguladas, por lo que ha habido varias controversias. Asimismo, los jueces están de acuerdo en que exista una regulación que limite la sana crítica con la que se resuelve esos problemas ahora. Se *concluye* que es posible establecer una regulación en la determinación de la filiación legal de los menores que son procreados por esas técnicas, en armonía con los principios constitucionales, en especial el principio de interés superior del menor.

**Palabras clave:** Comitentes, reproducción asistida, filiación, consentimiento.

## ABSTRACT

The techniques of assisted reproduction have marked an era, both in the field of health and family law. Its use has been extended, to recognize that anyone can donate gametes to be used to procreate. In Ecuador, a section on assisted reproduction does not exist within the health regulations, nor does it exist to determine the kinship that would exist between the participants and the child. The general objective is analyze the relevance of including in the Ecuadorian legal system a procedure that regulates the forms of affiliation of people conceived by the use of assisted human reproduction methods, considering the donors and recipients of gametes. It is a work with qualitative methodology focused on the documentary review and the performance of semi-structured interviews with judges of childhood and adolescence. The results show that procreation procedures are produced in Ecuador by assisted reproduction techniques, but that they are not regulated, so there have been several controversies. Also the judges agree that there is a regulation that limits the healthy criticism with which those problems are resolved now. It is concluded that it is possible to establish a regulation in the determination of the legal affiliation of minors who are procreated by these techniques, in harmony with constitutional principles, especially the principle of the child's best interests.

**Keywords:** Participants, assisted reproduction, filiation, consent.

## INTRODUCCIÓN

La salud es un derecho, y al mismo tiempo es un bien de interés público. El Estado tiene la obligación de garantizarlo mediante el establecimiento de disposiciones que regulan las actividades y procedimientos relacionados para la reproducción humana. Uno de los aspectos que más ha evolucionado en las últimas décadas, y que más interés ha suscitado en la sociedad por la esperanza y las oportunidades que ofrece a innumerables personas que desean tener un hijo, y no pueden hacerlo de manera natural, es la reproducción asistida. Ésta ha generado la aparición de nuevos problemas jurídicos que han sido resueltos de manera heterogénea en cada país, haciendo necesaria la jurisprudencia de derechos humanos en estos últimos años para entender la regulación al respecto.

Este trabajo se centra en analizar la regulación mediante la aplicación de las normas y principios enfocados a determinar la filiación entre el hijo y el o los padres que utilizaron las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, acreditadas científicamente y clínicamente aplicadas. Se focaliza en Ecuador y propone reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) atendiendo los avances doctrinarios, normativos y jurisprudenciales que se han desarrollado sobre el tema.

Las técnicas reproductivas asistidas se aplican hace décadas, pero muchos de sus aspectos no han alcanzado un consenso. Algunas situaciones generan discusiones, dado que no hay una unificación de la legislación, como los procedimientos para el registro civil de los menores nacidos mediante esa técnica (Silva y Lettiere, 2016, p. 251). La ausencia de unificación se da tanto en el ámbito nacional como internacional. Por ejemplo, Francia en 2014 fue condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) por no reconocer, para fines de registro de nacimiento civil, niños que aunque sean hijos de matrimonios franceses, tuvieron ayuda de una

madre sustituta (donadora temporal de útero) para ser gestados, procedimiento realizado en Estados Unidos (EUA).

Pues bien, partiremos concretamente del derecho de familia y los elementos de la reproducción. Éste incluye “la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de procrear” (Cyrielle, 2016, p. 39). Al momento de procrear un hijo con métodos de reproducción asistida se desarrollan algunas incógnitas como: quiénes lo representarán, cómo el Estado ecuatoriano deberá modificar los enfoques de responsabilidad, qué derechos tiene el padre y la madre según sea aplicado un determinado método; o en otros casos en donde el hijo solo cuente con un progenitor, y que pasaría si éste tuviera una orientación sexual diversa. Existen muchas las aristas que se pueden encontrar en casos puntuales que han sido analizados principalmente por la Corte de Derechos Humanos de Europa, que, sin violentar la soberanía legal de cada país se ha manifestado sobre casos llevados a su conocimiento por este tema.

En Ecuador, la Sentencia 184-18-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador se pronunció y ordenó a la Asamblea Nacional que en el plazo no mayor de un año contado desde mayo del 2018, adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción humana asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales, observando para aquello los criterios vertidos por dicha corte en el análisis del derecho constitucional al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, el derecho a la igualdad y no discriminación, los procedimientos para otorgar la nacionalidad, y el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes. El caso fue planteado por dos mujeres que sometiéndose al proceso de reproducción asistida concibieron a una niña. Ambas eran sus madres

y el padre fue un donador heterogéneo sin ningún vínculo filial con la menor. Al realizar el proceso de inscripción en el registro civil solo con los apellidos de sus dos madres, la institución se negó a dicho proceso. La Corte resolvió que la actuación del Registro Civil configuraba una violación de derechos, aunque no refirió mayormente sobre el donador de la esperma se limitó a respetar el procedimiento médico como tal, es decir, no negó el derecho al padre a conocer a su hija, pero tampoco lo vio como un actor principal en este proceso.

Este caso en definitiva ha sido un referente para el derecho ecuatoriano pues, someramente se refirió a los métodos de reproducción humana asistida, y como la utilización de estos en ningún caso pueden vulnerar los derechos constitucionales, como el derecho a la familia en sus diversos tipos, no solo porque se trataba de mujeres homosexuales que habían reconocido su unión como tal, sino al derecho a esa niña a tener una familia sin discriminar la forma en la que fue concebida. Este criterio es la demostración potente, que el derecho vive en una mutación constante, teniendo como base los cambios continuos de la sociedad, la cual exige renovación de las ciencias jurídicas para hacer seguimiento de los actos y hechos sociales en movimiento.

La multiplicidad de formas de entidades familiares existentes posibilita la constitución de núcleos con más de una figura paterna o materna, no necesariamente biológica, pero sí afectiva. Ejemplifican esos tipos de familia aquellas que son formadas por personas que ya tengan hijos, junto a otras que tengan hijos o no (en relaciones homo o hetero afectivas), mujeres y hombres que tengan hijos solos por técnicas de reproducción asistida, adopción o medios naturales, entre otras opciones. Ese vínculo puede generar en los involucrados el deseo de expresar afecto formalmente, es decir, mediante el registro del hijo de otros padres o madres, de ahí viene la multiparentalidad en la filiación. Es que la filiación socio afectiva es aquella consistente en la

relación entre padre e hijo, o entre madre e hijo, o entre padres e hijo, en que no existe vínculo sanguíneo entre ellos (Varsi y Chaves, 2018, p. 6).

En ese contexto, el *objeto de estudio* de este trabajo es analizar el principio del interés superior de los niños producidos por reproducción asistida y el derecho de sus padres, así como el derecho a la igualdad y no discriminación en la emisión de la certificación del registro civil para la inscripción de menores procesados mediante esos procesos, independientemente de acciones judiciales, en contraste con la violación del secreto médico y del derecho al anonimato del donante en la disposición nacional.

En el *campo de estudio* se circunscribe dentro de las regulaciones de las nuevas tecnologías. De esa forma, los avances producidos en las ciencias de la genética y la biología han ampliado las formas en las que se pueden procrear los hijos, desde la relación sexual, hasta técnicas de reproducción asistida. Esos avances traen problemas relacionados con el derecho y la ética en tanto que presentan vacíos o lagunas jurídicas sobre las formas de filiación, el consentimiento. Es decir, el derecho se ve obligado a realizar debates sobre bioética para armonizar con los fenómenos sociales asociados que se producen (Bernal, 2013, p. 137).

Todos esos procedimientos se producen al margen de la cohabitación sexual y tienen como propósito, en la mayoría de casos, superar la esterilidad de la pareja, y en otros, la imposibilidad biológica de parejas homosexuales a ser padres, y uno menos frecuente, es el deseo individual de un individuo a tener una familia. Todos con el fin de facilitar la procreación, en el primer caso cuando los demás tratamientos terapéuticos se han descartado por inadecuados, ineficaces, o imposibles de realizar; en el segundo cuando la normativa expresamente prohíbe a los homosexuales la adopción; y en el tercero por temas intrínsecos de cada uno.

Adentrándonos en el tema que nos ocupa, una vez aclaradas las partes que intervienen, veremos los efectos jurídicos que, aunque no han sido definidos en el Ecuador, podremos obtener referencias en el derecho comparado, pues de manera general describe que la realización de un tratamiento de fecundación artificial a una mujer casada está precedida de la obtención del consentimiento de su marido. Impide que aquél posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad así determinada, pues se considera que quien así actúa contradice los parámetros de la buena fe objetiva al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. Otro de los efectos principales es la confidencialidad sobre los donantes, en el derecho comparado, prima el anonimato del donante en materia de inseminación artificial heteróloga.

Para *delimitar el problema* es indiscutible señalar que la ciencia y la medicina pueden hacer este tipo de técnicas, pero el avance científico debe ir acompañado de una correcta regulación al respecto. “La ciencia y la tecnología están preparadas para ello, pero para su efectividad, precisan del acompañamiento de recursos económicos, políticos y legislativos” (Cyrielle, 2016, p. 40). Este trabajo de investigación se centra en uno de los principales problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción asistida: determinar la filiación del nacido y la forma en que los jueces han resuelto este conflicto en los casos específicos de alquiler de vientre, inseminación asistida con donante, e inseminación post-mortem, teniendo en cuenta que, a diferencia de la filiación biológica, el consentimiento de los donantes de gametos y de los receptores es un elemento necesario para determinar la paternidad.

De un lado se discute la renuncia de la paternidad o la maternidad de la persona que es el donante de gametos. De otro, la forma en la que se establece la relación de filiación entre un hijo que no lo es biológicamente con los padres, tanto donadores y receptores de la donación de

gametos. Se considera además, lo que se ha establecido en la jurisprudencia sobre forma en que la retribución económica por someterse a este tipo de procesos también influye al momento de la determinación filial.

La pregunta que guía la investigación es la siguiente: ***¿cuáles son las formas constitucionalmente válidas en las que puede establecerse la relación filial de una persona procreada mediante técnicas de reproducción asistida?***

Entonces el ***objetivo general*** es analizar la pertinencia de incluir en el sistema jurídico ecuatoriano un procedimiento que regule las formas de filiación de las personas concebidas por uso de métodos de reproducción humana asistida, considerando a los donadores y receptores de los gametos. Los ***objetivos específicos*** son: (i) analizar la regulación normativa para la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida en el país; (ii) analizar los efectos de la filiación establecida entre las personas de concebidas mediante técnicas de reproducción asistida y las personas donantes y receptores de los gametos; (iii) proponer una normativa que permita la Reproducción Asistida en el Ecuador en la que se incluya los derechos y obligaciones asociados a la donación y recepción de gametos.

Se parte de la *premisa* de la investigación que el Ecuador actualmente no tiene ningún tipo de normativa que regule estos procedimientos. En la Asamblea Nacional se encuentra un proyecto de ley al Código Orgánico de la Salud (en adelante COS), que en su artículo 150 por primera vez se considera la reproducción asistida. Ese proyecto no define bajo qué circunstancias estos métodos pueden aplicarse, pues traslada la responsabilidad reguladora a la autoridad sanitaria. Señala, no obstante, que no podrá existir ningún tipo de remuneración económica por los vientres de alquiler. Adicionalmente, en el Código de la Niñez y el Código Civil (en adelante CONA), tampoco incorpora de manera expresa o tácita formas de incluir como legítimos a los

hijos productos de los métodos de reproducción asistida. Esto evidencia que el estado ecuatoriano carece de una estructura legal en la que se puedan apoyar las personas al momento de someterse a este tipo de procedimientos.

Para estudiar contextualmente y proponer la reforma, se analiza principalmente la legislación española que en el artículo 8 de la Ley No. 14/2006 no sólo incluye obligaciones negativas para el Estado, sino que también puede incluir obligaciones positivas para el Estado, esto es, adoptar las medidas oportunas para que el derecho en cuestión pueda hacerse efectivo, y que en este caso supondría el permitir el acceso a técnicas que permitan engendrar.

El trabajo se orienta por una metodología de la investigación cualitativa. Se usan un conjunto de procedimientos y técnicas que se aplican de manera ordenada y sistemática en la realización del estudio. Considerando que en un proceso de investigación, la metodología es una de las etapas en que se divide la realización de un trabajo; y la técnica es el medio que se utiliza, como operación especial, para recolectar, procesar y analizar la información, se presentan los métodos teóricos y empíricos que permiten alcanzar los objetivos de estudio.

Los métodos teóricos se apoyan básicamente en los procesos de abstracción, análisis, síntesis, inducción y deducción. En los mismos se incluyen: el método histórico que caracteriza al objeto en sus aspectos más externos, a través de la evolución y desarrollo histórico del mismo; y método lógico que reproduce en el plano teórico la esencia del objeto de estudio, investigando las leyes generales y primordiales de su funcionamiento y desarrollo. En definitiva los *métodos teóricos* que utilizaremos son los siguientes: método histórico-jurídico, método jurídico doctrinal, método de análisis-síntesis, método jurídico comparado. Estos métodos son abordados por no existir casos en el país o leyes que hagan mención a los temas, es así que se utilizará en su mayoría el Derecho comparado con España y Estado Unidos de Norteamérica, países en donde es

más frecuente la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Por parte del Derecho Doctrinal tendremos los aportes realizados por doctos de la Corte Constitucional del Ecuador.

Los métodos empíricos por su parte, ayudan al proceso de investigación tomando como resultado fundamentalmente de la experiencia. De este derivan: método de la observación científica que permite conocer la realidad mediante la sensopercepción directa de entes y procesos, y debe ser: consciente, planificada y objetiva. Método de la medición que se desarrolla con el objetivo de obtener información numérica acerca de una propiedad o cualidad del objeto. El método experimental, el más complejo y eficaz de los métodos empíricos porque el investigador interviene sobre el objeto de estudio. Los métodos empíricos que utilizaremos son los siguientes: métodos de análisis de contenido, método dialéctico, método abstracto-concreto. Estos métodos vendrán de otros estudios realizados sobre el tema, sin embargo, estos fueron enfocados al derecho a la salud mientras que el presente trabajo se direcciona al derecho de familia, que también va ligado a la salud de las personas.

Una vez abordados los procesos que correspondan para obtener la legalización de los métodos alternativos de reproducción humana asistida, como **novedad científica** se propone realizar un estudio que permita reconocer en el sistema jurídico un título de Reproducción Humana Asistida, estableciendo las condiciones personales para la aplicación de las técnicas, cuestiones sobre los donantes y contratos de donación, los elementos de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida y por último la determinación legal de la filiación. Todo ello contenido en una reforma al CONA, en el Libro Segundo agregado.

## CAPÍTULO I

### MARCO TEÓRICO

En este apartado recogemos las definiciones sobre las técnicas de reproducción asistida y la relación que guardan con las instituciones jurídicas. En concreto se establecen las consideraciones sobre los métodos de reproducción asistida, las cuestiones sobre la maternidad por subrogación. Se discute esos aportes teóricos con las concepciones jurídicas de familia y filiación. Finalmente, se exponen los problemas derivados con la legalización de esas formas de procreación, conjuntamente con el derecho comparado e investigaciones que se han realizado sobre el tema.

