

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL: EL NASCITURUS COMO SUJETO DE
DERECHOS EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA.

SWANNY CAROLINA ALVEAR SANTAMARÍA

DIRECTORA: DRA. MARÍA DE LOS ÁNGELES MONTALVO

QUITO, DICIEMBRE 2015

Quito, 22 de septiembre de 2015.

Doctor

Manuel Jiménez

Secretario de la Facultad de Jurisprudencia

PUCE

Ciudad.-

De mis consideraciones:

Habiendo sido designada profesora informante de la disertación "Teoría de la representación legal: el nasciturus como sujeto de derechos en la responsabilidad contractual médica", elaborada por la estudiante, Swanny Carolina Alvear Santamaría, pongo a su consideración el siguiente informe:

La mencionada disertación cumple con los requisitos de fondo y forma necesarios para un trabajo académico. Cabe destacar la pulcritud de la redacción lo cual aporta a una clara comprensión del trabajo de investigación.

La disertación muestra un trabajo serio de investigación de diversas fuentes normativas (nacional e internacional), doctrina y jurisprudencia interamericana y nacional aplicable al tema de análisis. Cabe resaltar el aporte de fuentes provenientes de otras disciplinas particularmente la medicina, la biología y la bioética.

El trabajo da cuenta del tratamiento del nasciturus en la historia constitucional ecuatoriana, la falta de adecuación de la legislación secundaria, particularmente del Código Civil, a los cambios constitucionales y a los contextos actuales en los que las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la fecundación in vitro (FIV), se practica casi sin contar con una regulación legal.

Analiza los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, concretamente del caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica aplicables al tema de estudio. Realiza un análisis detallado de la responsabilidad médica en la aplicación de la FIV entendida como objeto de un contrato de asistencia médica.

El capítulo cuarto relativo a la representación legal del nasciturus presenta, en mi criterio, ciertos vacíos en cuanto a explicitar los intereses que entrarían en conflicto entre el padre, la madre y el que está por nacer para justificar el acudir a la figura de curaduría especial. Así mismo no se desarrolla de qué manera se concretaría la protección de derechos extra patrimoniales del nasciturus. Finalmente, me parece que en su línea argumentativa asume que el nasciturus es una persona (lo incluye dentro del grupo de impúberes), lo cual es contrario a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en la sentencia Murillo contra Costa Rica, que es vinculante para Ecuador.

Por lo expuesto considero que esta disertación de licenciatura merece una calificación de 9/10 (nueve sobre diez).

Respectivamente,


Judith Salgado Álvarez

Quito, 20 de noviembre de 2015

Señor doctor
Manuel Jiménez Moreano
Secretario
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ciudad.-

Señor Secretari:

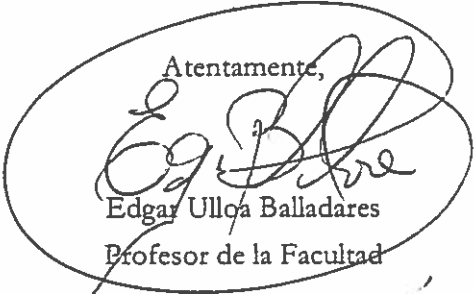
En respuesta a su oficio Nro. 254-SJG-15 de fecha 21 de julio de 2015, mediante el cual me designó profesor informante de la disertación intitulada "TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL NASCITURUS COMO SUJETO DE DERECHOS EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA", elaborada por la señorita Carolina Alvear Santamaría, presento a usted mi informe.

Sin lugar a dudas del trabajo presentado se desprende una investigación importante de un tema que no ha sido tratado a profundidad en el Ecuador. Así también, se demuestra un trabajo importante de investigación que cumple con los estándares exigidos para este tipo de trabajos.

Sin embargo, hay como varios acercamientos a diversos problemas jurídicos, respecto de los cuales, en mi calidad de profesor informante, tengo algunas dudas que serán planteadas durante la defensa oral.

En virtud de lo anterior consigno la calificación de nueve sobre diez (9/10).

Atentamente,


Edgar Ulloa Balladares
Profesor de la Facultad

Recibido

16

24.V.15

8458

DEDICATORIA

A mis padres, Edison y Anita; y a mis hermanas, Anita y Andrea por su apoyo incondicional, paciencia y por brindármela fuerza necesaria para seguir con mis proyectos personales.

Y con especial cariño a mi sobrino, Martín.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, en primer lugar.

A mi madre por el infinito apoyo que me brindó en cada obstáculo que tuve que atravesar para llegar hasta aquí.

A mi padre, quien a su manera siempre ha estado a mi lado.

A mi hermana Andrea quien siempre supo estar conmigo en todo momento, dándome las palabras correctas y el aliento necesario.

Y por último, a mis amigas y amigos entrañables por darme ánimos y fuerza para poder continuar con mis proyectos personales y profesionales.

Finalmente, no puedo pasar por alto el agradecimiento que siento con la Dra. María de los Ángeles Montalvo quien durante este periodo supo guiarme en cada momento.

ABSTRACT

Por mucho tiempo el concebido fue considerado como un objeto de derechos. Panorama que sufre una transformación con la expedición de la Constitución Política de 1998 y la Constitución de la República del Ecuador, que lo consagra como un sujeto de derechos, al garantizarle el derecho a la vida.

En este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos establece determinadamente, por un lado que, el concebido no puede ser considerado como persona, y por otro, que la concepción ocurre en el momento de la implantación, por lo que antes de ese momento el embrión debe ser considerado únicamente como material genético.

Ahora, bien a nadie le es ajeno el hecho que en el Ecuador las técnicas de reproducción asistida—específicamente la fertilización in vitro homóloga (FIV)—son usadas y aplicadas como forma de asistir a las parejas que no pueden conseguir un embarazo de manera natural. En ese escenario, uno de los principales actores, es el concebido, quién podría ver eventualmente conculcados sus derechos, razón por la cual se busca el auxilio del ordenamiento jurídico, que asume como representantes legales naturales a sus progenitores. No obstante, al existir un posible conflicto de intereses, en razón de que en un proceso de responsabilidad civil médica por la aplicación de la FIV homóloga, también se halla involucrada la voluntad tanto del padre como de la madre de no nato, quienes de alguna manera tendrán sus posiciones e intereses personales que podría colisionar con aquellos derechos que ostenta el concebido, lo que excluiría a ambos para ejercer la representación legal.

De modo que, la legislación ecuatoriana ofrece a las guardas con el propósito de velar y proteger los derechos del concebido, por lo que sería un tutor o curador, quien asumiría dicho cargo. Para dilucidar el tema la legislación especial, prevé que en el caso de existir esta divergencia de intereses, el juez que conozca la causa deberá designar a un curador especial, misma que por su naturaleza, es aquella que se realiza para un “negocio” en particular, y ostenta varias particularidades que serán más ampliamente analizadas a la largo de la presente disertación.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHOS EN EL ECUADOR	
1.1 Inicio de la vida humana.....	6
1.2 Criterios médicos.....	8
1.2.1 Fecundación.....	8
1.2.2 Singamia.....	9
1.2.3 Implantación.....	1
0	
1.2.4 Formación del Sistema Nervioso Central.....	12
1.3 Criterios ontológicos.....	13
1.3.1 Animación Progresiva.....	13
1.3.2 Animación Inmediata.....	15
1.4 Posición del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.....	16
CAPÍTULO II: EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	
2.1 Análisis de instrumentos internacionales.....	22
2.1.1 Instrumentos internacionales de aplicación general.....	22
2.1.1.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	22
2.1.1.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	23
2.1.1.3 Convención Americana de Derechos Humanos.....	24
2.1.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	25
2.1.2 Instrumentos internacionales de aplicación especial.....	26
2.1.2.1 Declaración de Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959.....	26
2.1.2.2 Convención Internacional de los Derechos del Niño.....	28
2.2 Interpretación del artículo 1.2 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos desarrollada en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica sometido a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	29
2.2.1 Interpretación en el sentido corriente de los términos.....	30
2.2.2 Interpretación sistemática e histórica.....	32
2.2.2.1 Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	32
2.2.2.2 Sistema Universal de Derechos Humanos.....	34

2.2.2.3 Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	35
2.2.2.4 Sistema Africano de Derechos Humanos.....	37
2.2.3 Interpretación evolutiva.....	38
2.2.4 Interpretación más favorable, por el objeto y fin del tratado.....	38
CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA APLICACIÓN DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO HOMÓLOGA	
3.1 Ausencia de legislación que regule la aplicación de la fertilización in vitro homóloga.....	41
3.2 La fertilización in vitro homóloga.....	42
3.2.1 Complicaciones médicas en la aplicación de la fertilización in vitro.....	47
3.3 Principios de la bioética.....	49
3.4 La responsabilidad civil médica.....	52
3.4.1 El contrato de asistencia médica en la aplicación de la técnica de fertilización in vitro homóloga.....	56
3.4.2 Obligaciones del médico y del paciente dentro de la actividad médica.....	70
3.4.3 Responsabilidad de medios.....	76
3.4.4 Lex artis ad-hoc.....	77
3.4.5 Los requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual médica.....	80
3.4.5.1 Existencia de un contrato médico.....	80
3.4.5.2 Daño o lesión.....	80
3.4.5.3 Imputación del acto dañoso al incumplimiento un deber médico.....	83
3.4.5.4 Relación de causalidad entre la culpa y el daño.....	87
3.4.6 Eximentes de responsabilidad civil médica.....	88
CAPÍTULO IV: REPRESENTACIÓN LEGAL DEL NASCITURUS	
4.1 De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños.....	90
4.2 Status Jurídico del Concebido.....	97
4.3 Régimen de los incapaces: El concebido.....	104
4.4 Configuración de la representación legal del concebido.....	109
4.5 Persona adecuada para ejercer la representación legal del concebido en casos de aplicación de la técnica de la fertilización in vitro homóloga.....	113
4.6 Derechos y deberes del curador especial.....	117
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	

5.1 Conclusiones.....	118
5.2 Recomendaciones.....	120
REFERENCIAS.....	122
ANEXOS.....	138

TABLA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
ConsE	Constitución de la República del Ecuador
CNA	Código Orgánico de Niñez y Adolescencia
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de derechos civiles y políticos
CDN	Convención Internacional de Derechos del Niño
TRA	Técnicas de reproducción asistida
FIV	Fertilización in vitro

INTRODUCCIÓN

Durante muchos años, el concebido fue invisibilizado dentro de la legislación constitucional y civil en el Ecuador. Más tarde, las Cartas Magnas empezaron a protegerlo indirectamente, esto es, garantizándole diversos derechos a la mujer que se encontraba en estado de gravidez. Por su lado, el Código Civil vigente desde el año 1861—adopción íntegra del Código Civil Chileno, realizado por el jurista Andrés Bello—assume la teoría de la ficción, por lo que el concebido era considerado un objeto protegido, que eventualmente podía adquirir derechos patrimoniales, pero para que se puedan hacer efectivos se debía verificar su nacimiento, situación que resultaba contradictoria, pues volvía esa disposición un despropósito.

Más tarde, en 1998 con la aprobación de la Constitución Política del Ecuador se garantiza por primera vez en la historia del país, el derecho a la vida del concebido y la Constitución de la República del Ecuador reafirma el espíritu de otorgar el status jurídico de sujeto de derechos.

Pese a haber alcanzado este logro, permanecía latente la discusión de en qué momento debe considerarse que ocurre la concepción. Así, en el 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite una decisión en el Caso Artavia Murillo & otros vs. Costa Rica indicando que la protección de la que habla el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos no ocurre sino desde el momento en que el embrión anida en el útero de la madre, y de ningún modo el no nato debe ser considerado como una persona. En consecuencia, el Estado Ecuatoriano, al ser parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debe respetar y desarrollar su legislación interna acorde a ésta y a todas las interpretaciones que realice la referida Corte.

Teniendo esto en mente, ya durante al menos cuarenta años se han venido aplicando las técnicas de reproducción asistida (TRA) como una técnica que ayuda tanto a hombres como a mujeres que presentan problemas al concebir un hijo de manera natural. En el caso sub judice, de manera específica, se estudia el escenario en el que una pareja acuda a un médico con el objeto de realizar el tratamiento de fertilización in

vitro (FIV) —homóloga, puesto que los gametos sexuales provienen de la pareja—en el que eventualmente pueda ocurrir que en la aplicación de ésta técnica se le infiera un daño al concebido, quien atento al status jurídico de sujeto de derechos, ostenta derechos y deberes. Sin embargo, se abre la interrogante de quién podría ejercerlos en su representación, ya que el nasciturus por su condición per se, ostenta sólo la capacidad jurídica de goce.

Prima facie, la patria potestad lleva incorporada consigo la representación legal del hijo, la misma que podría verse afectada por la existencia de conflicto de intereses, por lo cual se acude a las guardas como institución jurídica de cuidado, protección y representación legal del menor de edad. De modo que, acorde a la normativa especial, esto es, el Código de Niñez y Adolescencia se determina que esta sería una curaduría o curatela especial, con particularidades y reglas que a lo largo de la presente Disertación se irán desarrollando.

Ahora bien, la sistematización de los contenidos se elabora en base a la interrogante: ¿Cómo establecer la representación legal en la aplicación de la fertilización in vitro homóloga desde la óptica de la responsabilidad contractual médica?, siendo su objetivo principal el desarrollar una teoría sobre la representación legal del nasciturus, además de: a) Analizar al concebido como sujeto de derechos en base de la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003); b) Determinar doctrinariamente todos los lineamientos sobre la representación legal, aplicada al caso del concebido; c) Definir cuál sería la persona idónea para que represente legalmente al concebido; d) Identificar cuál es el procedimiento para la aplicación de la técnica de reproducción asistida de la fertilización in vitro homóloga; y, e) Delimitar cómo opera la responsabilidad contractual médica en la aplicación de la técnica de la fertilización in vitro homóloga.

Para la consecución de éstos objetivos, se utilizaron varios métodos de interpretación jurídica, entre ellos:

Método histórico-sociológico, con éste se realizará por un lado, el análisis de la normativa constitucional que poco a poco atendiendo a realidades sociales ha ido evolucionando y

ampliando la protección que otorga al concebido. Adicionalmente, se lo ha ocupado para enfatizar el medio en el que se desarrolló y aprobó nuestro cuerpo sustantivo civil—vigente hasta la actualidad—, para entender que varias de sus disposiciones legales con respecto al tratamiento de la persona humana han perdido aplicación y legitimidad en la sociedad ecuatoriana.

Método sistemático, fue adoptado por cuanto a lo largo de la presente tesina se ha realizado un análisis tanto de la Constitución de la República del Ecuador, así como de instrumentos internacionales—enfáticamente aquellos que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos—, mismos que encontrándose a la cabeza del orden jerárquico de aplicación de normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, han prescrito el derecho a la vida que ostenta el concebido, estableciendo además que es sujeto de derechos desde su implantación en el útero. Entendiendo de este modo, que la normativa interna restante, entre ellas el Código Civil Ecuatoriano debe desarrollarse acorde a ambas, pues forman parte de un ordenamiento jurídico, en el que todas son parte de un sistema que indudablemente debe mantener concordancia.

Método exegético, con el que se estableció el sentido exacto, en lo que respecta al derecho a la vida del concebido dentro del artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 20 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, y varios instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración de Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959 y la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Así como todas las disposiciones de la Codificación al Código Civil y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que rigen el tema de capacidad legal, responsabilidad civil, generalidades de los contratos y la institución jurídica de las guardas.

Finalmente, en cuanto al análisis de las Constituciones Políticas vigentes desde 1906 hasta llegar a la Constitución de la República del Ecuador, se utilizó el método teleológico con el objeto de evidenciar que el espíritu de la misma reflejó el ánimo de

otorgar y garantizar el derecho a la vida del no nacido, que hasta hace un tiempo no era ni siquiera contemplado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La técnica que predominó fue la investigación bibliográfica o documental puesto que como se puede evidenciar la presente disertación necesitaba ser apoyada de manera exhaustiva en doctrina, jurisprudencia y principios del derecho.

Esta disertación contiene cinco capítulos. El primero, denominado EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHOS EN EL ECUADOR hará una reseña de las principales teorías biológicas y ontológicas que se han desarrollado respecto del tema del inicio de la vida humana. De igual manera, se despliega el desarrollo normativo constitucional, civil y en la legislación especial que el tema ha tenido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El capítulo II, EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, se enfocará en el análisis de diversos instrumentos internacionales tanto de aplicación general como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y especial como: la Declaración de Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959 y la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Adicionalmente, se plasma la interpretación de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó dentro del Caso Artavia Murillo & otros vs Costa Rica.

El capítulo III, LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA APLICACIÓN DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO HOMÓLOGA, analizará desde un enfoque específico la ausencia de legislación que regule la aplicación de la fertilización in vitro homóloga, etapas y complicaciones que presenta esta técnica de reproducción asistida. Posteriormente, se tratará los principios de la bioética como antesala para examinar el contrato médico en la aplicación de FIV, deberes y derechos tanto de los pacientes cuanto del facultativo. Asimismo se estudiará la *lex artis ad-hoc*, propia de los profesionales de la salud. Para concluir con el tratamiento de la responsabilidad civil

médica, enfocándola como una responsabilidad de medios, con el objeto de concluir con la configuración de los requisitos para éste tipo de responsabilidad, así como sus causas eximentes de responsabilidad.

El capítulo IV, REPRESENTACIÓN LEGAL DEL NASCITURUS, abarcará el paso de la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños. Posteriormente se desarrollará el status jurídico y capacidad legal del concebido, así como la configuración de la representación legal en el caso de que el no nacido se vea frente a un proceso de responsabilidad civil médica en la aplicación de FIV homóloga. De igual modo, se estudiarán las causas de exclusión, incapacidades y eximentes que la legislación ecuatoriana establece para ser un guardador. Concluyendo, con la determinación de la persona adecuada para representar legalmente al nasciturus dilucidando además cuales serían sus derechos y deberes en el cumplimiento de su cargo.

Finalmente, el capítulo V, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, desarrollará las respuestas obtenidas a lo largo de la investigación, de las cuales a su vez se ofrecerán recomendaciones aplicables a las diferentes situaciones y conflictos que se han determinado.

Al final de esta disertación se encontrarán las respectivas referencias bibliográficas y los anexos.

CAPÍTULO I

EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHOS EN EL ECUADOR

1.5 Inicio de la vida humana

Sin duda un tema que por años ha generado gran controversia, es determinar en qué momento se da inicio a la vida humana, debido a ello, en las últimas décadas ha surgido el debate con mayor afluencia, producto de lo cual han brotado varias teorías y posturas dentro del plano jurídico.

Ergo, siendo que esta materia no le pertenece sólo al mundo jurídico se nos hace indispensable buscar apoyo en ciencias como la Biología. Acudiendo a su etimología, biología proviene del griego «βίος» (bios) que significa vida, y «λογία» (logía) que significa tratado, estudio o ciencia. La biología por tanto, es la ciencia que estudia a los seres vivos, y a “las múltiples formas que pueden adoptar los seres vivos, así como su estructura, evolución, crecimiento y relaciones con el medio” (“La Biología como Ciencia”, 2008, sección de Definición de Biología, párr.4).

Empero, dentro de la biología existen diversos campos, uno de ellos es la embriología que ha sido definida como el “estudio de la formación y el desarrollo de los embriones” (Real Academia Española, 2012, párr.1).

Por su lado, Blasi (2005) afirma que “la embriología estudia el desarrollo del cuerpo desde la formación del cigoto hasta el nacimiento. Incluye el análisis de la placenta y de los anexos extraembrionarios, es decir, las estructuras que vinculan al embrión con la madre” (Sección de Embriología, párr. 1).

Mientras que Fitzgerald (1980) indica que:

La embriología humana es la ciencia que se ocupa del desarrollo prenatal del hombre. El periodo prenatal comienza en el momento de la fecundación, cuando las células sexuales masculina y femenina se unen para formar el cigoto, organismo unicelular que dará origen a un nuevo individuo. (p.1)

La fecundación humana empieza cuando un hombre y una mujer mantienen relaciones sexuales plenas, esto es, que se consume el acto sexual en los días fértiles de la mujer sin el uso de ningún método anticonceptivo, y que dentro del acto se llegue a la penetración. Durante ella, el hombre eyacula y deposita su semen en la vagina, el mismo que contiene de 100 a 300 millones de espermatozoides por centímetro cúbico, que tendrán que realizar un largo recorrido a través del cuello del útero y la cavidad uterina hasta llegar a las trompas de Falopio.

La unión de un óvulo y un espermatozoide ocurre dentro de las trompas de Falopio, en el último tercio de una de ellas, donde sólo uno de los tres millones de espermatozoides logrará fecundar al ovocito. Posteriormente, el espermatozoide perfora la membrana del ovocito hasta llegar a su citoplasma, pero sólo ingresará su cabeza, pues en el acto pierde su cola, fusiona su núcleo con el del ovocito y de forma automática éste se vuelve impenetrable para otros espermatozoides y es allí donde toma el nombre de célula huevo o cigoto.

Empujado por los impulsos musculares de la trompa y la ayuda de unos cilios vibrátiles (una especie de pelillos) que hay en ella, el huevo fecundado inicia un viaje de tres a cuatro días hacia el útero.

A las pocas horas de la fecundación se divide en dos células y en el camino continúa desdoblándose en partes iguales.

Cuando llega a la cavidad uterina consta de 16 células y se parece a una mora (mórula).

No anida de inmediato, porque aún no ha alcanzado el desarrollo necesario, sino que permanece libre dos o tres días (sufriendo nuevas modificaciones) antes de implantarse en la mucosa uterina...

La implantación tiene lugar siete días después de la fecundación, es decir, 21 ó 22 días después del inicio de la última regla.

El huevo se sitúa sobre el endometrio y se adhiere fuertemente a él como una ventosa.

La capa exterior excava una especie de nido y forma el trofoblasto, una membrana que luego dará origen a la placenta, que nutrirá al bebé durante su estancia en el útero. A partir de ese momento, el desarrollo del embrión es constante y los cambios se suceden hora a hora hasta el día del parto. (“La fecundación paso a paso”, s.f, párr. 6)

1.6 Criterios médicos

En razón de que el tema abordado en esta tesis no atañe solamente al mundo jurídico se nos hace importante conocer las principales posturas médicas sobre las que varios juristas y entendidos de la academia se han fundamentado para establecer el momento en que se produce el inicio de la vida humana.

1.6.1 Fecundación

Bruce Carlson (2009) afirma que:

La fecundación consiste en una serie de procesos más que en un único acontecimiento. En su sentido más amplio, estos procesos comienzan cuando los espermatozoides inician la penetración de la corona radiada que rodea el óvulo y terminan con el entremezclamiento de los cromosomas maternos y paternos tras la entrada del espermatozoide en el óvulo. (p. 31)

Para Vallejos & Delgado (s.f):

La fecundación se manifiesta cuando el espermatozoide hace contacto con el óvulo, y de inmediato se reconocen sus membranas celulares, determinando que son de la misma especie. Luego el espermatozoide penetra el interior del óvulo valiéndose de una enzima para perforar la membrana ovular. Tan pronto como la cabeza del espermatozoide penetra, se produce en la célula fecundada un bloqueo de su cubierta, para que no ingresen otros espermatozoides, evitando la poliesperma. (Sección de Teoría de la fecundación, párr. 2)

Mujica (2009) señala que:

Esta posición indica que la esencia de lo humano reside en la mera unión celular. Así, algunas posiciones indican que “la ciencia ha probado que desde este punto existe una vida humana.” Es más se argumenta que si bien la anidación puede darse el día catorce, aquello que anida es un embrión ya humano contiene la esencia de lo humano, y por tanto es vida humana. (p. 64)

Para Simón Vásquez (citado por Mujica, 2009):

La unión de la célula germinal paterna y materna da lugar al cigoto. El cigoto es un individuo, algo en sí, algo indivisible, algo impartible en sí mismo...cigoto, mórula,

blástula, embrión, feto, neonato, niño, joven, adulto y anciano son lo de menos. Lo destacable es esa unidad biológica y biográfica existencial. (p. 66)

A criterio de Blasi (2005) “el argumento principal de esta postura radica en afirmar y sostener que el ovocito fecundado—dando lugar a la célula diploide—, en el transcurso normal de su desarrollo, conducirá a un ser humano” (Sección de Teoría de la fecundación, párr. 1), pues los defensores de esta tesis “afirman que ya estamos frente a una persona ‘en acto’, toda vez que durante el desarrollo sólo completa sus potencialidades presentes desde el inicio” (Correa citado por Blasi, 2005, Sección de Teoría de la fecundación, párr. 2)

1.6.2 Singamia

Para Blasi (2005):

Luego de que el espermatozoide ha penetrado el óvulo, aproximadamente entre las doce y dieciocho horas posteriores, se produce la fusión de los pronúcleos de las células femenina y masculina, mayormente conocido como singamia. (Sección de Teoría de la singamia, párr. 2)

Fernández Sessarego (citado por Mujica, 2009) indica que:

En la actualidad nadie duda que la vida humana se inicia con la concepción, en aquel momento en que el pronúcleo del espermatozoide masculino, en su proceso de apenas pocas horas, llega a fusionarse con el pronúcleo del óvulo femenino. A este breve instante se le suele denominar como el de singamia. La ciencia ha demostrado que en este momento aparece un nuevo ser humano, genéticamente independiente de la madre, autónomo, con un genoma que lo identifica plenamente y que lo hace único, irrepetible, singular... De otro lado, no hay que esperar, por consiguiente, el día decimocuarto en que la nueva célula llega al útero materno para anidarse, ni de otro más alejado en el tiempo, para comprobar que estamos frente a un nuevo ser humano. Lo que llega al “hospedaje” materno es y será siempre uno o más seres humanos. De la fusión de un espermatozoide y un óvulo no surgirá, después del decimocuarto día, ni una pepita de oro ni una de algodón... Sólo, y siempre, seres humanos. (p. 65)

Para Parra (citado por Mujica, 2009):

Se puede decir que la vida humana comienza en el punto de fusión entre el óvulo y el espermatozoide, pues de esta fusión se origina un nuevo ser que contiene información genética que no es igual a la de su madre ni la de su padre. (p. 65)

Vila-Coro (2010) manifiesta que:

Tras la singamia queda constituida la célula germinal: el cigoto. Se ha constituido, así, un nuevo sistema con el genoma típico de la especie humana, con sus 46 cromosomas. La nueva célula germinal es un individuo, un embrión humano con su dinamismo propio. Comienza un proceso ontogenético de desarrollo y diferenciación que inicia la biografía de un nuevo ser humano... Por tanto, esa célula, el cigoto, debemos concluir que es el primer instante del ser; el principio del proceso vital que concluye en un cuerpo humano maduro. Por un simple argumento de sentido común se entiende que el principio del proceso sea el principio de la vida.

Por cuanto antecede, para demostrar que la vida del individuo, del sujeto de derecho, de la persona, es plenamente humana desde la concepción, es suficiente constatar la individuación y la existencia de un genoma humano que inicia un proceso continuado que termina en una persona adulta. (p. 17)

Finalmente para Merlyn (2006), la singamia:

Se produce posteriormente a la fusión de los gametos, masculinos y femeninos, cuando se realiza el intercambio de la información genética, es decir cuando los veinte y tres cromosomas de la mujer se intercambian con los del hombre y desde allí se determinan las características físicas y mentales, y se empieza a cambiar la carga hormonal. Es importante señalar que desde esta etapa, el proceso no se interrumpe y a partir de ésta ya existe un “código genético completo, único e irrepetible. (p. 21)

1.6.3 Implantación

Para Carlson (2009):

Al comienzo de la segmentación, el cigoto todavía está rodeado por la zona pelúcida y las células de la corona radiada. Esta última se pierde 2 días después de empezar dicho proceso. Sin embargo, la zona pelúcida se mantiene intacta hasta que el embrión alcanza el útero.