#### **1.1.Reproducción asistida.**

La reproducción asistida es un conjunto de técnicas médicas que se caracterizan por la actuación directa sobre ovocitos y/o espermatozoides, utilizadas para beneficiar con un embarazo a quienes sufran problemas de infertilidad, en algunos países los requerimientos de reproducción asistida incluyen a otros grupos como personas solas, personas que por situaciones médicas desean conservar sus gametos para un futuro o parejas homosexuales (Veiga, 2015, p. 13). Es decir, que la reproducción asistida es el procedimiento mediante el cual se procrea a una persona de forma no tradicional, sino usando tecnología.

Uno de los factores que incide para que las personas opten por procesos de reproducción asistida es la falta de fertilidad de las personas. Así, la infertilidad es un problema común que afecta a una de cada seis parejas, las razones no están establecidas ya que son múltiples los factores que la pueden ocasionar tanto en hombres como mujeres (Bruno, Chillik y Kopelman, 2013, p. 228). La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la infertilidad como la

incapacidad de una pareja de concebir y llevar un embarazo a término luego de un año de mantener relaciones sexuales sin protección.

Desde hace ya algunos años las técnicas de reproducción asistida forman parte de la historia reproductiva de muchas parejas. El nacimiento de los primeros bebés conseguidos por ‘fecundación in vitro’ supuso una verdadera eclosión de la utilización de las técnicas de reproducción asistida como parte del tratamiento de la esterilidad. La aparición de la fecundación in vitro hace ya más de treinta años revolucionó el enfoque del tratamiento de la esterilidad. En el año 2015, según datos recolectados por el RLA (Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida), de 175 instituciones en 15 países de Latinoamérica, iniciaron tratamientos de Fecundación in vitro/ micro inyección intracitoplasmática de espermatozoides en 41,25 % en mujeres entre 35 y 39 años de edad y el 28,35% en mujeres de 40 años o más (Zegers, et al., 2016 p. 25).

A lo largo del tiempo han evolucionado tanto la medicina como el derecho, en este estudio observamos que hasta ahora la medicina nos lleva la delantera, ya que pese a que se han desarrollado alternativas para la concepción de un niño, el derecho aún no define jurídicamente la filiación que éste tendrá con sus progenitores y las diferentes formas o casos que pueden darse. No obstante, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce los vínculos efectivos que existen entre padres e hijos, ya que la costumbre y la legislación actual solo considera como propios los hijos nacidos biológicamente, dejando de lado el deseo de constituir una familia lejos de los lazos de sangre. Por su parte, la normativa constitucional hace referencia al derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva, es una puerta abierta para acceder a tener un hijo según las alternativas que existan, más allá de lo acostumbrado.

### **1.1.1. Métodos de Reproducción asistida**

Ahora bien, se explica breve reseña de los métodos utilizados, pasando por los casos que pueden darse, los requisitos para ser parte de estas prácticas hasta llegar al punto relevante que es determinar la filiación en el procedimiento para proponer su legislación, pues como veremos a continuación no solo el hecho de someterse a un método de reproducción asistida garantiza o legaliza la filiación del *nasciturus* con los padres.

#### *1.1.1.1. Inseminación Artificial*

El procedimiento de reproducción asistida es el que “consiste en la colocación de semen previamente preparado en un laboratorio en el interior del útero de la mujer” (Veiga, 2015, p. 11). Es una forma para conseguir que las probabilidades de fecundar el ovulo se aumenten y por lo tanto tener un embarazo satisfactorio. En estos casos, el semen puede provenir de la pareja, o de un donante. Al respecto algunos tratadistas han mencionado que no existe diferencia entre la inseminación que se realiza con los gametos de la pareja o de un donante.

No hay ninguna homología, ninguna adecuación especial entre los gametos de los cónyuges por el hecho de ser cónyuges. En realidad, el concepto de inseminación artificial homóloga en su acepción correcta se refiere a la inseminación realizada con semen de un individuo de la misma especie que la inseminada. ( Añon, 1999, pág. 36).

En el país está practica es casi nula, y lo que determina el Código de la Niñez y Adolescencia, en su título de prestaciones alimenticias, es que en caso de que el padre no comparezca a reconocer a su hijo, se procederá a realizar exámenes de ADN, para determinar la paternidad, con esto se excluye que puedan existir los donantes heterólogos, en este punto es relevante mencionar que los exámenes de sangre se harán a solicitud de parte, por lo que se corre

el riesgo que en determinado momento la madre, el padre, el hijo o cualquier persona interesada pueda solicitarlo.

En la actualidad existen casos de mujeres a las que les llama la intención de ser madres sin que ello conlleve una relación de pareja, por lo que optan por concebir un hijo utilizando un donante que en este caso necesariamente debe ser heterólogo. Con ello puede asegurarse que la filiación con su hijo no dependerá del padre. El autor hace referencia que no hay distinción entre los conceptos de homólogos o heterólogos, ya que necesariamente se harán de la misma especie y no refieren a que deban ser o no la pareja de la gestante.

Hay que considerar que la normativa ecuatoriana no acepta expresamente la inseminación artificial, pero si tácitamente ya que en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), artículo 164 se encuentra que se castiga la Inseminación no consentida, es decir deja libre la posibilidad de realizar esta intervención, inclusive existen centros de salud en el país en el que ya realizan este tipo de prácticas, sin embargo existe la posibilidad de que algún donante pueda reclamar algún derecho o en su defecto negar el uso de su material genético pese a haberlo entregado.

#### *1.1.1.2. Fecundación in vitro*

Esta técnica de reproducción asistida implica que la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la mujer, a diferencia de la anterior que se realizaba dentro. Por ello “consiste en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y los femeninos (ovocitos) para lograr la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer” (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p. 42). La fecundación de los óvulos puede llevarse a cabo mediante técnica de FIV convencional o Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI). Para Lema (1999) lo importante es que se produzca en un laboratorio que reproduce un escenario como las trompas de falopio.

La fecundación in Vitro consiste esquemáticamente en la fecundación extracorpórea de los gametos masculino y femenino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer. Si se logra que se produzca la implantación, lo que no siempre ocurre, y siempre y cuando no se produzca alguna complicación. (Añon, 1999, p. 26).

La fecundación In Vitro es una de las técnicas más utilizadas, sin embargo, su uso fue prohibido en países de Latinoamérica como Costa Rica, lo que obligaba a sus conciudadanos a movilizarse a otros países para practicar el proceso, basando esta negativa en que desde el momento de la fecundación ya el embrión tenía derecho a la vida, y con la inseminación in vitro se corre el riesgo que al practicarla se pierda esa vida, este criterio fue deshecho posteriormente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, que determinó que la concepción no ocurre mientras se realiza el procedimiento sino días después de implantado en el útero (Brena, 2011, p. 30).

En Ecuador no se ha regulado su aplicación jurídica pese a que su práctica es común, sin embargo, se podría señalar que el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 2 acoge como sujetos protegidos de esta norma a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad, es decir que acogiéndonos a lo resuelto por la CIDH, su práctica no está prohibida expresamente por darse la concepción una vez implantado el embrión.

### *1.1.1.3. Inseminación o FIV post mortem*

En relación con la fecundación post-mortem, se plantea un problema relacionado con el tiempo en el que se realiza la fecundación, es decir desde que se produce el fallecimiento del donante o de la pareja. Así, cuando se trata de la pareja, en el caso de la legislación colombiana se establece que una vez que ha nacido dentro de los 300 días después del fallecimiento,

biológicamente se consideraría hijo del difunto, pero no habría efectos derivados de la presunción de paternidad como lo establece el código civil (Bernal, 2013, p. 140). En el caso de Uruguay, en la Ley N° 19167 sobre regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, se establece que se podrá realizarse fertilización de gametos o transferirse embriones originados en una persona que hubiere fallecido, siempre que esta hubiera otorgado previamente por escrito su consentimiento para ello y dentro de los 365 días posteriores a su fallecimiento.

En Ecuador, en esa misma línea, se señala que muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciar la determinación de paternidad a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto y que la denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes al día en que tuvo conocimiento de la muerte del marido (Código Civil, 2015, art. 64). La presunción de paternidad operaba de acuerdo a la determinación de las fechas entre las que se podía contar, el nacimiento y el establecimiento de otras nupcias por parte de la mujer. Esa legislación fue derogada en la medida en que ahora se aplica directamente el examen de ADN (Código Civil, 2015, art. 245, derogado). Así en el CONA ecuatoriano determina que cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda de alimentos, “el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN)” Es decir, que se desecha la fijación de la filiación por otros medios que no sea la determinación de la vía consanguínea.

#### *1.1.1.4. Transferecia de gametos a la Trompa.*

En mujeres con obstrucción de trompas, se realiza en vivo, introduciendo los gametos más allá de la obstrucción para que se realice la fecundación y el cigoto continúe su ulterior desarrollo en su medio natural, como condición debe existir por lo menos una trompa sana. Está también se

aplica por problemas éticos- morales con la fecundación in vitro. Los óvulos en caso que sea homóloga se obtiene por aspiración folicular, mientras que los espermatozoides se obtienen en el laboratorio. En este tipo de técnicas el riesgo es el embarazo múltiple.

En el caso español existe la ‘Ley de Técnicas de Reproducción Asistida No. 14/2006’, que establece que la utilización de gametos va ligada a la donación de los mismos, es así que en su artículo refiere que la donación de gametos y pre embriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es “un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado” (Sánchez, 2016, p. 296). A lo que definimos comúnmente como procedimiento heterólogo.

En Ecuador ésta como las otras técnicas se realizan por médicos particulares, especialistas en su materia en sus propias clínicas de fertilidad, sin embargo, en caso se realice por un donante, no habría legislación que exonere al donante de la responsabilidad que tiene sobre el hijo, ni una garantía a los comitentes de que les sean arrebatados sus derechos como padres.

### **1.1.2. Maternidad por subrogación**

Adicional a las técnicas de reproducción asistidas, existe otras formas que pueden ser consideradas como tales pero que requieren además de la donación de los gametos, el alquiler de vientres. La maternidad por subrogación o vientre de alquiler es el acto por el cual se comprometen los comitentes con una madre sustituta para llevar un embarazo a término, donde el niño será entregado a los comitentes y la gestante no tendrá derecho sobre el recién nacido (Rosales, 2018, p. 143).

En ese contexto, cobra especial importancia el contrato o pacto al que llega la persona que va a arrendar su vientre para la gestación de un menor que no es suyo, sobre el que debe

renunciar a todos los derechos que le corresponden por haberlo gestado. En usual que las personas se comprometan a llevar el embarazo, luego de terminado a entregar al niño, recibiendo una indemnización en dinero, y los gastos ocasionados (Bernal, 2013, p. 145). En Estados Unidos de Norteamérica la mujer que alquile su vientre podrá hacerlo solo una vez siempre que el niño haya nacido vivo, se establecerá que la madre sustituta, su cónyuge o pareja no serán sus padres y no tienen derechos o deberes parentales con respecto al niño o los niños. Se comparece ante un juez quien emitirá de inmediato una sentencia u orden y sin más audiencia o evidencia, a menos que del acuerdo de reproducción asistida para portadores gestacionales se revele que no hubo buena fe, creencia razonable de que el acuerdo de reproducción asistida para portadores gestacionales o declaraciones de abogados no se ejecutó de acuerdo con esta sección (Rodríguez y Martínez, 2012, p. 62).

En base a ello se establece principalmente tres tipos de situaciones por las que las personas desean utilizar este método: (i) Por motivos anatómicos, es decir se debe a la edad de la mujer o por temas de enfermedad que la imposibilitan de acceder naturalmente a ser madre. (ii) Por imposibilidad biológica, aquí principalmente se encuentra a parejas de hombres homosexuales que es evidente que no pueden concebir sin el vientre de una mujer. (iii) Por el deseo de no gestar, decisión de la mujer de evitar pasar por el proceso de un embarazo, en la mayoría de los casos esto lo realizan personajes de televisión los cuales su trabajo depende exclusivamente de su cuerpo.

En esos casos se puede dividir este procedimiento entre la maternidad subrogada y la maternidad por encargo. La primera es aquella en que la gestante es la donadora del óvulo o cuando la gestante no aporta material genético. En este punto se puede encontrar que el óvulo es entregado por la comitente (la madre que encarga el niño) o puede ser de una donadora. Por su

parte, la maternidad por encargo es aquella en la que ninguno de los intervinientes aporta material genético. El hombre en solitario desea utilizar sus gametos para fecundar a la gestante.

En Ecuador es poco común la práctica de la gestación por subrogación y orientados a lo que prescribe el código civil artículo 24 “se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente” (Código Civil, 2015, art. 62). Es decir que la concepción determina la maternidad, bloqueando todo tipo derecho que tuviera la comitente sobre del niño y obligando a la gestante a realizar su papel de madre sobre este.

## **1.2.La Familia**

Los problemas de las técnicas de reproducción asistida y su regulación se asocian con la concepción tradicional de familia. Según Guillermo Cabanellas (2003, p. 48) el concepto de filiación deviene del concepto de familia, así “la filiación es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común y los cónyuges de los parientes casados con predominio de lo afectivo.” Algunas normas jurídicas constitucionales ponen a la familia como el centro de la formación social. Por ejemplo, la constitución Irlandesa de 1937 define la familia como el grupo primordial, natural y fundamental de la sociedad, investido de derechos anteriores y superiores a toda ley positiva. En el caso de las constituciones como la española de 1931, o la Yugoslava de 1945 han tenido que reconocer el valor fundamental de la familia como verdadera célula vital de la sociedad, y de allí que el Estado debe toda la protección necesaria para que la familia se desarrolle sana y pujante, aunque dicha protección no debe traspasar los justos límites que la harían degenerar en tiránica intervención (Soto, 1994, p. 220).

El carácter natural de la familia trae consigo una consecuencia de suma importancia: que ningún poder humano puede restringir arbitrariamente sus derechos, modificar su estructura esencial o privarle del ámbito de libertad y de los medios adecuados para su cabal desenvolvimiento. La familia es el conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan en el día a día, y que tienen como ingredientes el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, incluyendo los factores sociológicos.

El derecho a la familia es la premisa para llegar a regular la utilización de los métodos de reproducción por lo que no se puede dejar pasar la evolución de este bien jurídico protegido, partiremos por mencionar a la familia “nuclear” aquella que se constituye básicamente por el padre, la madre y los hijos de un matrimonio, la cual se caracterizaba por ser androcéntrica, patriarcal y religiosa. Así la familia se adoptó como la unión natural y excesiva entre hombre y mujer con el fin de procrear, lo que básicamente en el código civil describe como matrimonio (Soto, 1994, p. 225). Lo anterior a claras luces denota un total desenfoco de la realidad, en el tema de la procreación, pues existen casos en los que los cónyuges son adultos mayores, parejas que han decidido no tener hijos, o a en los que pueden ser infértiles por temas naturales o accidentales, es decir que la unión de estas personas puede dejarse de llamar familia/matrimonio por el hecho de no concebir un hijo como se estila en la familia nuclear.