El embrión permanece en la parte ampular de la trompa de Falopio unos 3 días después atraviesa su porción ístmica en tan sólo 8 horas. Bajo la influencia de la

progesterona, la unión uterotubárica se relaja, lo que le permite entrar a la cavidad uterina. Dos días más tarde (6-8 días después de la fecundación), el embrión se implanta en la porción media de la parte posterior del útero. (p. 55)

Para Gorini (citado por Blasi, 2005):

Con la anidación se define tanto la unicidad–calidad de ser único–como la unidad –ser uno solo– del embrión–..., ya que hasta ese momento pueden ocurrir naturalmente dos procesos: por un lado la fisión gemelar que hace que de un embrión se generen dos, y la fusión –procedimiento inverso– por el cual dos embriones se unen generando un único y nuevo embrión...al menos cincuenta por ciento de los embriones formados naturalmente no se implantan. (Sección de Teoría de la implantación, párr. 2)

Para Lenti (citado por Blasi, 2005):

Recién con la implantación en el útero comienza a existir el embrión –misma mención que *ut supra* al respecto– en relación la madre; tiene inicio la gestación y recién en ese momento se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. La concepción...viene a coincidir con el momento final de la operación técnica procreativa, o sea con la implantación del embrión,..., en el útero, instante en el cual comienza la gravidez o el embarazo. (Sección de Teoría de la implantación, párr. 2)

González Mantilla (citado por Mujica, 2009) indica que:

Es preciso anotar que durante todo este proceso y aún hasta el decimocuarto día, el cigoto atraviesa por una etapa de división celular. Para algunos científicos, este hecho permite retrasar el principio de vida hasta que concluya la fase de división celular. Según esta perspectiva, durante el periodo en mención..., sólo estaríamos ante un grupo de células denominado pre-embrión en el cual no se reconoce naturaleza humana y por lo tanto tampoco vida individual... (p. 66)

Para García Hernández (citado por Mujica, 2009) “la Organización Mundial de la Salud (OMS) afirma que el embarazo empieza desde la implantación del embrión en el útero, que sucede alrededor de una semana después de la fecundación” (p. 67).

Gamarra (2004) afirma que:

La vida humana existe a partir de que el cigoto se fija en la pared del útero materno, lo que se produce a los 14 días de la fecundación. Aseguran que el embrión implantado asegura en mayor medida que el embarazo prospere y que no será eliminado por la naturaleza en su proceso normal de selección, en el que ella podría realizar un descarte embrionario. (p.12)

Los partidarios de esta teoría no han mantenido un criterio uniforme respecto a qué día se entiende que tiene lugar la implantación puesto que, por un lado se manifiesta que ésta empieza en el séptimo día, y por otro, se señala que ocurre a los catorce días desde la fecundación. Sin embargo, puede esta etapa iniciar en el séptimo día y extenderse hasta el décimo cuarto día.

En todo caso, quienes apoyan esta teoría, establecen que la vida comienza con la implantación porque antes de esta etapa no se puede detectar biológicamente la existencia de un embarazo en la mujer, sus síntomas y aún se tiene en forma indeterminada las células que forman tanto el líquido amniótico como la placenta.

Se establece también que el embrión una vez que ha sido anidado en la pared del útero tendrá más probabilidades de continuar con su desarrollo puesto que le garantiza el acceso a nutrientes que le permitirán su crecimiento hasta el nacimiento.

1.6.4 Formación del Sistema Nervioso Central

Para Tapia (citado por Mujica, 2009):

Los cientos de investigaciones realizadas en los últimos 30 o 40 años en embriones humanos llegan a la conclusión de que no es sino al tercer trimestre de la gestación cuando se ha formado, morfológicamente y funcionalmente, las estructuras necesarias para que existan sensaciones conscientes, incluyendo en éstas al dolor... Todos estos estudios han establecido sin lugar a dudas que el feto humano es incapaz de tener sensaciones conscientes y por tanto de experimentar dolor antes de la semana 22-24... Es claro entonces que, si hasta este tiempo de la gestación el feto no puede tener percepciones, por carencia de las estructuras, las conexiones y

las funciones nerviosas necesarias, mucho menos es capaz de sufrir o de gozar, por lo que biológicamente no puede ser considerado un ser humano. (p. 68)

Por su parte, Gamarra (2004) entiende que:

Quienes adhieren a esta teoría, afirman que recién después de los decimocuarto y decimosexto días de la fecundación, aparecen los rudimentos de la futura corteza cerebral y comienza la vida con la aparición de la cresta neural que constituye el primer paso para la constitución del tejido nervioso. A partir de este momento se marca la línea divisoria entre aquel embrión que devendrá hombre y aquel que nunca lo será, ya que el tejido neural permite suponer el posterior desarrollo del cerebro y la consiguiente “humanización” del hombre mediante el progreso de su capacidad intelectual.

Dentro de esta teoría encontramos a quienes sostienen que el momento en que se inicia la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central es el punto determinante para la protección del individuo, que tiene lugar dentro del día 15 y el día 40 de la evolución embrionaria. En este momento aparecen los rudimentos de lo que posteriormente será la corteza cerebral. Los fracasos importantes en la formación de esta corteza cerebral suelen verse acompañados de abortos espontáneos, en los cuales el cuerpo de la madre actúa como si no reconociese al embrión. (p. 13)

Para Flecha (2005) “la corteza empieza a desarrollarse a partir del día 15 y su formación se prolonga aproximadamente hasta el día 40. Por tanto, sería prematuro hablar de vida propiamente humana antes de ese límite” (p. 97).

Por lo tanto se diría que la base de esta postura se encuentra en afirmar que no se puede hablar de vida humana sino hasta después de que el concebido posea todas las conexiones nerviosas que garanticen la actividad del cerebro y sus respectivas funciones, así como que posea la capacidad de tener sensaciones.

1.7 Criterios ontológicos

Etimológicamente ontología proviene del griego *οντος* y *λόγος*, cuyo significado es ente y ciencia, estudio o teoría, respectivamente. Por su parte, el Diccionario de la lengua española nos indica que “es la parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales” (Real Academia Española, 2012, párr.1).

Entre los criterios ontológicos que se ofrece para fundamentar el momento en que tiene inicio la vida humana, se encuentran aquellos autores que propugnan la animación progresiva; y por otro lado, aquellos que impulsan la animación inmediata.

1.7.1 Animación Progresiva

La tesis de la animación retardada o progresiva se remonta nada menos que a la doctrina de Empédocles de Agrigento y Aristóteles, para el cual la materia había de ser «informada» por formas sucesivas. El embrión humano habría de recibir sucesivamente diversas almas. En primer lugar recibía el alma vegetativa, después la sensitiva y, por último, el alma racional. (Flecha, 2005, p.107)

Dentro de esta corriente se encuentran varios exponentes entre ellos a Diógenes de Apolonia, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y San Agustín.

Diógenes de Apolonia, filósofo griego de la segunda mitad del siglo V a.C, originario de Apolonia, “asimila el alma al «pneuma» o aire, por lo tanto, la animación del embrión se da naturalmente al momento de la primera respiración después del nacimiento” (“El concebido”, 2011, Diapositiva 8).

El segundo representante de esta teoría es Aristóteles, filósofo griego nacido en el año 384 a.C en una pequeña localidad llamada Estagira, Macedonia, para quién:

El embrión humano posee desde el principio una triple alma en potencia. Primero se actualiza el alma vegetativa o nutritiva, por la que el embrión vive la vida propia de las plantas. Pronto se actualiza al alma sensitiva, por la que el embrión se constituye en animal. Finalmente, y después de las dos anteriores, accede el alma espiritual, respecto de la cual, confiesa Aristóteles, que es una de las cuestiones más difíciles el saber de dónde viene y en qué momento es infundida. (Ruiz, 2002, p. 113)

Sin embargo, afirmaba que para la formación del alma era necesario 40 días para el hombre y 80 días para la mujer puesto que en su opinión que “los fetos masculinos se “articulan” con mayor precocidad, de acuerdo con su idea de la superioridad masculina en la scala naturae...” (Berazaluze, 2014, párr.4).

Santo Tomás de Aquino, teólogo y filósofo italiano, nacido en el año 1224/1225:

Afirma que el hombre constituye una sustancia única de cuerpo y alma. En forma ambigua señala que el alma creada por Dios es infundida en el cuerpo engendrador por los hombres cuando la materia está apta para recibirla. En las primeras etapas después de la fecundación se carece de apariencia humana, y el alma humana no puede informar (dar vida, animar) a un cuerpo que no sea humano. (“El concebido”, 2011, Diapositiva 10)

Por otro lado, tenemos a San Agustín quien nació el 13 de noviembre en el 354 en Tagaste, una pequeña ciudad de Numidia en África Romana, “señala la animación del feto en el día 45 después de la concepción” (Villoro, 2007, párr.3).

1.7.2 Animación Inmediata

A partir del siglo XIX se viene imponiendo la teoría de la animación inmediata, en la cual se afirma que tan pronto como el óvulo es fecundado, tan pronto el embrión posee su complemento humano normal de cuarenta y seis cromosomas, es ya un cuerpo humano, posee un alma humana, es un ser humano. Según esta teoría el alma humana es infundida en el momento de la concepción. (Ruiz, 2002, p. 114)

Los partidarios de la 'animación' inmediata...que consideraban el origen del alma humana por una preexistencia anterior a su unión con el cuerpo (platonismo cristiano) o por una derivación del alma de los padres (traducianismo). (Elía, s.f, párr.3)

Platón, nacido en Atenas hacia el año 427 a. C, fue un filósofo griego que propugnó la teoría de animación inmediata.

Para el griego Platón...el problema del alma se sistematizaba con la separación del origen del nombre natural (del mundo real) y del origen divino (mundo de las ideas).

En el origen natural, las dos almas (natural y mortal) se encuentran ligadas dentro del vientre (alma apetitiva) y en el corazón (alma voluntaria), mientras que al origen divino está ligada un alma racional e inmortal, en la cabeza. Las dos primeras al estar ligadas al cuerpo, tienen por origen el semen masculino mientras que la tercera proviene del mundo de las ideas. La animación del embrión, al menos en lo que concierne a las dos primeras almas, es inmediata, continuada. (“El concebido”, 2011, Diapositiva 11)

1.8 Posición del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

En el Ecuador, en varios cuerpos normativos se puede notar contraposiciones respecto del tratamiento que se da al no nacido, así pues por un lado, en unas disposiciones se consideran al nasciturus como sujeto de derechos, y por otro, sólo como un “sujeto” que merece protección del ordenamiento jurídico.

Durante más de un siglo la legislación ecuatoriana adoptó la corriente que “considera al nasciturus como merecedor de protección jurídica pero sin existencia legal hasta el nacimiento por lo que la personalidad del concebido es una ficción” (Merlyn, 2006, p. 26). Empero, esta postura ha ido cambiando con el tiempo, por lo que analizaremos dicha situación para tener un mejor entendimiento del cambio diametral que ha surgido en este tema.

Resulta sustancial reseñar el desarrollo que ha tenido este tema a lo largo de las Constituciones Políticas que han regido en el territorio ecuatoriano, para dicho efecto se tomará en cuenta las que se promulgaron a partir de 1906.

Tanto la Constitución promulgada el 23 de diciembre de 1906 en el Gobierno de Eloy Alfaro; la Constitución promulgada el 26 de marzo de 1929 dentro del Gobierno de Isidro Ayora; y, en las Constituciones Políticas promulgadas tanto el 6 de marzo de 1945 como el 31 de diciembre de 1946 en el Gobierno de José María Velasco Ibarra son coincidentes en que en su interior no se prevé ninguna disposición que regule la existencia del concebido. No obstante, podemos encontrar normas que garantizan el derecho a la inviolabilidad de la vida, así como la prohibición tanto de la pena de muerte como de la tortura, que ciertamente resultan genéricas, lo que refleja que la intención de los legisladores no era otorgarle una protección jurídica al concebido.

Tomando una dirección distinta, la Carta Magna que fue promulgada el 25 de mayo de 1967, producto de una Asamblea Constituyente, en su artículo 28 señalaba lo que tradicionalmente garantizaba el Estado, esto es, el derecho a la vida y la no aplicación de la pena de muerte.

Art. 28.- Derechos garantizados.- Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

1. El derecho a la vida y a los medios necesarios para una existencia digna.
2. La inviolabilidad de la vida: no hay pena de muerte.

Si bien parecería que se vuelve a repetir la misma línea de las Constituciones anteriormente nombradas, el artículo 30 nos trae algo novedoso que aunque resulta insuficiente implica sin duda, una evolución constitucional del tema en estudio.

Artículo 30.- El Estado protegerá al hijo desde su concepción, y se protegerá también, a la madre sin considerar antecedentes; amparará al menor que se hallare en condiciones desventajosas, a fin de que pueda desarrollarse normalmente y con seguridades para su integridad moral... (Lo subrayado me corresponde)

Evidentemente hubo un cambio, el legislador ya consideró necesario incluir la protección de la que son merecedores el hijo y su madre desde su concepción, aunque no se llegó a establecer que esta custodia involucraba el derecho a la vida. Once años después, se vuelve a repetir esta misma tendencia en el artículo 23 de la Constitución Política aprobada en Referéndum del 15 de enero de 1978.

Art. 23.- El Estado protege al hijo desde su concepción y ampara al menor, a fin de que pueda desarrollarse normalmente y con seguridad para su integridad moral, mental y física, así como su vida en el hogar. (Lo subrayado me corresponde)

Por su parte, el Código Civil Ecuatoriano constituye una adaptación del Código Civil Chileno que entró en vigor en 1861 y que fuera elaborado por el jurista Andrés Bello, de ahí que posee rasgos tanto romanistas como napoleónicos que se encuentran plasmados en múltiples disposiciones de este cuerpo normativo.

El principio por el que se guía nuestro Código Civil respecto del comienzo de la existencia legal de una persona es el nacimiento (Art. 60 CC), tomando en cuenta que el no nacido debe estar separado completamente de su madre, y si llegara a morir en el vientre materno o antes de ser separado, se entenderá que no habrá existido jamás dentro del plano jurídico y sus derechos pasarían entonces a otras personas.

Es allí donde se evidencia el legado de Andrés Bello, ya que se conserva la teoría tradicional de la “víscera materna” o portio mulleris que indica que el nasciturus constituía una parte o una entraña de su madre que no podía ser considerado una persona sino hasta que se desprendiera de ella. Empero, encontramos una “salvedad” en el artículo 63 del mismo cuerpo legal, donde se establece que:

Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

De este modo se creó una ficción como en la antigua Roma, en donde el no nato sólo era considerado como nacido en la obtención de derechos patrimoniales de los que pudiera ser beneficiario. No obstante, de manera curiosa se vuelve una condición indispensable que suceda el nacimiento del niño para que se efectivicen dichos derechos e ingresen en su patrimonio, lo que implicaba que en la práctica esta supuesta excepción sea ineficaz pues requiere el mismo requisito que es solicitado para que se exista legalmente.

Es decir, el concebido bajo la legislación civil no es considerado un sujeto de derechos, sino –y aunque el término resulte chocante– es tratado como un objeto protegido jurídicamente que en reconocimiento de su vida se le ha prestado atención y cuidado. Situación que se evidencia con mayor énfasis a lo largo de disposiciones de carácter laboral, penal y de niñez y adolescencia.

Bajo el análisis de normas de carácter especial se debe tomar como antecedente al Código de Menores, publicado en el Registro Oficial N° 995, del 7 de Agosto de 1992 en cuyo artículo 10 se mencionaba que:

El menor tiene derecho a la protección de su vida y salud, mediante la ejecución de políticas sociales y económicas que permitan su nacimiento y desarrollo físico e intelectual en condiciones dignas de existencia, en el marco de la atención prioritaria a la salud familiar...

Hasta este momento tanto el Código Civil como el Código de Menores se encontraban armonizados con lo que prescribía la Constitución de 1978. Situación que cambia con la Constitución Política aprobada el 5 de junio de 1998 en la ciudad de Riobamba, donde se sienta por primera vez la base para la protección jurídica del concebido.

Artículo 49.-Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten... (Lo subrayado me corresponde)

Por el cambio en la visión y el tratamiento de la niñez y adolescencia, el 3 de enero del 2003 fue publicado en el Registro Oficial, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que acorde a la visión constitucional integraba por primera vez dentro de sus normas que el derecho a la vida operaba desde el momento de la concepción.

Artículo 20.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo... (Lo subrayado me corresponde)

Después, la Constitución de la República del Ecuador que entró en vigor desde el 20 de octubre del 2008, día de su publicación en el Registro Oficial, recoge casi con exactitud el texto del artículo 49 de su predecesora.

Artículo 45.-Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción... (Lo subrayado me corresponde)

Para resumir, en los últimos 48 años ha existido un avance en cuanto a la protección del derecho a la vida del concebido, pues en las Cartas Magnas promulgadas hasta antes de 1967 sólo se mencionaba que los “menores” tenían derecho a la protección de sus progenitores, de la sociedad y del Estado para asegurar su vida pero no se realizaba

una puntualización respecto a desde qué momento se protegerá su vida, resultando un principio insuficiente para la proteger la vida del concebido.

En el año 1967, ya empieza a notarse un cambio trascendental en cuanto a la protección a la vida del concebido, aunque dicho cuidado no se haya prescrito que fuera respecto de su “derecho” a la vida, situación que persistió en la Constitución de 1978.

Con la vigencia de la Constitución de 1998 se marca un antes y un después, puesto que por primera vez en nuestra historia constitucional se promulgaba el derecho a la vida desde la concepción. Criterio jurídico que fue conservado y reafirmado dentro de la Constitución de Montecristi, lo que hace notar que el legislador ecuatoriano considera que la vida del concebido debe ser protegida no sólo desde su nacimiento sino desde su concepción, y que por tanto, ya no debe ser considerado un “sujeto” que merece protección jurídica, sino que debe ser tratado como un sujeto de derechos.

En este orden de ideas se vuelve importante indicar que la Constitución de la República del Ecuador es la norma jurídica suprema y prevalente sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, de tal forma que las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con sus disposiciones, caso contrario carecerán de eficacia jurídica, según lo establece el inciso primero del artículo 424 de la Carta Magna.

Pese al revuelo constitucional que ha existido en las últimas décadas, la Asamblea Nacional no ha realizado ninguna reforma en cuanto al libro que se ocupa del tratamiento de las personas y mucho menos de este punto neurálgico, del principio de su existencia. Por consiguiente, todas las disposiciones de las distintas leyes que fueran contrarias a ella se encuentran al menos, tácitamente derogadas.

Para concluir este capítulo es relevante señalar que si bien dentro de la discusión mundial confluyen diversas posturas atinentes al inicio de la vida humana, que dentro de su campo gozan de cierta validez, es pertinente señalar que en el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un fallo dentro del Caso Artavia Murillo

& otros vs. Costa Rica, en donde se interpreta el artículo 1.2 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos—que será analizado más a profundidad en lo posterior—donde se establece que la vida humana empieza desde la concepción, entendida como el momento en que se implanta el embrión en el útero, antes de dicho instante no cabe referirse al embrión como un sujeto de derechos. Por tanto, en procesos donde se vean involucrados, verbigracia: las técnicas de reproducción asistida serán considerados únicamente como material genético.

Ahora mismo, se podría tener la idea equivocada de que la referida sentencia no nos es “vinculante” puesto que los hechos controvertidos no acaecieron dentro del Estado Ecuatoriano en virtud que la decisión adoptada declaraba la responsabilidad del Estado Costarricense, sin embargo, para una mejor comprensión me permito citar la parte pertinente de la sentencia emitida el 26 de septiembre del 2006 por la CIDH, en el Caso Almonacid Arellano & otros vs Chile:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006, p.53)

En pocas palabras, al ser el Ecuador parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y al haber reconocido la competencia de la Corte Interamericana, el 22 de noviembre de 1969, esta interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos nos es obligatoria y constriñe a que todos los Estados Partes de la Organización de Estados Americanos que la han ratificado deban verificar que sus normas jurídicas internas sean concordantes tanto con el texto e interpretación que se haga respecto de ella.

CAPÍTULO II

EL CONCEBIDO COMO SUJETO DE DERECHOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

2.3 Análisis de instrumentos internacionales

Con ocasión de la protección jurídica del concebido resulta primordial examinar los instrumentos internacionales atinentes al tema, así como aquellos que el Ecuador ha ratificado, y que por tanto, apegados al artículo 425 de nuestra Carta Magna constituyen el segundo orden jerárquico de aplicación de las normas.

2.3.1 Instrumentos internacionales de aplicación general

En 1945, la segunda ofensiva militar global había terminado y con el propósito de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles” (Organización de las Naciones Unidas, 1945, párr. 1), surge—de la iniciativa de algunos Estados—la creación de varios organismos internacionales y con ellos, la promulgación de distintos instrumentos internacionales que actualmente constituyen el sistema de protección de derechos humanos de las personas.

2.3.1.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El primer instrumento internacional de derechos humanos que se nos viene a la mente sin duda es la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo ésta fue proclamada aproximadamente diez meses después de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y ambas se diferencian en su ámbito de aplicación, pues la primera opera a nivel mundial y la segunda a nivel regional.

En el mes de abril de 1948 tuvo lugar en Bogotá, Colombia; la IX Conferencia Internacional Americana donde no sólo se instituyó la

Organización de Estados Americanos (OEA) sino que además se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El 21 de diciembre de 1950, el Estado Ecuatoriano ratificó la Carta de la Organización de los Estados Americanos que fuera depositado siete días después de su ratificación.

En lo referente a la protección al derecho a la vida, en el primer artículo de esta Declaración se indica que: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”.

2.3.1.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos

El 26 de junio de 1945 en la Conferencia de San Francisco se firma la Carta de las Naciones Unidas, que entra en vigor el 24 de octubre del mismo año y por medio de la que se acuerda la creación de una organización internacional denominada Naciones Unidas (ONU). El Ecuador por su lado, es admitido como Estado miembro, el 21 de diciembre de 1945.

En la Asamblea General de la ONU del 10 de diciembre de 1948 reunida en París se aprueba con 48 votos a favor y cero en contra—entre los cuales constaba el Ecuador—mediante la resolución 217 A (III), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la finalidad de que los Estados se comprometan a respetar todos los derechos y libertades de las personas y que se les provea mecanismos adecuados tanto en el plano nacional como internacional para que estos derechos sean respetados y protegidos.

El artículo 2 de esta Declaración señala que toda persona goza de múltiples derechos sin tener que cumplir un requisito, ostentar una condición específica o situación particular.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...

Por otro lado, en su artículo 3 se asegura el derecho a la vida de que gozamos todas las personas, y como se expresó en líneas anteriores, sin distinción de ningún tipo y sin el cumplimiento de condición alguna.

2.3.1.3 Convención Americana de Derechos Humanos

El 22 de noviembre de 1969 se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (CADH) que entra en vigor el 18 de julio de 1978, con lo cual se erige el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La República del Ecuador firma esta Convención, el 22 de noviembre de 1969 realizando una declaración y reconocimiento de competencia en los siguientes términos:

La Delegación del Ecuador tiene el honor de suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No cree necesario puntualizar reserva alguna, dejando a salvo, tan sólo, la facultad general contenida en la misma Convención, que deja a los gobiernos la libertad de ratificarla.

Reconocimiento de Competencia:

El 24 de julio de 1984 reconoció la vigencia de los artículos 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante Decreto No. 2768, de 24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial No. 795 del 27 del mismo mes y año... De acuerdo con lo estipulado en el párrafo 1 del Artículo 45 de la Convención sobre Derechos Humanos --"Pacto de San José de Costa Rica"...el Gobierno del Ecuador reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la citada Convención, en los términos previstos en el párrafo 2 de dicho Artículo.

Este reconocimiento de competencia se hace por tiempo indefinido y bajo condición de reciprocidad.

De acuerdo con lo prescrito en el párrafo 1 del Artículo 62 de la Convención antes mencionada el Gobierno del Ecuador declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

Este reconocimiento de competencia se hace por plazo indeterminado y bajo condición de reciprocidad. El Estado ecuatoriano se reserva la facultad de retirar el reconocimiento de estas competencias cuando lo estime conveniente. (Organización de los Estados Americanos, 1969, Sección Ecuador)

Una vez que fuera hecho este reconocimiento de competencia, el 8 de diciembre del 1977 fue ratificada y se la deposita el 28 de diciembre de 1977.

Dentro de los artículos 1.2 y 4.1 de esta Convención se prevé que para los efectos de la misma, persona es todo ser humano; y, que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y, en general, a partir del momento de la concepción, respectivamente.

Considero relevante acentuar el texto de esta disposición pues señala que se protegerá el derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo mismo que se promulga en la Constitución de la República del Ecuador.

Sin embargo, revisaremos más a fondo el sentido y alcance que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio a los artículos anteriormente mencionados en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

2.3.1.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la OEA en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49.

Por su parte, el Estado Ecuatoriano firmó el PIDCP, el 4 de abril de 1968, lo ratificó el 6 de marzo del 1969 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Dentro del texto de este Pacto, en su artículo 6, numeral 1 se prescribe que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

2.3.2 Instrumentos internacionales de aplicación especial

El surgimiento de los instrumentos internacionales que he catalogado como de aplicación especial aparecieron con más premura que aquellos de aplicación general, lo que obedece a que una vez que se había vivido las atrocidades del primer conflicto armado mundial, la pesadumbre y zozobra de que se pudiera repetir un enfrentamiento de tal envergadura animó a varios líderes a nivel mundial para que se logre una conquista respecto de la promulgación de los derechos específicos que ostentan los niños, niñas y adolescentes con el afán de que éstos sean garantizados y protegidos.

Es de ese modo como el mundo observó el nacimiento a la vida jurídica de diversos instrumentos internacionales, que incluso aparecen cerca de 24 años antes en el plano internacional que la propia Declaración Universal de Derechos Humanos.

2.3.2.1 Declaración de Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959

El 11 de noviembre de 1918 en Europa se ponía fin a la Primera Guerra Mundial, por lo que en 1919, Eglantyne Jebb, activista social británica, logra constituir conjuntamente con su hermana Dorothy [Buxton](#), la Fundación “Save the Children Fund” con el objetivo de proporcionar ayuda a los niños en toda Europa.

El 23 de febrero de 1923, la Alianza Internacional “Save the Children” adopta en su IV Congreso General, la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño, que actualmente se constituye el primer texto internacional de los derechos humanos que trata de manera específica los derechos de la niñez. Ulteriormente, ésta es adoptada por la Sociedad de Naciones (SDN) en diciembre de 1924.

“En cinco artículos son reconocidas las necesidades fundamentales de los niños y las niñas. El texto se centra en el bienestar del niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección” (Sociedad de Naciones Unidas, 1924, párr.8).

No obstante, muchos señalan que la Sociedad de Naciones no podía ser considerada como una organización internacional puesto que no contaba con el aval de muchos países—incluso se vetó el ingreso a Alemania, por considerarla gran responsable de esta ofensiva—además que no podía ejercer coacción a los Estados partes, por tanto se consideró que no tenía fuerza vinculante para los Estados.

El 20 de noviembre de 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU. Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386 (XIV). (Organización de las Naciones Unidas, 1959, párr.6)

Debemos resaltar que dentro de los considerandos de esta Declaración se tomó en cuenta, la falta de madurez física y mental del niño, razón por la que se consideró necesaria la protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

En el interior de esta Declaración residen diez principios enfocados en garantizar a los niños múltiples derechos como son: derecho a la igualdad; derecho a una protección especial; derecho a un nombre y nacionalidad desde su nacimiento; derecho a una alimentación, vivienda y atención

médica adecuada; derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física; derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad; derecho a realizar actividades recreativas y a una educación gratuita; derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia; derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación; y, derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

2.3.2.2 Convención Internacional de los Derechos del Niño

Esta Convención fue adoptada por la Resolución 44/25 en la Asamblea General de la ONU del 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49. Por su parte, el Estado Ecuatoriano la firmó el 26 de enero de 1990, lo ratificó el 23 de marzo de 1990 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

“Se trata del primer instrumento jurídicamente vinculante que incorpora todo el abanico de derechos humanos, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales a favor de los menores de 18 años” (Torrent, [2013, párr.4](#)). Por primera vez, un instrumento internacional define lo que se debía entender por niño.