La familia tiene una protección constitucional en Ecuador, se reconocen diversos tipos y se afirma su papel central en la sociedad (Constitución de Ecuador, 2008, art. 67. Este artículo ha sido interpretado por la Corte Constitucional para reconocer que existen familias de parejas estables, las familias monoparentales, reconstruidas, de crianza y las GLBTI. Decimos entonces que la familia pasó de ser la estructura patriarcal, política y heterosexual a estar fundamentada en la libertad, dignidad y lazos afectivos, de convivencia y ayuda mutua que generan las relaciones

humanas; la denominada cultura del amor ha liberado de las ataduras mentales a hombres y mujeres víctimas de un modelo opresor familiar, para entender que el hogar es el sustento del equilibrio y libre desarrollo (Ordeñana y Barahona, 2016).

En el caso concreto de estudio, en la Constitución se señala también que las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales, desde esta lectura constitucional se pueden dar lecturas progresistas a la protección familiar, cuando las parejas vean la necesidad de acudir a técnicas reproductivas para efectuar una procreación (Constitución de Ecuador, 2008, art. 25). Con esto se puede decir que la familia no se encuentra exclusivamente determinada por los lazos biológicos, sino además por vínculos sentimentales y el deseo de formar un proyecto de vida en común.

### **1.2.1. La familia y sus diferentes tipos**

Una vez establecidas las formas legales-tradicionales de constitución familiar, es preciso evidenciar, en forma general, los diversos tipos de familia que la doctrina y fuentes del derecho han reconocido y protegido en virtud del cambio social que la institución experimenta continuamente.

Cada vez son más las familias conformadas por madres solteras y sus hijos, que pueden incluso ser procreados con asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja (...) cosa que también ocurre con las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores

necesitados de protección o entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-071/15).

La pluralidad familiar es parte de la realidad que vivimos en la actualidad, como se mencionó anteriormente es reconocida y protegida en el ámbito constitucional. En el artículo 11 de la Constitución de Ecuador se prevé que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, no pudiendo discriminar por cualquier distinción, protegiendo los derechos de toda diferencia que tenga una persona frente al colectivo.

En la diversidad familiar no se puede limitar a reconocer un solo tipo de clasificación, por lo que a continuación presentamos las más comunes: La *familia nuclear* es la básica de la sociedad, constituida por padre, madre e hijos, unidos por el vínculo matrimonial de los progenitores. La *familia monoparental* constituida por el padre o madre que tiene a su cuidado los hijos, y que no conviven con una pareja estable. La *familia ensamblada o reconstruida* que se configura con la unión de una pareja en matrimonio o unión de hecho, con relaciones filiales múltiples, es decir hijos producto de una primera relación o familiares cercanos de la pareja con los hijos fruto de aquel vínculo. La *familia de crianza* que se constituye cuando un hijo es separado de su familia biológica y debe ser integrado a un núcleo distinto donde continúa con normalidad su desarrollo personal, en este proceso se consolida vínculos afectivos entre el hijo y los miembros familiares que lo adoptan como tal. La *familia desintegrada* que son aquellos núcleos familiares en los que sus miembros han sido separados por razones extraordinarias, sin perjuicio en que se mantenga la comunicación entre el núcleo familiar, es así que tenemos las familias desintegradas por la privación de la libertad lícita o ilícita o migración de un miembro; en este último caso la doctrina también le ha llamado familia transnacional. La *familia disfuncional* donde sus miembros presentan comportamientos agresivos y nocivos entre ellos,

fruto de este comportamiento es que los hijos son separados de los padres con el fin de salvaguardar su integridad. Y la *familia homoparental* que son las uniones afectivas constituidas por personas homosexuales, las cuales necesariamente utilizan reproducción asistida y donantes para procrear (Ordeñana y Barahona, 2016).

En este último caso, si bien en el Ecuador está prohibida de manera tácita la adopción entre personas del mismo sexo, la Corte Constitucional en la sentencia No. 184-18-SEP-CC, señaló que la inscripción de un niño con dos padres o dos madres es totalmente legal, ya que salvaguarda el derecho de identidad del menor, y con esto no da fe de quien de los dos es efectivamente el padre biológico, por lo cual ordenó a los funcionarios del registro civil que procedieran con las respectivas inscripciones. Así, todas las formas familiares deben ser reconocidas, respetadas y garantizadas desde el núcleo fundamental de la expresión humana, tal como lo señala la Carta Magna en su artículo 11 numeral 7 (CRE, 2008), al enfocarnos directamente en el deseo unir lazos más que biológicos, afectivos. Por su parte el CONA reconoce que la función de la familia es buscar que los menores tengan protección integral y se reconozca el principio de su interés superior, así como define a la familia biológica a aquella que está formada por el padre, madre y sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el 4 grado de consanguinidad.

En ese contexto, actualmente se abrió la posibilidad de procreación a personas que en forma natural no podían conseguirlo. Así se logró la transferencia de herencia genética frente a la imposibilidad biológica, gracias a la aportación de gametos (masculinos y/o femeninos) por parte de donantes anónimos y mediante procesos de fecundación extra/intrauterina. Actualmente, existe una diversidad de técnicas de reproducción asistida entre las que se puede mencionar: a) fecundación in vitro, b) inseminación artificial, c) transferencia intratubárica de gametos, d)

transferencia intratubárica de cigotos, e) transferencia intra citoplasmática del espermatozoide; y, f) maternidad subrogada, dicha enunciación no es taxativa sino ejemplificativa, con la finalidad de evidenciar los avances científicos y la variedad de técnicas reproductivas en la actualidad.

### **1.3. Legalización de los métodos de reproducción asistida**

En la actualidad la utilización de estos métodos no está prohibida como se expresó en líneas anteriores sin embargo no se encuentra en la esfera legal normativa concreta que la regule. Esto implica pensar en las formas de buscar la legalización de cada uno de los métodos que fueron descritos y los que han de innovarse en aras de garantizar los derechos de las personas sobre su reproducción y a la protección de la familia. Así como la determinación legal de la filiación por uso de métodos de reproducción humana asistida, debido que actualmente se fija sobre la base del material biológico, es decir, el legislador ha optado, para fijar la filiación, por la biología del nacimiento, y no por la de la concepción (Gómez y Navarro, 2017, p. 78).

La Corte Constitucional de Ecuador analizó el derecho a dos mujeres a inscribir a su hija, haciendo una aclaración estas mujeres son pareja y como tal se sometieron a una técnica de reproducción asistida. En la sentencia se estableció que era obligación de la Asamblea Nacional, el adoptar las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales que reconocen las garantías del debido proceso, la nacionalidad, igualdad y no discriminación, el derecho a la familia, el principio de interés superior de los menores (Corte Constitucional, Sentencia No. 184-18-SEP-CC). Esto implica que la legislación que se pueda establecer sobre el tema tiene que apegarse a los fines constitucionalmente válidos establecidos como horizonte por la Corte. Para el análisis se establecen los elementos necesarios para que se pueda pensar en una inclusión dentro de la legislación.

### **1.3.1. Sobre la subrogación gestacional.**

Los problemas jurídicos que más han sobresalido, especialmente en España, son los intentos por aprobar los ‘vientres de alquiler’. Entre los que se oponen están los argumentos que reconocen el derecho a la dignidad humana, el derecho a la vida del no nacido. Los que la apoyan se orientan por el derecho a la igualdad y no discriminación, pues consideran que en cualquier modelo de familia se puede acceder a la gestación subrogada, aunque dependiendo de los donantes homólogos o heterólogos y el método utilizado se determina la filiación del bebé y las condiciones serán diferentes.

Así, en caso de tratarse de un matrimonio, la mujer debe tener una incapacidad médica para gestar por alguno de los siguientes motivos: (i) incapacidad de llevar a término la gestación; (ii) la gestación pondría en riesgo la salud de la mujer, (iii) la gestación pondría en riesgo la salud del feto. Según estos casos la maternidad subrogada se realiza con los gametos de las personas interesadas. El tercero que sería la mujer fungiría solo como arrendataria del vientre materno (Rosales, 2018, p. 147).

Según los entendidos en la materia, recomiendan que en las parejas que se sometan a este tipo de procedimientos al menos uno de los padres de intención deba estar relacionado biológicamente con el niño para que se les pueda adjudicar la filiación. Esto porque la falta de legislación sobre los ‘vientres de alquiler’ deja un vacío sobre la forma de determinar la filiación del menor.

### **1.3.2. Contrato de gestación subrogada**

La maternidad subrogada en algunos países ha sido aprobada mediante la elaboración de un contrato, en el que se establecen las obligaciones de cada una de las partes, esto genera en

algún sentido seguridad jurídica de las acciones relacionadas con este tipo de reproducción asistida. Por ejemplo, en México, dos estados federados permiten este tipo de contratos: Tabasco y Sinaloa. Ellos se han enfocado en el área civil del contrato dejando de lado el aspecto médico y filial. Dado que los acuerdos de gestación subrogada utilizan técnicas de reproducción asistida se hace necesario que sus legisladores emitan una normativa en el tema, compatible con los derechos humanos y con los avances de la ciencia, mientras ésta no exista, las partes involucradas seguirán desprotegidas, vulnerables a diversas violaciones a sus derechos humanos (Hernández y Santiago, 2011, p. 1336).

En Ecuador no existe normativa aplicable para este tipo de procedimientos. Por ello, en estos casos se propone que el procedimiento se garantice vía judicial, es decir, que el contrato deberá ser avalado por un Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, previo a realizar el procedimiento médico, ya que pueden darse casos en los que uno de los comitentes puede fallecer o arrepentirse en medio del proceso, por lo que salvaguardando el interés superior del niño su filiación debe estar preliminarmente legalizada, de modo que pueda contar con un hogar estable que esté preparado para recibirlo. Posterior al nacimiento se realiza una ratificación sin solemnidades, con el documento de nacido vivo se presenta ante el mismo juez que avocó conocimiento del proceso, para que ordene la inscripción correspondiente (Lanas, 2016, p. 93).

Lo anteriormente señalado es una forma de proteger a los intervinientes ya sean estos los comitentes, donantes o subrogantes, pues de la jurisprudencia internacional relacionada en el tema hemos podido evidenciar casos en los que: la madre subrogante no desea entregar al niño luego de nacido, en otros en los que los comitentes deciden disolver el vínculo matrimonial como el caso Evans contra Reino Unido, y en esta misma línea desean desconocer las responsabilidades que como padres tienen con el niño dejando a la subrogante a cargo de su cuidado y atención, y

otros en los cuales bajo las mismas circunstancias de disolución del vínculo, se apunta a los donantes a que respondan por el neonato (Lanas, 2016, p. 52).

Entre algunos de los requisitos que se proponen para que se pueda dar un contrato de esta naturaleza se puede dividir en el siguiente cuadro sobre las obligaciones de cada parte, y los derechos que tienen. Se incluye a las de la madre gestante, de los padres de intención y los del menor.

*Tabla 1.*

*Obligaciones y derechos.*

<b>Personas</b>	<b>OBLIGACIONES</b>	<b>DERECHOS</b>
Madre gestante	Renunciar a los derechos de maternidad sobre el menor gestado.	Consentir voluntariamente en los tratamientos médicos relacionados con el embarazo.
Padres de intención	Aceptar al menor nacido independientemente de cualquier situación anómala.  Pagar los gastos relacionados con el embarazo.	A asumir la maternidad y paternidad.  Información sobre el desarrollo del embarazo.
Menor	Los relacionados con la maternidad y paternidad.	A conocer su origen cuando lo desee.

Adaptado de Lanas (2016).

En relación a la indemnización que debe recibir la persona gestante, algunas legislaciones las han prohibido debido a que eso generaría la mercantilización del cuerpo de la mujer.

Proponen que se debe pagar una suma de dinero que no sea desmesurada a la gestante, sino pagar unos gastos razonables en relación al embarazo, el parto y el post-parto.

### **1.3.3. Requisitos para aplicar la norma**

La aplicación de una legislación sobre la maternidad subrogada debe basarse en los principios constitucionales y estar apoyada en todos los casos de las ciencias médicas. Por ejemplo, en Chile se reguló que quienes intentan procrear sean un hombre y una mujer, estén o no unidos por matrimonio, excluyendo las mujeres solas o viudas y los proyectos de inserción de hijos en parejas homosexuales; así como la técnica puede usarse de manera homóloga (con gametos propios de los interesados) o heteróloga (con gametos de terceros ajenos, sean conocidos o anónimos); y por último que el hombre y la mujer que desean ser padres se recurran voluntariamente al procedimiento (Corral, 1999, p. 13).

Como el mero sometimiento a técnicas de reproducción asistida no implica la determinación de la filiación, deben cumplir estos requisitos para que sean aplicables los derechos que le da la norma. “No se aplica de hecho sino de Derecho”. Acá se exponen los requisitos que se consideran necesarios y que deben estar incluidos en la legislación, con el fin de determinar la forma adecuada de llevar a cabo la maternidad subrogada, toda vez que es una práctica que se realiza en el Ecuador desde hace varios años (Pacheco, 2016, p. 1).

Los padres de intención pueden ser una pareja establecidos en una relación monogamia aprobada por la Ley. Deben demostrar científicamente la imposibilidad de concebir naturalmente, a criterio de dos médicos especialistas. Los padres que individualmente quieran realizar este procedimiento no deberán tener previamente hijos concebidos naturalmente. Queda a criterio del juez el aprobar para parejas que sean homosexuales.

En el caso del contrato con la gestante, debe realizarse de acuerdo a un consentimiento voluntario sobre el procedimiento. Es decir, el consentimiento debe ser formal, previo y expreso, lo que al parecer se tendría en la misma línea de la voluntad de las partes para participar en la Reproducción Asistida. En ningún caso debe aceptarse remuneración por la gestación.

#### **1.3.4. Tensiones**

Las posiciones sobre la aceptación o no de la legalidad de la maternidad subrogada se dan en todos los sentidos, tanto médico como jurídico. Por un lado, están los criterios que consideran que se produce una objetivación de la mujer, los derechos del menor, y los derechos humanos de las personas como la dignidad humana.

Respecto a la objetivación de la mujer, las críticas se proponen desde el campo de la ética y sostienen que la maternidad subrogada convierte a la mujer en objeto; un medio para conseguir un fin, sin tomar en cuenta la situación física y mental de la gestante, vulnerando el principio de la dignidad humana (Ordeñana y Barahona, 2016). Es importante, entonces, previo a la aceptación de la gestante se brinde información suficiente acerca de las consecuencias físicas y psicológicas que produce la entrega y separación de la niña o niño a la mujer comitente.

Existe la posibilidad de un derecho de visitas en favor de la gestante. En varias ocasiones, la negación de entrega del niño o niña por parte de la mujer gestante ha requerido una decisión judicial para obligar la entrega; por tal motivo, se ha exigido un derecho a visita no permanente en favor de la gestante, con el objetivo de minorar los graves impactos psicológicos que en ciertos casos algunas mujeres presentan (Ordeñana y Barahona, 2016, p. 30).