Artículo 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

El artículo 6 numeral 1 por su lado señala que: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.” (Lo subrayado me pertenece)

2.4 Interpretación del artículo 1.2 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos desarrollada en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica sometido a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 28 de noviembre del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tras desestimar las excepciones preliminares presentadas por Costa Rica declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio de Grettel Artavia Murillo y otros, con lo cual declaró la responsabilidad del Estado de Costa Rica, ordenándole entre otras cuestiones que de la manera más celeré se deje sin efecto la prohibición de la aplicación de la fertilización in vitro; así como que la Caja Costarricense de Seguro Social incluya gradualmente la disponibilidad de la fertilización in vitro (FIV) dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

Siendo necesario tener presente el texto de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo presento a continuación:

Artículo 1.2.- Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (Lo subrayado me pertenece)

Artículo 4.1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (Lo subrayado me pertenece)

Ahora bien, el Estado alegó que la Sala Constitucional de Costa Rica se sustentó en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos para adoptar una decisión respecto de la constitucionalidad del Decreto N° 29024-S, instrumento internacional que a su parecer exigía una protección absoluta del embrión. Sin embargo en atención al artículo 62.3 de la misma Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la única intérprete autorizada de la CADH.

Por lo anteriormente señalado, la Corte examinó el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención respecto de las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en

general” utilizando cuatro formas de interpretación: conforme el sentido corriente de los términos; sistemática e histórica; evolutiva; y, del objeto y fin del tratado.

2.4.1 Interpretación en el sentido corriente de los términos

Dentro de esta interpretación, la Corte indicó que la definición del término persona está relacionada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”.

Asimismo, el Tribunal evidenció que la fertilización in vitro (FIV) transformó la discusión sobre cómo se entendía a la concepción, ya que se reflejó que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por ello, la definición de concepción que tenían los redactores de la Convención sin duda había cambiado.

Dentro del contexto científico actual, la Corte señaló que se destacaban dos sentidos al término “concepción”. Una corriente la entendía como el momento de encuentro, o de fecundación del óvulo con el espermatozoide, puesto que en pruebas científicas se considera que esta nueva célula llamada cigoto, es un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente, entiende por concepción, al momento de implantación del óvulo fecundado en el útero, puesto que la implantación del óvulo fecundado en el útero faculta la conexión del cigoto con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para su desarrollo.

Por otra parte, la Corte manifestó que el debate del momento en que empieza la vida humana ha sido tratado desde diversas aristas: biológicas, médicas, éticas, morales, filosóficas y religiosas, empero no se alcanzado una definición consensuada. También existen corrientes que ven en los óvulos fecundados vida humana plena que sería asociado a concepciones que confieren atributos metafísicos pero no se puede otorgar más prevalencia a esta literatura científica porque implicaría imponer cierto tipo de creencias.

La Corte consideró procedente definir conforme a la CADH como se debía interpretar la palabra “concepción”, con respecto a ello, resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación.

Sin embargo, el Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo porque aunque con la fecundación del óvulo se da paso a una célula diferente con información genética suficiente para su posterior desarrollo, si dicho embrión no se implanta sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no podría desarrollarse ya que no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para poder desarrollarse.

En este sentido, la Corte entendió que la concepción no puede ser entendida como un proceso excluyente del cuerpo de la mujer, ya que si la implantación no sucede el embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia. Tal es así que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se haya implantado el óvulo fecundado en el útero, pues hace que la madre produzca la hormona denominada “gonadotropina coriónica”, lo que permite detectar el estado de gravidez. Antes de ese punto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Ahora en relación a la expresión “en general”, se indica que está relacionada con la expresión “a partir” de la concepción, es decir, que existe la previsión de posibles excepciones a una regla particular. No obstante, la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

La “concepción” por tanto, es entendida como el momento en que ocurre la implantación, y antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana.

2.4.2 Interpretación sistemática e histórica

La Corte Interamericana manifestó que cuando se interpreta un tratado no sólo se deben tomar en cuenta los acuerdos e instrumentos internacionales formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscribe.

Así también consideró relevante para poder determinar el sentido del artículo 4.1 de la CADH, atender el artículo 31.4 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* que indica que se dará a un término un sentido especial si consta que esa fue la intención de las partes.

Por tanto, se consideró necesario revisar la postura que los sistemas de protección de derechos humanos tenían respecto a la protección del derecho a la vida, en específico dentro de: el Sistema Interamericano; el Sistema Universal; el Sistema Europeo; y, el Sistema Africano de Derechos Humanos.

2.4.2.1 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Corte Interamericana estimó que los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no entregaban una respuesta al punto controvertido, puesto que en la propuesta presentada por el Comité Jurídico Interamericano de 1945 se estableció que tienen derecho a la vida inclusive los que están por nacer. Sin embargo, el 22 de abril de 1948, la Declaración Americana fue aprobada sin este texto, puesto que existía pena capital y el aborto era permitido en varios Estados miembros de la OEA.

Ahora, respecto a los trabajos preparatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte observó que en un inicio el texto de la CADH no señalaba la acepción “en general”, luego de tres proyectos de la Convención Americana se discutía la idea de incorporar el término “en

general” con el objeto de conciliar las legislaciones de los Estados de la OEA que permitían el aborto.

Por un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió introducir el término “en general” antes del texto “desde el momento de la concepción”. Y por otro lado, el relator de la misma Comisión expuso su actitud disidente respecto de esta adopción y propuso la eliminación de la frase “en general”, sin embargo la misma no prosperó y se mantuvo el término.

En 1969 se aprobó la CADH donde Estados como República Dominicana y Brasil presentaron enmiendas para eliminar la frase “en general, desde el momento de la concepción”, al igual que E.E.U.U, Ecuador y Venezuela. Empero, al momento de ratificar esta Convención sólo México hizo una declaración interpretativa.

La Corte observa que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos tanto de “persona” y “ser humano” pero sin el ánimo de hacer una distinción entre ellos. Atento al artículo 1.2 de la CADH precisó que se deben entender como sinónimos.

En cuanto a la interpretación de la Convención Americana, la Comisión señaló que la protección del derecho a la vida no es absoluta puesto que la adición de la frase “en general” no significó que quienes la formularon tuvieron la intención de modificar el concepto del derecho a la vida que fue aprobado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Así mismo, los trabajos preparatorios evidencian que no prosperó la propuesta de eliminar la expresión “y en general, desde el momento de la concepción” o de la palabra “en general”.

Si bien la palabra “toda persona” es utilizada en diversos artículos tanto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Tribunal considera que

no es factible sostener que el embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en dichos artículos.

Así mismo, la Corte Interamericana ha hecho énfasis de que en virtud de que la concepción sólo ocurre en el cuerpo de la mujer, la defensa del no nacido se hace principalmente a través de su protección, por tanto el artículo 4.1 de la Convención tiene como objeto de protección fundamentalmente a la mujer embarazada así el literal a) del artículo 15.3 del Protocolo de San Salvador obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”.

Por último, la Corte Interamericana sostiene que con respecto a este sistema no es procedente otorgar el status de persona al embrión.

2.4.2.2 Sistema Universal de Derechos Humanos

De acuerdo a los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Corte indicó que no fue entendida en el sentido de incluir al no nacido. Ahora, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) revelaron que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas.

Es más, se indicó que ni en la observación General No. 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General No. 17 (derechos del niño), el Comité de Derechos Humanos se pronunció sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos señaló que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

En lo tocante a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer—CEDAW, por sus siglas en inglés—se indicó que los informes del Comité para la eliminación de discriminación contra la mujer privilegian los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger una vida en formación. Así mismo, este Comité ha indicado que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización vulnera la CEDAW.

Por último, en lo atinente a la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien en su preámbulo se hace referencia a que el niño por su falta de madurez necesita protección y cuidado especiales tanto antes como después del nacimiento, los trabajos preparatorios reflejaron que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida. Del mismo modo, los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido.

2.4.2.3 Sistema Europeo de Derechos Humanos

La Corte Interamericana señala que es importante tener en cuenta que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se basó en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto y de tratamiento médicos relacionados como la fecundación in vitro.

A continuación se expondrá los ejemplos que la CIDH citó dentro de este sistema.

a) Caso Paton vs Reino Unido (1980): La Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada la Convención

Europea de Derechos Humanos (Art. 2 de la CEDH) no incluye al que está por nacer. Pues, reconocer el derecho absoluto a la vida prenatal sería contrario al objeto y propósito de la Convención.

Además, se señala que la vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de la mujer embarazada.

- b) Caso R.H vs Noruega (1992) y Boso vs Italia (2002): Confirmó la protección no absoluta de la vida.
- c) Caso Vo vs Francia: Se indica que los Estados partes del Sistema Europeo de Derechos Humanos no han llegado a un consenso sobre la definición de inicio de la vida. Sin embargo, coinciden en que el embrión es parte de la raza humana por la potencialidad de convertirse en una persona y tampoco es posible contestar si el no nacido es una persona a efectos del artículo 2 de la CEDH.
- d) Caso A, B y C vs Irlanda: Dentro del caso el TEDH evidenció que no existía un consenso europeo respecto de cuándo comienza el derecho a la vida, por tanto era imposible responder la pregunta de que si la persona no nata era una persona que debía ser protegida conforme del artículo 2 de la CEDH.

Se puntualizó además que los derechos demandados en nombre del feto y los derechos de la madre están inextricablemente interconectados, pero cada Estado ostenta un margen de apreciación por el cual se debe equilibrar los derechos contradictorios a la madre, sin embargo el TEDH clarifica que este no puede ser ilimitado, pues se debe buscar una armonía justa de los intereses involucrados.

- e) Caso Evans vs Reino Unido: El TEDH confirmó que los embriones creados por el peticionario no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 del Convenio.

- f) Casos S.H vs Austria, y Costa y Pavan vs Italia: El TEDH en estos casos que trataron de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

2.4.2.4 Sistema Africano de Derechos Humanos

Se indicó que los redactores de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos descartaron expresamente una terminología que protegiera el derecho a la vida a partir del momento de la concepción.

La Corte Interamericana indicó que el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Protocolo de Maputo) no se pronuncia sobre el inicio de la vida y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para proteger los derechos reproductivos de la mujer.

Para terminar el análisis que ha hecho la CIDH dentro de esta interpretación, es importante mencionar que la Sala Constitucional de Costa Rica se basó en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Empero, en ninguno de estos artículos es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco, es posible sacar esa conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2.4.3 Interpretación evolutiva

La Corte Interamericana observó que la interpretación evolutiva tiene principal relevancia puesto que al momento de redactar la Convención, la fertilización in vitro no existía, por tanto se analiza, por un lado, los desarrollos pertinentes en el derecho internacional comparado respecto al status legal del embrión y las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

Respecto al primer punto, el status legal del embrión, la Corte se remitió al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de lo que infirió que ninguna de ellos desembocan en la conclusión de que el embrión sea tratado de manera igual a una persona, o que tenga el derecho a la vida.

En lo tocante al segundo punto, el Tribunal consideró, que pese a que no existen regulaciones normativas específicas sobre la FIV, en la mayoría de los Estados de la región se permite su práctica dentro de sus territorios.

Consecuentemente, se consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que los mismos interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención Americana, pues en ninguno de ellos se consideró una protección al embrión de tal magnitud que se prohíba la práctica de técnicas de reproducción asistida (TRA) o FIV.

En este sentido, su práctica generalizada estaba asociada al principio de protección gradual e incremental—y no absoluta—de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

2.4.4 Interpretación más favorable, por el objeto y fin del tratado

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que en una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es

pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección.

Atento a este tipo de interpretación se indicó que se deduce que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención era la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que están amparados en la Convención.

En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción.

Es decir, que el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. (Lo subrayado me pertenece) (Artavia Murillo & otros vs. Costa Rica, 2012, p. 81)

La Corte Interamericana indica también que en otras sentencias de derecho constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de los derechos en conflicto.

Respecto de la presente interpretación, la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula “en general” del artículo 4.1 de la CADH es la de permitir según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el

caso, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

Finalmente, la conclusión a la que llega la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que los métodos de interpretación llevaron a resultados que indican que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, sobre las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” acorde al artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la que antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención.

También se infirió de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

Es relevante recalcar que a lo largo del análisis que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de las cuatro formas de interpretación ha sido coincidente en que si bien existen dos acepciones que son entendidas del término “concepción”, la implantación, entendida como el momento en que el embrión anida en el endometrio de la mujer provee mayores probabilidades de desarrollo, pues al estar conectado con el cuerpo de la madre suministra los nutrientes necesarios para que el embrión vaya creciendo hasta culminar con su nacimiento. Por lo que, sería equivocado entender a la concepción como un proceso ajeno o independiente a lo que ocurre con el cuerpo de la mujer.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA APLICACIÓN DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO HOMÓLOGA

3.5 Ausencia de legislación que regule la aplicación de la fertilización in vitro homóloga

Como bien lo señala la Dra. Sonia Merlyn (2006) algunas explicaciones del silencio legislativo respecto del tema son:

1. La preocupación fundamental del legislador se centra en lo material, descuidando a lo humano. La causa hay que buscarla en las inevitables coyunturas histórico-económicas, tales como el endeudamiento “eterno”, la inflación, la crisis bancaria, que van orientando la preferencia legislativa a temas de mayor impacto político (legislación laboral, societaria, entre otros ámbitos jurídicos), sobre los que nuestros pueblos cifran sus esperanzas para despegar de la miseria que los agobia, y que a largo plazo, paradójicamente, extinguen su autoestima al generar e incentivar la mentalidad del “yo soy-único e irrepetible por mí mismo, en mi propia dignidad”, e independiente de los activos o pasivos del patrimonio.
2. Pese a que la mayoría de médicos manifiestan su conformidad en buscar una legislación, no se ha evidenciado un interés real del gremio en facilitar una regulación en la materia, por lo que probablemente cuando son consultados al respecto sugieren evitar que la legislación exista. (p. 82-83)

Considero además que tampoco se ha puesto mucho interés en este tema, puesto que su uso y aplicación no se encuentra prohibida en el Ecuador, lo que resultaría “beneficioso” tanto para los profesionales de la salud como para las parejas o quienes se encuentren interesados en el uso y aplicación de las TRA. Empero nos topamos con la realidad latente de que esto ha provocado una apertura total, ya que no se han establecido parámetros dentro de las diferentes técnicas como: cuántos embriones se pueden fertilizar, implantar y si se permitiría el congelamiento de embriones, entre otros tópicos, y pese a que el embrión atento a la interpretación que ya ha proveído la CIDH, antes de la implantación es considerado sólo como material genético, es sin duda importante proveer márgenes de actuación en la aplicación de las TRA.

El 17 de agosto de 1992 fue expedido el Código de Ética Médica mediante el Acuerdo Ministerial 14660-A, de Registro Oficial N° 5, que establece lineamientos lacónicos para la práctica de la “fecundación” in vitro.

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

Fuera de la existencia de esta disposición, al interior de la Asamblea Nacional no reposa ninguna ley que se encuentre vigente que regule detalladamente el uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida o de forma específica, la fertilización in vitro. No obstante, es necesario señalar como un antecedente que en el mes de enero del 2000, la Comisión de la Familia del Congreso Nacional, el Consejo Nacional de las Mujeres (CONAMU) y PROJUSTICIA desarrollaron el Anteproyecto del Código de Familia dentro del que se contemplaba una sección titulada como el establecimiento de la Filiación en los casos de Reproducción Asistida.

Dicha sección contaba con diez artículos (Véase Anexos) donde se establecía que la práctica de las técnicas de reproducción asistida podrían ser practicadas siempre que tengan por objeto subsanar la esterilidad de una persona y se deben llevar a cabo por equipos profesionales interdisciplinarios especializados, en Centros Científicos y de Salud autorizados y controlados por el Ministerio de Salud.

Pese al esfuerzo esta propuesta no prosperó, por lo que resulta claro que existe un vacío legislativo con respecto a la regulación de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el Ecuador.

3.6 La fertilización in vitro homóloga

Durante la década de los setenta, los tratamientos de la pareja infértil se reducían a la inducción de la ovulación, a la microcirugía tubárica y a pequeños escarceos en la inseminación artificial, obteniéndose pobres resultados.

A finales de la década, Edwards y Steptoe concibieron originariamente la utilización de la Fecundación In Vitro con transferencia de embriones (FIV-TE) para solucionar el problema de la obstrucción de trompas de Falopio. (Ruiz, 1998, p. 48)

Es así como el 25 de julio de 1978 nace en el Oldham General Hospital en Reino Unido el primer bebé producto de esta técnica, Louise Brown.

La fecundación in vitro (FIV) es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad. Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando esto no se ha logrado por el mecanismo natural. (Gómez, 1993, p. 15)

Pese a que esta técnica surgió con la finalidad de apalejar la imposibilidad de concebir por la obstrucción de trompas de Falopio, actualmente se ha extendido su aplicación a casos de endometriosis, de infertilidad no explicada o sin causa, factor masculino y femenino, hostilidad cervical y cuando ha existido fracasos en los intentos de inseminación artificial.

La fertilización in vitro es una técnica de reproducción asistida extracorpórea, es decir, que tiene lugar fuera del cuerpo de la mujer, ésta consiste en la unión del óvulo con el espermatozoide en un plato de laboratorio. Pese a que tradicionalmente esta técnica surgió para ayudar a los problemas de infertilidad de las parejas, con lo cual sólo se utilizaban los gametos pertenecientes a la pareja, con el tiempo se fueron introduciendo variaciones en las que se podían utilizar tanto, gametos femeninos y/o masculinos que no pertenezcan a la pareja, es decir, que se consigan mediante donadores.

Se hace relevante indicar que en enero de 2011, el Consejo Nacional de Medicina Brasileño aprobó la aplicación de la fertilización in vitro en parejas del mismo sexo, así como en madres solteras, manifestando que este cambio de reglas respondía a la sociedad moderna. Con esto, también se dio paso la utilización de óvulos o la esperma de una persona difunta, si esta había dado su consentimiento y se impuso límites a la cantidad de embriones que se pueden implantar en una mujer.

Por su parte, el Código de Ética Médica en el Ecuador indica que la fertilización in vitro se realizará previo consentimiento de la pareja, seguramente entendida como una heterosexual. Sin embargo, no existe una prohibición a usar y/o aplicar dicha técnica a parejas del mismo sexo ni que sólo se aplique en parejas, es decir, cabría la posibilidad de que una mujer soltera se aplique esta técnica con la ayuda de un donador de semen. Ahora bien, al menos el Centro de Reproducción Humana, Endocrinología, Ginecología y Ovario Poliquístico (ENDOGYN), con locaciones en Quito, Portoviejo, Ambato y Santo Domingo, ofrece el uso del semen de un donante, inseminación intrauterina o fertilización in vitro para que las mujeres solteras y parejas del mismo sexo puedan conseguir un hijo biológico.

Fuera de las anotaciones realizadas, se debe puntualizar que la delimitación de la presente disertación está circunscrita a la fertilización in vitro homóloga, esto es, que los gametos tanto masculinos como femeninos que sean usados en la práctica de la FIV provengan de una misma pareja. Es decir, que si estamos frente a la FIV que requiera la donación de semen o de óvulo, se encontraría fuera del tratamiento de la presente disertación.

Dentro de la aplicación de la técnica de fertilización in vitro, existen varios pasos indispensables que se deben cumplir.

- a) Estimulación o inducción a la ovulación.- Puesto que la mujer produce tan sólo un óvulo maduro al mes, lo cual resultaría insuficiente para asegurar un embarazo dentro de esta técnica, se prescribe la utilización de hormonas como inyecciones de gonadotropina coriónica humana (hCG) para poder estimular la producción de óvulos maduros. Su aplicación empieza con el día de la menstruación y se extienden hasta 12 a 14 días. Durante este tiempo se hace un exhaustivo seguimiento por parte del médico mediante un análisis de sangre y varias ecografías para determinar que el crecimiento y cantidad folicular sea la correcta, así como test hormonales, ya que el número aceptable de óvulos maduros para aplicar esta técnica es de 8 a 10.

Como un dato importante, es oportuno señalar que en el Ecuador al menos en el Centro de Reproducción Humana, ENDOGYN, con el afán de disminuir las molestias y complicaciones como la hiperestimulación ovárica, ha creado la técnica conocida como la maduración in vitro de óvulos, donde se requiere de poca medicación, así como de pocos controles para verificar crecimiento folicular.

- b) Aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios o punción folicular.- Una vez que los folículos hayan crecido lo suficiente y midan entre 15 a 18 milímetros se realiza su extracción. Por lo que es recomendable el uso de sedantes superficiales con el objeto de evitar sentir dolor.

De manera general se considera que es un proceso sencillo, indoloro, rápido y ambulatorio con una duración aproximada de 15 a 20 minutos.

- c) Obtención de los espermatozoides.- La forma más usada para su obtención es la masturbación. Sin embargo, existen otros métodos que se utilizan cuando ya se ha agotado esta primera opción o bien porque en la eyaculación del hombre no hay esperma a consecuencia de oclusión de los vasos deferentes. Así existen dos métodos el MESA Y TESE, por sus siglas en inglés.

La primera de ellas es la aspiración microquirúrgica de espermatozoides y epidídimo y la segunda es la extracción de esperma testicular.

Se han establecido parámetros mínimos en las características de los espermatozoides para incluir a una pareja en un tratamiento de FIV-convenicional:

> 5 millones de espermatozoides por ml

movilidad progresiva > 10 % de espermatozoides

morfología normal en > 4 % de espermatozoides

Tasa de recuperación de espermatozoides móviles de > 1.5 millones post-capacitación.

(“Fertilización in vitro Convencional”, s.f, párr.9)

- d) Inseminación de óvulos con espermatozoides.- Después de 4 a 6 horas de haber obtenido los óvulos, se los coloca en una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio, para posteriormente inseminarlos con los espermatozoides. Para el efecto hay dos maneras, la primera llamada FIV convencional, es cuándo

una vez que se hayan obtenido tanto espermatozoides como óvulos se los deposita en un plato de cultivo y ambos se unen sin ayuda o intervención del laboratorio.

La segunda llamada FIV con ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides), usada en aquellos casos en que el paciente carece de concentración, problemas en la morfología y/o movilidad de los espermatozoides, motivo por el cual, el especialista introduce a través de una pipeta un espermatozoide en el citoplasma de cada óvulo, lo que garantizan óvulos fertilizados y en consecuencia un número mayor de embriones disponibles.

- e) Observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones.- Habiendo transcurrido de 16 a 19 horas después de la inseminación se comprueba cuántos óvulos han fecundado, se los agrupa y se los cultiva en incubadoras durante 2 a 5 días aproximadamente.
- f) Transferencia embrionaria al útero materno.-En pacientes con buen pronóstico se transfieren de 2 a 3 embriones, generalmente realizado entre el tercer a quinto día desde que tuvo lugar la fecundación. Se lo hace introduciendo un espejo vaginal con un catéter de plástico blando o cánula flexible muy fina a través de las que se introducen los embriones dentro del útero.

Doce días después de la transferencia, puede medirse en la sangre de la mujer la hormona bHCG, que permite documentar la presencia de embarazo. La ecografía transvaginal permite visualizar un saco gestacional dentro del útero, 21 días después de la transferencia embrionaria. (“Fertilización in vitro Convencional”, s.f, párr.6)

Ahora bien, la crio preservación ha sido ampliamente usada en la aplicación de técnicas de reproducción asistida. Ésta consiste en el congelamiento a bajas temperaturas con nitrógeno líquido entre menos 160 a 196 grados centígrados para disminuir las funciones vitales de una célula y poderla mantener en condiciones de vida suspendida por un tiempo deteniendo también sus funciones vitales.

En la FIV generalmente se fertilizan algunos óvulos y aquellos embriones que no sean transferidos son congelados con el objeto de que si no progresa el embarazo se

utilicen posteriormente para implantarlos en el útero de la mujer. Así también, son crio preservados los óvulos y espermatozoides con este mismo fin. Sin embargo, la más cuestionada es aquella que se realiza respecto de embriones.

Sobre este punto se hace preciso reiterar que la protección a la vida sobre la que circunscribe nuestra Constitución empieza en el momento de la implantación del embrión en el útero, supuesto que no ocurre en la crio preservación de embriones menos aún en la de los gametos sexuales femeninos y masculinos.

3.6.1 Complicaciones médicas en la aplicación de la fertilización in vitro

Hay que tomar en cuenta que tanto los riesgos como la probabilidad de éxito de una TRA dependerán tanto de la edad de la mujer como de la cantidad de embriones que son transferidos dentro del útero de la paciente. Sin embargo, todo tipo de procedimiento o tratamiento médico sin duda conlleva varios riesgos que debemos tener presente, entre los más frecuentes de la FIV encontramos las siguientes:

- a) Síndrome de hiperestimulación ovárica (SHO).-Un paso que se debe cumplir dentro del proceso en la FIV es la estimulación ovárica, que se logra con la administración de hormonas, pero cuando ésta provoca la producción en exceso de folículos puede inducir a la acumulación de líquido en la cavidad abdominal y el incremento en el tamaño de los ovarios.

Es la respuesta exagerada del ovario a la estimulación de la ovulación, en que el número de los folículos es mayor al deseado y se exterioriza en un aumento del tamaño de los ovarios y distensión abdominal por retención de líquido. En los casos más severos puede producir alteraciones de la coagulación, daño renal, hemoconcentración y concentración líquida en el abdomen y tiene que, cuando no ha sido diagnosticada a tiempo, puede inclusive ocasionar el fallecimiento del paciente. La estadística para los casos que presentan esta complicación es de 4% a 5%. (Merlyn, 2006, p. 51-52)

- b) Torsión ovárica.- Pese a que no es considerado propiamente una complicación de la FIV, es importante tomarlo en cuenta puesto que su causa

es la hiperestimulación ovárica, uno de los principales riesgos que se corre en la aplicación de la FIV.

Cuando el ovario hiperestimulado aumenta su tamaño natural al doble o triple, el peso y la distensión abdominal puede facilitar la torsión estrangulando el sistema vascular, lo que provoca intensos cólicos y si no se trata con la rapidez que amerita, puede producirse hasta una necrosis con hemorragia ovárica. Se requiere para tratarlo laparoscopia o extirpación del ovario. El 1% de los casos puede presentar esta complicación. (Merlyn, 2006, p. 52)

- c) Embarazo múltiple.- Habitualmente dentro de la FIV se transfiere al útero dos o tres embriones para aumentar las posibilidades de embarazo, con lo que cabe la posibilidad de que todos los embriones lleguen a término, es allí donde puede existir gestación múltiple.

En los ciclos en los que se transfieren dos embriones la probabilidad de tener un embarazo gemelar es del 6%, si se transfieren tres embriones la probabilidad de tener un embarazo gemelar es del 12% y de tener un embarazo triple es del 3%. Como vemos no se trata de unos porcentajes escandalosamente elevados, pero tampoco pasan desapercibidos. Es un **riesgo** que existe y que debemos tener en cuenta. (Mestre, 2015, sección de Embarazos múltiples, párr.1)

“Normalmente el embarazo gemelar no presenta mayores complicaciones, pero la gestación triple y cuádruple se asocia a mayor tasa de abortos y muertes fetales intrauterinas, partos prematuros y morbilidad neonatal” (Merlyn, 2006, p. 52).

- d) Embarazo ectópico o tubárico.- El embarazo tubárico ocurre cuando el embrión se anida o implanta fuera del útero, generalmente en una de las trompas de Falopio, ésto causa serios problemas físicos a la mujer como hemorragia vaginal, dolor al orinar, dolor en los hombros incluso puede llegar a la muerte, por lo que en múltiples ocasiones la única solución es interrumpir el embarazo.

“Actualmente se considera que el riesgo de embarazo fuera del útero (por ejemplo, en la trompa) en pacientes sometidas a FIV se sitúa alrededor del 5-

6% (en la población general es el del 1%)” (Bermejo, s.f, sección Embarazo ectópico, párr.1).

- e) Defectos de nacimiento.- Aunque se señale que no existe una diferencia entre el porcentaje de niños nacidos por medios naturales o por FIV, sigue persistiendo el criterio de que estos últimos al haber manipulados fuera del cuerpo de la madre tienen tendencia a tener malformaciones o cambios genéticos. “Sin embargo hay que tomar en cuenta que cuando la causa de infertilidad es la azoospermia, del total de los espermatozoides extraídos, un 12% tiene alteraciones genéticas transmisibles a la descendencia” (Merlyn, 2006, p.53).