Respecto al interés superior del niño, debido a que es un principio rector del derecho, mismo que vincula el accionar de las personas en los diferentes aspectos de su vida cuando se

relacionan directa o indirectamente con los niños o niñas. Por tanto, si en el procedimiento de maternidad subrogada la gestación diera como resultado la concepción de dos nasciturus y, en este caso, los comitentes renunciaran al deseo de continuar con el procedimiento, no se interrumpirá el embarazo; o, si la gestante lo desea podrá ratificar la filiación del niño o niña, perdiendo así el derecho la pareja comitente, esto en virtud del deseo de protección y afecto, que son fundamentales para tutelar el bienestar de las niñas y niños, bajo la garantía del derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Entre otros casos que se han podido encontrar es que el niño haya desarrollado mal formaciones o algún tipo de discapacidad, lo cual no debería ser una excusa para desatender su papel de padres o interrumpir el embarazo, contando para esto con un acuerdo previo en donde bajo estas circunstancias se obligan a continuar con su deber afectivo adquirido.

Mediante la maternidad subrogada se pueden garantizar los derechos a la constitución familiar desde la libertad e igualdad; el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el derecho a procrear, el derecho a acceder a métodos o técnicas de reproducción asistida. Con esto evitamos una sociedad que mercantilice niños y mujeres, pues de lo contrario la reproducción y los cuerpos se convierten en objetos de libre mercancía. El derecho a la familia es también protegido en la constitución incluyendo además de la familia nuclear a la familia en sus diversos tipos, conformadas así en ocasiones por factores exógenos como la migración o defunción de uno de sus participantes (Hernández y Santiago, 2011, p. 1340).

#### **1.4. Filiación**

El nexo jurídico que se establece entre las personas que son hijos y sus padres es lo que se conoce como filiación. La palabra "filiación" deriva de *filius*, hijo en latín, e implica la relación que existe entre padres e hijos, se refiere al hecho que una persona sea hijo de otra, que, a su vez,

es padre o madre de ella. En principio, siempre es un hecho natural. Todo hijo proviene de un padre y de una madre, pero jurídicamente, como veremos, no siempre habrá coincidencia. La filiación es la relación jurídica que se establece entre padres e hijos y de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones como, alimentos, salud, educación, identidad, recreación y otros más reconocidos por la Constitución, llegando así hasta los derechos sucesorios que van en las dos líneas tanto descendencia de padres a hijos como ascendencia de hijos a padres, en los casos que aplique (Proaño, 2013).

La filiación se reconoce ordinariamente por inscripción de ésta en el registro civil y de manera extraordinaria por resolución judicial, esta última aplicada a los procesos controvertidos en donde se requiere que luego de los exámenes de ADN la madre o padre reconozca al niño. En esta investigación se abre una arista de un proceso voluntario en donde los intervinientes deben comparecer ante un juez previo a la concepción del niño manifestando su voluntad de establecer los vínculos filiales con el *nasciturus*.

En ese sentido, se deben establecer determinadas acciones de filiación. Se busca mediante resolución judicial, a imponer una relación paterno-filial o a destruir la presunta, mediante una reclamación a un Juez para determinar la filiación a favor de un progenitor, esta puede ser planteada por la madre, el padre y el hijo o hija. También se puede impugnar una presunta filiación, por parte del que se considera el verdadero padre o madre, el hijo, las personas a quien la relación filial se perjudique sobre la sucesión de los que constan legalmente pudiendo ejercerse de manera independiente o conjunta. La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.

Para la determinación de la filiación entre el hijo y el padre sirve la demostración del consentimiento por parte de este último al momento de autorizar el proceso de reproducción

asistida y será absolutamente irrelevante que se impugne la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre en caso de impugnación sólo podrá atacar la presunción pater ist est mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial (Varsi, 2017, p. 10). Como punto relevante tenemos el derecho de filiación que nace de estos procesos, pues el derecho de filiación implica otros derechos inherentes al ser humano, especialmente el derecho de dignidad, identidad, sucesión, derecho de seguridad social, de alimentos, vínculo familiar, entre otros, que iremos analizando en casos resueltos por las respectivas cortes.

#### **1.4.1. Procedimiento para que se determine la filiación**

En este tipo de procedimiento veremos que deben primar el principio de intención de procreación (comitentes) y el principio de reserva (donante) desplazando al principio de verdad biológica, en este último se ha debatido en gran manera y así los países como, Estados Unidos, Brasil, Chile que ya cuentan con normativa en estos casos señalan que el niño bajo ningún concepto obtendrá información del donante y concordante con esto, las clínicas que realizan estas intervenciones guardaran bajo estricta reserva la información sobre los pacientes, sin embargo hay otros países como España que sí contemplan la entrega de información e incluso hasta el reconocimiento de paternidad. En el caso de las mujeres debe prevalecer el derecho de la madre genética y no el de la portadora, al ser aquella quien originalmente tuvo la intención de tener al niño como suyo. En Chile se expidió norma expresa sobre el tema de la filiación con uso de métodos de reproducción asistida en el artículo 182 del código civil (ley N° 19.585, del 27 de octubre de 1999), señala que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas” y

que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. De esto se resuelve la filiación según el tipo de donante para consumar la fecundación.

*a) Técnicas con uso de gametos propios*

Pensamos que, si se trata de las llamadas técnicas homólogas, el art. 182 del Código Civil chileno, en adelante CC, no recibirá aplicación por ser desplazado por las normas generales que regulan la determinación de la filiación. En efecto, si el nacimiento o la concepción tecnológica del niño acaecen durante el matrimonio de la pareja receptora, la maternidad quedará determinada por el parto, conforme al art. 183 CC, y la paternidad por aplicación de la presunción *pater is est* del art. 184 CC. No es necesario, para nada, sacar a relucir que se trata de una concepción lograda por aplicación de métodos artificiales. Si la pareja que se somete a la técnica homóloga no ha contraído matrimonio, la determinación de la filiación se producirá con toda seguridad mediante reconocimiento otorgado en la inscripción del nacimiento del hijo (art. 187 CC). Si uno o ambos padres no reconocen al hijo deberá reclamarse judicialmente la filiación, pero de nuevo no será necesario invocar el art. 182 CC, ya que mediante las pruebas biológicas se podrá acreditar la paternidad o maternidad discutidas. Por cierto, el hecho de que se pruebe que esos interesados consintieron en someterse a la técnica de la cual nació el hijo, constituirá un elemento probatorio importante en ese proceso. Pero se tratará de una probanza, no de un medio de determinación de la filiación.

*b) Técnicas con uso de gametos ajenos*

En este campo es donde tiene lugar propio la función del artículo 182 CC, ya que, de no existir la norma, el varón o la mujer que no aportó su material genético al proceso de procreación

no podría ser considerado, salvo caso de adopción, padre o madre del niño. Para Corral (1999) en su análisis al nuevo artículo 182 del Código Civil chileno que en la obra reproducción humana asistida y filiación, la determinación no operará por la mera exhibición de documentos o declaraciones testimoniales que acrediten el sometimiento a la técnica. La ley no ha dado normas –ni creo que hubiera sido factible hacerlo- para que acceda al Registro la voluntad de procrear artificialmente un hijo. Por esta razón, aquí la determinación se completará siempre con la sentencia judicial que constate que el hijo fue concebido por aplicación de una técnica de reproducción asistida y que el supuesto padre o madre se sometió voluntariamente a ella, estando consciente de la utilización de gametos de un tercero.

En el fondo, pueden darse dos situaciones. La primera – que será la más frecuente- que el hijo goce de una filiación determinada por otros medios que coincide con la que le atribuye el art. 182 CC. Por ejemplo, si es hijo de padres casados y se aplicó la presunción de paternidad del marido, o si es hijo de padres no casados, pero ambos lo han reconocido voluntariamente. En tales casos, sólo frente a una demanda de impugnación de dicha filiación (por ejemplo, del marido que pretende desconocer su paternidad o del donante de gametos que pretende reclamar al hijo), se podrá oponer como excepción la norma del artículo 182 CC, y la sentencia que constate que se han producido sus presupuestos afirmará la filiación determinándola conforme a esa norma, es decir, por el hecho del sometimiento a esas técnicas reproductivas. La segunda situación en la que puede encontrarse el hijo concebido por aplicación de estas técnicas es que sea de filiación no determinada, por no haber tenido lugar las formas ordinarias de determinación. En tal caso, el hijo, o su representante legal, podrá ejercer la acción de reclamación de paternidad y maternidad contra el varón o la mujer que consintieron en la aplicación de la técnica, y la sentencia que así lo constate determinará la filiación conforme con el art. 182 CC. En ambos

casos, la sentencia debe acceder al Registro Civil y sub inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento y que la sentencia que acepta la Reproducción Asistida sea marginada en la partida de nacimiento.

#### **1.4.2. Filiación después del nacimiento**

En Estados Unidos de Norteamérica las parejas casadas obtienen la filiación mediante la sentencia dictada por un juez. Cabe destacar que aquellos padres y madres de intención que no tengan relación genética con el bebé nacido, es decir, que han recurrido a una doble donación, deberán tramitar lo que podría llamarse una adopción planificada (Varsi, 2017, p. 17). Esto quiere decir que deben contar con la renuncia de la gestante en favor de los padres de intención. Si bien se entiende que la gestante no tiene derechos sobre el bebé nacido, ya que este no tiene relación genética con la gestante, este trámite puede resultar un poco más problemático que en el caso de tratarse de una gestación subrogada donde los padres de intención pueden aportar sus gametos. Para poder establecer a ambos padres como los padres legales del niño es necesario modificar el certificado de nacimiento original en el caso de una pareja gay, ya que en el documento original parecen el padre biológico del niño y la gestante. Con este certificado, el juez ya puede dictar sentencia, que suele ocurrir a los 3-5 días después del nacimiento del bebé.

En Ecuador el Código Civil entre las formas de determinar la filiación si señala que puede ejecutar por orden judicial pero es enfocada a los reconocimientos de maternidad o paternidad controvertidos, por lo general llevados bajo un examen de ADN en entidades acreditadas por el Estado para su realización, como la cruz roja y un departamento especializado de la fiscalía nacional, en todo caso esta propuesta puede ir en ese camino a que sea un juez quien acredite la filiación en caso que las partes no deseen hacerlo voluntariamente, consagrando el derecho del

niño a la filiación que se vinculan a tener un apellido, una nacionalidad, de demás derechos civiles que el Estado concede a sus ciudadanos.

### **1.4.3. Impugnación por casos excepcionales**

La pareja o persona individual que requiera someterse a estos métodos no deben ser objeto posterior de un reclamo de paternidad o maternidad utilizando pruebas de ADN (Corral, 1999, p. 5-7). Lo que establece la norma es que la acción de filiación biológica no rige en este caso. Cuando no hay voluntad por parte de uno de los receptores de la donación, se podrá impugnar la paternidad o maternidad, sin embargo, de aquello el donante no tendrá responsabilidad sobre el niño procreado, ya que como se ha ponderado en líneas anteriores, prevalecerá el derecho de anonimato sobre el derecho fundamental a la identidad que incluye el conocimiento de sus orígenes. Sería responsable quien pese a la negativa del otro al procedimiento accedió a realizarlo, y al médico que pese a no contar con la autorización realizó la intervención.

Entonces ¿Cómo se comprueba que existió voluntariedad previa al procedimiento de Reproducción Asistida en caso de litigio? Se debe pensar no solo en los intereses de la pareja que sufre infertilidad, sino primordialmente en los derechos de todo niño a venir al mundo como persona humana, y no como producto destinado a satisfacer aspiraciones de otros (Corral, 1999). Por esto la propuesta es que exista un contrato previo suscrito y aprobado por un juez especializado en familia, mujer, niñez y adolescencia, quien una vez analizadas las cláusulas y a los comitentes pueda aprobar mediante resolución el mismo, esto con el fin de probar que la voluntariedad existe previo a la intervención y por tanto no allá lugar a impugnaciones estériles.

#### **1.4.4. Impugnación de paternidad.**

No es idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación por inseminación artificial será absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, pues es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico por lo que el padre solo podrá atacar la presunción *apater ist est* demostrando la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial. De ese modo surge en el ámbito de las causales previstas por el artículo 233A del código civil un nuevo motivo para que el cónyuge o compañero permanente impugne su paternidad, en los casos de procreación científicamente asistida la impugnación ha de sustentarse en la ausencia de consentimiento libre e informado para realizar la inseminación artificial.

#### **1.6. Referentes empíricos**

Es preciso incidir en los referentes empíricos de la investigación, toda vez, que son los fundamentos que sostiene la teoría de la presente averiguación científica tomando como campo de estudio a la Reproducción Asistida tenemos que generalmente se analiza la problemática de las técnicas desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo, o desde la perspectiva del tercero (donante de gametos o madre sustituta). Dejando de lado la protección del hijo privilegiando los intereses de los comitentes y donantes, olvidándose que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo al amparo del principio del interés superior del hijo.

El estudio de Mora (2015) sobre la regulación en Ecuador de las técnicas de reproducción asistida, afirma que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y obligaciones dentro del

cual garantiza que el estado es el encargado de formular la política nacional de salud el cual normará regulará y controlará las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector. Además de asegurar acciones y servicios de salud sexual y salud reproductiva. Argumenta que en el Ecuador si bien es cierto, no se ha implementado una legislación explícita, en cuanto tiene que ver específicamente a la regulación uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida como métodos de tratamiento para la esterilidad e infertilidad, como un derecho a la salud reproductiva, ya que plantean nuevas posibilidades de solución para un amplio número de parejas afectadas por esta enfermedad. Por lo que el objetivo de su investigación es argumentar jurídicamente sobre la importancia de las técnicas de reproducción asistida humana en el país. Para la determinación de una normativa que regule el uso y aplicación de estas técnicas de reproducción asistida humana como métodos de tratamiento para la esterilidad e infertilidad frente al derecho de salud reproductiva. Entendiéndose que estas técnicas son métodos de tratamientos que procuran resolver la infecundidad y tienen como sustento el derecho a la salud y por tanto, al acceso a los medios disponibles para procurar un estado de salud jurídicamente exigible, que comprende que las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran enmarcadas dentro del derecho a la salud reproductiva, entendiéndose que el núcleo de este derecho es la libertad que tienen sus titulares de decidir sobre el número de hijos que puedan tener, y los medios para conseguir la procreación. Derechos reconocidos en la constitución ecuatoriana y en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En el trabajo de Flores (2014) sobre la carencia de una normativa jurídica que regule la filiación en la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el Ecuador, refiere que el estado del derecho involucra temas interesantes, en los cuales se ha hecho de manifiesto la estrecha

relación existente entre la ética y el derecho, relacionados a la maternidad y paternidad consciente e informada, específicamente en la reproducción asistida, considerando la importancia que reviste en la actualidad por su incidencia, así como por la vinculación de elementos jurídicos. Desde los orígenes de estos procedimientos han existido problemas serios en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, a los cuales se han tenido que enfrentar médicos, abogados y por supuesto que han encontrado en la fertilización asistida una respuesta a sus problemas de reproducción. Tal como todos nosotros hemos experimentado desde las distintas responsabilidades, las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, de la biología y de la genética plantea interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever la ley.

Se ha discutido inclusive en torno a los derechos del niño, los derechos del embrión y hasta se pretende la creación de un derecho genético, como el derecho del individuo y de la sociedad. Sin duda estos alcances son beneficiarios para el individuo y la humanidad, pero en primer caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una serie de implicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, éticos, biomédicos y jurídicos principalmente los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este origina en vacío jurídico entre la ciencia y el derecho, Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generalmente de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Es preciso y necesario una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad de señale.

## 1.7. Derecho Comparado

Aunque el Derecho comparado nos da las pautas a seguir, los países se han ido pronunciando en cada caso en particular como podremos observar, por ejemplo, en el derecho colombiano, aunque sufren de vacíos legales como en Ecuador, toda vez que no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida ya tienen jurisprudencia sobre los problemas que devienen de estos procedimientos, más tratándose de inseminación artificial heteróloga que es un procedimiento en donde debe prevalecer la confidencialidad de la persona que dona por sobre la verdad biológica (Espada, 2017, p. 4)

En Costa Rica existe el Decreto Ejecutivo No. 24.029-S de 1995, que rigió hasta el año 2000, que establecía que el hijo que naciera como resultado de un tratamiento de inseminación heteróloga sería considerado como hijo del matrimonio receptor de la donación y que el donante no tendría ningún derecho ni obligación sobre el nacido, restricción que continúa vigente.

En Europa por su parte los Estados que han regulado la materia niegan, en general, la posibilidad de establecer relaciones de filiación entre el donante y el hijo o hija procreados mediante un procedimiento de inseminación artificial heteróloga. España por su parte si se ha regulado este tema, que, sobre la base de un principio general de anonimato del donante y de confidencialidad sobre sus datos personales, permite a los hijos nacidos puedan obtener cierta información de los donantes, reservado la identidad (Ley No. 14/2006; Lamm, 2008, p. 45). Reino Unido establecía que el donante debía ser desconocido para la pareja receptora y solo permitía al hijo o hija, una vez alcanzara la mayoría de edad, obtener información sobre el origen étnico y la salud genética del donante, postura que fue reiterada mediante la Ley del 1º de abril de 2005. En Noruega existe un deber de confidencialidad del personal sanitario respecto de la

identidad del donante, así como la imposibilidad “del nacido de conocer la identidad de su padre genético. En Francia, la ley francesa 654 de 1994, que prohíbe al hijo investigar la identidad del donante, y solo permite que sean los médicos quienes accedan a dicha información, por motivos terapéutico. En Francia no se crea ninguna relación de filiación en caso de procreación asistida con gametos de terceros donantes.

El ordenamiento jurídico español permite la donación anónima de gametos con fines de reproducción asistida, debe señalarse que España es el primer país europeo en contar con legislación sobre reproducción asistida. Su carácter altruista apenas se discute, aunque existen importantes beneficios económicos para la industria de la reproducción. Ligado a esta cuestión está su carácter anónimo, pero en verdad también fomenta la existencia de un importante número de donantes con los que abastecer una demanda creciente en la sociedad. Igualmente, apenas se debaten los posibles efectos secundarios de dichas donaciones, sobre todo en el caso de la donación de óvulos. Todas estas cuestiones convierten a España en un destino privilegiado de la medicina reproductiva a pesar de esta ausencia de conocimiento en general y de debate público sobre los mencionados aspectos éticos controvertidos.

En Estados Unidos de Norteamérica no es general, sino que cada Estado tiene su propia legislación al respecto. Hay leyes que se muestran favorables a la técnica mientras que otras la prohíben o se muestra indiferente. En general, EE. UU., se rige por el derecho anglosajón, que es lo que se conoce como el derecho creado por sentencias judiciales.

Las condiciones del proceso de subrogación en EE. UU., varía entre unos y otros Estados. En cualquier caso, en relación con la gestante, de forma general no se permite que ésta aporte los óvulos además de la capacidad de gestar y suele ser requisito indispensable que haya pasado por

al menos una gestación propia previamente. La edad también es algo importante, suele limitarse entre los 18-20 y los 35-40 años.

Florida es un estado de los Estados Unidos en el que la gestación subrogada está permitida. La ley de este estado es más restrictiva que la de algunos estados como California, pero es también más permisiva que la de otros como Washington D.C. En el estado de Florida están permitidas tanto la gestación subrogada tradicional como la gestacional, aunque se encuentran reguladas por separado. La gestación subrogada tradicional es aquella en la que la gestante es a su vez la madre biológica del niño, ya que se fecundan sus óvulos con el semen del padre de intención. Este tipo de subrogación es poco común. En la mayoría de los casos, la subrogación que se lleva a cabo es gestacional, es decir, la gestante queda embarazada gracias a la transferencia de embriones creados por la fecundación in vitro de los óvulos de la madre intencional o una donante con el semen del padre de intención o de un donante.

Argentina por su parte tiene una cuenta con la Ley No. 26.862 para el que regula el acceso a las técnicas de reproducción asistida, la cual es más progresista al señalar no podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o estado civil de las personas. Adicional prevé que entre los servicios relacionados a la reproducción asistida está el de guarda de gametos o tejidos reproductivos, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

La Ley N° 19167 de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida de Uruguay, es amplia al definir quiénes pueden acogerse dividiéndolas según la técnica a aplicarse y las personas intervinientes, acoge a las parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como

en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, con esto se deja de lado a los hombres que tengan el deseo de ser padres. Por la complejidad: se divide en baja a aquellos procedimientos en función de los cuales la unión entre el óvulo y espermatozoide se realiza dentro del aparato genital femenino, cuando la mujer no sea mayor de 40 años, estas técnicas entran en el deben brindar las entidades públicas y privadas subsidiadas por el Estado, por otro lado están las de alta complejidad que son aquellas en las cuales la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del aparato genital femenino, dichas técnicas o procedimientos serán parcial o totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos.

Previo al sometimiento de estas técnicas deberán presentar su consentimiento escrito por parte de ambos miembros de la pareja o de la mujer en su caso. La identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten, sin embargo, la información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación con la filiación.

En México en materia civil se prohíbe que la filiación pueda establecerse mediante un contrato como en materia comercial (Código Civil, art. 338). Esta definición permite inferir que la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, otorga un estatus jurídico a quienes lleven a cabo el acto de procreación, ya sea mediante una relación natural (exista o no exista matrimonio entre los progenitores); por voluntad de aquellos que han querido ser padres y madres por adopción; o bien, por conducto de métodos de reproducción asistida.

La primera sala de la Corte Suprema de Justicia mexicana emitió la tesis aislada No. 1A. LXXVIII/2018 (10A.) sobre la práctica de técnicas de reproducción asistida heteróloga específicamente se refirió a la inseminación artificial señalando el hijo producto de este procedimiento no tendrá biológicamente un material genético compatible con el cónyuge varón;

siendo éste el escenario, lo que se debe acreditar es si los cónyuges otorgaron su voluntad para que la mujer fuera inducida bajo ese tratamiento, ya que en caso afirmativo, jurídicamente se tendrá una filiación con el hijo que nazca de dicha técnica de reproducción asistida y, en consecuencia, respecto del padre, surgirá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguineidad; prevalece la voluntad consensuada de ambos, para ejercer la libertad de decidir sobre los derechos sexuales y reproductivos. Ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos; a este consentimiento del padre se le conoce como voluntad pro creacional, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea. Esta postura supera la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, inclusive de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico. Por ello, en la inseminación artificial heteróloga, la voluntad pro creacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial, la existencia de una liga biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación.

Perú por su lado reconoce dos tipos de filiaciones, a efectos de incluir a los niños concebidos por técnicas de reproducción asistida dentro de una de estas categorías, describiendo como filiación biológica a la que está conectada directamente al hecho natural consanguíneo de padres a hijos, que no son otros sino los que mediante el acto sexual o técnicas de reproducción asistidas aportan material genético para la procreación con la finalidad de la perpetuación de la especie y lograr el proyecto social de vida de ser padres cuyo derecho es natural propio del ser

humano. Mientras que Art. 361 del Código Civil de ese país acoge “una filiación presuntiva”, para referirse a lo que ha llamado filiación jurídica reconocida por el derecho civil que otorga los mismos derechos a los hijos; pero este tipo de filiación también protege a los nacidos bajo las técnicas de reproducción asistida, de esta manera se comprueba que la filiación no es solo un lazo consanguíneo sino también voluntario, de esta manera la filiación jurídica es el “estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero” (Méndez, 1986; Urbina,2011). Cabe mencionar que la filiación jurídica se rige por normas positivas, normas que se encargan de adjudicar derechos y obligaciones en este caso alusivo a la filiación; los que pueden ir incluso en contra de una filiación biológica, tal es el caso de la maternidad subrogada que la madre genética no siempre es la que pare, o en todo caso un padre biológico que pierde un proceso de filiación el cual se constituye en cosa juzgada.

En resumen, se advierte que los países hispanos han desarrollado o por lo menos incluido ya en sus legislaciones temas relacionados a la reproducción asistida, cosa que no ha logrado el Ecuador, pese a tener la práctica y estar en homogeneidad jurídica con los países hermanos, tal es así que tanto en materia penal como procesal civil, han sido los referentes de otros países los que influyeron en realizar actualizaciones jurídicas, el Derecho de Familia debe también ser modificado a efectos de ser inclusivo a las personas según sus necesidades, de lo observado en países como Uruguay no solo desarrollaron la norma sino que fueron hasta la ejecución al ser el Estado el encargo de realizar los procedimientos de reproducción asistida.

El Estado también debe procurar que el niño concebido bajo estas técnicas llegue al goce y disfrute de todos sus derechos, sin ser objeto de discriminación en ningún sentido, con la sola voluntad procreacional dentro de un procedimiento legal adecuado debe bastar para determinar la filiación, al tener políticas claras el estado podrá ahorrarse mover el aparato judicial cuando las

personas requieran acudir para resolver los problemas legales que devienen de este tema, tales como: impugnación de paternidad al argumentar que no existe vínculo biológico entre un padre que aceptó se realice un proceso heterólogo a su pareja, o cuando la gestante por subrogación se niegue a entregar al hijo a los comitentes, estos por citar a los casos más comunes que hemos podido encontrar en otros países, es por tanto una cuestión de estar a la vanguardia de los procesos médicos en relación a la realidad social que vivimos.

## CAPÍTULO II

### METODOLOGÍA Y RESULTADOS

En este capítulo se expone la metodología usada en la investigación, así como las técnicas de recolección de información. Adicionalmente se recogen los resultados obtenidos, que permiten discutir los objetivos de estudio y pregunta de investigación.

#### **2.1. Enfoque y metodología de la investigación.**

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo. Entre las técnicas están la observación, el procesamiento, análisis y síntesis de la propuesta normativa con lo que se pretende aportar, utilizando material bibliográfico, documental, doctrinal y jurisprudencial, para que resulte una propuesta factible de reforma. Se utilizan técnicas como la encuesta. Todo lo recogido como resultado de la investigación está en datos aportados que nos valdrá para recomendar un proyecto de reforma al CONA. La observación participante, o la entrevista en profundidad, son métodos cualitativos. Esta investigación tiene un enfoque principalmente cualitativo, en razón a las técnicas de investigación de campo que se utilizó, que son básicamente la observación (Ordoñez, 2015, p. 220).

La propuesta de la metodología gira en torno a desarrollar las siguientes problemáticas. La definición de los gametos que se utilizan en la reproducción asistida. Deben de ser de un solo donante, o máximo un donante y el comitente masculino que tiene complicaciones con sus espermatozoides al ser lentos y esto dificulta llegar hasta el óvulo, ya que al utilizar diferentes se podría violentar la verdad biológica que en determinado momento podría solicitar el niño, pese a que en la propuesta prevalece la reserva del donante, sin embargo por ser el derecho cambiante e innovador se debe cuidar la identidad de la personas. De la mano con este punto es importante

destacar que la Constitución ampara al nasciturus desde la concepción, a efectos que no sea relacionado con la etapa de fecundación donde lamentablemente se pueden perder los gametos al momento de realizar el procedimiento de reproducción asistida, y desvincula cualquier proceso incluso penal que en el sentido de aborto pudiera querer aplicarse. Decimos entonces que la fecundación es cuando se unen los gametos femenino y masculino sin embargo puede que esta unión no sea dentro del útero, posterior se encuentra la etapa de concepción esta se da cuando a fecundado el óvulo y el espermatozoide y se encuentra dentro del vientre materno, la etapa pre embrionaria es desde el día 1 al día 14, posterior la etapa embrionaria desde la tercera hasta la octava semana, y por último la etapa fetal desde la semana nueve a la semana cuarenta.

En otro punto dentro de la institución del matrimonio, el hombre renuncia a la paternidad para que su cónyuge pueda gestar a un niño quien no será su hijo, pues de no ser así, el niño es considerado hijo legítimo, sin embargo, con los consentimientos previos se evitan procesos legales de impugnación de paternidad; así mismo cuando la mujer entregue su óvulo como donante, siendo básicamente el mismo abismo legal.

Es de resaltar las consecuencias psicológicas de las personas que se someten a las técnicas, la mujer que alquila su vientre, en el proceso de gestación se va creando el vínculo afectivo entre la mujer y el niño que está desarrollándose en ella, llegando al punto de considerarlo suyo y no entregarlo pese a que existió una relación contractual previamente, es entendible pues en la realidad social es la madre quien crea vínculos de biológicos de amor más fuertes que con cualquier otro consanguíneo.

Por último, existen varias contrapropuestas que señalan como ilegítimo el hecho que una mujer pueda realizar sola el procedimiento de reproducción asistida, primero porque sería un acto discriminatorio hacia los hombres que están limitados a realizarlos solo con su pareja

sentimental que necesariamente debe ser una mujer, y por otro lado que se está limitando a un niño a no tener vínculo paterno lo que limitaría su normal desarrollo, al negarle la posibilidad de contar con un padre sin si quiera este lo decida.

## **2.2. Alcance**

La investigación tiene un alcance descriptivo, exploratorio y explicativo. Es descriptivo en tanto que el objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables (Tam, Verá y Oliveros, 2008, p. 134). En ese contexto, mediante esta técnica, permitió definir la conexión entre la norma y la realidad social, con respecto a las limitaciones jurídicas que tiene el Estado ecuatoriano al reconocer únicamente a los hijos habidos dentro del matrimonio o aquellos que por orden judicial sean declarados como tales.

Su aplicabilidad se basa en cuanto describe como el problema afecta al desarrollo de vida normal de los ecuatorianos que requieren usarlas ya sea porque padecen de esterilidad e infertilidad y se ven socialmente marginadas por sus familias y comunidades o por el acceso que por derecho se tiene a gozar de las innovaciones tecnológicas, ya que al no estar reconocido el uso y aplicación de estos métodos en la legislación se afectaría de alguna forma al derecho de salud sexual y reproductiva y el derecho a tener una familia.