3.7 Principios de la bioética

La divulgación de abusos cometidos en la experimentación con seres humanos y en otros ámbitos de investigaciones biomédicas suscitó discusiones vivaces en la opinión pública y en el mundo científico, con significativas repercusiones también a nivel político. (Ciccone, 2006, p. 12)

Entre los años 1932 a 1972 se llevó a cabo el experimento Tuskegee que fue desarrollado en cuatrocientos hombres y mujeres de raza afroamericana para observar la progresión natural de la sífilis y determinar si ésta desencadenaba o no en la muerte. Uno de sus objetivos era establecer si el tratamiento—que hasta esa época era aplicado—pese a ser tóxico, tenía o no efectividad sobre el paciente. Finalmente en 1972 Tuskegee fue expuesto a la luz pública por periodistas, ya que se evidenció que a los sujetos investigados se les suministraba penicilina como su tratamiento, lo que conducía a un fallo múltiple en sus órganos. Pese a tener conocimiento de ello, sus investigadores no detuvieron su aplicación y ninguno de sus participantes habían firmado un consentimiento expreso para participar en la investigación, tampoco se les había informado de su diagnóstico.

Investigaciones como éstas dieron paso a la publicación del documento titulado “Principios éticos y pautas para la protección de los seres humanos en la investigación” o Informe Belmont, que fue realizado el 18 de abril de 1979 por el

Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, en el cual se establecieron principios éticos básicos como el del respeto a las personas, beneficencia y justicia. Tal es su importancia que hoy en día constituye una premisa de lo que la Bioética llegaría a plantear como sus principios rectores.

A menudo entran en conflicto los intereses de los enfermos con los intereses de los médicos, de éstos con profesionales de enfermería, de los técnicos con los gestores, con el sistema sanitario, etc. Para resolverlos, se han utilizado códigos deontológicos, de conducta o juramentos de carácter gremialista. La ética representa el común denominador a todos. (Martínez & Ruiz, 2001, p. 11-12)

Particularmente, la Constitución de la República del Ecuador, en el inciso segundo del artículo 32 establece que la prestación de los servicios de salud se regirá por varios principios:

La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (Lo subrayado me pertenece)

Así también, la Ley Orgánica de Salud publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 423 de 22 de diciembre de 2006 prescribe en su artículo primero, que el derecho universal a la salud se regirá por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético.

Para ello es necesario tomar en cuenta que la bioética ha sido entendida como “la parte de la ética que se dedica a estudiar las acciones técnicas del hombre en el contexto de la biomedicina, es decir, en el ejercicio de las profesiones sanitarias y de la biología” (Pardo, 2010, p. 19). Ésta es regida por algunos principios, que a continuación señalo:

a) Principio de autonomía.- Progresivamente se ha ido modificando la relación médico-paciente, pasando de un “paternalismo” a una relación horizontal donde tiene más prevalencia la libertad y responsabilidad del paciente de tomar por sí

mismo decisiones sobre su salud. Se indica además que su máxima expresión es el consentimiento informado.

“Con este principio se pide que los individuos sean tratados como sujetos autónomos y, por consiguiente, que sus preferencias sean respetadas y que su participación en las decisiones sea suscitada y tutelada” (Aramini, 2007, p. 18).

b) Principio de beneficencia. “Este principio exige que se busque activamente el bien del sujeto, que su enfermedad sea prevenida, que el daño que padece sea quitado o aliviado y, en general, que los beneficios sean maximizados respecto a los daños” (Aramini, 2007, p. 18).

c) Principio de no maleficencia.- Este principio busca que no se cause daño al paciente.

Entronca con todos los códigos de la ética médica tradicional: la primera obligación es no hacer daño, «*primun non nocere*». Significa actuar de forma que no se provoque daño físico, psíquico o moral al paciente (implica conocer la buena práctica clínica, no actuar imprudente ni negligentemente) y minimizar los riesgos que toda actuación diagnóstica o terapéutica representa, evitando utilizar procedimientos cuya relación riesgo/beneficio no sea adecuada. En suma, es buscar la inocuidad de la medicina, asumiendo riesgos inevitables, pero no siendo temerario. (Martínez & Ruiz, 2001, p.12)

d) Principio de justicia.- Ulpiano, jurista romano dentro de un pasaje citado, que posteriormente fuera recogido en el Digesto de Justiniano, brinda una definición de justicia que a continuación recogemos; “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi...Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (Betancourt, 2007, p. 100), que en castellano significa: La justicia es la voluntad constante de conceder a cada uno su derecho. Los preceptos del derecho son éstos: Vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo.

Fundamentado en los derechos humanos, exige tratar a todos por igual; nadie puede ser discriminado por razón de edad, sexo, raza, condición social, nivel cultural, etc. Obliga al profesional a atender a todos con la misma consideración y respeto, sin más diferencias que las que impliquen un beneficio para todos (bien común o social).

Representa ejercer la equidad; los recursos deben ir dirigidos a quienes más lo necesitan. (Martínez & Ruiz, 2001, p.12)

Todos los profesionales de la salud que intervengan en alguna etapa de la aplicación de la fertilización in vitro; embriólogos, enfermeras, ginecólogos, entre otros, tendrán que observar y desenvolverse ajustando su conducta con miras al cumplimiento de estas máximas en la práctica de sus conocimientos específicos.

3.8 La responsabilidad civil médica

Fue primero la ética (deontología) la encargada de ocuparse de numerosos asuntos médicos, que el propio derecho, el que reaccionó, pero más tardíamente, salvo puntuales excepciones, dado que algunos ordenamientos de la antigüedad, sancionaron los errores y desbordamientos médicos. (Jaramillo, 2002, p. 45)

Es así, por vía de referencia, como hace muy poco, relativamente, campeaba la tesis de la irresponsabilidad civil del médico, en línea de principio, la que se estimaba, racional y bien fundada, a pretexto que el paciente debía asumir los riesgos y vicisitudes del acto médico. Al fin y al cabo, se argumentaba, el galeno era una especie de salvador, a la vez que un letrado en su arte, el que se consideraba 'conjetural'. Y que cuando se admitió, luego de múltiples, concienzudos y justicieros razonamientos, fue sobre la base de una responsabilidad extracontractual, y no de una contractual, principalmente en atención a las consideraciones de índole probatoria-por aquello de que la culpa se ha entendido que se presume en la referida esfera contractual, no así en la extracontractual, en la línea de principio-, en todo lo cual la jurisprudencia, hay que reconocerlo, fue determinante, tanto más cuanto que el movimiento codificador, *expressis verbis*, no se ocupó de este tema, ni tampoco de la responsabilidad de los otros profesionales liberales. (Jaramillo, 2002, p. 44-45)

Esta postura fue revaluada totalmente:

Primero, en atención a que el médico, como profesional que es, puede incurrir en responsabilidad, por los daños que cause, conforme a las circunstancias espacio-temporales, específicamente por la transgresión de la 'ley' que disciplina su arte (*lex artis*), tal y como tiene lugar de cara a todos los profesionales. (Jaramillo, 2002: 45 y 46)

Y el segundo, en consideración a que la regla es la inversa...la responsabilidad galénica, de ordinario es contractual, y muy excepcionalmente, será extracontractual. De ahí la fuerza intrínseca de la responsabilidad emergente del contrato de prestación de servicios médicos... (Jaramillo, 2002, p. 45-46)

Para Franco et al. (1995):

El “acto médico” es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como “objeto” la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un “sujeto de derechos”; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos. (p.71)

Para Franco et al. (1995) existen cuatro características que distinguen al acto médico: “la profesionalidad...la ejecución típica...el tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud” (p. 69).

El término responsabilidad proviene del latín *respondo/es/ere* que está compuesto de *re* y *spondeo* que quiere decir estar obligado. Se indica también que se deriva del vocablo *responsum*, que se refiere al sujeto de una deuda u obligación. Para Cabanellas (2008) es la “obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado” (p. 333).

Tengamos presente que la responsabilidad jurídica como categoría general se divide en: responsabilidad civil, penal, administrativa y laboral. Particularmente, la responsabilidad civil ocurre cuando se atenta contra un bien o derecho de una persona, lo que obliga a resarcir en forma patrimonial y pecuniaria, y esta responsabilidad puede ser contractual o extracontractual.

Sobre esto se ha discutido durante mucho tiempo de lo que ha surgido dos teorías: la teoría de la relación no contractual y contractual. Hasta antes de 1936, se manejaba mayoritariamente la teoría de la relación no contractual haciendo las siguientes afirmaciones:

a) con la salud y la vida humana no se puede llegar a ninguna transacción, base del contrato, b) los servicios médicos, por su jerarquía intelectual, no eran considerados susceptibles de ser contratados; c) la naturaleza y objeto del ministerio confiado a los médicos, los reviste de la calidad de funcionarios públicos, ch) los deberes y derechos están impuestos por normas legales, que conforman el estatuto de la profesión médica, y no pueden nacer de un contrato; d) el médico goza de independencia en la ejecución de los

contratos; e) no es posible juzgar con reglas diversas una responsabilidad idéntica. (Acosta, 1990, p. 78)

Este panorama fue revaluado totalmente con el célebre fallo francés Mercier de 20 de mayo de 1936, en el que la Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa declara que: “entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que, si no comporta, evidentemente, la obligación de curar al enfermo..., al menos comprende la de proporcionarles cuidados...” (Acosta, 1990, p.78).

Verdaderamente en la mayoría de los casos concretos la responsabilidad del galeno habrá de ser de esencia contractual. Ello porque la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los casos, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno.

Normalmente el médico no atiende espontáneamente a un paciente desmayado en la calle; esta es una situación excepcional. Lo corriente es que entre médico y paciente se celebre, formal o informalmente y muchas veces en forma verbal, un contrato de asistencia médica. (López, 2007, p. 19)

“Dicho contrato de asistencia no tiene por qué ser solemne, ni siquiera formal y puede ser, aún, verbal” (López, 2007, p. 21). Es pertinente establecer en este punto que si bien la relación más clara se establece entre el médico y los pacientes, también se entabla una relación entre estos últimos.

Con respecto a la primera relación, no existe duda al respecto de que es de naturaleza contractual. Ello puesto que la pareja acude ante un profesional especializado en reproducción humana, surgiendo entre las partes un contrato que puede ser como se dijo solamente verbal,—aunque sin duda, por temas probatorios es aconsejable que sea escrito—en donde el galeno como primer acercamiento, realizará los exámenes médicos pertinentes para determinar la infertilidad de la mujer o el hombre o de ambos, posteriormente se definirá que tratamiento se intentará, entre otras situaciones, motivo por el que la responsabilidad civil que podría surgir en el incumplimiento eventual de los deberes pactados por cualquiera de las partes es contractual.

En lo tocante a la segunda relación, esto es entre los pacientes—pareja heterosexual—nace un contrato con el objeto de buscar ayuda de un especialista para que por medio de una técnica de reproducción asistida, FIV, puedan concebir a un hijo biológico,

estableciendo entre ambos algunas obligaciones, entre ellas, definir de cómo se costeará los honorarios del equipo médico, así como los costos que implique la aplicación de la FIV, entre otros.

Ahora bien, la responsabilidad contractual médica ha sido definida como “aquella que nace a consecuencia de la violación de un vínculo médico-paciente obligatorio, preexistente” (Acosta, 1990, p. 86). Y aunque, si bien el acto médico recae sobre el cuerpo de una persona, no significa que sea el objeto de la relación contractual, pues éste viene a ser el servicio o la actividad que el médico proveerá al paciente en su beneficio, dicho de otro modo, “el paciente no entrega su cuerpo, sino que solicita al médico un determinado servicio, que efectúe algo, con su mayor diligencia, prudencia y cuidado, con el fin último de obtener una mejoría en su salud” (Acosta, 1990, p. 81).

A propósito, el Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1453 prescribe que:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Particularmente en el primer inciso del artículo 54 de la Constitución de la República del Ecuador se indica que:

Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

3.8.1 El contrato de asistencia médica en la aplicación de la fertilización in vitro homóloga

La Codificación al Código Civil Ecuatoriano prescribe en su artículo 1454 que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Para que el contrato médico como el acto jurídico que es, nazca a la vida jurídica y produzca efectos legales, es necesaria la concurrencia de algunas condiciones, que de no cumplirse afectarían a la validez del contrato y le restaría toda su eficacia.

El artículo 1461 del mismo Código indica que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad se requiere: que sea legalmente capaz; que consienta dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita.

Acosta (1990) señala que la capacidad:

Se trata de la aptitud legal de las personas para hacer valer los derechos por sí mismas, es decir, de la capacidad de ejercicio, y no en general, sino respecto de algunas variantes a las reglas generales que pueden nacer a virtud de la práctica médica. (p. 149)

Para Morales, Franco, Guzmán & Arrazola (1995) consiste en:

La capacidad de los sujetos para poder llevar a cabo un hecho de responsabilidad legal o imputabilidad, se fundamenta en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión. (p. 131)

Sobre esto, el Código Civil prescribe que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces; como las personas con discapacidad intelectual, impúberes y las personas sordas, que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas—acorde a las disposiciones

reformatorias de la Ley de Discapacidades—que son absolutamente incapaces y cuyos actos no surten efectos ni aún obligaciones naturales y no admiten caución; por su parte, los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas son relativamente incapaces, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias según lo determine la ley. Así también existen incapacidades particulares que la ley impone, que de existir deben ser observadas.

Teniendo en mente lo anterior, es preciso que dicho asentimiento—como muchos lo llaman—sea libre y voluntario, es decir, que no medie ningún vicio del consentimiento como error, fuerza y dolo.

El error “consiste, señala Doneau, en creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero” (Acosta, 1990, p.136). En otras palabras, se evidencia una discrepancia entre la idea que se tiene de algo y lo que es verdaderamente. Nuestro ordenamiento jurídico ha prescrito que el error de derecho—ignorancia de la ley— no vicia el consentimiento, ésto en virtud de la presunción del conocimiento de la ley. Pero si se prevé tres casos en los que el error puede viciar el consentimiento, constantes en los artículos 1469, 1470 y 1471 del Código Civil.

1. El error de hecho sobre la especie del acto y la identidad de la cosa.
2. El error de hecho sobre las calidades de las cosas.
3. El error de hecho sobre la persona.

En cuanto a la fuerza, aparece cuando “existe un constreñimiento que se ejerce sobre el autor de la declaración, que es efectuado con el fin de obtener de él la manifestación de voluntad” (Acosta, 1990, p. 139). En el Ecuador, la fuerza no vicia el consentimiento, excepto cuando siendo ejercida por una tercera persona o el beneficiado sea capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio— tomando en cuenta su edad, sexo y condición—sobre sí misma, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes.

Finalmente, el dolo es “toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer que otra persona incurra en un error que la determine a contratar” (Acosta, 1990, p.144). El artículo 1474 del Código Civil señala que se vicia el consentimiento cuando el dolo es obra de una de las partes y se evidencia que sin su existencia no hubieran contratado.

El consentimiento por su lado ha sido definido como el “acuerdo de las voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico” (Acosta, 1990, p. 129) y “se forman cuando concurren dos manifestaciones de voluntad: la oferta y la aceptación” (Acosta, 1990, p.130). De manera particular, en el contrato de prestación de servicios médicos o asistencia médica “se exige que el consentimiento tenga un plus, un requisito adicional indispensable para la validez del acto: debe ser informado” (Merlyn, 2006, p. 92).

En términos generales, lo que se persigue con la ejecución del débito informativo, es que el médico, sabedor del desconocimiento técnico-científico por parte de su paciente—in actus o in futurum—, le suministre oportuna y fidedigna información que, objetivamente, le permita identificar o elucidar una serie de aspectos para él cruciales y decisivos y, de paso, así sea de alguna manera, paliar la desigualdad existente, en lo que a ilustración técnica y científica concierne, todo con fundamento en el acrisolado principio de la buen fe. (Jaramillo, 2002, p. 224)

Como se evidencia, es condición sine qua non para que el paciente exprese su consentimiento que el médico provea información clara, entendible, cierta y precisa, pues de no hacerlo coartaría no sólo el derecho a la libertad de su paciente, sino que podría conducir a que el mismo manifieste su consentimiento bajo términos que no eran reales, lo que afectaría la validez del contrato.

Para el jurista argentino, Ricardo Rabinovich-Berkman, su origen se halla en la sociedad de los colonos calvinistas puritanos de la nueva Inglaterra que emigraron a los Estados Unidos, cuya casta está asentada en tres pilares fundamentales que han dado paso a lo que constituye hoy en día el consentimiento informado. El primero, la visión que tenía esta sociedad del médico como un artesano que ponía a disposición su trabajo a cambio de una compensación. El segundo, era la idea contractualista de la sociedad, por la cual

todas las relaciones humanas aparecían fundadas en convenios entre iguales y como creían que éstos eran celebrados ante Dios no cabían engaños y se celebraban de buena fe. Y por último, el tercero se entroncaba en el fatalismo de dicha sociedad según el cual existía una actitud de resignación ante la realidad. Incluso de una realidad biológica como lo es una enfermedad, que por ser una voluntad divina tenía que ser aceptada.

Es por esta razón que nada debía ni tenía que ocultar el galeno a sus contratantes puesto que era considerado como un pecado grave. Es decir, el médico debía ser claro cuando informaba a sus pacientes las expectativas de curación, y por mala que fuera una realidad debía ser aceptada. (Rabinovich, 2004). Entonces, el consentimiento informado “nace como una institución reaccionaria y conservadora, y no como un factor progresista” (Rabinovich, 2004, sección Una institución reaccionaria, párr.1).

Así pues, a mediados del siglo XIX este tema ya era discutido en los Estados Unidos, así se forma la doctrina del “informed consent” que de acuerdo al sistema jurídico estadounidense tuvo su desarrollo en la jurisprudencia.

La señora Mary E. Schloendorff acudió a este hospital en enero de 1908. "Sufría de algún desorden estomacal. Preguntó al superintendente, o a uno de sus asistentes cuál sería el costo, y se le dijo que serían siete dólares por semana. Quedó internada en el hospital y, tras algunas semanas de tratamiento, un médico interno, el Dr. Bartlett, descubrió una protuberancia, que resultó ser un tumor fibroide. Consultó al cirujano visitante, Dr. Stimson, que recomendó una operación. Según el testimonio de la actora, el carácter de la protuberancia, según le informaron los galenos, no podía determinarse sin un examen con éter. Ella consintió a tal examen, pero, así lo dice, notificó al Dr. Bartlett que no debía haber operación alguna. Fue llevada de noche desde el área médica a cirugía, y preparada por una enfermera para una operación. Al día siguiente se le administró éter y, mientras estaba inconsciente, fue removido un tumor. Ella aduce que esto fue hecho sin su consentimiento o conocimiento". Como consecuencia de la operación, prosiguen los fundamentos del decisorio, "se desarrolló una gangrena en el brazo izquierdo; algunos de sus dedos debieron serle amputados, y sus sufrimientos fueron intensos. Ahora, ella procura endilgar al hospital la responsabilidad por el perjuicio" (Rabinovich, 2004, sección El caso Schloendorff, párr.3).

En 1914, el caso fue llevado a conocimiento de la Suprema Corte de Nueva York, conocido como el caso *Schloendorff vs. The Society of the New York Hospital* donde el Juez Benjamín Cardozo señala en la parte pertinente del fallo que:

Todo ser humano de edad adulta y mente sana tiene un derecho a determinar qué debe hacerse con su propio cuerpo; y el cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente, comete un asalto a consecuencia del cual es responsable por daños. Esto es verdad, excepto en casos de emergencia, cuando el paciente está inconsciente y cuando es necesario operar antes de que pueda ser obtenido el consentimiento. (Sáenz, 2008, p.9)

Constituyéndose así, el punto de partida del reconocimiento del derecho al “informed consent” donde se estableció no sólo el derecho a la integridad física sino también el derecho a la libre determinación en circunstancias que afecten su propio cuerpo. Para Rabinovich (2004):

El asalto se cometía al realizar la operación sin consentimiento, aunque ella resultara exitosa. Es decir, que se trataba de un acto ilícito autónomo, con un perjuicio independiente, no físico, consistente en la violación del derecho de decidir del paciente, no en el daño a su salud. Esa es la clave de *Schloendorff*.

Finalmente, el otro factor que se vislumbra ya en este fallo líder es que el consentimiento, en realidad, estructura una teoría del derecho al rechazo. Esa posibilidad de negarse a recibir terapias, basada en la autodeterminación del destino del propio cuerpo, es la que, en la óptica de Cardozo, fundamenta la necesidad del consentimiento, la que le da razón de ser, y la que justifica la sanción al médico que interviene sin haberlo obtenido. (Sección El caso *Schloendorff*, párr.12)

Más tarde en 1957, en el Caso *Salgo vs. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* se acuña por primera vez el término consentimiento informado y se lo establece como un derecho autónomo. Así también, se determina no sólo que la obtención del consentimiento es garantía del derecho a la libre determinación del paciente, sino que el derecho a la información permite adoptar una decisión autónoma.

El núcleo de tal doctrina descansa en la aceptación del hecho de que, y puesto que la relación entre el personal sanitario y el usuario de los servicios sanitarios es una relación entre alguien que posee un saber específico y alguien que no lo posee, el primero, en lugar de imponer su voluntad, debe respetar la voluntad del segundo, proporcionándole además la información adecuada para que pueda decidir por sí mismo. Ello ha de permitir que la relación tenga lugar entre dos sujetos autónomos. El consentimiento informado, pues, es la primera y la más fundamental exigencia que se deriva del respeto a la autonomía del paciente. (Méndez & Silveira, 2007, p.76-77)

El Caso *Berkey vs. Anderson* (1969) y *Canterbury vs. Spencer* (1972) sentaron la base de que la información debe ser suficiente de modo que el paciente conozca los riesgos que conlleva la aplicación de un tratamiento o examen médico tanto en la etapa operatoria como post operatoria. Al mismo tiempo se hablaba por primera vez del llamado privilegio terapéutico del que se podrían hacer valer los médicos para no revelar toda la información si según su criterio profesional, ello pudiera causar efectos negativos en la salud mental del paciente.

Posteriormente, la citada jurisprudencia trascendió a la doctrina que sustancialmente coreó a los tribunales y desde 1981, se estableció la teoría del consentimiento a nivel mundial con la “Declaración de los Derechos del Paciente (Asamblea Médica Mundial, Lisboa) que señala que “el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar el tratamiento después de haber sido adecuadamente informado al respecto”. (Merlyn, 2006, p. 93)

En el Ecuador este derecho ha sido garantizado dentro del primer inciso del artículo 362 de la Constitución de la República del Ecuador y del artículo 5 de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente.

Para Domínguez (2007):

Se define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. (p.178)

García (2011) manifiesta que:

El Manual de Ética del Colegio Médico Americano, señala: El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial situación de predominio psicológico sobre el paciente; de tal manera que la información para el consentimiento forma parte del proceso de participación activa de los pacientes o usuarios en la toma de decisiones clínicas. (p.155)

Es claro entonces, que dentro de la actividad médica es obligatorio que el paciente sea informado de manera clara, veraz, oportuna y en términos que una persona ajena a dicha ciencia sea capaz de entender, respecto de su diagnóstico, diversos tratamientos que se pueda ofrecer para el paciente, los riesgos o complicaciones a las que se vea expuesta, los beneficios que obtendría a largo y/o corto plazo, tomando en cuenta el proceso tanto operatorio como post operatorio y por supuesto los costos de dichos tratamientos o intervenciones.

Como muy bien lo señala Merlyn (2006):

La actividad de informar al paciente debidamente no se agota en la primera entrevista, sino que debe continuar a lo largo de las diversas etapas de tratamiento, en forma gradual, deber que culminará independientemente del éxito o fracaso de la Técnica de Reproducción Asistida, cuando la paciente de común acuerdo con el médico decidan que ya no se requiere más del asesoramiento profesional. (p. 94)

En este orden de ideas, deberá haber un acompañamiento de parte del galeno con el afán de que los pacientes, en cada etapa del tratamiento médico, conozcan todas las condiciones y riesgos a los que se ve expuesta, y decidan si quieren avanzar con el mismo o no. Así mismo, el documento en el que conste plasmado el consentimiento informado de los pacientes, no puede ser un modelo que se le presente en todos los casos a todos sus pacientes, pues recordemos que debe estar adecuado a las condiciones específicas de cada pareja.

La doctrina señala que el consentimiento informado incluye:

- a) Información dirigida a que el paciente adopte las medidas necesarias para la curación de su enfermedad;
 - b) Información sobre la capacidad o riesgo para desarrollar determinadas actividades;
 - c) Información de los posibles riesgos y consecuencias en caso de negativa del enfermo a someterse a una información de diagnóstico o terapéutica necesaria;
 - d) Información sobre los eventuales defectos secundarios del tratamiento; y,
 - e) Información en favor de terceros, y obviamente directamente al enfermo.
- (García, 2011, p. 156)

Respecto del contenido del documento de consentimiento informado, Merlyn (2006) manifiesta son:

1. Lugar, fecha y hora en donde se recaba el consentimiento.
2. Nombres completos de la paciente, edad, estado civil, ocupación, nacionalidad, residencia y domicilio. (en caso de que la paciente tenga marido o conviviente, los mismos datos).
3. Indicación médica causante de la infertilidad.
4. Informe Psicológico indicando la aptitud para realizar el tratamiento.
5. Tratamiento aconsejado.
6. Procedimiento del tratamiento detallado.
7. Probabilidades de éxito del caso particular (no estadística global).
8. Posibles riesgos (complicaciones médicas generales y las especiales que puede tener el caso).
9. Derechos del concebido involucrados según sea el caso en cada técnica.
10. Costos totales desglosados por rubro.
11. Alternativas para el tratamiento.
12. Firma de la paciente y del médico.
13. Nombres, apellidos, edad, nacionalidad, domicilio, ocupación de los testigos.
14. Breve declaración de los testigos sobre el acto presenciado.
15. Firma de los testigos. (p. 99)

Siguiendo con la revisión de los elementos de validez del contrato, por una parte, el objeto es la “cosa” sobre la que recae el contrato. Acorde al primer inciso del artículo 1476 del Código Civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, como es claro el objeto en el tipo de obligación de estudio, dependerá de cada parte contratante.

Siendo el objeto del contrato médico crear derechos y obligaciones, la obligación que nace para el médico de dicho contrato es una obligación de medios, o sea, el facultativo se obliga a poner de su parte la diligencia necesaria, a conducirse con prudencia, a prestar sus servicios profesionales en forma diligente a objeto de obtener el resultado deseado, pero no necesariamente a conseguir ese resultado.

El objeto de la obligación del paciente que emana del contrato será a su vez de hacer, no hacer y dar; o, expresado de otro modo, existirán a su respecto las siguientes obligaciones; la primera constituye una obligación de hacer, es decir, seguir el tratamiento recomendado, y una obligación de no hacer, la cual estará constituida por la abstención de efectuar todo aquello que sea contrario y perjudicial al tratamiento prescrito.

Existe, además, una obligación de dar, en las ocasiones en que se haya pactado una remuneración, o bien cuando, no habiendo sido pactada, nada se ha dicho al respecto en el sentido de no exigir honorarios. (Acosta, 1990, p. 164-165)

Por otro lado, la causa es el motivo que induce a contratar y ésta requiere ser lícita, es decir, que no esté prohibida por las leyes de la República, sea contraria a las buenas costumbres o el orden público. El contrato de prestación de servicios médicos para la aplicación de la FIV tiene como motivo que la pareja pueda concebir un hijo biológico y por parte del facultativo podríamos señalar que sería el de obtener una retribución económica. Hoy en día, el uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida no están prohibidas en el Ecuador, ni han sido considerados como contrarias a las buenas costumbres o el orden público, ya que así lo demuestra el auge existente en parejas que acuden a médicos especialistas en reproducción asistida.

Ahora bien, el contrato de asistencia médica como cualquier otro tipo de contrato posee atributos propios que lo caracterizan e individualizan, de modo que mediante ellos podemos conocer su esencia y funcionamiento.

Se ha discutido ampliamente en el campo de la jurisprudencia qué tipo de contrato es el que se establece entre el paciente y su médico. Varias teorías han sido estudiadas y desechadas parcialmente. Ellas incluyen la del mandato, la de la locación de servicios, la de locación de obra, la de contrato innominado y otras muchas, para terminar aceptando que el acto médico es una forma especial de contrato denominado, precisamente, de asistencia médica. (Franco et al., 1995, p.72)

Para comenzar en el contrato de prestación de servicios médicos o de asistencia médica, particularmente el de la aplicación de la fertilización in vitro, tienen dos partes contratantes, por una parte, el médico o facultativo y por otra, los pacientes. Pues acorde al artículo 1454 del Código Civil cada parte puede ser una o muchas personas, y en tanto que el tratamiento médico es desplegado tanto en el cuerpo de la mujer como el hombre, ambos forman una sola parte contratante.