El trabajo es exploratorio porque “está constituido por un continuo análisis de los datos e información que se registra, procediéndose a una reducción de impresiones complejas y a una síntesis subsiguiente de las aisladas en el ámbito total de la imagen integrada de la persona examinada” (Francés, et al., 2015, p. 109). Mediante esta técnica de investigación se pudo

explicar la correcta aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; toda vez, que es una innovación procesal y que está en la vanguardia a nivel mundial. Se examinó las ventajas que ofrece la institución jurídica en tutela de los donantes y de la pareja o individuo comitente; además se agrega el procedimiento de la declaración filial.

El proyecto de investigación es de tipo exploratorio porque el tema de estudio de los usuarios en los archivos es nuevo, y como se ha mencionado existe poca información al respecto. En el Ecuador y en la mayoría de los países del mundo no han llegado a definir cuál es la filiación que tendrán los hijos producto de los métodos de reproducción asistida, pues aun no reconstruyen los conceptos de: familia, concepción, procreación y matrimonio; así como no agregan que la procreación puede ir más allá de la relación sexual entre un hombre y una mujer, solo han llegado hasta el concepto de adopción para insertar a un hijo sin vínculo biológico a la familia.

A su vez es descriptiva porque describe y analiza ampliamente el tema de estudio. Es aquella que sirve para determinar la relación positiva o negativa entre dos o más conceptos. Esta se realizará en base a un mismo patrón para el mismo grupo de estudio. La investigación correlaciona no solo describe, sino también analiza y relaciona.

Teniendo la determinación filial de un niño concebido por métodos de reproducción asistida, promovido desde el derecho de Familia, donde actualmente se conoce que existe más de un modelo, la preestablecida llamada familia “nuclear” compuesta por la madre, el padre y los hijos dentro del matrimonio o unión de hecho. La realidad en el Ecuador es que cada vez existen más familias monoparentales, las cuales en su mayoría a su vez se conforman de madre e hijos.

También tenemos los casos de parejas infértiles las cuales gracias a los avances científicos pueden conformar nuevos tipos familiares, a través de donantes de óvulos y espermatozoides o de vientres de alquiler también llamadas madres por subrogación. Legalmente no hay prohibición en Ecuador para estos procedimientos, pero tampoco se cuenta con normativa que permita regularizar tanto la utilización para no caer en la mercantilización de niños, niñas y mujeres, pues de lo contrario la reproducción y los cuerpos se convierten en objetos de libre mercancía, como conclusión se puede decir que ninguno de los dos puntos es bueno contando que es una realidad social la cual no se encuentra regulada o limitada en su utilización. Si bien la Corte de Derechos Humanos Europea se ha pronunciado en casos especiales como *Evans contra Reino Unido*, *Frette contra Francia*, *S.H. y otros contra Austria*, para definir derechos humanos, se limita a no interferir directamente en la legislación de cada país sobre el procedimiento y demás generales.

Finalmente es explicativo porque además de describir, se analizan las causas y sus relaciones fenomenológicas. En relación con el método explicativo se puede observar que en el Ecuador existen clínicas que realizan intervenciones de reproducción asistida, sin embargo, no existe normativa legal que defina qué familia acogerá a los niños producto de estos procedimientos en caso de negativa de alguna de los intervinientes. Se ha contrastado en base a la comparación empírica de trabajos de investigación que han tratado el tema, en base a la entrevista a los operadores de justicia y al cuerpo de abogados, de lo cual se infiere la urgencia de la normativa que permita regular la filiación no realizada naturalmente.

### **2.3. Tipo de investigación.**

La investigación es de tipo experimental y transversal. De transversal, son los que toman una sola medición del fenómeno o variable examinada, los longitudinales, varias mediciones en diferentes momentos temporales. Por ello, este trabajo se centra en la problemática actual de la

aprobación del proyecto del Código Orgánico de la Salud, y la necesidad de incluir allí una normativa sobre los métodos de reproducción asistida.

Además, es no experimental, toda vez que, el experimento cobra particular aplicación en las investigaciones experimentales. Consiste, en definitiva, en la provocación, sujeta a un plan, de una situación de hecho, si bien no suele ser fácil distinguirlo, de forma nítida e inequívoca, de la observación y la exploración ya que las fronteras entre estas técnicas de investigación son fluctuantes (Francés, et al., 2015, p. 109). En este caso, no se trata de llevar al objeto de estudio a un laboratorio, sino analizarlo tal como sucede en la realidad.

#### **2.4. Métodos**

El trabajo empieza desde el análisis histórico-lógico, atravesando por la sistematización jurídica doctrinal y aterrizando en el análisis jurídico comparado sobre el objeto y campo de estudio; se desarrolló sus dimensiones, sistema conceptual, terminando en la trayectoria y modelos. Precisamente esta investigación empieza desarrollando las grandes teorías y las meta teorías referentes a la evolución del derecho de familia, atravesando la evolución de como el Estado Ecuatoriano la fue reconociendo a lo largo del tiempo, en un principio la nuclear evolucionando con la inclusión de los diferentes tipos de familia; a par la ciencia fue creando nuevas formas de concepción que se han ido regulando con el derecho comparado. Se desarrolló teórica y principalmente los referentes empíricos estudiados sobre el campo de estudio, esto es la reproducción asistida.

El desarrollo teórico de la investigación, nos permite entender de una forma clara y sencilla sobre la preocupación de la investigación, sobre el problema social; sobre el fenómeno estudiado; de tal suerte, que después de la lectura de las grandes teorías y las meta-teorías, el lector estará en la capacidad de comprender que la propuesta de la reforma es necesaria para

contrarrestar las consecuencias del fenómeno problemático; esto es, el lector, jurídicamente comprenderá que se debe sumarse a la evolución del Derecho y regular la filiación de hijos concebidos de forma alternativa.

Este método, es analizado desde la categoría del objeto de estudio de la investigación; utilizando las técnicas de análisis documental, entrevistas en profundidad y encuestas. Precisamente en esta investigación se analiza normativamente la inserción de la Ley No. 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida; también se realiza encuestas a operadores de justicia de la Provincia de Manabí; el motivo de la encuesta es precisamente conocer si en la realidad o en la praxis jurídica el fenómeno problemático de la investigación suele presentarse; así también hemos consultado, su proyección a la reforma que en esta investigación se ha planteado, siendo aceptado en la comunidad jurídica encuestada.

Los métodos inductivo y deductivo han servido para conocer el problema legal y social de lo investigado desde lo general a lo particular. Método que ayuda a inferir ciertas propiedades a partir de hechos particulares, es decir permite pasar de lo particular a lo general y viceversa. Su aplicabilidad se encuentra expresada en la necesidad de un cambio en el ámbito de la ley, partiendo desde un artículo hasta llegar a todo un sistema legal, buscando se precautele la verdadera aplicabilidad de principios constitucionales. En este caso especial se pudo evidenciar los aspectos positivos que produciría al incorporarse un título en el Código de la Niñez y Adolescencia sobre la determinación legal de la filiación por uso de técnicas de reproducción asistida, como un derecho de la familia y de salud ya que regulará el vínculo entre padres e hijos con técnicas que ya se aplican en Ecuador.

El método analítico permitió estudiar el problema desde el punto de vista social y jurídico, y así proponer una reforma para formalizar la igualdad de derechos fundamentales. Como el

derecho es un fenómeno social, este método le es aplicable ya que se puede analizar un artículo, una ley o hacer un análisis de los elementos de una definición o concepto jurídico, en este caso, la tesis se enfocó en descubrir los avances científicos y tecnológicos de las técnicas de reproducción humana asistida y como la constitución ya reconoce a la familia en sus diversos tipos abriendo una aristas a estos procedimientos, reconociéndolo como norma legal y la aceptación de la sociedad.

El método histórico permite hacer una investigación sobre hechos pasados de manera cronológica, estructurando la regularidad del problema y estableciendo de manera lógica como ocurrieron los hechos, para la presente tesis se estudió los antecedentes históricos y su evolución hasta la actualidad en lo que respecta a los avances de la ciencia y tecnología sobre estos métodos de concepción artificial para su posible regulación con la incorporación al Código de la Niñez y Adolescencia.

Tabla 2.

Métodos teóricos

<b>METODOS</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>SISTEMA CONCEPTUAL</b>	<b>TRAYECTORIA Y MODELOS</b>
<b>Sistematización Jurídico Doctrinal</b>	Filiación	Filiación y maternidad Interés superior del menor	Ecuador
	Reproducción asistida	Derechos sexuales y reproductivos	Ecuador
	Derecho de familia	Tipos de familia	Ecuador
<b>Histórico Lógico</b>	Técnicas de reproducción asistida.	Familia tradicional Familia ampliada	Ecuador
<b>Jurídico-Comparado</b>	Legalidad de las técnicas de reproducción asistida	Derechos y obligaciones	España
	Formas de establecer la filiación	Filiación biológica Filiación presuntiva	E.E.U.U. México Uruguay Argentina Perú

Adaptado por: Sandy Ramírez

Tabla 3.

Métodos empíricos

<b>2.3. METODOS EMPIRICOS</b>			
<b>CATEGORIAS</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>TECNICAS</b>	<b>UNIDADES DE ANALISIS</b>
<b>Familia</b>	Reproducción Asistida	Análisis Documental	Sentencia No. 184-18-sep-cc Constitución Art. 25, 66.10, 67 CONA Art. 9, 98 CC 24, 60
<b>Filiación</b>	Maternidad y paternidad	Entrevista	Jueces de familia, mujer niñez y adolescencia

Adaptado por: Sandy Ramírez

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS

#### 3.1 Resultados

En este apartado se recogen los resultados de la investigación. Se expone los detalles de la entrevista realizada a los jueces de la niñez y adolescencia de la provincia de Manabí. La entrevista se diseñó de acuerdo a dos puntos. Primero sobre la consideración de familia según las consideraciones constitucionales, es decir, el reconocimiento de aquellas que se forman mediante métodos de reproducción asistida. Luego, se enfoca en captar la opinión de los juristas sobre la filiación establecida por esos métodos. No se coloca los nombres de los entrevistados porque han pedido que se mantenga la reserva.

##### 3.1.1. Familia formada mediante técnicas de reproducción asistida.

Respecto a esto, se preguntó *¿Considera usted que el reconocimiento que hace la constitución de la Familia en sus diversos tipos incluye a aquellas que se forman con técnicas de reproducción asistida con la participación de donadores o de gestación por subrogación?*

El primer entrevistado respondió “Nuestra constitución en su artículo 67 señala que reconoce a la familia en sus diversos tipos enfatizando a la formada por el matrimonio o unión de hecho ya sea familia nuclear o monoparental, pero no determina el reconocimiento sobre los hijos que son formados con ayudas técnicas a través de donadores o de gestación por subrogación, esto se debe a que en el país no se han desarrollado estas técnicas o metodología para formar a este tipo de familia y que será necesario sean reguladas en su debido momento con la normativa legal”.

El segundo respondió “Hace muchos años atrás, el único modelo de familia reconocido era el matrimonio ante la iglesia católica; conforme ha evolucionado en el tiempo la sociedad, la Ley lo ha hecho también, reconociendo como familia a la constituida bajo el matrimonio y también en la unión de hecho en iguales condiciones, cada vez más avanza la ciencia y es por esto que es imprescindible contar con una legislación que proteja los diversos tipos de familia de la nueva era, si la ciencia avanza abriendo nuevas posibilidades para la concepción a través de la reproducción asistida, debemos forjar los lineamientos que acompañen esta nueva realidad”.

El tercer entrevistado menciona “Sí, estoy de acuerdo, ya que es una oportunidad que se les da a la personas que no pueden tener hijos de manera natural de ser padres, siempre y cuando cuenten con la protección de estos sin distinción de las condiciones en las que nazcan, dígase enfermedades o discapacidades o el número de hijos, por ejemplo se planificó un hijo pero se fecundaron dos, entonces los comitentes deben velar por ambos niños como padres. Además debería considerarse que no exista una negativa por la irrenunciabilidad de derechos que tienen los padres sobre sus hijos, es decir que los donadores ya renuncien sobre cualquier derechos u obligación sobre el niño”.

El cuarto argumenta que “en el sentido amplio de lo que determina la Carta Magna, por ser garantista de derechos y en respeto al interés superior del niño debe interpretarse que en efecto se refiere a los distintos tipos de familia, aunque no esté plenamente indicado, hasta tanto debería elevarse a una consulta a la Corte Constitucional a fin de que confirme o niegue tal premisa, ya que en el país no existe normativa que refiera al tema, más que lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal”.

Los entrevistados todos están de acuerdo en que se puede formar una familia mediante las técnicas de reproducción asistida. No obstante, manifiestan que para que tenga validez legal y

constitucional, es necesario que se establezcan lineamientos claros, mediante un control de constitucionalidad y convencionalidad, de tal forma que no se afecte los derechos de las partes. Aunque plantean que los elementos que se generan de la Constitución como de las interpretaciones que ha hecho la Corte Constitucional, se desprende que no habría limitación alguna.

### **3.1.2. Filiación establecida mediante técnicas de reproducción asistida.**

Respecto a este tema se preguntó *¿Está de acuerdo en realizar una reforma al Código orgánico de la Niñez y Adolescencia en la que se incluya un título para regularizar la filiación por el uso de métodos de reproducción asistida?*

El primero respondió “Todo acto realizado por las personas contrae derechos, deberes y obligaciones y por ello debe ser reglado para mantener una convivencia de respeto, paz, seguridad jurídica aún más cuando la familia es considerada el núcleo fundamental de la sociedad. Además que, los niños y niñas gozan de una protección integral no solo por parte del Estado con sus políticas públicas sino de la familia y sus parientes, tornándose en imprescindible en que debe reformarse el Código orgánico de la Niñez y Adolescencia en el momento en que el país fomenta cotidianamente y legalmente la práctica de reproducción asistida con donadores o por gestación por subrogación para regularizar la filiación entre progenitores e hijos”.

El segundo afirma “Por supuesto, es un gran paso de la ciencia lo que viene a plantear una problemática, que va más allá de las estructuras jurídicas existentes en el Ecuador. Los métodos de reproducción asistida tratan de buscar un remedio a la esterilidad conyugal, siendo uno de los polos debatidos de nuestra realidad social, lo que abre un mar de interrogantes no resueltas en la

normativa actual. El Derecho de la Familia, el Código Civil y en las Sucesiones, debería abarcar la reforma, sin olvidar que prima el bienestar de un hijo frente a la necesidad de concebir uno”.

El tercero afirma “Me parece un hecho trascendental que la Asamblea Nacional proceda a realizar una modificación al Código de la Niñez, más cuando existen las prácticas de estos métodos ya en el Ecuador, no solo por el tema de la familia, sino también por el tema de la salud reproductiva, ya que las personas que se dirigen a estos establecimiento no cuentan con garantías legales que avalen su funcionamiento, digamos podrían estar experimentando con las cédulas reproductivas de las personas, y no existe control sobre las mismas. En otros países se ha regulado desde diferentes ámbitos, dígase familia y salud, entonces me parece que se debe a los ciudadanos una normativa que se pronuncie sobre el tema”.