A continuación, señalaré los rasgos propios de este tipo de contrato.

a) Intuitu Personae.- El primer rasgo que ostenta este contrato es el factor intuitu personae, es decir, que las condiciones personales del profesional de la medicina como "...su fama; experiencia; prestigio; atención dispensada en el pasado; acierto en el pronóstico; su edad, etc" (Jaramillo, 2002, p.156) constituyen una razón principal para que los pacientes estén guiados a contratar con un médico.

A decir de lo anterior, es frecuente en la mayoría de los casos que el médico especialista no posea ninguna información previa respecto de su paciente, en este sentido Jaramillo (2002) manifiesta que:

Desde luego el médico, aun cuando en menor escala y proporción, puede contratar en función de la persona (supuestos especiales), pero lo cierto es que, de ordinario, por lo menos la primera vez, el potencial paciente conoce más del galeno, que éste sobre él. (p. 157)

Si bien existen excepciones en las cuáles el paciente no conocerá nada acerca del médico pues acude a él porque le han asignado al mismo en una entidad pública o privada; porque ha escuchado en anuncios: escritos, radiales o televisivos; o por una atención de emergencia en donde no se indaga respecto de ninguna calidad del profesional por la situación de urgencia. Empero, no nos encontramos dentro de ese presupuesto, pues las parejas que buscan aplicarse una técnica de reproducción asistida generalmente se preocupan por

investigar muy exhaustivamente respecto de la formación y experiencia de varios profesionales especializados en reproducción humana, y en muchos casos incluso apoyándose en referencias obtenidas de otras parejas.

De modo que, luego de entrevistarse con aquellos médicos que han sido electos, la pareja escogerá al profesional que les ha proveído de tranquilidad, tanto en su formación humana cuanto en la profesional como en sus conocimientos, competencias y habilidades específicas respecto de la técnica de la fertilización in vitro y la experiencia obtenida a lo largo de su ejercicio profesional, pero sobre todo quien haya podido sembrar confianza con la pareja, de modo que sus características morales y afinidad, se convierten en un aspecto relevante.

Al mediar un contrato de prestación de servicios médicos que posee el rasgo que señalamos previamente se estará en el supuesto de que si existe un error en la persona del contratista, éste puede ser anulado. En este sentido el artículo 1471 del Código Civil Ecuatoriano indica que “el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”. Por lo que de contratar erróneamente a otro profesional pensando que se contrata con una persona que posee determinadas características produciría que se vicie el consentimiento.

En este punto se abre paso a la interrogante de que al mediar la característica *intuitu personae* en el contrato de prestación de servicios médicos, ¿podría el médico auxiliarse con terceros expertos o no? Pues bien, si bien el contratante ha sido explícito en relación a con quién ha prestado su voluntad de querer contratar, y pese a que son desconocidas las características morales o profesionales de aquellas personas que vendrían a apoyar la actividad médica, no se puede extremar esta característica, puesto que el médico necesita apoyar el desarrollo de su acto médico en otros profesionales como: instrumentalistas, enfermeras, etc., caso contrario, podría incluso llegar a

poner en riesgo la integridad física o psíquica de su paciente (Jaramillo, 2002).

- b) Bilateral.- Al respecto, el Código Civil en su artículo 1455 prevé que “el contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”. Por su lado, Ludwig Enneccerus (citado por Ubidia, s.f) manifiesta que las obligaciones bilaterales son “aquellas en que cada una de las partes se hace prometer una prestación y promete otra a título de contrapartida de aquella” (p. 55).

La obligación principal de cada una de las partes contratantes son, por parte del médico proveer el servicio con diligencia, prudencia y cuidado acorde a sus conocimientos específicos en medicina, y por parte de la pareja, cubrir los honorarios y costos de la aplicación de la FIV, sin embargo existe otras obligaciones secundarias, así para la pareja contratante podrían ser “...la cooperación oportuna y efectiva en el tratamiento médico propuesto (deber de seguimiento de las instrucciones y recomendaciones galénicas) y a la información veraz y suficiente al profesional tratante” (Jaramillo, 2002, p. 275). Por parte del médico, “deber de actualización; deber de continuar con el tratamiento prescrito e iniciado con antelación (deber-vigilante), el deber de prescripción farmacéutica; el de certificación y de documentación (la historia clínica)...” (Jaramillo, 2002, p. 217), el deber del secreto médico, de información, de contar con conocimientos de poseer habilidad y pericia. Sin embargo, las obligaciones de ambas partes serán tratadas más ampliamente en líneas subsiguientes.

- c) Consensual.- Dentro de nuestra legislación existen los contratos reales, solemnes o consensuales, así lo prescribe el artículo 1459 del Código Civil, empero el contrato expuesto al presente análisis es consensual puesto que no necesita más formalidades que la manifestación de voluntad, para que el mismo empiece a surtir efectos jurídicos y se perfeccione.

d) Oneroso.- El artículo 1456 de la ley de la materia señala en su parte pertinente que el contrato oneroso es cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. De manera general se puede señalar que el contrato de prestación de servicios médicos es oneroso, y mucho más tratándose de la aplicación de una técnica de reproducción asistida, la fertilización in vitro en la que “el costo en Latinoamérica fluctúa entre los 3.500 a 10.000 USD. El costo promedio ecuatoriano es de 4.000 USD, uno de los costos más bajos en Sudamérica” (Merlyn, 2006, p. 75).

Al respecto, Jaramillo (2002) manifiesta que:

Es claro que el médico, en principio, ejerce su profesión, entre otras razones y motivaciones, con una finalidad económica, de suerte que su labor cotidiana (permanente) no es de beneficencia, salvo puntuales excepciones. Por ello, se afirma que el contrato es oneroso, en la medida en que la contraprestación de la que es titular (derecho de crédito) tiene un contenido financiero, apreciable en dinero. En estas condiciones, es claro que la ventaja que obtiene una de las partes, entrañar para ésta, a su turno, un sacrificio en beneficio de la otra. Ambos contratantes en esta clase negocial, entonces, se sacrifican-o gravan-en beneficio recíproco. (p. 168)

e) Conmutativo.- El artículo 1457 del Código Civil indica que el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. “Asistencia y honorarios, desde la perspectiva anotada, se consideran pues como equivalentes” (Jaramillo, 2002, p. 171).

f) De ejecución sucesiva.- Según el tiempo de cumplimiento de la prestación una obligación puede ser de ejecución inmediata o de ejecución diferida, “con carácter absoluto, no es posible abordar este atributo, como quiera que algunas relaciones medicales, ciertamente, serán de ejecución instantánea, y otras de ejecución sucesiva...” (Jaramillo, 2002, p.178).

Teniendo en cuenta que cada especialidad médica requiere de la aplicación de ciertos procedimientos o tratamientos propios, unos sólo deberán ser aplicados por una sola vez lo que hará que tenga fin su intervención (acto

médico); y otros, que necesariamente deben ser aplicados gradualmente, como es el caso de los procedimientos que se aplican dentro de la fertilización in vitro, procedimientos que son suministrados en múltiples sesiones.

- g) De libre discusión o por adhesión.- Por adhesión significa que sólo una de las partes fijará las cláusulas y condiciones del contrato y que sólo se tiene dos alternativas, la contratar o no hacerlo; de libre discusión es “cuando éste no sea impuesto o dictado privativamente por uno de los extremos de la relación médico-paciente, sino fruto reflexivo de un diálogo y ejercicio volitivos” (Jaramillo, 2002, p.181).

Ahora bien, considero que dentro del contrato de estudio existen particularmente términos que pueden ser revisados y discutidos por ambas partes, por ejemplo: los honorarios y la fecha en que se realicen los diversos procedimientos de la FIV. Sin embargo, es evidente que habrá condiciones que no pueden ser modificadas puesto que responden a estadísticas como en el caso de los riesgos y complicaciones médicas que conforma la aplicación de la FIV, así como su tasa de éxito. Por lo cual considero que al final de cuenta este contrato termina siendo un contrato por adhesión.

- h) Principal.- Es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención acorde al artículo 1458 del Código Civil, lo que se verifica en el caso sub judice.

Una parte de la doctrina ha señalado que otra característica de éste contrato es que es relativamente rescindible, sin embargo para el médico ésta posibilidad no es deliberada, puesto que el mismo no puede dejar al paciente a su suerte, deberá pues asegurarse que ni su salud ni vida corra peligro.

3.8.2 Obligaciones del médico y del paciente dentro de la actividad médica

A lo largo de este capítulo seguramente ha existido más fijación, por un lado, de la obligación de la pareja a pagar el costo que implique la aplicación de la técnica de la fertilización in vitro; y por otro lado, la del médico a aplicar con pericia y experticia todos sus conocimientos con el objeto de que se obtenga un posible embarazo—en el caso concreto—mismo que por la naturaleza de la obligación, no puede ser asegurado. De esta manera se evidencia que ambas partes adquieren las calidades de acreedor y deudor a la vez. Empero se debe tener claro que esos no son los únicos deberes que surgen entre ambas partes.

Es necesario precisar que en razón del presente tema de la tesina me enfocaré con mayor ímpetu en los deberes del médico con respecto al paciente, sin dejar a un lado los del paciente, aunque nos referiremos a ellos de manera escueta.

Para Guzmán, Morales, Franco, Mendoza & González (1995) los deberes del paciente son los de “colaborar en el cumplimiento de las normas institucionales; tratar con respeto al médico, a los paramédicos, a otros pacientes y a los acompañantes; y, a firmar el documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos propuestos, cuando así lo decida” (p, 29). Por su parte, Jaramillo (2002) hace una distinción, de esta manera indica que “la obligación principal del paciente consiste en pagar los honorarios médicos...y las obligaciones secundarias son de cooperación respecto del tratamiento recomendado y de cooperación en torno al suministro de información veraz” (p.275, 282, 290).

Corroborando lo ya señalado por los referidos autores, Acosta (1990) expresa que “el paciente posee la obligación de información...de seguir el tratamiento...de abstención y de pago de honorarios” (p. 222).

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 362 garantiza el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.

A continuación nos centraremos en las obligaciones del médico.

Así, el Código de Ética Médica publicado en el Registro Oficial N° 5 de 17 de agosto de 1992 amplía más este tema y señala que algunos deberes que obtiene el médico con el paciente son los siguientes:

- a) Llevar una ficha clínica escrita de cada uno de sus pacientes y registrar la evolución que se constate. (Art. 7)
- b) Respetar las creencias religiosas e ideológicas de sus pacientes y no oponerse al cumplimiento de sus preceptos, siempre que no sean perjudiciales para su salud. (Art. 13)
- c) No realizar ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que se encuentre de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos de autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones. (Art. 15)
- d) Advertir el diagnóstico a sus pacientes o los familiares, en estricto apego al estudio de la patología encontrada y en concordancia con su real capacidad.(Art. 19)
- e) Mantener el secreto profesional. (Art. 66)

Por otra parte, la Ley de Derechos y Amparo del Paciente que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 626 de 3 de febrero del 1995, prescribe los siguientes derechos:

- a) Derecho a una atención oportuna y digna que merece todo ser humano y a ser tratado con respeto, esmero y cortesía. (Art. 2)
- b) Derecho a no ser discriminado (Art. 3)

- c) Derecho a la confidencialidad en la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico. (Art.4)

- d) Derecho a la información antes y en las diversas etapas de atención al paciente que deba ser recibida del centro de salud a través de sus miembros responsables. Esto incluye la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, a conocer quién es el médico responsable de su tratamiento en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. (Art. 5)

- e) Derecho a decidir si acepta o declina el tratamiento médico, y que se le informe sobre las consecuencias de su elección. (Art. 6)

Para centrar el análisis en las obligaciones que asume el médico dentro de su actividad, Jaramillo (2002) acertadamente señala lo siguiente:

El médico no tiene a su cargo una sola obligación, como pudiera pensarse en forma desprevenida..., como quiera que el acto médico, cabalmente concebido, se desdobra de un nutrido número de ejecutorias o actuaciones, de muy variada índole, temperamento e, incluso, cronología, hasta el punto que en este tema no es posible circunscribir el análisis a la unicidad obligacional, de suyo existente en esta disciplina jurídica, sino a una red de prestaciones, tejida con arreglo a numerosos hilos. (p.195)

Dicho en otras palabras, no se puede creer que el facultativo posea un sólo deber, puesto que en su actividad médica confluyen varios “compromisos” que se van cumpliendo a lo largo de su tratamiento o intervención médica y pueden ser clasificados como deberes principales y secundarios.

“El deber céntrico o primario del galeno..., estriba en la asistencia sanitaria, encaminada a satisfacer, en su real dimensión tutelar, el interés terapéutico...del

paciente” (Jaramillo, 2002, p. 210-211). Para Carlos Jaramillo (2002), los deberes secundarios del médico son: “deber de información y de guardar el secreto médico” (p. 218, 254). Y señala como otros deberes: “el de contar con conocimientos de poseer habilidad o pericia, y de actualización...de continuar con el tratamiento prescrito e iniciado con antelación...de disponer de material e instrumental adecuados...de prescripción farmacéutica...el de certificación y de documentación (la historia clínica)” (p. 266, 270-272).

López (2007) no realiza una clasificación de cuáles serían obligaciones principales o secundarias, no obstante señala que éstas son “el de confidencialidad o secreto profesional...de información al paciente...de asesoramiento o consejo...de requerir su consentimiento informado...de asistencia...de llevar en debida forma la historia clínica...de actuación diligente...de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente...de abstenerse de asegurar un resultado...de reducir los riesgos a que se lo somete...de efectuar derivación y/o interconsulta” (p. 42).

Ahora bien, para Guzmán et al. (1995) la obligación del médico es “el secreto profesional...información adecuada y consentimiento...de diligencia y técnica...la continuidad en el tratamiento...de asistencia y consejo...de certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado”. (p. 18)

Por considerar que los deberes del galeno—fuera de la realización de su actividad médica— sobre los que hay acuerdo en el plano doctrinal son tanto el deber de información como el secreto médico, a continuación delinearé su contenido.

El deber de información se desarrolla en diversas etapas, si bien resulta ser primordial en una etapa inicial (fase pre contractual), esto es, antes de la manifestación del consentimiento, este débito informativo debe verificarse durante el desarrollo de la actividad médica, es decir, debe prestarse de forma sucesiva.

El deber de información ha sido relacionado con la dignidad humana, autonomía personal o el libre desarrollo de la personalidad y determinación, resultando esencial puesto que si es no es prestado, se lo realizada de forma incompleta o se lo realiza mal, se entiende que no se cumplió este deber por parte del galeno, en consecuencia se conculca no sólo el derecho del paciente a recibir información respecto de su tratamiento o intervención médica sino que se coarta el derecho del mismo a la libre elección y decisión.

Por tanto, la información debe ser clara, completa, precisa, veraz y suficiente, donde “el galeno realice un denotado esfuerzo por emplear un lenguaje llano, desprovisto—al máximo—de la terminología especializada...” (Jaramillo, 2002, p. 229). Así, la información “equivale al conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido” (Guzmán et al., 1995, p.22). “Encaminada a describir el haz de riesgos que, con arreglo a la experiencia ordinaria y a la estadística científica...” (Jaramillo, 2002, p. 236). El objeto entonces es que se pueda prever, los beneficios y las consecuencias que pueda haber tanto dentro del plano quirúrgico y post quirúrgico. Además, la información debe ser prestada desde el momento del diagnóstico hasta el del tratamiento.

No obstante, se verifican excepciones a este deber, como:

Cuando el destinatario de la información es otro profesional...cuando el paciente, en forma reiterativa o repetitiva, ha sido sometido a simétrico tratamiento, el que en su momento, de manera previa, motivó que el médico informara amplia y suficientemente alrededor del mismo...cuando el conocimiento de la información médica, merced a las condiciones físicas o psíquicas del enfermo, antes que favorecerlo o ayudarlo, evidentemente lo minaría más, en claro desmedro de su propia salud, ya menguada (pronóstico fatal o por lo menos reservado)...cuando el paciente,..., anticipada y reflexivamente, renuncia—en forma expresa—a su derecho a ser informado. (Jaramillo, 2002, p. 241-243).

Para analizar el segundo deber que data de la antigüedad es conveniente traer a la palestra el juramento hipocrático que en su parte pertinente señala: “Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la

vida de los hombres que no deba ser público, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas” (“Juramento hipocrático”, s.f, párr.4).

Para Guzmán et al. (1995)

El secreto profesional médico cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión se haya visto oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales. (p. 22)

Medrano (2000) por su parte considera que:

El secreto médico se ha definido como la obligación debida a las confidencias que el médico recibe de sus clientes, cuando actúa como médico, realizada con vistas a obtener cualquier servicio de los contenidos en esta profesional. (p. 3)

Ahora bien, “por la relación de confianza—plena—que debe existir entre él y su paciente, éste le ha confiado—o se apresta a confiarle—una información que, por origen y connotaciones, sólo a él le pertenece (*privatus*)” (Jaramillo, 2002, p.225) y “no sólo cobija las informaciones y narraciones efectuadas por su paciente...sino también las que...como profesional que es, obtenga directamente de...los referidos exámenes de laboratorio o clínicos...”(Jaramillo, 2002, p. 256-257).

Esos antecedentes médicos, dolencias, sintomatología y todos los datos que pueden vislumbrar el cuadro clínico son entregados para que el profesional pueda empaparse del estado del paciente, y pueda plantear el tratamiento adecuado en el caso particular, por lo que se encuentran en juego el derecho a la confidencialidad y a la privacidad. Sin embargo se ha establecido si debe ser absoluta, sin admitir excepción alguna o relativa, en donde en casos particulares se la puede inobservar.

Actualmente se entiende que en casos específicos se admite limitaciones a este derecho, tal como en el caso de que se discuta la condición de la salud con el mismo paciente o cuando se haga conocer de su situación médica a los

familiares del mismo con el objeto de obtener una mejoría tal que sin su apoyo sería imposible, con el carácter de pedagógico; en el caso de requerir una junta médica; cuando lo autoriza el paciente y finalmente, en el caso de ser requerido por una autoridad judicial (revisando cada caso particular).

3.8.3 Responsabilidad de medios

El tratadista Demogue acuñó la clasificación de las obligaciones según la índole del contenido de la prestación, esto es, obligaciones de medios y resultado.

En las primeras alguien se obliga a poner los medios necesarios tendentes a un fin preestablecido, mientras que en la segunda el contratante se obliga no solamente a poner unos medios sino a entregar una prestación determinada, consista ésta en bienes, servicios, u otro tipo de obligación. En la primera el que no se consiga el resultado no puede ser, sin más, alegado como incumplimiento de contrato, mientras que en la segunda sí. (Fernández, 2007, p. 36)

En síntesis, en las obligaciones de resultado, el deudor se compromete a obtener un resultado determinado, asegurando al contratar el logro de dicho objetivo. Mientras que en las obligaciones de medio, el deudor promete desplegar su actividad diligente y concienzuda con el objeto de lograr un resultado, pero que no es asegurado o prometido.

Viene a ser fundamental que se tenga presente la naturaleza del acto médico para comprender porque la mayoría de la doctrina latinoamericana toma como una regla general que la actividad médica en la mayoría de los casos conlleva una obligación de medios, y excepcionalmente de resultados. En este sentido la doctrina general de la República de Argentina citada por Franco & otros ha señalado que:

No debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, y que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad. (Franco et al., 1995, p. 77)

En la obligación de medios “nos encontramos frente a lo que los romanos llamaban ya la “emptio spei” (compra de la esperanza), como ocurre cuando el particular acude al consultorio del médico, con la esperanza de obtener su curación” (Franco et al., 1995, p. 75).

No obstante, el galeno no puede garantizar un resultado determinado pues dentro de la medicina intervienen varios factores “propios y ajenos” a la actividad médica que pueden afectar el tratamiento o procedimiento quirúrgico, de modo que el médico sólo deberá emplear “el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución, sin prometer, asegurar ni garantizar nada” (Chepe, 2010, p.48).

Centrándonos en el contrato de prestación de servicios médicos o asistencia médica para la aplicación de la FIV, hay que tomar en cuenta que esta obligación corresponde a una de medios, puesto que como es lógico, el embarazo que se desea lograr no puede ser garantizado por el galeno, sin embargo si puede comprometerse a desplegar toda su capacidad con prudencia y diligencia para eventualmente llegar a lograr un resultado, el embarazo de la paciente.

3.8.4 Lex artis ad-hoc

Antiguamente proliferaba una relación paternalista del médico con respecto al “enfermo” por la cual el mismo tenía una especie de patria potestad, ya que el paciente era considerado un menor de edad, incapaz de adoptar decisiones por sí mismo, lo que facultaba al galeno a adoptar medidas sobre su salud o tratamiento. Igualmente, el médico debía desarrollar su actividad apegado a la ética profesional, su consciencia y respondía únicamente ante al escrutinio público, ya que era considerada una profesión casi “esotérica” que respondía a prácticas o técnicas casi incomprensibles fuera del mundo de la medicina.

Con el pasar del tiempo se determinó que la relación del médico-paciente era horizontal, que el paciente efectivamente gozaba de derechos, principalmente

del derecho de libertad tanto de ser informado de su condición y posibles tratamientos cuanto de su derecho de escoger y decidir sobre si quería o no someterse a los mismos. También, se fue abriendo paso a la idea de que los profesionales de la salud adquieren conocimientos específicos y experiencia en el ejercicio de su profesión por lo que puede y debe ser evaluada su actuación tomando en cuenta: las condiciones específicas del paciente, complicaciones, condiciones sanitarias, etcétera. De modo que reuniendo factores específicos el profesional de la salud estaría en la capacidad de asumir la responsabilidad por el acto médico.

Tomando lo anterior como una introducción para tratar el tema, empezaré indicando que la expresión *Lex Artis* literalmente significa “la ley del arte” o “ley artesanal”.

Ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no es correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse; en definitiva, si corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico o un buen artesano. Es decir, se intenta calificar si la actuación del profesional se ajusta al concepto de excelencia en el momento en que se juzga dicha actuación. (Guzmán et al., 1995, p. 14)

En el caso del ámbito médico dadas las diversas condiciones clínicas de pacientes, condiciones sanitarias y diversos factores que podrían influir en la actuación de los profesionales de la salud, se ha establecido que deben existir “reglas o criterios de actuación” para cada caso en concreto, de allí surge la *Lex Artis ad hoc*.

Para Martínez & Ruiz (2001):

En el campo de la medicina, la *lex artis* está constituida por una serie de reglas técnicas que se establecen siguiendo los estándares aceptados por la comunidad científica internacional o nacional, y a las que deben acercarse los profesionales en el ejercicio de su oficio, teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias en que hayan de desempeñarla y la situación del paciente en cada caso. (p. 28)

Para el español Luis Martínez Calcerrada citado por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México (CONAMED), la *lex artis ad hoc* es:

El criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. (“Qué es la *lex artis ad hoc*?”, s.f, p. 1)

Para el tratadista Roberto Serpa Flores (citado por García, 2011)

Son reglas de consonancia con el estado de saber de esa ciencia que marcan las pautas en que se deben desenvolverse los profesionales. (p. 153)

No obstante, es pertinente mencionar que la *lex artis ad hoc* tiene sus particularidades puesto que “no obedece a criterios universales, ni uniformes...No son las mismas reglas en un lugar o en otro, influye la geografía, los métodos adoptados en los centros sanitarios según países y culturas” (Pérez, 2001, p. 59).

Así pues, los elementos y propiedades de la *lex artis ad hoc* son:

1. Una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos que valoran la misma.
2. Que tiene como objetivo valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida; es decir, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.
3. Por la *lex artis ad hoc*, los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor, que es un profesional de la medicina.
4. Identifica el objeto sobre que recae, es decir, el tipo de acto que se lleva a cabo y sobre quién: clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución.
5. Concreción de cada acto médico o presupuestos *ad hoc*: tal vez sea este el aporte que individualiza a dicha *lex artis*. Así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa «*lex*» aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada actor. (Martínez & Ruiz, 2001, p. 29-30)

3.8.5 Los requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual médica

La doctrina ha señalado de forma coincidente que para que proceda la responsabilidad civil médica, específicamente aquella de naturaleza contractual se debe verificar algunos requisitos como: 1) Que medie un contrato de asistencia médica; 2) Que se produzca un daño por un incumplimiento de una obligación de las partes; 3) Existencia de culpa; y, 4) Relación causal entre la acción u omisión y el daño.

3.8.5.1 Existencia de un contrato médico

Uno de los requisitos para la procedencia de la responsabilidad contractual es, sin duda, la existencia de un contrato previo, válido y que se encuentre vigente al momento de producirse el daño.

Como fue analizado en líneas anteriores, el contrato médico como acto jurídico, requiere de la concurrencia de algunas condiciones para nacer a la vida jurídica y para que emane de ella efectos jurídicos válidos, esto es, el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa lícita, elementos que ya fueron analizados.

Adicionalmente, se requiere que este contrato válido sea hecho entre la “víctima” y el “autor” del daño. En el caso específico, el contrato de prestación de servicios médicos para la aplicación de la FIV es pactado entre el médico y la pareja, por lo que éste se debe verificar entre ambos.

3.8.5.2 Daño o lesión

Como se manifestó al inicio de este subcapítulo no solamente se requiere un contrato válido, sino además se verifique un daño que es considerado como un “...detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro recibe en la persona o en los bienes” (Cabanellas, 2008, p.107). “Jurídicamente es la asociación entre el acto de un ser humano y su

repercusión sobre el patrimonio de otra persona, natural o jurídica” (Franco et al., 1995, p.77-78).

Además se requiere que “se haya originado a consecuencias del incumplimiento, del incumplimiento imperfecto o del retardo en el cumplimiento del contrato, imputables al otro contratante” (Acosta, 1990, p. 219) y este perjuicio debe ostentar algunas características como:

- a) Sea efectivo (actual y real).- El detrimento debe ser presente, es decir, que ya ha ocurrido o esté ocurriendo en el plano material. Empero, cabe la posibilidad además de que se produzca un daño futuro, es decir, aquel que aún no se ha producido pero “aparece como consecuencia por lo menos probable, del hecho antecedente, cuando se conoce con objetividad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas” (Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. PETROECUADOR, 2003, p. 19).

El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles.

En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 2002, p. 18-19).

Asimismo no debe haber mediado por parte del deudor o por un tercero (asegurador) compensación alguna de manera previa, puesto que el objeto de una indemnización es la reparación del daño, mismo que se habría alcanzado, por lo que ya no cabría demandar responsabilidad alguna.

- b) Antijurídico.—Cuando el perjudicado no tiene la obligación jurídica de soportarlo.
- c) Recaiga sobre un interés propio.— La persona afectada debe tener la titularidad del derecho afectado.
- d) Evaluable económicamente.—Debe ser susceptible de ser compensado mediante una indemnización pecuniaria.
- e) Sea individualizado.— Esto es, que se debe poder identificar a la persona que ha sufrido el perjuicio.

Habiendo revisado los requisitos que debe reunir el daño, el Código Civil en el primer inciso del artículo 1572 señala que:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Recordemos entonces que el daño jurídico puede ser material o moral. El primero de ellos incluye tanto el lucro cesante como el daño emergente. Por su parte, el lucro cesante es “ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para propios intereses” (Cabanellas, 2008, p.107), verbigracia los días que se deja de trabajar en virtud del daño sufrido, entonces éste consiste en el peculio que se deja de percibir en ocasión del daño sufrido. Y por otra parte, el daño emergente es “el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del deudor” (Ramos, 1999, p.286). Éste es daño más directo—por llamarlo de alguna manera—que se constata producto del incumplimiento de un deber contractual, por ejemplo, una lesión permanente en una parte del cuerpo producto de una intervención médica.

De Trazegnies (citado por Pinkas Flint Blanck, 2002) señala que:

El daño emergente afecta un bien o un interés actual, ya que corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño. (p. 814)

Ahora bien, el daño moral por su lado dentro de la sentencia de Casación en el Caso Delfina Torres en contra de Petroecuador ha señalado que:

Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el "patrimonio moral" del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años.

Hay una vertiente doctrinaria que caracteriza al daño moral o extrapatrimonial partiendo de una definición por exclusión; es decir, el que no puede ser comprendido en el daño patrimonial es el daño moral. (Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. PETROECUADOR, 2003, p. 19).

3.8.5.3 Imputación del acto dañoso al incumplimiento de un deber médico

Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado. En el ámbito externo el Derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que los asociados pueden moverse libremente, señalando como límite el derecho del otro. Esa conducta debe ser observada racionalmente y así el Derecho castiga el error que produce daño. (Franco et al., 1995, p. 81-82)

El médico en el ejercicio de su profesión se obliga no solamente a actuar de forma diligente y prudente sino que además debe ceñir su actuación a la *lex artis ad hoc*. “El incumplimiento del deber de actuación diligente, compromete la responsabilidad civil del médico, a título de negligencia, de impericia o de imprudencia.” (López, 2007, p. 19)

En primer lugar es idóneo revisar que “la culpa se puede definir como una infracción u omisión a una obligación adquirida” (Franco et al., 1995, p. 79). “En el ámbito civil se define como un error de conducta, a causa del cual se produce un daño patrimonial a otra persona” (Guzmán, Franco, Morales, Mendoza, & González, 1995, p. 122).

Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles. Pero si bien no existe el propósito previsible de causar el daño, como en el supuesto doloso, se alcanza igualmente el resultado negativo por no haber tenido el sujeto el cuidado de adoptar las medidas necesarias para impedirlo. (Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. PETROECUADOR, 2003, p. 19)

Es decir, que de la relación contractual establecida se exige una cierta conducta al actor del daño, misma que no fue observada y por tanto, fue incumplida. Pero, no se podría pensar que dentro de la actuación médica medie el dolo, sino más bien la culpa, que se distingue por ser una acción u omisión que sin la intención de causarlo llega a producir un daño.

“En el caso de la culpa civil médica, el análisis del error se ubica en la actuación del médico en sí misma y no en el resultado concreto de la misma” (Guzmán et al., 1995, p. 122), por la naturaleza de la obligación, su deber se centra en poner toda su atención, diligencia y cuidado en la realización del acto médico. El Código Civil prescribe que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (Art.1563 CC), es decir, que el galeno sería el llamado a hacerlo.

Ahora, bien los tres tipos de culpa presentes en este tipo de profesión son la negligencia, impericia e imprudencia.

a) Negligencia: “Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión” (Franco et al., 1995, p. 81).

Dentro de la sentencia que fue expedida el 29 de octubre del 2002 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia en el Caso Delfina Torres, viuda de Concha contra Petroecuador, se estableció que:

La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso...En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo. (Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. PETROECUADOR, 2003, p. 19)

b) Imprudencia

La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina. (Franco et al., 1995, p. 81)

La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear. (Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. PETROECUADOR, 2002, p. 19).

Sin embargo, en la práctica resulta difícil establecer una diferencia entre negligencia e imprudencia “por lo cual comúnmente ambos términos son utilizados de manera similar” (Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. PETROECUADOR, 2002, p. 19-20).

c) Impericia.- “La impericia aparece cuando existe incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado” (Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. PETROECUADOR, 2002, p. 20).

Hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando

éstas no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente. (Franco et al., 1995, p.80)

Una vez que se analizó los tipos de culpa que se pueden verificar en este tipo de responsabilidad, es propicio establecer qué grado de culpa podría confrontar el galeno. El deudor es responsable de culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, así lo establece el artículo 1563 del Código Civil, y al ser el contrato de estudio de aquellos que poseen obligaciones recíprocas, es implícito que cada parte obtendrá un beneficio particular.

En este punto, es necesario puntualizar que la legislación civil en el Ecuador distingue tres grados de culpa. Empero, en atención al artículo precitado, la culpa leve (descuido leve o ligero) es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (Art. 29 CC).

Así también, el artículo 1573 del Código Civil indica que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención. Por tanto, el deudor está en mora, acorde el artículo 1567 del Código Civil, en los siguientes casos:

- 1.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
- 2.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
- 3.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Se prescribe además que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (Art. 1568 CC).

3.8.5.4 Relación de causalidad entre la culpa y el daño

Es fundamental probar la existencia de un nexo entre la culpa y el daño provocado, esto es, que por la negligencia, impericia o/e imprudencia del galeno se ha ocasionado un detrimento en un bien o interés patrimonial o extra patrimonial en el paciente. Puesto que como es lógico si se ha verificado la existencia de un daño pero éste no puede ser atribuido a una conducta del facultativo sería imposible imputarle una responsabilidad.

En este punto se debe partir del hecho de que la obligación que adquiere el facultativo es de aquella de medios, razón por la que su incumplimiento no se entenderá por la no obtención de un resultado, sino por la falta de diligencia y cuidado del mismo en su actividad. En consecuencia, la prueba estará a cargo del acreedor—el paciente—quién deberá demostrar que se verificó cualquier clase de culpa: negligencia, imprudencia o impericia, para adjudicar responsabilidad civil respecto del médico.

Empero, la legislación civil ecuatoriana ha sido muy clara en el sentido de señalar que quién debía emplear diligencia en una actividad la pruebe y quién alegue caso fortuito, de igual manera lo demuestre. En tal sentido Morales, Guzmán, Franco & Mendoza señalan que:

Según el caso, la carga de la prueba (onus probandi) será distinta:..., en las obligaciones contratadas como “de medio”, el médico adquiere una “responsabilidad subjetiva” y responderá por los daños y perjuicios si el paciente le prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. Es decir, la prueba de la falta de cuidado, diligencia o previsión está a cargo del paciente. El médico se liberará a su vez, si en el proceso demuestra que actuó con la diligencia y cuidado debido para el caso (Lex Artis ad-hoc). (1995, p. 159-160)

3.8.6 Eximentes de responsabilidad civil médica

La doctrina ha establecido que en tres casos el médico no será civilmente responsable, puesto que el daño no ha sido provocado por su culpa sino por causas ajenas a su actuación.

- a) Caso fortuito o fuerza mayor.- El Código Civil prescribe que se llama fuerza mayor o caso fortuito, al imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.(Art. 30 CC).

Nuestro ordenamiento jurídico prevé que la prueba de este eximente de responsabilidad le pertenece a la parte que lo alega y que el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (véase Art. 1567 CC.), siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. (Art. 1563 CC)

En este punto, es necesario revisar los elementos que configuran el caso fortuito:

- Inimputabilidad.- Esto quiere decir que no puede ser atribuida una responsabilidad a una de las partes contratantes.
- Imprevisibilidad.- “Siendo imprevisto, el hecho no es susceptible de ser representado por la mente humana” (Acosta, 1990, p. 355). En el otro extremo:

La previsibilidad se debe establecer conforme a la experiencia ordinaria que han obtenido los facultativos en relación con las circunstancias que rodean al acto médico. Deberá haber existido obligación de prever el hecho; esa obligación es reprochable al médico que ejecuta la acción propensa a producir el resultado dañoso en el paciente, no dándole la dirección requerida para evitar el evento, aun cuando cabía esperar que así lo efectuara. Sólo en el caso en que no hubiere sido previsible el hecho

dañoso, se dará curso a la eximente de caso fortuito. (Acosta, 1990, p. 355)

- La irresistibilidad.- Constituye una situación que no puede ser evitada o rechazada.

- b) Hecho de un tercero.- En este supuesto, se encuentra aquella actividad realizada por un tercero—no incluye a los auxiliares o terceros expertos que forman parte de su equipo médico— que cause un detrimento en la actividad médica que ha desplegado el médico y que se verifique en perjuicio del paciente.

- c) Culpa exclusiva del paciente.- Si el paciente no sigue las prescripciones e indicaciones que el galeno haya indicado o aquel que de plano haya decidido abandonar el tratamiento.

Para concluir el presente título, es necesario recalcar que si bien en la aplicación de la FIV el galeno puede ocasionar un daño en sus pacientes que atribuible a su culpa podría encuadrarse dentro de la responsabilidad contractual médica, del mismo modo puede causársele un detrimento al concebido. Sobre este punto es necesario tomar en cuenta que el concebido, atento a la Constitución de la República del Ecuador, goza del derecho a la vida desde la concepción entendida mediante la interpretación que fue realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del artículo 1.2 y 4.1 de la CADH, como el momento de la implantación del embrión en el útero de la madre. Por consiguiente, antes de dicho momento el embrión sería considerado únicamente material genético, y no gozaría de la protección jurídica que el ordenamiento jurídico provee a los sujetos de derecho.

CAPÍTULO IV

REPRESENTACIÓN LEGAL DEL NASCITURUS

4.7 De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños.

Antes de centrar nuestra atención en la configuración de la representación legal del nasciturus, es imprescindible analizar el paso de la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños.

Para Aries citado por Buaiz (2000):

En la Edad Media, a principios de la era moderna y durante mucho más tiempo en las clases populares, los niños vivían mezclados con los adultos, desde que se les consideraba capaces de desenvolverse sin ayuda de sus madres o nodrizas, pocos años después de un tardío destete, aproximadamente a partir de los siete años. (p. 2)

En este primer periodo, los niños pese a ser parte de la familia, no formaban parte de una categoría particular, es decir, eran tratados como adultos, pese a su nivel de desarrollo físico y emocional. Pasado el siglo XVII, comenzaron a imperar nuevas ideologías:

Para arrancar al niño del mundo de los adultos, estableciendo diferencias cimentadas en conductas y culturas, normas, órdenes e imposiciones para cada grupo dentro de la familia, en una avalancha separatista que abrió paso a la desconstrucción que llenó de contrastes el futuro de los niños” (Buaiz, 2000, p.3)

En este periodo, la doctrina menciona reiteradamente que la escuela—como una institución—se estableció como el principal instrumento de modelaje del niño a través de la transmisión del comportamiento, “...organizada bajo tres principios fundamentales: la vigilancia permanente, la obligación de denunciar y la imposición de penas corporales, cumplirá conjuntamente con la familia, la doble tarea de prolongar el período de la niñez, arrancándola del mundo de los adultos” (Buaiz, 2000, p.3)

La Doctrina de la Situación Irregular fue un instrumento que contribuyó a la segregación de los niños, puesto que no todos eran considerados como tales y por tanto no gozaban de los escasos derechos en ese momento que se les “aseguraba”. Así, el sistema catalogaba a unos como niños y a otros como “menores”. Los primeros, eran aquellos que generalmente gozaban de mejores condiciones tanto económicas como familiares. Los segundos, en cambio, eran aquellos que se encontraban “en peligro”, “en abandono” o en “circunstancias difíciles” y por tanto, eran objeto de protección, merecedores de la intervención y tutelaje del Estado, tanto sobre el “menor” como sobre su familia. Por consiguiente, se propugnaba la idea de la incapacidad absoluta del mismo considerando la opinión del niño/a y adolescente como un elemento irrelevante.

Ahora bien, tres rasgos fundamentales la caracterizaron: a) El tratamiento penal era un claro reflejo de la Escuela Positivista del Derecho Penal donde se juzgaba la personalidad del “menor”, como forma de medir su peligrosidad, dejando a un lado el análisis de la existencia de una conducta delictiva para la atribución de la comisión de un delito. De igual forma, las sanciones por la violación a una ley penal eran iguales tanto para adultos, niños/as o adolescentes, no se realizaba una consideración jurídica distinta. b) La tutela era un pilar fundamental dentro de esta noción, puesto que en virtud de la distinción entre “menores” y niños se abría más la brecha entre unos y otros haciendo que exista aún más marginalidad, por tanto únicamente el grupo de menores “en peligro, abandono o en condiciones difíciles” eran susceptibles de la aplicación de dichas leyes especiales, además merecedores de una guarda por compasión o represión. c) La función del Juez sobrepasaba su naturaleza jurisdiccional e iba encaminada a ser asistencial o tutelar, incluso a la de ser “buen padre de familia” al intervenir tanto al niño como a su núcleo familiar.

En efecto, la minoría de edad era considerada una situación personal en la que no se reconocía la libertad ni como independencia ni como participación. La minoría de edad es una situación de dependencia, de sumisión, a aquellos a quienes se atribuyen “oficios protectores”. Y esta ausencia de independencia no estaba compensada por una participación: el menor carecía de participación en la toma de decisiones tanto en la vida familiar como en la vida social. El carácter tuitivo que asumía la familia y, supletoriamente, el Estado configuraban al menor como una persona dependiente y heterónoma. Entre las diversas contradicciones implícitas en esta situación quizá sea la más llamativa la de la edad penal: el menor de edad era considerado incapaz de participar mediante su voto en la configuración de cuál fuera la ideología que conformase la mayoría

legislativa, la cual decidirá los mínimos morales a imponer penalmente, pero era considerado capaz de asumir el grado de culpabilidad que la ley penal supone para ser imputable. (Placido, 2008, Sección Introducción, párr. 4) (Lo subrayado me corresponde)

...el 20 de noviembre de 1959, se proclamó la Declaración de Derechos del Niño, que no bastó para hacer cesar el tratamiento segregacionista de la infancia, por efecto de la aplicación de la normativa de la Situación Irregular. No bastó, entre otras cosas, porque, en estricto derecho internacional, las declaraciones son una simple formulación de derechos, que reconocen éticamente situaciones de derecho, pero que no son de obligatorio cumplimiento por los Estados parte de esa manifestación de intenciones, muchas veces más románticas o reflejo de un momento político, que una verdadera intención o voluntarismo de estado.

Es decir, que al no tener carácter imperativo, las declaraciones se hacen, por lo general, ineficaces dentro de los países que la suscriben, convirtiéndose en una especie de "invitación" a comportarse de una manera determinada literalmente eso, una feliz invitación, por cuanto carece de mecanismos para dar eficacia y generar efectos de los derechos declarados. (Buaiz, 2003, p.1)

La Doctrina de la Situación Irregular entró en crisis en el año 1989 con la aprobación de la Convención Internacional de Derechos del Niño (CDN), sobre la que se erige la Doctrina para la Protección Integral de los Niños cuya piedra angular es el principio del "interés superior del niño". En las palabras de Calderón (2008)

...pasamos del binomio compasión-represión al binomio protección-vigilancia; dejamos de considerar en situación idéntica al abandono y a la criminalidad, separándolas, y estableciendo la responsabilidad juvenil, para aquellos menores que infrinjan la ley penal, esto acredita plenamente la condición de sujeto de derecho que hoy ostentan niños y adolescentes. (párr.3)

“A pesar de no ser cronológicamente el primer texto, la Convención Internacional ha contribuido decisivamente a consolidar un cuerpo de legislación internacional que ha asumido la denominación de Doctrina de las Naciones Unidas...” (García, s.f, p. 9). A esta Doctrina la conforman además los siguientes instrumentos jurídicos internacionales: las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia de menores o Reglas de Beijing (1985), Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o Reglas de Riyadh (1990) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990).

Sus principios básicos son: la igualdad o no discriminación, la efectividad y prioridad absoluta, el interés superior del niño y la participación solidaria o solidaridad social. También, se determinó que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se clasifican en cuatro grandes grupos:

- Derechos a la supervivencia: Derecho a la vida, a la salud, a la seguridad social y a no participar en conflictos armados.
- Derechos al desarrollo: Derecho a la educación; a la cultura y recreación; al nombre y a la nacionalidad; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- Derechos a la protección especial: Derecho a la protección contra toda forma de explotación, perjuicio, abuso físico o mental, maltrato o descuido; derechos específicos a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en calidad de refugiados; derecho a un proceso justo; derecho de protección contra la venta, el secuestro o trata ejecutados con cualquier fin o en cualquier forma; y, derecho de ser protegido contra el uso ilícito de estupefacientes.
- Derechos a la participación: Derecho a la libertad de expresión e información, opinión y asociación.

Con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Estados miembros de la ONU acordaron que se conforme el Comité de los Derechos del Niño (Art. 43 de CDN), organismo que está encargado de examinar los progresos de los Estados Parte en el cumplimiento de la Convención, al cual por primera ocasión se le debía entregar un informe de los progresos que se han realizado en los Estados a los dos años desde la entrada en vigor de la Convención, y posteriormente cada cinco años.

Los postulados más importantes de esta Doctrina, se plasman a continuación:

- Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere.
- Por eso desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo” “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etcétera.

- Se establece, en todo caso, que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un niño o adolescente se encuentra amenazado o violado, es alguien o alguna institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).
- Se distinguen claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales.
- Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar descentralizadas y focalizadas en los municipios.
- Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho.
- Se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.
- La protección es de los derechos del niño y/o el adolescente. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes.
- Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.
- También por ese motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.
- De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”.
- Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.
- De ahí que de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.
- Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia).
- El juez, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las garantías.
- En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas. La principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgado por tribunales específicos con procedimientos específicos, y la de que la responsabilidad del adolescente por el acto

cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables...

- Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas, en el que lo alternativo, excepcional, ultima ratio y por tiempo breve es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de la libertad en institución especializada. Deben dictarse por tiempo determinado.
- Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave. (Beloff, 1999, p. 18-20)

En el caso del Ecuador, esta Doctrina se ve reflejada en el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia que fue publicado en el Registro Oficial N° 737, el 3 de enero de 2003, con el que se dio un giro considerable en el tratamiento de la niñez y adolescencia.

A continuación se presenta un cuadro sinóptico en el que constan las principales características diferenciales entre la Doctrina de Situación Irregular y la de Protección Integral del Niño.

DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL
Paradigma de tutela:	Paradigma de protección:
1. Discriminación División↓ de la infancia } Menores= Sin derechos } Niños= Con derechos	1. No discriminación ↓ Todos los derechos para todos los niños
2. Los menores son objeto de tutela	2. Los niños son sujetos de derechos
3. Respuesta a las carencias } → Caridad } → Compasión } → Represión ↕ Criminaliza la pobreza	3. Frente a las carencias } → Sociales • Reconoce derechos } → Económicos } → Civiles } → Culturales ↕ ↕ Establece mecanismos para su realización

<p>4. Coloca al niño con carencias en situación irregular:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Abandono • Peligro <ul style="list-style-type: none"> - Sustitución de responsabilidades familiares. - Violación de derechos humanos. - Institucionalización (privación de libertad). 	<p>4. Establece un sistema de protección integral:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mecanismo para la satisfacción de derechos humanos. • Crea responsabilidades en la protección de la infancia. Estado-Familia-Comunidad • La familia recupera su papel. • Sistema de sanciones por violación, amenaza o falta de garantía de derechos. • Los problemas sociales, económicos, de educación, etc, de los niños, no son judicializados.
<p>5. Antes las infracciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • No diferencia entre víctimas y victimarios. • Viola derechos humanos (proceso sin proceso, sin defensa, penas indeterminadas). • Impunidad • Privación de libertad no diferenciada. 	<p>5. Sistema garantista para el adolescente infractor</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definición precisa del infractor (comisión de hechos típicos, antijurídicos y culpables). • Debido proceso <ul style="list-style-type: none"> → Defensa → Legalidad de delitos y penas → Contradictorio → Legalidad del proceso • Medidas socioeducativas. • Privación de libertad sólo excepcional (como último recurso)

Buaiz (2000, p. 44-46)

4.8 Status jurídico del concebido

En el 2012, los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaron sentencia dentro del Caso Artavia Murillo & otros vs. Costa Rica, misma que no es valiosa por cuanto señala que el momento dentro del desarrollo embrionario que debe ser entendido como aquel en el que sucede la concepción, es el instante en que el embrión se implanta en el útero, razón por la que antes de este evento no tendría lugar la aplicación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto, tampoco la del artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, puesto que como se ha analizado esta decisión tiene carácter vinculante.

Además, se determinó que el concebido no puede ser entendido como persona a efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. En consecuencia surge inevitablemente la siguiente pregunta: ¿si el concebido no es considerado una persona entonces, cuál es el estatuto jurídico que posee?

Ahora bien, pese a que el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico le ha dado al concebido ya fue perfilado en el primer capítulo (Subcapítulo 1.4) y con el afán de no ser redundante, se lo dividirá en dos fases: el momento en que el concebido fue considerado un “objeto” protegido y cuando se le da el status de sujeto de derechos.

Dentro del primer periodo encontramos a las Constituciones que rigieron en el territorio ecuatoriano en los años 1906, 1929, 1945 y 1946 dentro de las que se prescribió que el Estado garantizaba la inviolabilidad de la vida, así como la prohibición de la pena de muerte y la tortura. Por su parte, la Constitución de 1967, comienza a visibilizar el tema, en su artículo 30 cuando señalaba que: “El Estado protegerá al hijo desde su concepción, y protegerá también, a la madre sin considerar antecedentes...”, postura que fue reiterada en la Constitución de 1978, en el artículo 23 cuando prescribe que: “El Estado protege al hijo desde su concepción y ampara al menor, a fin de que pueda desarrollarse normalmente y con seguridad para su integridad moral, mental y física, así como su vida en el hogar”.

Ambas Cartas Magnas simplemente expresaban el afán que tenía el Estado por otorgarle una protección, más no de modificar su estatuto jurídico. Por lo que, tanto el Código Civil—que entró en vigor en enero de 1861—como el Código de Menores de 1992 sólo eran un claro reflejo de esta tendencia.

Tendría que pasar al menos de un siglo y medio para que se diera un giro completo al tratamiento que se le otorgaba al nasciturus, con la promulgación de la Constitución Política del Ecuador en 1998, que en su artículo 49 establecía que:

Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción... (Lo subrayado me corresponde)

Por primera vez el legislador ecuatoriano se preocupa por la situación jurídica del concebido, haciéndole “merecedor” nada más y nada menos que al derecho a la vida. Al respecto, la Dra. Sonia Merlyn (2004) señala:

Los Constituyentes zanjaron así la discusión sobre el momento en que debe situarse el inicio de la vida humana y lo fijaron en la concepción. Pero la redacción de la norma nos deja dudas sobre el alcance de la misma, porque probablemente supera la voluntad del propio Constituyente, quien desde el ámbito del Derecho Público empieza a distanciarse del camino marcado por Bello en este tema, al hablar de una protección del Estado ecuatoriano al derecho a la vida desde la concepción, pues aunque todavía se intente enfocar este aspecto con un prisma proteccionista —mereces protección aunque no eres titular—, aparecen reunidos por primera vez en la historia del ordenamiento jurídico ecuatoriano los términos derecho a la vida desde la concepción.

A partir de la vigencia de la Norma Constitucional,..., surge un movimiento jurídico que busca reformar y actualizar ciertas normas que la realidad había dejado caducas y se elaboran los Proyectos de Ley de la Familia y Ley de la Niñez y Adolescencia. Solamente el último de ellos fue aprobado por el Congreso Nacional después de dos años de análisis, se publicó en el Registro Oficial del 3 de enero del 2003 y entró en vigencia a partir del 3 de julio del mismo año. (párr. 21-22)

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, claro reflejo de la Doctrina para la Protección Integral de los Niños sigue la línea constitucional e integra las siguientes disposiciones:

Art. 2.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código. (Lo subrayado me pertenece)

Artículo 20.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo... (Lo subrayado me pertenece)

En efecto, si leemos con atención el texto comentado, ya no se habla simplemente de protección a la vida humana y lejos queda ya la distinción entre existencia natural desde la concepción hasta el nacimiento y existencia jurídica sólo para el nacido vivo. Se establece que el niño/a y el adolescente tienen DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN. La redacción, contrariamente a lo que sucedía con la norma constitucional, ni siquiera deja lugar a alguna duda. Semánticamente, tener es poseer. ¿Y quiénes tienen derechos? Únicamente los sujetos, porque los objetos no pueden ser titulares ni peor ejercer algún derecho. (Merlyn, 2004, párr.27)

Diez años después, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45 recoge casi con exactitud el texto del artículo 49 de su predecesora—pues retira de la redacción de su texto la palabra “derecho”—al prever que:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción... (Lo subrayado me corresponde)

Se ha reputado como únicos acreedores de derechos a las personas naturales o a las personas jurídicas, no obstante, como se ha visto, la Constitución de la República del Ecuador ha reconocido y garantizado el derecho a la vida del concebido, lo que trae a la vida jurídica a un nuevo sujeto de derecho, que por serlo se vuelve un centro de imputación normativa, merecedor de la protección del ordenamiento jurídico, y así mismo detenta derechos.

En este sentido para Fernández Sessarego (2002):

En la actualidad podemos sostener, por consiguiente, que el concepto de “sujeto de derecho” es el ente al cual el ordenamiento jurídico atribuye situaciones jurídicas subjetivas, es decir, deberes y derechos. En la realidad, en la experiencia jurídica, el concepto formal de “sujeto de derecho” se refiere, siempre, al ser humano. Es decir, al ser humano en sus cuatro maneras de presentarse en el mundo, desde su concepción hasta su muerte.

Cuatro “maneras de ser” que son asumidas y reguladas por el derecho a través del ordenamiento jurídico. Es decir, como ser humano por nacer-concebido-, como ser humano nacido-persona natural-, como organización de personas sin inscribirse ni ser reconocida por el Estado y, finalmente, como organización de personas que, por el hecho formal de su inscripción, se convierte en lo que, impropriamente, se le designa como “persona jurídica”. (p. 20-21)

En este orden de ideas, es necesario plantear la siguiente pregunta, ¿qué representa que el concebido sea un sujeto de derechos?

Las personas naturales o jurídicas por ser sujetos de derechos poseen derechos, así como obligaciones, sin embargo, también ostentan ciertos atributos como: el nombre, la capacidad, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio y el estado civil. En el caso del concebido, siendo que comparte dicha calidad, también posee los mismos.

En lo tocante a los derechos, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia prescribe que:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad. (Art. 15 inciso 1ero CNA) (Lo subrayado me corresponde)

El artículo 16 de la misma ley indica que la naturaleza de dichos derechos “...son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley”.

...es evidente que el nasciturus posee dos categorías diferentes de derechos: patrimoniales y extra-patrimoniales (personalísimos o existenciales), estando el ejercicio de la primera categoría subordinado al nacimiento con vida tal como establece el Art. 63 del Código Civil. Pero no se puede decir lo mismo de los derechos personalísimos, que dada su propia

naturaleza no puede ejercitarlos por sí mismo, por lo que deberá hacerlo, a través de un representante. (Merlyn, 2004, párr.28)

Los derechos patrimoniales son valorables económicamente y entregan un interés pecuniario a quien los ostenta, y se clasifican a su vez en derechos reales y personales.

Por una parte, los derechos reales “confieren a sus titulares un poder directo sobre una cosa” (Ochoa, 2006, p. 98). El Código Civil en su artículo 595, lo define como el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, y éstos son: los derechos de dominio, herencia, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca.

Por otra parte, los derechos personales o de créditos “confieren a una persona el derecho de exigir a otra una determinada prestación” (Ochoa, 2006, p. 98). La legislación civil por su parte indica que, son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos (Art. 596 CC).

En este punto se hace importante recalcar como ya se había mencionado, que con la expedición de la Constitución de 1998 y 2008 quedó tácitamente derogado, al menos el artículo 60 del Código Civil y con la expedición del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia fue expresamente derogado el Código de Menores.

Empero, tras el olvido del legislador ecuatoriano de no derogar en forma expresa las normas jurídicas del Código Civil que se encuentran en evidente retraso de los avances constitucionales acerca de la posición jurídica del concebido, pero que, para efectos prácticos es necesario analizar aquellas disposiciones vigentes que aluden actualmente a los derechos del concebido, sobre todo en lo tocante a los derechos patrimoniales.

Revisemos así el artículo 63 del Código Civil que prescribe lo siguiente:

Art. 63.- Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de

dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido. (Lo subrayado me corresponde)

La referida disposición refleja claramente la teoría de la ficción de arraigo romano, que se regía por el principio: “nasciturus pro iam nato habetur quotiens, de eius commodis agitur”, que expresa que, al concebido se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables, es decir, que por un artificio de la ley se crea esta quimera en la que el concebido pese a no haber nacido se lo toma como tal, para la eventual adquisición de derechos patrimoniales.

Adicionalmente, el referido artículo evidencia la distinción que se hace entre la existencia legal y natural, ya que habilita al concebido a ser capaz de suceder, puesto que para ello simplemente debe verificarse una existencia física más no legal, es decir, no es necesario que se produzca el nacimiento del recién nacido, simplemente bastará con que la criatura haya sido concebida. Así lo prescribe el primer inciso del artículo 1005 del Código Civil que indica que, “para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 999, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado” (lo subrayado me corresponde).