El cuarto afirma “Existen dos posiciones que debe evaluar el juez este sentido aplicar la sana crítica y dirimir sobre estas, la primera no olvidemos el aspecto emocional y psicológico que van a sufrir las personas que se someten a estas técnicas, pues partiendo del vínculo que va a tener una mujer al gestar en su vientre a un bebe que debe entregar va a ser un choque sentimental, que debe ser tratado con mucho tino. Por otro lado y en la misma línea emocional tenemos a las personas que guardan la ilusión de poder ser padres bajo estas técnicas les es arrebatado cuando la mujer se niega a entregar al niño”.

Los entrevistados aceptan que el desarrollo de la ciencia ha avanzado y el derecho no ha respondido satisfactoriamente, por lo que es necesario que las agencias legislativas establezcan claramente las formas en las que deben llevarse los procedimientos de reproducción asistida, considerando que todos los que intervienen tienen derechos, pero más importante es el principio de intereses superior del menor que se pretende procrear. El problema no es solo jurídico sino que es necesario resolverlo por otras ciencias como la psicología, la sociología, entre otras. En los

casos actuales, la falta de normas, hace que el juez aplique la sana crítica en esos casos, pero debe hacerlo considerando la Constitución y los derechos.

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN

En este capítulo se expone la triangulación de los resultados obtenidos en conjunto con las categorías teóricas expuestas. Se muestra el alcance que se ha obtenido de los objetivos de estudio, así como la pregunta de investigación. Además se plantea las premisas para la propuesta desarrollada en el siguiente capítulo. Primero, exponemos algunas cuestiones sobre el proyecto que de Código Orgánico de la Salud que se está discutiendo en la Asamblea Nacional, para luego centrarnos en discutir las cuestiones sobre la filiación en casos de reproducción asistida.

#### **4.1. Sobre el proyecto de Código Orgánico de la Salud.**

En la Asamblea se ha incluido en materia de Salud la reproducción asistida. En el primer borrador del Código Orgánico de la Salud se hizo referencia señalando que será la autoridad sanitaria, es decir, el Ministerio de Salud pública el que autorice su utilización. Debe hacerlo sobre la base de la bioética, proyectada como una nueva disciplina que combinara el conocimiento biológico con el conocimiento de los sistemas de valores humanos, se entiende que en el campo de la biología se podrían realizar experimentos que darían vida a nuevos seres por lo que las legislaciones buscan protegerlos. El texto del borrador señala:

La reproducción asistida podrá realizarse en el país cumpliendo con los requisitos determinados por la autoridad Sanitaria Nacional, la cual regulará el acceso a estos métodos. Las técnicas de inseminación artificial y otras de reproducción asistida estarán permitidas siempre y cuando estén basadas en evidencia científica en el marco del respeto de los derechos humanos y la bioética, incluyendo la reproducción asistida mediante vientres subrogantes (Proyecto de Código Orgánico de la Salud, 2018, art. 150).

Posteriormente, en un segundo debate se volvió a pronunciar sobre las técnicas de reproducción asistida, ahora un poco más amplio, en su artículo 242 si bien ratifico que será la autoridad sanitaria la encargada a través del Ministerio de Salud Pública de la regularización, se prohíbe la obtención de los compuestos para crear vida sin consentimiento, cabe aclarar que esto refiere un poco a lo ya establecido en el Código Orgánico Integral Penal, que señala que está prohibido inseminar a una mujer sin su consentimiento, además prohíbe los experimentos que vayan más allá de los seres como normalmente conocemos.

Células sexuales humanas. - El uso de óvulos, espermatozoides y sus formas germinales, para uso en técnicas de reproducción humana asistida, ingreso y salida del país e investigación serán regulados y autorizados por la Autoridad Sanitaria Nacional, en base a la normativa que dicte para el efecto. Se prohíbe la extracción sin consentimiento previo y la comercialización de células sexuales humanas; así como, la experimentación con las mismas, excepto cuando dicha experimentación se realice para análisis y procedimientos propios de la técnica de reproducción asistida. (Proyecto de Código Orgánico de la Salud, 2018, art. 150).

Tanto la entrega como la recepción de compuestos para crear vida solo podrá ser realizada por personas con mayoría de edad, y puliendo aún más se refiere a las personas que tengan las aptitudes para realizarlos, con esto descartamos que se involucren a menores de edad o incapaces en estos métodos aprovechándose de su condición. Además, ya involucra a centros posiblemente privados pero con el aval del Ministerio de Salud Pública, ya que como bien se conoce a través del sistema público de salud sería imposible de lograr a acceder a este tipo de técnicas y no necesariamente por la capacidad de los galenos, sino por los pocos recursos destinados para estos conceptos.

Es importante resaltar que también se prevé un registro tanto de los donadores, de los comitentes y de los niños concebidos bajo estos métodos, lo que se entiende que en caso de requerirlo el niño podría en cualquier momento solicitar información sobre sus padres biológicos y acceder a ellos, pudiendo inclusive reclamar los derechos y obligaciones que por Derecho le corresponden. Es por esto que en otras legislaciones el principio de reserva de identidad del donante se sobrepone al del hijo de conocer su identidad familiar, y a bloquear todo tipo de acceso a información de los donadores.

Uso de células sexuales humanas en técnicas de reproducción asistida. - La donación de óvulos y espermatozoides solo podrá hacerse por personas mayores de dieciocho años. La fertilización de óvulos e implantación de embriones solo podrán hacerse en mayores de edad, que se encuentren en pleno estado físico y mental, cumpliendo los requisitos que establezca el Reglamento del presente Código para el efecto y, en centros y por profesionales de la salud especializados y autorizados por la Autoridad Sanitaria Nacional (Código Orgánico de la Salud, 2018, art. 243).

Por su parte la Ley de Salud vigente, sobre el tema puede acoplarse criterios para enfocarlos a los procesos de reproducción asistida utilizando inclusive a donadores, tal como a continuación se ira fragmentando el articulado, para empezar tomamos el artículo 209 de la genética humana que empieza por la regularización de los establecimientos de salud (Ley de Salud, art. 209), como premisa se puede observar que el Estado ecuatoriano deposita el tema de salud al Ministerio que existe para el efecto, como fiscalizador de los ejecutores que como se mencionó en líneas anteriores recaerá sobre entes de salud privados. Afinando el tema obliga que las personas que realicen este tipo de procedimiento sean especializados en la materia, como garantía al paciente para someterse a este tipo de intervenciones.

Al referirse a las pruebas que ayuden a desarrollar la salud genética deja la puerta abierta a los métodos de reproducción asistida, como se pudo encontrar al principio de este trabajo, tenemos los más como conocidos y aplicados, sin embargo, podría utilizarse para combatir los problemas de infertilidad, de salud o los legales que puede acarrear tener un hijo de forma natural. Nuevamente se sigue garantizando la ejecución de las intervenciones con personal calificado en el área, ya que la irresponsabilidad de poner en manos de un improvisado un asunto tan delicado podría poner en tarjeta roja a los principios bioéticos, aquellos que garantizan que la vida del ser humano desde su origen va ligada a derechos y a bienestar.

En otro punto se ha referido sobre la ponderación que hay entre el derecho de reserva de un donador frente al derecho del niño a conocer su origen familiar, y se determinó por normativa internacional que el primero es el que prevalece sobre el segundo, es decir que quien haga entrega sus espermatozoides o su óvulo para la concepción de un niño no tendrá oportunidad de conocer a este y viceversa, así mismo no podrá reclamar derechos ni obligaciones por temas filiales, separando a estos individuos como unos completos desconocidos, considerando siempre que el niño deberá recibir de su familia emocional todo el amor que se brinda comúnmente en la familia biológica a un hijo. El proyecto menciona “se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético. Es obligatorio guardar confidencialidad respecto al genoma individual de la persona” (Proyecto de Código Orgánico de la Salud, 2018, art. 211).

Como se conoce, una de las grandes resistencias que ha tenido el desarrollo y aplicación en los países de estas técnicas, es precisamente prevenir la comercialización de seres humanos, pudiendo darse casos en que utilicen mujeres para sirvan de vientres de alquiler y se vean obligadas a entregar niños a compradores con fines alejados de darles protección familiar. Es por esto que generalmente se prohíbe cualquier tipo de retribución a la madre gestante y a su vez se

limita las veces en la que puede subrogar la gestación, lo mismo pasa con los hombres, se les limita a un número de veces en los que pueden ser donadores, a efectos de prevenir la trata de personas.

Se prohíbe la intervención genética sobre células de la línea germinal y células madre, con fines de experimentación y lucro. Podrán efectuarse intervenciones sobre el genoma humano, células de la línea germinal y células madre únicamente por razones predictivas, preventivas, diagnósticas o terapéuticas, siempre que se disponga de asesoramiento genético especializado, procedimientos científicamente probados y seguros, previo consentimiento informado, expreso y escrito de la persona y que sea de beneficio social y eugenésico (Proyecto de Código Orgánico de la Salud, 2018, art. 212).

Como medida preventiva el Estado, registrará cualquier tipo de experimento que derive la aplicación de las técnicas estudiadas, nuevamente encomendando la labor de todo tipo de investigación referente a la genética al ministerio del ramo. Estamos trastocando el tema de salud como principal, pero de aquí se deriva la bioética y los derechos a humanos de las personas que intervienen o son producto de este tipo de procedimiento, a lo que el Estado hace frente dando políticas restrictivas, pero no ha desarrollado las vías en las que si proceden.

#### **4.2. Sobre la filiación**

Por parte de las encuestas realizadas a los jueces especializados en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia, se pudo palpar que existe desconocimiento sobre la práctica de estos procedimientos en el Ecuador, de la investigación realizada se pudo encontrar que actualmente en la ciudad de Quito ya opera una clínica de reproducción asistida, en la que también concurren donadores tanto de óvulos como de espermatozoides, de lo revisado ellos “garantizan” que los

donadores se encuentran en buen estado de salud, así como que sus procedimientos están amparados en la normativa legal ecuatoriana, inclusive entregan incentivos económicos a las personas que concurren a esta clínica. Está demás señalar que no hay una garantía legal que ampare los procesos enfocados en las relaciones familiares que existen entre los donadores y los niños producto de embarazos obtenidos con la aplicación de métodos de reproducción asistida.

Las expresiones de los señores jueces de familia fueron negativas sobre si conciben que la constitución del Ecuador al referirse a la Familia en sus diversos tipos se incluya a las formadas bajo los parámetros de esta investigación. Sin embargo, el concepto de familia es amplio cuando se trata de definirla, pues al transcurrir el tiempo hemos observado cómo estas se han transformado, sin dejar de mantener su esencia, que no es más que el amor, cuidado y protección entre individuos que viven juntos en relaciones interpersonales.

La Corte de Derechos Humanos expone la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos, dicen que cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia deberían también precisar los estados en qué medida sus legislaciones las protegen y reconocen.

Hasta ahora se ha orientado la investigación en las partes contratantes del procedimiento, sin embargo se debe también enfocar en el producto, a fin de establecer qué tipo de derechos los amparan o respaldan, por eso la corte constitucional cuando se refirió a los derechos de los niños y niñas concebidos por técnicas de reproducción asistida ha mencionado que ellos gozan de garantías constitucionales. El principio del interés superior del niño ha sido reconocido en

instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10). En base a ello, diversos organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrolló el interés superior en los siguientes términos:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (Corte IDH, Opinión Consultiva número OC-17/2002).

La Constitución garantiza también el bienestar del niño alrededor de su familia, señalando que todos los actores deben garantizar la protección integral, en una responsabilidad tripartita a los prenombrados lo que es concordante con lo establecido en el Código de la Niñez, norma de aplicación para todas las personas desde su concepción hasta cumplir los dieciocho años, y por excepción acoge a personas con capacidades especiales.

En temas relacionados a niños no solo debemos enfocarnos en ensalzar sus derechos, también hay que rechazar cualquier tipo de discriminación, tal es así que en un caso resuelto por la justicia colombiana, se encontró que se pretendía dejar sin herencia a unos niños por haber sido concebidos bajo técnicas de reproducción asistidas post mortem, en donde el padre en vida había accedido a concebir y las leyes del país refieren que se podrá realizar el procedimiento hasta seis meses después de haber fallecido, sin embargo en este caso habían transcurrido nueve meses por lo que sus hermanos impugnaban que los menores tuvieran parte del legado, a lo cual la Corte

Constitucional de Colombia en pegado al interés superior del niño, resolvió declarar la filiación de los niños.

En el artículo 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, señala que todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares. Enfocándonos en el tema investigado observamos que no habrá discriminación por causa de su nacimiento, es decir es una medida de protección que puede ser utilizada actualmente en caso de que entidades se nieguen a dar cumplimiento a sus funciones encomendadas, tal como ocurrió en el caso revisado por la corte constitucional ecuatoriana.

Enfocando ahora en la contrastación de resultados, procedo primero a realizar una diferencia en los enfoques que se realizan, partiendo desde la premisa que esta investigación se realizó enfocada al Derecho de familia y su aplicación desde esa perspectiva, mientras que los trabajos de investigación encontrados se enfocan en el Derecho a la salud, que concuerdo en tener mucha relación, sin embargo, la protección de Derechos al núcleo de la sociedad nos es más relevante, ya que como se han mencionado en ocasiones anteriores la ley ecuatoriana no regula, pero al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil sobre la definición de la Ley, señala en su parte final que esta manda, prohíbe o permite, y la interpretación común que se le da, es que si no lo prohíbe lo permite, por tanto se podría decir que la aplicación de las técnicas al no estar prohibidas están siendo perfectamente utilizadas de manera legal.

Por otro lado sobre la relación filial entre las personas que se someten a estas técnicas, existe un completo caos jurídico, y en el caso que se presenten procesos sobre estos temas el

Estado ecuatoriano deberá acogerse a la jurisprudencia internacional, que valga la aclaración no es homogénea, su base como bien se conoce es el respeto a los Derechos Humanos y al principio Superior del Niño cuando deba invocárselo, pero en la tramitología o dígase el procedimiento no está reglado, y lo que se puede observar es que estas se están haciendo tratando de mantener la armonía con los intervienees, aunque a ciencia cierta sabemos que esto no podrá mantenerse de esa manera en el transcurso del tiempo.

## **CAPÍTULO V**

### **PROPUESTA**

En este apartado se recoge la propuesta de esta investigación relativa a la inclusión en el CONA de una forma de determinación de legal de la filiación en los casos de procreación mediante técnicas de reproducción asistida. Se expone primer el objetivo de la propuesta, luego su justificación, y finalmente el desarrollo.

#### **5.1. Objetivo de la propuesta.**

El objetivo general de la propuesta es realizar una reforma normativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, mediante el cual se permita la regular las técnicas de reproducción asistida para determinar la filiación legal entre el hijo y los padres que se sometieren a estos procesos médicos.