Para el efecto, una vez que fallezca su marido, la mujer que se crea embarazada podrá denunciarlo—dentro de los treinta días de la muerte del causante—a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder” (Art. 243 CC).

El inciso tercero del artículo 1005 del Código Civil prevé incluso que este derecho se reserve para aquellos que se espera que existan pero que aún no tienen ni siquiera existencia natural, esta disposición reza de la siguiente manera: “...las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa, si existieren dichas personas antes de expirar los quince años subsiguientes a la apertura de la sucesión” (lo subrayado me corresponde).

Así, también se habilita a la madre de la criatura para que tenga derecho que de los bienes que han de corresponder al póstumo—si nace vivo y en el tiempo debido—, se le asigne lo necesario tanto para su subsistencia como para el parto. Y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no estará obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo no fue del marido. (Art. 244 CC)

En lo atinente a los derechos extra patrimoniales, se puede afirmar que son imprescriptibles, indisponibles, intransferibles e irrenunciables, y de ninguna manera pueden ser valorables económicamente. Éstos se clasifican en dos grupos: los derechos de familia y los de la personalidad.

El primer grupo lo integran los derechos relativos a la relación paterno-filial por la generación o sucesión de descendientes en línea recta, incluyendo la patria potestad con los poderes de guarda material y de guarda jurídica. En materia matrimonial, el Derecho regula las relaciones personales entre esposos, su comunidad de vida, la fidelidad y recíproca asistencia física y moral, así como deberes mutuos. El segundo grupo está integrado los derechos de cada uno a su propio cuerpo, durante su vida o después de la muerte, el respeto a la intimidad o vida privada, a la libertad, al honor, a la imagen. (Ochoa, 2006, p. 102)

Atento a la naturaleza física del concebido, se podría pasar por alto la real posibilidad de que el concebido contraiga obligaciones (Véase el Art. 64 CNA). Sin embargo, este supuesto debe ser considerado, pues el no nacido puede asumir una obligación en virtud de la adquisición de un derecho patrimonial, sin embargo, se debe observar lo que dispone el artículo 13 del Código de la Niñez y Adolescencia:

El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código” (lo subrayado me corresponde).

No es posible concluir con este subcapítulo sin dejar de mencionar que desde el año 1984, con la aprobación de su Código Civil, Perú adopta la teoría de la subjetividad del concebido, con la que se posiciona como el primer ordenamiento jurídico en el

mundo que considera al nasciturus como sujeto de derechos. Por su parte, el Ecuador, se convierte en 1998, en el segundo ordenamiento jurídico en asumir esta teoría.

Encontramos también, que el Código Civil argentino y brasileño, sigue la teoría de la personalidad del concebido. La teoría de la ficción se ve reflejada en los Códigos Civiles de Chile, Paraguay, México, Italia, Colombia, Nicaragua, España y Venezuela, que prescriben que para la existencia de una persona se necesita verificar que el nato haya nacido vivo y que se ha separado completamente de la madre. Así también, es considerado como nacido para la adquisición de derechos patrimoniales, en cuyo supuesto para que los mismos se hagan efectivos se requiere el nacimiento del concebido.

Mientras que en Francia se sigue la teoría no sólo de la vitalidad, sino de la viabilidad, es decir, para su existencia es necesario que el nacido sea apto para vivir. Asimismo, en otros países del mundo existe una invisibilización completa del concebido, cuyo tratamiento jurídico es nulo. Lo que evidencia que su estatuto jurídico a nivel mundial es diverso y nada uniforme.

En el caso sub judice, tanto Perú como Ecuador han logrado consagrar al concebido como un sujeto de derechos, y si bien existe una clara diferencia entre nuestra legislación y la legislación civil peruana que, sin duda, ha sido minuciosa al encargarse de su tratamiento, no se puede negar que un gran avance se plasma tanto dentro nuestra norma madre como en la legislación especial, mismas que son claras y constituyen base jurídica suficiente para no dejar de desconocer el nuevo estatuto jurídico del no nacido en el Ecuador, lo que exige ya desde hace algunas décadas que todas las normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano sean adaptadas y guarden conformidad con la consagración que se ha realizado.

4.9 Régimen de los incapaces: El concebido

Etimológicamente la palabra capacidad proviene del latín *capacitas*, la capacidad (*capacitatis*) estaba definida como la cualidad del capaz, que en latín es *capax*, *capacis*, que se deriva del verbo *capere* que significa coger, tomar o recoger.

Jurídicamente ha sido definida como “la aptitud que tiene el hombre para ser sujeto o por parte, por sí o por representante legal, en las relaciones de Derecho; ya como titular de derechos o facultades, ya cual obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber” (Cabanellas, 2008, p.58). O como “la aptitud legal de una persona para adquirir derechos, ejercerlos y contraer obligaciones y cargas” (Colombo, 1997, p.294).

Para Laura Subies (2010) “la capacidad jurídica...es, el atributo de la personalidad que permite que toda persona sea apta para ser titular de derechos y obligaciones; de ejercitar los primeros y contraer los segundos en forma personal” (p.12). Dentro de la legislación ecuatoriana, la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. (Art. 1461 CC)

Pese a que la capacidad es una sola e indivisible, ésta comprende dos aspectos: la capacidad de goce y de ejercicio. La capacidad de goce—de derecho—es la aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. Mientras que, la capacidad de ejercicio—de hecho—es la aptitud de una persona para poder ejercer derechos y cumplir con obligaciones, sin el ministerio de la ley o autorización de otra persona. En otras palabras, hay personas que gozan de derechos, pero que no pueden ejercerlos, los cuales son llamados incapaces.

Para la legislación ecuatoriana, la capacidad es la regla, y la incapacidad es una excepción (Art. 1462 CC). En todos los casos que se hable de incapacidad se entenderá referirse a la inaptitud de la capacidad de ejercicio, más no a la derecho.

En este punto, no se puede continuar el tema sin hacer una referencia breve a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños —que fue ampliamente tratada—, por la cual los niños/as y adolescentes dejaron de ser considerados “menores” susceptibles de tutela y/o curatela para pasar a ser sujetos plenos de derechos, pues “ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo” (Beloff, 1999, p. 19).

Para continuar, es imperioso, revisar el texto del artículo 65 del Código de la Niñez y Adolescencia:

La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos:

1. Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos;
2. Las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente Código; y,
3. Para celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, ambiental, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación y cuya cuantía no exceda a dos mil dólares.

Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal. (Art. 65 CNA)

Esta disposición nos entrega reglas de capacidad jurídica en tres específicos escenarios: a) actos y contratos de adolescentes que no han cumplido quince años, b) habilitación de firmar contratos de trabajo a adolescentes que han cumplido quince años, y c) para celebrar los actos y contratos objeto de una organización estudiantil, laboral, etc. de las que sean personeros o legítimos representantes.

En el caso bajo análisis no se ajusta a ninguno de esos numerales, por lo que la capacidad jurídica se debe remitir inequívocamente a las reglas que nos da el Código Civil.

La Codificación al Código Civil señala que la incapacidad tiene una gradación, por lo que nos encontramos con los absoluta y relativamente incapaces. El inciso primero del artículo 1463 del Código Civil, se refiere a primero de ellos, esto es, las personas con discapacidad intelectual; los impúberes; y, las personas sordas, que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, señalando además que sus actos no surten efectos ni aún en obligaciones naturales, y no admiten caución.

El artículo 21 de la Codificación al Código Civil señala que existe la siguiente clasificación de las personas por la edad:

Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. (Lo subrayado me corresponde)

Como se puede evidenciar la clasificación que nos ofrece la referida ley, resulta por demás caduca puesto que sigue una categorización ideada dentro de la Antigua Roma, donde por la edad, las personas eran impúberes o púberes, y en atención a este factor, poseían o no capacidad jurídica de ejercicio. Sobre esto, Gross (2008) manifiesta que:

Los romanos, atentos observadores de la realidad humana, establecieron el fenómeno de la pubertad como eje principal divisorio de las etapas de la vida, es decir, la adquisición de la facultad de reproducirse y procrear, que existe tanto en el reino vegetal como en el reino animal. En la lógica de la naturaleza, la adquisición de esa facultad supone que el individuo ha llegado a su madurez y a su perfección biológica dentro de su respectiva especie. En consecuencia, deducían que el individuo humano al llegar a la pubertad ya estaba completamente conformado y capacitado para asumir por sí mismo el ejercicio de sus correspondientes derechos y deberes jurídicos. Por tanto, los impúberes en general sólo tenían las correspondientes capacidades jurídicas de goce, mientras los púberes tenían ya las capacidades jurídicas de ejercicio. (p. 91) (lo subrayado me corresponde)

Dentro de la clasificación de impúber, los romanos a su vez crearon tres sub categorías:

- Infante: 0-7 años.
- Niños cercanos a la infancia: De 7 a 11 años, los hombres; y, de 7 a 9 años, las mujeres.
- Niños cercanos a la pubertad: De 11 a 14 años, los hombres; y, de 9 a 12 años, las mujeres.

Posteriormente, "...al percatarse que el individuo humano no llega a una perfecta madurez intelectual y psicológica sino unos cuantos años más tarde...las autoridades correspondientes fijaron la edad de veinte y cinco años..." (Gross, 2008, p.92).

Si nos fijamos, es muy parecida la categorización realizada por los romanos y aquella contemplada en nuestro Código Civil, la razón de esto se encuentra en el hecho de que

nuestro cuerpo normativo fue una adopción íntegra del Código Civil Chileno que fue redactado por el jurista Andrés Bello, “quien se basó, como es sabido, tanto en el Código Napoleónico como en las fuentes romanas...” (Merlyn, 2004, párr.7), al cual—una vez más se señala—no se le han realizado las modificaciones ni las actualizaciones necesarias acorde a la realidad actual.

Como se dijo, el fundamento de esta clasificación era fijarse en la madurez física de las personas para determinar su capacidad jurídica, sin embargo, ésta surgió en una época en la que el concebido no era considerado una persona, por lo que resulta poco técnico considerar al no nato dentro de la categoría de impúber.

En consecuencia, se debe atender a la legislación especial, es decir, el Código de la Niñez y Adolescencia que en su artículo 4, señala que: “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad” (lo subrayado me corresponde). Norma que por especialidad, debería ser tomada en cuenta para la actualización y modificación de nuestro Código Civil.

En este punto, se tomará como ejemplo al Código Civil (1989) de nuestro vecino país del Sur que en lo tocante a la capacidad jurídica ha prescrito:

Artículo 42. - Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

Artículo 43. - Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Como podemos observar, la legislación civil peruana ha dejado de lado dicha clasificación de origen romano, que dicho sea de paso ha quedado fuera de la realidad y los conceptos actuales en el tema de la niñez.

Pese a que el enfoque con el que se trata a los niños, niñas y adolescentes ha sufrido una transformación considerable desde que migramos a la Doctrina de la Protección

Integral, una realidad jurídica no es posible negar, y es que los niños y niñas—enfáticamente el concebido—son absolutamente incapaces, en consideración a su paulatino desarrollo emocional e intelectual, por lo que inevitablemente dependen para efectivizar sus derechos, de la representación legal y protección de sus progenitores.

Ahora bien, lejos de concordar o no con la categorización que se ha realizado en el primer inciso del artículo 1463, así como del artículo 21 del Código Civil, por la subsidiariedad que el mismo Código de Niñez y Adolescencia prescribe hacia el Código Civil—norma vigente hasta la actualidad—hace que se concluya que—*ipso iure*—el concebido sea un absolutamente incapaz tras encasillar dentro del grupo de los impúberes.

4.10 Configuración de la representación legal del concebido

Los representantes legales naturales de un niño, niña y adolescente son sus progenitores, así lo expresa el artículo 28 del Código Civil:

Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570.

Pero ¿por qué los progenitores de un niño/a y adolescente son sus representantes legales?

Nuestro Código Civil señala que la patria potestad es “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados...” (Art. 283 CC), aunque por especialidad atenderemos al Código de la Niñez y Adolescencia, que indica que la patria potestad “no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley” (Art. 105 CNA).

Esta institución de familia surge en la antigua Roma donde imperaba la voluntad del pater familias, quién en virtud de ésta incluso tenía la potestad de decidir sobre la vida y muerte tanto de sus hijos como de su esposa, es por ello que tradicionalmente fue

concebida como el conjunto de derechos de los padres con respecto de las personas, así como de los bienes de sus hijos menores no emancipados. En virtud del cambio de vida y pensamiento que tuvo la sociedad con respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se lleva a cabo una transformación de esta concepción, así ya no se la toma únicamente como un cúmulo de prerrogativas, sino de obligaciones dirigidas “más bien a la protección del hijo menor y a su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida” (Belluscio, 2011, p.829).

Pero, ¿qué derechos y obligaciones se hallan comprendidos bajo la patria potestad? Entre los derechos, consta el usufructo legal sobre los bienes del hijo no emancipado (Art. 285 CC), administración de los bienes de los hijos (Art. 289 CC) y la representación legal—judicial y extrajudicialmente—del niño/a (Art. 300 CC). En lo atinente a las obligaciones, se encuentran: el cuidado, la educación, el desarrollo integral y la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Pese a que, como hemos visto existen varios derechos y deberes que derivan de la patria potestad tendrá especial atención, el de la representación legal.

La legislación especial prevé que se suspenda la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que exista o pueda existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la ejercen (Art. 108 CNA). En otras palabras, al parecer no se suspendería la globalidad de los derechos de la patria potestad, sino únicamente uno de sus derechos-deberes, es decir, la representación legal.

Al realizar la remisión al artículo 112 del Código Civil, se verifica que la patria potestad se suspende mediante resolución judicial por seis diferentes causas entre ellas; la ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses; maltrato al hijo o hija; declaratoria judicial de interdicción del progenitor; privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada, entre otras. Empero, ninguna de ellas se encuadra en la situación de que se presente un conflicto de intereses para habilitar la suspensión de la patria potestad.

Ahora bien, continuando con el tratamiento que ofrece el Código de Niñez y Adolescencia, dentro del segundo párrafo del artículo 108, se indica que en estos casos “ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el juez si el interés los inhabilita a ambos” (lo subrayado me corresponde).

Tomando la primera parte de la referida disposición, vemos que tanto el padre como la madre forman parte en la aplicación de la FIV y ciertamente podrían responder a beneficios propios, por lo que no es adecuado confiar la representación a ninguno de los dos.

El artículo 377 del Código Civil por su parte, prescribe la imposibilidad de dar guardador al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por disposición del juez, en alguno de los casos enumerados en el artículo 303, mismo que se remite al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que como ya se analizó no tiene dentro de sus causales una que se ajuste mediantemente al supuesto en el que nos encontramos.

En este punto, vale la pena hacer una anotación, pues si bien con la suscripción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se dio un paso a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños, con la que consolidó la postura en la que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y por tanto no deben sometidos a tutela, puesto que lejos de constituirse en una herramienta para proteger al niño, ésta se convirtió en un mecanismo para enajenar al niño de todo derecho, sobre todo de ahogar el vínculo familiar, privándole del derecho de crecer y desarrollarse con su familia. Empero, una cosa si es indiscutible, y es que el bajo aunque progresivo desarrollo físico, mental y emocional de los niños y niñas—sobre todo al nasciturus—les impide exigir sus derechos por sí mismos, y al no poder ser los padres quienes los representen legalmente por los motivos antes expresados, la misma ley especial señala que a “falta” de idoneidad de representación legal de parte de los mismos, se apoyará en una curaduría especial, que según el artículo 374 del Código Civil, es el que se nombra para un negocio particular, misma que por supuesto no puede tener el vetusto enfoque que guiaba a la Doctrina de la Situación Irregular, por tanto el juez que realice

su designación, al hacerlo deberá respetar y guiarse por los principios de la Doctrina para la Protección Integral de los Niños, delineando además la actividad del curador, con el objeto de atender al interés superior del niño.

Abriendo un paréntesis y con el objetivo de entender con mayor claridad a la institución jurídica de las guardas se hará una breve reseña histórica que nos remontará a sus orígenes.

La antigua Roma fue la cuna para el surgimiento de la tutela y curatela. La primera de ellas, conocida como tutela impuberum, cuya finalidad dista de la actual, no pretendía proteger al pupilo de su incapacidad, sino que surge para que los intereses de la familia no se vieran afectados por los actos que pudieran ser desarrollados por el impúber. Así, en un inicio era únicamente conferida mediante testamento, posteriormente se da pie a aquella considerada legítima, dada en virtud del parentesco agnaticio o cognaticio, y como último término, se dio esta facultad a los jueces, apareciendo la llamada tutela dativa.

Por su lado, la curatela nace para aquellas personas que por una causa particular perdieron la capacidad de poder administrar su patrimonio. Principalmente existían las que se daba a los “furiosus” o “locos”, “sordos”, y en general, a todas aquellas personas que padecían de enfermedades graves.

El artículo 367 del Código Civil manifiesta que las tutelas o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Además, se distingue que quienes están sujetos a tutela son los menores (Art. 370 CC), y a curaduría general son los interdictos (Art. 371 CC).

Haciendo una analogía, dentro del Derecho Romano se preveía la existencia del llamado curator ventris bonurum, que era quién velaba por los intereses y administraba los bienes que fueron dejados al no nacido por testamento en virtud de la muerte del padre fallecido, la misma que se encuentra plasmada en la legislación civil que permite

que el padre, nombre un curador, por testamento, para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer (Art. 384 CC), pero no se podría utilizar la referida disposición puesto que estaríamos dentro del cuadro en el que se otorgue curador en razón de la emisión de testamento y la muerte del padre del concebido.

Ahora revisemos el artículo 372 del Código Civil que manifiesta: “se llaman curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que está por nacer”

Pese a que esta guarda tiene como fundamental visión la defensa de los derechos patrimoniales, podría extenderse su competencia también a la defensa de los derechos extra patrimoniales del concebido.

4.11 Persona adecuada para ejercer la representación legal del concebido en casos de aplicación de la técnica de la fertilización in vitro homóloga

En el caso sub judice se ha arribado a la conclusión de que se debe otorgar una curaduría especial al concebido habilitándose en las disposiciones de los artículos 372 y 384 del Código Civil.

Art. 372.- Se llaman curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que está por nacer.

Art. 384.- Puede el padre, asimismo, nombrar curador, por testamento, para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

El Código de la Niñez y Adolescencia prevé la obligación y el derecho de los niños a ser consultados en todos los asuntos que les afecten, sin embargo, sobre todo en el caso del nasciturus, por razones lógicas no podría ser verificado.

Dentro del enfoque de la Doctrina para la Protección Integral de los Niños, se privilegia y garantiza al niño/a y adolescente el derecho de no ser aislado de su núcleo familiar, pero como en tantas ocasiones se ha mencionado, ni el padre ni la madre del no nacido puede ejercer su representación legal, en el caso que ya fue planteado.

El Código Civil claramente indica que el juez, para la elección del tutor o curador deberá oír a los parientes del pupilo, y podrá, en caso necesario, nombrar dos o más, y dividir entre ellos las funciones. (Art. 397 CC) Entre dichos parientes se encuentran, los ascendientes y colaterales, hasta el cuarto grado.

Existe además la posibilidad que a consideración del juez, la persona idónea para ocupar el cargo, no sea un familiar del concebido. Sino, miremos el caso de Argentina, donde se nombró tutor especial de ovocitos pronucleados al jurista Ricardo Rabinovich Berkman. De modo que, la guarda podría ser desarrollada por un tercero experto por ejemplo en derechos humanos, cuya experiencia y formación profesional podrían ser más útiles para el nasciturus.

Pese a que podría considerarse esta contingencia, el juez en pro de la Doctrina hartamente citada, debería tender a otorgar esta curaduría en manos de algún miembro de la familia ampliada o extensa del nasciturus.

En este punto, se analizarán las particularidades que presenta esta guarda, las incapacidades para serlo y las razones de excusa para su designación.

La legislación civil señala que el curador especial no está obligado a la formación de inventario, sino sólo a otorgar recibo de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo, y de que rendirá cuenta fiel y exacta. (Art. 516 CC)

Ahora bien, la ley prevé varios tipos de incapacidades para poder ser tutores o curadores relativos a las siguientes causas:

- Defectos físicos y morales;
- Profesiones, empleos y cargos públicos;
- Edad;
- Relaciones de familia;
- Oposición de intereses o diferencia de religión entre el guardador y pupilo; y
- Incapacidad sobrevenida y aquellas sobre las incapacidades.

Con respecto al primer grupo, el artículo 518 del Código Civil señala que encasillan:

1. Las personas con discapacidad visual;
2. Las personas sordas que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lenguaje de señas;
3. Las personas con discapacidad intelectual, aunque no estén bajo interdicción;
4. Los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados;
5. Los que están privados de administrar sus propios bienes, por disipación;
6. Los que carecen de domicilio en la República;
7. Los que no saben leer ni escribir;
8. Los de mala conducta notoria;
9. Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el artículo 311, numeral cuarto—es decir, un delito que tenga como pena privativa de libertad, cuatro años de reclusión u otra igual o de mayor gravedad—, aunque se les haya indultado de ella;
10. El cónyuge que haya dado causa para el divorcio, según el artículo 110 con excepción del prescrito en su numeral octavo.
11. El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según el artículo 311; y,
12. Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

En cuanto al segundo grupo, son de igual modo incapaces de toda tutela o curatela:

1. Los individuos de la Fuerza Pública, que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado; y,
2. Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública, fuera del territorio ecuatoriano. (Art. 519 CC)

Así también en razón de la edad, el artículo 520 del referido cuerpo normativo señala que no pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido dieciocho años. Se establece además en su segundo inciso una excepción pues se indica que si es llamado

a una tutela o curaduría el ascendiente o descendiente que no ha cumplido dieciocho años, se aguardará que los cumpla para conferirle el cargo, y se nombrará un interino para el tiempo intermedio. Por supuesto, esta salvedad ni siquiera debería ser tomada en cuenta en razón de que la guarda perdería propósito.

En el caso de que no hubiera certeza acerca de la edad de una persona, el artículo 521 del Código Civil indica que se juzgará según el artículo 342 de la misma ley, esto es, que cuando no es posible calificar la edad de un individuo, para la ejecución de actos o ejercicio de cargos que requieran cierta edad, y no fuera posible hacerlo por documentos o declaraciones que fijen la época de su nacimiento, se le atribuirá una edad media entre la mayor y la menor que parecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físico del individuo, para el efecto se oirá el dictamen de facultativos y de otras personas idóneas.

El legislador ecuatoriano ha considerado que asimismo existen incapacidades en cuanto a las relaciones de la familia que se exponen a lo largo de los artículos 522, 523, 524 y 525 del Código Civil, donde se indica que no puede ser tutor o curador el padrastro de sus entenados; el cónyuge sin el consentimiento del otro cónyuge; el hijo respecto de su padre disipador; y, el cónyuge que se ha separado judicialmente respecto de su ex esposo/a.

Uno de los factores a observar es que no exista oposición de intereses. Por ello el artículo 526 del Código Civil, prescribe que no podrá ser tutor o curador de una persona el que le dispute su estado civil, igualmente no pueden ser solos tutores o curadores de una persona los acreedores o deudores de la misma, ni los que litiguen con ella por intereses propios o ajenos. (Art. 527 CC)

Ahora bien, la aparición de una incapacidad sobreviniente durante el ejercicio de la tutela o curaduría, darán fin a ella (Art. 529 CC) y viciará de nulidad todos los actos que durante ella hubieren ejecutado, aunque no hayan sido puestos en interdicción. (Art. 530 CC)

Respecto a las excusas para ser tutor o curador, estas son prescritas a lo largo de los artículos 533 al 544 del Código Civil.

4.12 Derechos y deberes del curador especial.

De manera general, los guardadores tienen derecho a percibir un emolumento en razón de su cargo, de ahí que se habla de la décima, esto es, que su retribución sería la décima parte de los frutos de los bienes pupilares que éste administre acorde al artículo 545 de del Código Civil.

Sin embargo, el artículo 557 del Código Civil prescribe que los curadores especiales no tienen derecho a la décima. Entonces, se les asignará por el juez una remuneración equitativa de los frutos de los bienes que administran, o una cantidad determinada, en recompensa de su trabajo. (Art. 557 CC)

Con respecto a los deberes, se hallan delimitados alrededor del artículo 108 del Código de la Niñez y Adolescencia, que se circunscriben a la representación legal y la defensa de los derechos—se entenderá patrimoniales y extra patrimoniales—del no nacido.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

- Se evidenció que pese a que a nivel mundial el debate ha persistido durante muchos años, no se ha podido llegar a un consenso respecto del momento en que se considera que ocurre la concepción. Lo que ha hecho que el tratamiento jurídico que se da al concebido sea muy diverso, unos invisibilizándolo completamente, otros considerándolo como un objeto protección, una ficción, una persona y por último, un sujeto de derechos.
- Se confirmó que las técnicas de reproducción asistida presentan una gran demanda y uso dentro de nuestro país. Sin embargo, fuera de la existencia de escasos artículos dentro del Código de Ética Médica—que lacónicamente se han referido a la fertilización in vitro e inseminación artificial—, no se verifica mayor tratamiento legislativo, lo que evidencia la despreocupación de la Asamblea Legislativa de regular esta nueva realidad social.
- Se constató que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido claro en señalar que el momento de la concepción, ocurre cuando el embrión se implanta en el útero. Por tanto, antes de éste momento el embrión debe ser considerado únicamente como material genético. Así también ha sido tajante señalando que el concebido no puede ser entendido como una persona.
- Se concluyó que el contrato que surge en la aplicación de la FIV, es un contrato propio con su propia nominación—de asistencia médica o de prestación de servicios médicos—que surge entre el médico y los pacientes para la aplicación de la FIV.
- Se infirió que el contrato de asistencia médica—como cualquier otro contrato— para su validez debe cumplir varios requisitos, sin embargo, el elemento más singular será el consentimiento que se requiere pues no es el común, se necesita que este sea informado.

- Se confirmó que por regla general, la obligación del médico es de medios, no de resultados, pues únicamente el galeno puede asegurar que desplegará su actividad de forma diligente y concienzuda con el objeto de lograr un resultado, pero que de ninguna manera, éste puede ser asegurado o prometido.
- Se evidenció que para evaluar la responsabilidad del facultativo, es imprescindible que se verifique si se ha cumplido la *lex artis ad-hoc*. Así, además para la procedencia de responsabilidad contractual médica se debe presentar la existencia de un contrato de asistencia médica, la verificación de un daño provocado por el incumplimiento de una obligación de una de las partes, la existencia de culpa y que se halle relación de acción u omisión de ésta con el daño.
- Se infirió que desde 1998, el concebido posee el status jurídico de sujeto de derechos que ahora se ve plasmado tanto en la Constitución de la República cuanto en el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, situación que le ha hecho acreedor a derechos patrimoniales y extra patrimoniales.
- Se verificó que pese al status jurídico del concebido de sujeto de derechos, la legislación civil ecuatoriana ha permanecido aletargada en el tiempo conservando varias normas que han perdido aplicación, otras que por ser la única básica jurídica son aplicadas pero no responden a conceptos actuales y aquellas que se encuentran tácitamente derogadas.
- Se dedujo que el paso de la Doctrina de la Situación Irregular hacia la Doctrina para la Protección Integral de los Niños, obliga a los Estados suscriptores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño a modificar completamente el tratamiento de la infancia guiando toda acción en la que se involucren a niños, niñas y adolescentes por cuatro principios básicos, siendo el más representativo el del interés superior del niño.
- Se concluyó que el *nasciturus* no puede ser catalogado como un impúber, puesto que esa clasificación obedece al análisis del desarrollo físico de las “personas” en una época donde el concebido no era un sujeto de derechos, por lo que no es

correcto técnicamente encasillarlo dentro de dicho grupo. Se debe atender a la legislación civil, quién divide a la infancia entre niños, niñas y adolescentes.

- Se estableció que pese a que el concebido no debe ser considerado como un impúber, a efectos de conocer su capacidad jurídica por la remisión que la ley especial de la niñez y adolescencia realiza al Código Civil, dentro del que se cataloga a los absolutamente incapaces en tres clases, dentro de la que más se acerca es la de los impúberes.
- Se confirmó que en virtud de la patria potestad, el concebido está representado legalmente por sus progenitores, sin embargo, en la discusión de la posible responsabilidad civil del médico en la aplicación de la FIV, la misma no puede recaer en sus padres por la existencia de conflicto de intereses.
- Se infirió que al no poder recaer la representación legal en sus progenitores, la legislación especial prevé el juez designe un curador especial, que dicho sea de paso debe atender a la visión de la Doctrina para la Protección Integral de los Niños.
- Se concluyó que es primordial que el análisis que el juez realice a la hora de designar un curador especial, debe estar encaminado a proteger el mejor interés del niño—concebido—evaluando en forma privilegiada si existe un miembro de su familia ampliada que pueda encargarse del cargo.