Como objetivos específicos se plantean: (i) Generar una normativa que regule los procesos de reproducción asistida que este en armonía con los preceptos constitucionales y legales, (ii) reconocer que las partes involucradas tienen derechos, pero que prevalece el interés superior de los menores que son procreados por esa vía, (iii) determinar que la filiación y la familia como institución jurídicas deben adecuarse a la realidad de las técnicas de reproducción asistida que se dan en Ecuador.

#### **5.2. Justificación de la propuesta**

La inserción del reconocimiento de la familia en sus diferentes tipos constituyó un avance sustancial en materia constitucional, que lo requería desde hace muchos años atrás, dados los avances médicos y con ellos la demanda por satisfacer necesidades emocionales, la normativa doméstica necesitaba ser regulada para que se materialice el imperativo de derechos y justicia

enunciados en la Constitución; así como el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, dispone que el Estado se encargará de la protección integral para el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia.

No obstante, de lo anterior, es preciso advertir que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia fue promulgado en el 2003, habiendo sufrido reformas sobre todo en materia de alimentos, dejando de lado la institución familiar que debería ser su finalidad, es por esto que se propone realizar cambios sustanciales al reconocimiento del hijo concebido con métodos de reproducción asistida.

De los casos que se han podido estudiar relacionados a la determinación filial, han sido las Cortes de Derechos Humanos las protagonistas en el pronunciamiento sobre estos temas, al encontrarse los países en austeridad jurídica para que los operadores de justicia puedan pronunciarse al respecto de cada caso en particular, es así como se refirió en líneas anteriores, que en el Ecuador fue la Corte Constitucional la primera en hacer camino en estos casos.

### **5.3. Desarrollo de la propuesta.**

La propuesta pretende ser incluida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para ampliar el marco del reconocimiento de la filiación, y establecer procedimientos claros y previos sobre la forma como se forma la relación filial entre los menores procreados por vías de reproducción asistida, con los donantes de gametos y con los padres interesados en su procreación.

Al final del Libro II, luego del título VI del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia debe incluirse un Título VII que recoge todo lo mencionado en esta tesis, de acuerdo a los siguientes parámetros:

**“TÍTULO VII.- DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN EN LOS CASOS DE PROCREACIÓN MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

**Capítulo I.- Condiciones de la aplicación de las técnicas**

Artículo innumerado 1.- La procreación se podrá realizar mediante las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. Éstas deben estar debidamente aprobadas por la Autoridad Sanitaria de Salud.

Artículo innumerado 2.- Para que las personas puedan participar de los procedimientos de reproducción asistida deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Demostrar tener capacidad afectiva y económica para asumir los gastos del procedimiento como del nuevo ser que será procreado.
2. Capacidad legal para obligarse.
3. Demostrar debidamente que no son capaces de procrear por los métodos naturales.
4. Estar debidamente informados sobre los aspectos médicos, jurídicos y éticos que conlleva ese tipo de procedimiento.

Artículo innumerado 3.- La Autoridad Sanitaria de Salud llevará un registro de los datos de los donantes, los usuarios y de los menores procreados. Cada historia clínica se guardará bajo reserva.

## **Capítulo II. Contratos de donación**

Artículo innumerado 4.- La donación de gametos y pre embriones para fines legales se realizará mediante un contrato gratuito, formal, voluntario y confidencial entre los donantes y los beneficiarios.

Artículo innumerado 5.- La donación no será revocable a excepción de los casos en los que las partes no acudan donde el juez para dar su consentimiento.

Artículo innumerado 6.- La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.

Artículo innumerado 7.- El ministerio de salud pública será el encargado de autorizar a los centros de salud reproductiva públicos o privados para realizar las técnicas basados en lo dispuesto en esta ley.

Artículo innumerado 8.- La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

## **Capítulo II.- Procedimiento judicial**

Artículo innumerado 9.- El contrato será adjuntado en una petición que suscribieran las partes intervinientes mediante el procedimiento voluntario de acuerdo con lo determinado en el Código Orgánico General de Procesos. En caso de que alguno de los interviene sea casado, deberá contar con la renuncia de filiación del otro cónyuge, quien también debe comparecer como parte.

Los centros de salud no podrán realizar el procedimiento si previamente no se cumple lo señalado en los párrafos anteriores, en caso de incumplimiento le será suspendida de forma permanente la acreditación por parte del ente acreditador.

**Capítulo IV.- Filiación legal de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.**

Artículo innumerado 10.- La filiación de los menores procreados mediante técnicas de reproducción asistida será concedida a las personas que dicen ser los padres de intención. Los donantes y las mujeres gestantes renuncian a cualquier derecho u obligación sobre el niño.

Artículo innumerado 11.- No podrán impugnar la filiación las personas que dando su consentimiento voluntario, aceptaron llevar a cabo el procedimiento de reproducción asistida.

Artículo innumerado 12.- En los casos en los que se establezca la necesidad de la revelación de la identidad del donante, no causará por ninguna circunstancia una determinación de filiación legal.”

## CONCLUSIONES

- El procedimiento legal establecido para realizar procedimiento de reproducción asistida garantiza la seguridad jurídica y los derechos de las partes. Las personas pueden acceder a intervenciones médicas con la confianza que el Estado a través de sus operadores de justicia aprueban la maternidad/paternidad, accediendo por tanto a derechos y obligaciones sobre su hijo, estableciendo más que lazos biológicos, lazos sentimentales que nacen con el convivir diario entre padres e hijos.
- Con la regulación de las normas de filiación legal los operadores de justicia podrán de acuerdo con su sana crítica palpar a los intervinientes en los procesos de reproducción asistida, a fin de proteger y reprochar cualquier tipo de mercantilización de niños y mujeres, pues será el Juez especializado en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia el encargado de aprobar los contratos previos que realicen las partes, previo a la intervención médica.
- La familia es el bien más protegido por el Estado, núcleo de la sociedad, por ello su reconocimiento en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es una forma de guardar armonía con los enunciados constitucionales, al plasmar legalmente la esperanza que la medicina dio a quienes no pueden obtener la concepción de manera natural.
- Las parejas que padecen enfermedades que conlleven a la infertilidad o esterilidad tendrán la oportunidad de crear vínculos biológicos o emocionales con aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ya no solo limitándose a la adopción como se hacía antaño, sino el puro consentimiento dará la esperanza de tener descendencia.

## **RECOMENDACIONES**

- El Estado, en el marco de sus atribuciones, debe disponer a las entidades competentes estatales, una capacitación profunda a los administradores de justicia respecto a la institución jurídica de la familia.
- Se debe desarrollar un protocolo referencial sobre la aplicación de técnicas de reproducción asistida en las que intervengan comitentes, donantes y quienes realicen gestación por subrogación, a efectos que tengan información y asesoramiento previo sobre la aplicación y sus consecuencias pueda ser conocida por toda la cadena que interviene en estos procedimientos.
- Una vez regularizados los centros de reproducción asistida la autoridad sanitaria nacional proceda a publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas.
- Socializar el procedimiento de reproducción asistida a efectos que todas las personas que lo requieran puedan acceder a ellas, sin ningún tipo de discriminación.
- En caso de que se requieran las personas que se hayan sometido a las técnicas y los hijos producto de estas se sometan a terapias psicológicas con el fin de mantener las relaciones filiales, previniendo posibles conductas que rechacen los vínculos familiares.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernal, J. (2013). Reproducción Asistida y Filiación. Tres casos. *Opinión Jurídica*. Universidad de Medellín. Vol. 12, N° 24, 135-150.
- Brena, I. (2011). La fecundación asistida ¿Historia de un debate interminable?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. II, 25-45.
- Brugo-Olmedo, S., Chillik, C., Kopelman, S. (2013). Definición y causas de la infertilidad. *Revista colombiana de obstetricia y ginecología*. Vol. 54 N° 4, 227-248.
- Corral, H. (1999). *Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del código civil*. Universidad de los Andes.
- Corte Constitucional de Colombia.. (2015). *Sentencia C-071/15*. Juez ponente: Jorge Iván Palacio, 18 de febrero de 2015.
- Presidencia de Costa Rica. (1995). Decreto Ejecutivo No. 24.029-S de 1995.
- Corte IDH. (2002). Opinión Consultiva número OC-17/2002, 28 de agosto de 2002.
- Cyrielle, A. 2016. Reconocimiento en España de la filiación derivada de gestación por sustitución. Tesis de grado. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Ecuador. Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador, 20 de Octubre del 2008.
- Ecuador. Asamblea Constituyente del Ecuador. (2016). Código Orgánico General de Procesos, COGEP, publicado 22 de Mayo del 2016.

Ecuador. Congreso Nacional del Ecuador (2003). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicado el 03 de enero del 2003.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. (2018). Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso 1692-12-EP.

Espada, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación. *Revista IUS*. Vol.1. N° 39.

España. (2006). Ley No. 14/2006, de 26 de mayo. “Sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida”.

Francés, A., Alaminos, C., Penalva, C., Santacreu, O. (2015). *La investigación participativa: métodos y técnicas*. Cuenca: Pydlos Ediciones/Universidad de Cuenca.

Flores, A. (2014). Carencia de una normativa jurídica que regule la filiación en la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el Ecuador. Tesis de grado. UNED.

Gómez, A., Navarro, J. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española. *Terapeía* 9, 75-96.

Hernández, A., Santiago, J. (2011). Ley de maternidad subrogada en el Distrito Federal. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 132, 1335-1348.

Lanas, E. (2016). El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar.

- Lamm, E. (2008). El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Programa "El Derecho en una Sociedad Globalizada"*, Universitat de Barcelona.
- Lema, C. (2001). El futuro de la regulación jurídica sobre reproducción asistida y embrionesproblemas pendientes y Constitución. En Ascensión Cambrón, coord. *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Barcelona.
- Mora, O. (2015). Argumentación jurídica sobre la regulación de las técnicas de reproducción asistida humana en la legislación ecuatoriana. Tesis de grado. Universidad de los Andes.
- Noreña-Peña, A., Moreno, N. A., Rojas, J. G., Malpica, D. M. R. (2012). Aplicabilidad de los criterios de rigor y éticos en la investigación cualitativa. *Aquichan*, 12(3), 263-274.
- Pacheco, V. (2016). Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador. Comisión Nacional de Bioética en Salud.
- Ordoñez, J. (2016). Consideraciones metodológicas sobre el estudio del comportamiento antisocial en la teoría de curso de vida de Sampson y Laub. *Anuario de Derecho*. Año 32, N° 32, 211-236.
- Ordeñana, T., Barahona, A. (2016). *El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional*. Quito: Cevallos Editora Nacional.
- Rosales, V. (2018). La maternidad subrogada: propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. *USFQ Law Review*, Vol. 5, 139-156.

- Rodríguez, C., Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho*. Vol. XXV, N° 2, 59-81.
- Soto, E. (1994). La familia en la constitución política. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 21, N° 2, 217-225.
- Silva Gallo, J. Lettieri Gracindo, G. (2016). Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? ¿Cómo proceder? . *Revista Bioética*, 24 (2): 250-9.
- Tam, J., Vera, G., y Oliveros, R. (2008). Tipos, métodos y técnicas de investigación científica. *Pensamiento y Acción*. 5, 145-155.
- Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*. Vol.11, N° 39, 2-31.
- Varsi, E., Chaves M. (2018). La multiparentalidad- la pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico. *Revista de derecho y genoma humano*, 2-18.
- Veiga, A. (2015). La reproducción asistida: treinta años después del nacimiento de Victòria Anna. En *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*. Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas. Barcelona: Fundación Víctor Grífols i Lucas, 11-19.
- Zegers Hochschild, F., Schwarze, J., Crosby, J., Musri, C., Schwarze, K. (2016). *Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida*. Recuperado de:  
[http://www.redlara.com/PDF\\_RED/RLA\\_TGMID\\_2019\\_esp.pdf](http://www.redlara.com/PDF_RED/RLA_TGMID_2019_esp.pdf)

## APÉNDICE

### 1. Entrevista



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

Entrevista

*La presente es una entrevista en el marco del proceso de investigación sobre los problemas jurídicos de la determinación de filiación en los casos de procreación mediante técnicas de reproducción asistida.*

Cuestionario:

1. ¿Considera usted que el reconocimiento que hace la constitución de la Familia en sus diversos tipos incluye a aquellas que se forman con técnicas de reproducción asistida con la participación de donadores o de gestación por subrogación?

.....

.....

.....

2. ¿Está de acuerdo en realizar una reforma al Código orgánico de la Niñez y Adolescencia en la que se incluya un título para regularizar la filiación por el uso de métodos de reproducción asistida?

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Sandy Cristina Ramírez Chávez, con C.C: # 1310588478 autora del trabajo de titulación: Determinación legal de filiación por uso de métodos de reproducción humana asistida. Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 21 de agosto del 2019

f. \_\_\_\_\_  
Nombre: Sandy Cristina Ramírez Chávez  
C.C: 1310588478

## **REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

### **FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN**

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	Determinación legal de filiación por uso de métodos de reproducción humana asistida.		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Ramírez Chávez, Sandy Cristina		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES):</b>	Dr. Santiago Velázquez Velázquez. Ph.D.; Abg. Corina Navarrete. Mg. Sc.		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	21 de agosto del 2019	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	80
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	El proceso como medio para la realización de los derechos		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Comitentes, reproducción asistida, filiación, consentimiento. Participants, assisted reproduction, filiation, consent.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT:</b>	<p><b>Antecedentes</b> Las técnicas de reproducción asistida han marcado una era, tanto en el campo de la salud como en el derecho de familia. Su uso se ha ampliado, hasta reconocer que cualquier persona puede donar gametos para que sean usados para procrear. En Ecuador no existe dentro de la normativa de la salud un apartado sobre reproducción asistida en consecuencia tampoco lo hay para que se determine el parentesco que existiría entre los participantes y el niño. La investigación tiene como <i>objetivo general</i> reconocer la necesidad de incluir en el sistema jurídico el procedimiento que incluya la intervención previa del Estado ecuatoriano a través de los administradores de justicia, como una garantía por posibles contrariedades legales que se deriven de la práctica de estas técnicas. Es un trabajo con <i>metodología</i> cualitativa enfocada en la revisión documental y en la realización de entrevistas semiestructuradas a jueces de la niñez y adolescencia. Los <i>resultados</i> muestran que se producen en Ecuador procedimientos de procreación por técnicas de reproducción asistida, pero que no encuentran reguladas, por lo que ha habido varias controversias. Asimismo los jueces están de acuerdo en que exista una regulación que limite la sana crítica con la que se resuelve esos problemas ahora. Se <i>concluye</i> que es posible establecer una regulación en la determinación de la filiación legal de los menores que son procreados por esas técnicas, en armonía con los principios constitucionales, en especial el principio de interés superior del menor.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0999448733	<b>E-mail:</b> sandyramirezda@hotmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre:</b> Obando Ochoa Andrés Isaac		
	<b>Teléfono:</b> 0992854967		
	<b>E-mail:</b> ing. obandoo@hotmail.com		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			