5.2 Recomendaciones

En vista de las conclusiones precedentes, podemos formular las siguientes recomendaciones:

- Es necesario que el Código Civil sea actualizado, en cuanto al tratamiento de los sujetos de derechos, cuyas reglas deben ser concordantes con lo que establece la Constitución de la República del Ecuador y el Código de Niñez y Adolescencia.

- Es importante, que la Asamblea Nacional del Ecuador fije su atención en la regulación de las diversas técnicas de reproducción asistida que actualmente se aplica dentro del territorio ecuatoriano.
- El Ministerio de Salud debe regular a los distintos Centros o Clínicas que ofrezcan dentro de sus servicios, el de la reproducción humana asistida.
- El Sistema de Salud del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social debería incluir dentro de las especialidades médicas, el de la reproducción humana asistida, como parte de la obligación del Estado de garantizar el derecho a la libre desarrollo de la personalidad y su decisión de ser o no madre o padre.

REFERENCIAS

ARTICULOS

- Beloff, M. (1999). “Protección Integral de los derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”. *Justicia y derechos del Niño*. Recuperado el 9 de mayo del 2015, de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
- Berazaluce, I. (2014). “Cuando a la Iglesia el aborto no le parecía tan mal”. Recuperado el 14 de marzo de 2014, de <http://blogs.publico.es/strambotic/2014/10/concebido-non-nato/>
- Bermejo, N. (s.f). “Fecundación in vitro”. Recuperado el 2 de junio de 2014, de <http://www.webconsultas.com/embarazo/quedarse-embarazada/reproduccion-asistida/fecundacion-in-vitro-2321>
- Blasi, G. (2005, septiembre). “Sobre el inicio de la existencia del ser humano”. *Revista Persona*. Recuperado el 14 de marzo de 2014, de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm>
- Buaiz, Y. (2000). “Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los niños”
- Buaiz, Y. (2003). “La Doctrina para la Protección Integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones”. Recuperado el 9 de mayo del 2015, de http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf
- Calderón, J. (2008). “De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral: La hegemonía del interés superior del niño”. Recuperado el 9 de mayo del 2015, de <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>

Chepe, E. (2010). "Acto médico y el consentimiento informado". Recuperado el 15 de septiembre de 2014, de http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/economicas/91337/ayudas/manuales/acto_medico.pdf

"Convention on the Rights of the child". (s.f). Recuperado el 18 de marzo de 2014, de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec

"El concebido". (2011). Recuperado el 24 de mayo de 2014, de <http://www.slideshare.net/videoconferencias/concebido>

Elía, J. (s.f). "Cristianismo y aborto". Recuperado el 12 de febrero del 2014, <http://01paganismo.blogspot.com/2009/04/74-cristianismo-y-aborto.html>

Fernández, C. (2002). "¿Qué es ser "persona" para el Derecho?". Recuperado el 10 de febrero de 2014, de http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF

"Fertilización in vitro Convencional". (s.f). Recuperado el 18 de agosto de 2014, de http://www.concebir.com.ec/servicios_8fiv.html

García, E. (s.f). "La legislación de "menores" en América Latina: una doctrina en situación irregular en Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral". Recuperado el 9 de mayo de 2015, de http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf

"Juramento hipocrático". (s.f). Recuperado el 25 de febrero de 2015, de <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=149>

- “La Biología como Ciencia”. (2008). Recuperado el 7 de marzo de 2014, de <http://biologiageneral.blogcindario.com/2008/03/00001-la-biologia-como-ciencia.html>
- “La fecundación paso a paso”. (s.f). Recuperado el 18 de agosto de 2014, de <http://www.serpadres.es/antes-del-embarazo/La-fecundacion-paso-a-paso.html>
- Merlyn, S. (2004, octubre). “Consideraciones acerca del inicio de la persona natural en el derecho ecuatoriano”. *Revista Persona*. Recuperado el 12 de noviembre del 2014, de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Merlyn.htm>
- Mestre, C. (2015). “Fecundación in vitro”. Recuperado el 18 de agosto de 2014, de <http://www.reproduccionasistida.org/fecundacion-in-vitro-fiv/>
- Placido, A. (2008). “Infancia y adolescencia: de objeto de tutela a sujeto de derecho con capacidad progresiva para ejercer derechos fundamentales”. Recuperado el 8 de mayo del 2015, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/07/24/infancia-y-adolescencia-de-objeto-de-tutela-a-sujeto-de-derecho-con-capacidad-progresiva-para-ejercer-derechos-fundamentales/>
- “Qué es la lex artis ad hoc?”. (s.f). Recuperado el 16 de mayo de 2014, de http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/lex_artis.pdf
- Rabinovich, R. (2004, diciembre). “Nuevas consideraciones históricas sobre el consentimiento médico”. *Revista Persona*. Recuperado el 16 de febrero de 2015, de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona36/36Rabinovich.htm>
- Real Academia Española. (2012). “Definición de biología”. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 2 de febrero de 2014, de <http://lema.rae.es/drae/?val=ontologia>

Real Academia Española. (2012). “Definición de ontología”. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 2 de febrero de 2014, de <http://lema.rae.es/drae/?val=embriologia>

“Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana”. (s.f). Recuperado el 19 de abril de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

Torrent, L. (2013). “Países ratificantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ¿por qué Estados Unidos no está en la lista?”. Recuperado el 12 de abril de 2014, de <http://www.unitedexplanations.org/2013/06/12/paises-ratificantes-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-por-que-estados-unidos-no-esta-en-la-lista/>

Vallejos, F & Delgado, P. (s.f). “La inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley General de Salud”. *Revista de Investigación Jurídica*. Recuperado el 12 de febrero de 2014, de <http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/INCONSTITUCIONALIDAD-DEL-ART-7-LEY-SALUD.pdf>

Villoro, L. (2007). “La despenalización del aborto”. Recuperado el 24 de enero de 2014, de <http://letraslibres.com/revista/letrillas/la-despenalizacion-del-aborto>

LIBROS

Acosta, V. (1990). *De la responsabilidad civil médica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Andrade, S. (s.f). *Teoría de las Obligaciones*.

Aramini, M. (2007). *Introducción a la bioética*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=Gzs7PhqTnmgC&pg=PA490&lpg=PA490&dq=Aramini+Michele.+%28%29+Introducci%C3%B3n+a+la+bio%C3%A9tica&source=bl&ots=R23rpeVMIH&sig=PRIt_PISjyQfPjnzklcabzVPx5w&hl=es&sa=X&ei=XjP-VNX8MbSUsQSKkoGIDQ&redir_esc=y#v=onepage&q=Aramini%20Michele.%20%28%29%20Introducci%C3%B3n%20a%20la%20bio%C3%A9tica&f=false

Belluscio, A. (2011). *Manuel de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Betancourt, F. (2007). *La recepción del Derecho Romano en Colombia*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=19UlcWLoJ0AC&pg=PA100&lpg=PA100&dq=Iustitia+est+constans+et+perpetua+voluntas+ius+suum+cuique+tribuendi.+Iuris+praecepta+sunt+haec:+honeste+vivere+alterum+non+laedere,+suum+cuique+tribuere.%E2%80%9D,&source=bl&ots=l80ONiMDHh&sig=NWqPtBq_91p4dfDqwFOcTcVj9ts&hl=es&sa=X&ei=Bm7_VLe7J8bfggS92oD4Ag&redir_esc=y#v=onepage&q=Iustitia%20est%20constans%20et%20perpetua%20voluntas%20ius%20suum%20cuique%20tribuendi.%20Iuris%20praecepta%20sunt%20haec%3A%20honeste%20vivere%20alterum%20non%20laedere%2C%20suum%20cuique%20tribuer e.%E2%80%9D%2C&f=false

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental* (19ª ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Carlson, B. (2009). *Embriología Humana y Biología del desarrollo* (4ª ed.). Barcelona: Editorial Elsevier España.

Ciccone, L. (2006). *Bioética: Historia. Principios. Cuestiones*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=wxrWiRsUI1MC&printsec=frontcover&dq=Lino+Ciccone.+Bio%C3%A9tica:+Historia.+Principios.+Cuestiones&hl=es&sa=X&ei=Kyv-VI6lNPeKsQTV5YKYAg&redir_esc=y#v=onepage&q=Lino%20Ciccone.%20%20Bio%C3%A9tica%3A%20Historia.%20Principios.%20Cuestiones&f=false

Colombo, J. (1997). *Los actos procesales*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=L48Wpj8aWQ4C&pg=PA7&lpg=PA7&dq=Colombo+Campbell,+Juan.+Los+actos+procesales&source=bl&ots=yGxEEFZbTm&sig=NAgv2Z_-LSYmBH7Aofy6P-aOREE&hl=es&sa=X&ei=Uyj-VMDHAZL4yQTElIDgDg&redir_esc=y#v=onepage&q=Colombo%20Campbell%20%20Juan.%20Los%20actos%20procesales&f=false

Domínguez, A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002) de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=x3ynbU8rIh0C&printsec=frontcover&dq=Derecho+sanitario+y+responsabilidad+m%C3%A9dica:+%28comentarios+a+la+Ley+41/2002%29+de+14+de+noviembre,+sobre+derechos+del+paciente,+informaci%C3%B3n+y+documentaci%C3%B3n+cl%C3%ADnica.&hl=es&sa=X&ei=7Cj-VLXNL5b_sASxgoGwAQ&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Derecho%20sanitario%20y%20responsabilidad%20m%C3%A9dica%3A%20%28comentarios%20a%20la%20Ley%2041%2F2002%29%20de%2014%20de%20noviembre%2C%20sobre%20derechos%20del%20paciente%2C%20informaci%C3%B3n%20y%20documentaci%C3%B3n%20cl%C3%ADnica.&f=false

Fernández, J.M. (2007). *Sistema de Responsabilidad Médica* (5ª ed.). Granada: Editorial COMARES.

Fitzgerald, M. (1980). *Embriología Humana Un enfoque regional*. México D.F.: Harla S.A.

Flecha, J. (2005). *Bioética La fuente de la vida*. Salamanca: Ediciones Sígueme.

Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=v3ckqiVcH4AC&pg=PA5&lpg=PA5&dq=Flint,+Pinkas.+Tratado+de+defensa+de+la+libre+competencia&source=bl&ots=BN Nf5LB3Ul&sig=C6Kmred01KZuOHpKXoaAd5EU2is&hl=es&sa=X&ei=tin-VKD4NMS0sAT93IDABA&redir_esc=y#v=onepage&q=Flint%20Pinkas.%20Tratado%20de%20defensa%20de%20la%20libre%20competencia&f=false

Franco, E., Morales, C., Guzmán, F., Mendoza, J., González, N & Arrazola, P. (1995). Responsabilidad civil del médico. *De la responsabilidad civil médica* (p. 69-82). Medellín: Ediciones Rosaristas.

García, J. (2011). *La responsabilidad médica en materia civil, administrativa y penal y el derecho constitucional a la salud. Tomo I*. Quito: Ediciones RODIN.

Gómez, M. (1993). *La fecundación in vitro y la filiación*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=N7Bf63O6Uh0C&pg=PA294&lpg=PA294&dq=G%C3%B3mez+de+la+Torre+Maricruz.+La+fecundaci%C3%B3n+in+vitro+y+la+filiaci%C3%B3n&source=bl&ots=EWR95Ee2sK&sig=6-98-qn5qkuroqK7YyWZqWIZi0g&hl=es&sa=X&ei=Wir-VKqIDveKsQTV5YKYAg&redir_esc=y#v=onepage&q=G%C3%B3mez%20de%20la%20Torre%20Maricruz.%20La%20fecundaci%C3%B3n%20in%20vitro%20y%20la%20filiaci%C3%B3n&f=false

Gross, M. (2008). *Compendio de Derecho Romano*. Quito: Centro de Publicaciones PUCE

Guzmán, F., Franco, E., Morales, C., Mendoza, J., & González, N. (1995). Obligaciones de medio y de resultado en Medicina. *De la responsabilidad civil médica* (p. 122). Medellín: Ediciones Rosaristas.

- Guzmán, F., Morales, C., Franco, E., Mendoza, J & González, N. (1995). El acto médico. *De la responsabilidad civil médica* (p. 14-29). Medellín: Ediciones Rosaristas.
- Jaramillo, C. (2002) *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas –JAVEGRAF.
- López, M. (2007). Teoría General de la responsabilidad civil médica en el Derecho Argentino y comparado. En LEGIS ARGENTINA S.A. (Ed.). *Tratado de responsabilidad médica: responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. (p. 19-42) Buenos Aires: LEGIS ARGENTINA S.A.
- Martínez, F & Ruiz, J. (2001) *Manual de gestión de riesgos sanitarios*. Recuperado de <https://books.google.com.ec/books?id=NK-EcHZWJYkC&printsec=frontcover&dq=Manual+de+gesti%C3%B3n+de+riesgos+sanitarios.&hl=es&sa=X&ei=uSv-VLnhFYS3ogTTrYDYDg&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Manual%20de%20gesti%C3%B3n%20de%20riesgos%20sanitarios.&f=false>
- Medrano, J. (2000). *Secreto médico y protección de datos sanitarios en la práctica psiquiátrica*. Recuperado de https://books.google.es/books?id=PseWJCJWODkC&pg=PA3&dq=secreto+medico&hl=es&sa=X&ei=PvtvVKmDGIyUNr_rg-AF&ved=0CCIQ6AEwAA#v=onepage&q=secreto%20medico&f=false
- Méndez, V & Silveira, H. (2007). *Bioética y derecho*. Recuperado de <https://books.google.com.ec/books?id=zbeDDH7oZ3oC&printsec=frontcover&dq=M%C3%A9ndez+V%C3%ADctor+%26+Silveira+H%C3%A9ctor.+Bio%C3%A9tica+y+derecho&hl=es&sa=X&ei=bSz-VKTmIpCvoQSXsICwBA&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=M%C3%A9ndez%20V%C3%ADctor%20%26%20Silveira%20H%C3%A9ctor.%20Bio%C3%A9tica%20y%20derecho&f=false>

- Merlyn, S. (2006). *Derecho y Reproducción Asistida: Retrato de la evolución médica y perspectivas legales en Ecuador*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador
- Morales, C., Franco, E., Guzmán, F & Arrazola, P. (1995). El contrato de servicios médicos. *De la responsabilidad civil médica* (p. 131). Medellín, Colombia: Ediciones Rosaristas
- Morales, C., Guzmán, F., Franco, E & Mendoza, J. (1995). El daño en medicina. *De la responsabilidad civil médica* (p. 154-160) .Medellín: Ediciones Rosaristas.
- Mujica, J. (2009). *Microscopio: De la bioética a la biopolítica*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=8tuYeg2YqHkC&pg=PA189&lpg=PA189&dq=Mujica,+Jarís+%282009%29.+%E2%80%9CMicroscopio:+De+la+bio%C3%A9tica+a+la+biopol%C3%ADtica&source=bl&ots=C7VKHVAu8v&sig=KqwCaoeEmyFKTsRVMGspWuqS2Bo&hl=es&sa=X&ei=kbb9VP2tHoGqNpWlGeg&redir_esc=y#v=onepage&q=Mujica%20Jarís%20%282009%29.%20%E2%80%9CMicroscopio%3A%20De%20la%20bio%C3%A9tica%20a%20la%20biopol%C3%ADtica&f=false
- Ochoa, O. (2006). *Personas Derecho Civil I*. Recuperado de https://books.google.es/books?id=VVaY4mTjfwC&pg=PA102&dq=derechos+extrapatrimoniales&hl=es&sa=X&ei=u20XVYmIOIvmsASN_IHQBg&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=derechos%20extrapatrimoniales&f=false
- Pardo, A. (2010). *Cuestiones básicas de la Bioética*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=LsmhvwyfhhMC&pg=PA5&lpg=PA5&dq=Pardo+Antonio.+Cuestiones+b%C3%A1sicas+de+la+Bio%C3%A9tica&source=bl&ots=1bvHit34F9&sig=SQU7e4wZi8HdjE2segHYGivfy4A&hl=es&sa=X&ei=eTD-VKrkL8bgsAS1nYLoDw&redir_esc=y#v=onepage&q=Pardo%20Antonio.%20Cuestiones%20b%C3%A1sicas%20de%20la%20Bio%C3%A9tica&f=false

Pérez, M. (2001). *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=rkNz0n3cBcsC&pg=PA31&lpg=PA31&dq=Mariano+Alonso+P%C3%A9rez.+La++relaci%C3%B3n+m%C3%A9dico-enfermo,+Presupuestos+de+responsabilidad+civil.&source=bl&ots=o1Tn14Axjh&sig=KKEUu2TelXYnmZAZuxXqNbiJUM&hl=es&sa=X&ei=kMf_VKaiI4jlgWTW2IL4BQ&redir_esc=y#v=onepage&q=Mariano%20Alonso%20P%C3%A9rez.%20La%20%20relaci%C3%B3n%20m%C3%A9dico-enfermo%2C%20Presupuestos%20de%20responsabilidad%20civil.&f=false

Ramos, R. (1999). *De las Obligaciones*. Recuperado de https://books.google.es/books?id=mfupNO_5YcMC&printsec=frontcover&dq=Ramos+Pazos+Ren%C3%A9.+De+las+Obligaciones.&hl=es&sa=X&ei=4zz-VLm4JYapNtKygoAP&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=Ramos%20Pazos%20Ren%C3%A9.%20De%20las%20Obligaciones.&f=false

Ruiz, J. (1998). Aspectos Científicos de la fecundación in vitro. En J. G (Ed.). *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. (p. 48) Recuperado de <https://books.google.com.ec/books?id=GeHXNYywc88C&pg=PA48&lpg=PA48&dq=Durante+la+d%C3%A9cada+de+los+setenta,+los+tratamientos+de+la+pareja+inf%C3%A9rtil+se+reduc%C3%ADan+a+la+inducci%C3%B3n+de+la+ovulaci%C3%B3n,+a+la+microcirug%C3%ADa+tub%C3%A9rica+y+a+peque%C3%B1os+escarceos+en+la&source=bl&ots=IvPwcZyxCv&sig=MLiBK8C2KbbmFbsjjYptyShrOzE&hl=es&sa=X&ei=mtnCVN6MOIK9ggSgv4DoDA&ved=0CB4Q6AEwAA#v=onepage&q=Durante%20la%20d%C3%A9cada%20de%20los%20setenta%2C%20los%20tratamientos%20de%20la%20pareja%20inf%C3%A9rtil%20se%20reduc%C3%ADan%20a%20la%20inducci%C3%B3n%20de%20la%20ovulaci%C3%B3n%2C%20a%20la%20microcirug%C3%ADa%20tub%C3%A9rica%20y%20a%20peque%C3%B1os%20escarceos%20en%20la&f=false>

Ruiz, V. (2002). *El aborto: Aspectos: jurídico, antropológico y ético*. Recuperado de <https://books.google.es/books?id=bTIQygQxEaMC&printsec=frontcover&dq=El+aborto:+Aspectos:+jur%C3%ADdico,+antropol%C3%B3gico+y+%C3%A9tico&hl>

=es&sa=X&ei=lzv-
VN6XM43dggSMrICQBA&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=El%20aborto
%3A%20Aspectos%3A%20jur%C3%ADdico%2C%20antropol%C3%B3gico%20
y%20%C3%A9tico&f=false

Subies, L. (2010). *Tutela y curatela: Representación de menores e incapaces*. Buenos Aires: Ediciones Cathedra Jurídica.

Vila-Coro, M. (2010). *La vida humana en la encrucijada*. Recuperado de
https://books.google.com.ec/books?id=g3qC-IgQEUAC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=Vila-Coro,+D.E.+La+vida+humana+en+la+encrucijada&source=bl&ots=Jy6H5p3_hN&sig=BaQaYlDYXbmKLjErkk21QyjTIOc&hl=es&sa=X&ei=fs_-VP3FDenbsATy7oKgCw&redir_esc=y#v=onepage&q=Vila-Coro%2C%20D.E.%20La%20vida%20humana%20en%20la%20encrucijada&f=false

NORMATIVA

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449.

Congreso Nacional del Ecuador. (1906, 24 de diciembre). Constitución Política del Ecuador de 1906. Registro Oficial N° 262.

Congreso Nacional del Ecuador. (1929, 26 de marzo). Constitución Política del Ecuador de 1929. Registro Oficial N° 138.

Congreso Nacional del Ecuador. (1945, 6 de marzo). Constitución Política del Ecuador de 1945. Registro Oficial N° 228.

Congreso Nacional del Ecuador. (1946, 31 de diciembre). Constitución Política del Ecuador de 1946. Registro Oficial N° 773.

Congreso Nacional del Ecuador. (1967, 25 de mayo). Constitución Política del Ecuador de 1967. Registro Oficial N° 133.

Congreso Nacional del Ecuador. (1979, 27 de marzo). Constitución Política del Ecuador de 1978. Registro Oficial N° 800.

Congreso Nacional del Ecuador. (1992, 7 de agosto). Código de Menores. Registro Oficial Suplemento N° 995. Ley N° 170.

Congreso Nacional del Ecuador. (1992, 17 de agosto). Código de Ética Médica. Registro Oficial N° 5. Acuerdo Ministerial N° 14660.

Congreso Nacional del Ecuador. (1995, 3 de febrero). Ley de Derechos y Amparo del Paciente. Registro Oficial Suplemento N° 626. Ley N° 77.

Congreso Nacional del Ecuador. (1998, 11 de agosto). Constitución Política del Ecuador de 1998. Registro Oficial N° 1.

Congreso Nacional del Ecuador. (2003, 3 de enero). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N° 737. Ley N° 100.

Congreso Nacional del Ecuador. (2005, 24 de junio). Código Civil. Registro Oficial Suplemento N° 46.

Congreso Nacional del Ecuador. (2006, 22 de diciembre). Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento N° 423. Ley N° 67.

Organización de las Naciones Unidas. (1945, 26 de junio). Carta de las Naciones Unidas. Recuperado el 18 de marzo de 2014, de <http://www.un.org/es/documents/charter/preamble.shtml>

Organización de los Estados Americanos. (1948, 30 de abril). Carta de la Organización de los Estados Americanos. Recuperado el 18 de marzo de 2014, de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm

Organización de los Estados Americanos. (1948, 30 de abril). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Organización de las Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Organización de las Naciones Unidas. (1959, 20 de noviembre). Declaración de los derechos del niño, 1959. Recuperado el 18 de marzo de 2014, de <http://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>

Organización de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Organización de los Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado el 18 de marzo de 2014, de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Ecuador

Sociedad de Naciones Unidas. (1924). Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño. Recuperado el 18 de marzo de 2014, de <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>

SENTENCIAS

Almonacid Arellano y otros vs. Chile. (2006, 26 de septiembre). Sentencia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 17 de octubre de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Artavia Murillo & otros vs. Costa Rica. (2012, 28 de noviembre). Sentencia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 25 enero de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs. PETROECUADOR. (2003, 19 de marzo). Sentencia de Casación. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial N° 43. Expediente de Casación N° 229. Recuperado el 12 de diciembre de 2014, de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=RECURSOS-DANOS_Y_PERJUICIOS_2294320030319

TESIS

Gamarra, L. (2004). *Status Jurídico del Embrión en la República Argentina entre 1960 y 2004*. (Tesis de Pregrado, Universidad Abierta Interamericana). Recuperado de <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC057183.pdf>

Sáenz, J.P. (2008). *El consentimiento médico informado de los adolescentes como ejercicio de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño: Obstáculos de orden jurídico para su aplicación en el Ecuador*. (Tesis de Pregrado, Universidad San Francisco de Quito). Recuperado de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/345/1/88029.pdf>

ANEXOS

1. EXTRACTO DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA ECUATORIANO DE ENERO DEL 2000.

SECCIÓN SÉPTIMA: EL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN LOS CASOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Art 166. Admisibilidad de estas técnicas.- Se admite la práctica de técnicas de reproducción asistida (TDRA) que tengan por objeto subsanar la esterilidad de una persona, en los casos y condiciones previstos en esta Sección y leyes especiales.

Estas técnicas no son admisibles para otras finalidades, como la elección del sexo u otras características de la persona que va a nacer, salvo que ello sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada con dichos caracteres de la persona.

Art 167. Inseminación artificial homóloga.- Hay inseminación artificial homóloga cuando se introducen espermatozoides extraídos del marido o conviviente en el sistema reproductivo de su mujer. Puede tener lugar en vida del proveedor del semen o luego de su muerte.

En cualquiera de los casos, el hijo que nace como producto de esta técnica reproductiva, tiene por padre al marido o conviviente que proveyeron el semen.

Sin embargo en los casos de inseminación *post mortem*, el hijo sólo podrá suceder al fallecido si la inseminación se produce dentro de los seis meses posteriores al fallecimiento, evento en el cual se considerará que existía al momento de abrirse la sucesión.

Art 168. Inseminación artificial heteróloga.- Tratándose de inseminación con semen de un donante que no es el marido o conviviente de la mujer, se precisa la declaración expresa de éstos últimos, contenida en escritura pública o instrumento privado reconocido judicialmente, que pueden ser los mismos en que constan sus consentimientos, en el sentido de que asumen la paternidad del hijo nacido mediante dicho procedimiento. Establecida de esta manera la paternidad del marido o

conviviente, tiene lugar lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del párrafo anterior.

Art 169. Fecundación extracorporal o en vitro, homóloga o heteróloga.- En los casos de implantación en la mujer de un óvulo previamente fecundado en un medio extracorpóreo, se establece su maternidad respecto del hijo nacido como producto de la intervención, aunque el óvulo haya sido ajeno; y la consiguiente paternidad de su marido o conviviente que hayan consentido en la práctica de esta técnica y aceptado la paternidad, en forma prevista en el N°4 del Artículo 171.

Art 170. Transferencia intratubaria de gametos.- Lo dispuesto en el artículo anterior tendrá lugar cuando la procreación resulte de colocar óvulos y espermatozoides en el sistema reproductor de la mujer para que fecunden en él.

Art 171. Maternidad subrogada o cesión de útero.- Los pactos que tengan por objeto el que una mujer lleve un embrión hasta su nacimiento para el beneficio de un matrimonio o unión de hecho, no dan acción contra la portadora para reclamar el cumplimiento de lo convenido, por lo que la maternidad quedará atribuida a favor de la mujer que dio a luz. Pero si luego del nacimiento esta última cumple voluntariamente lo estipulado, se establecerá la maternidad y paternidad de los beneficiarios del pacto.

Art 172. Condiciones técnicas en que deben realizarse las TDRA.- Las técnicas de reproducción asistida de que trata la presente Sección deben llevarse a efecto por equipos profesionales interdisciplinarios especializados, en centros científicos y de salud autorizados y controlados por el Ministerio de Salud.

Los procedimientos deben ofrecer posibilidades razonables de éxito y no suponer riesgo grave para la salud de la mujer o de su descendencia, y ser explicados detalladamente y por escrito a la mujer y a su marido o conviviente.

Los gametos reservados para la utilización en estas técnicas deben mantenerse bajo máximas condiciones de seguridad con el objeto de evitar daños, confusiones o

utilización en personas o con finalidades distintas a aquellas para las cuales se obtuvieron.

Los profesionales que practiquen la técnica y los representantes del establecimiento de salud donde se realice, responderán solidariamente hasta de culpa leve, además de las sanciones previstas en el artículo 172.

Art 173. Condiciones jurídicas.- Además de lo dispuesto en el párrafo anterior, para la aplicación de las técnicas contempladas en esta Sección, se requiere:

1. Que la mujer asistida sea casada o mantenga una unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.
2. Que la mujer y su marido o conviviente sean capaces.
3. Que, tratándose de técnicas heterólogas, los gametos pertenezcan a personas que hayan cumplido 18 años.
4. En el mismo caso anterior, se precisa el consentimiento del marido o conviviente y la declaración expresa de que reconocen su paternidad de hijo que nazcan como resultado de la aplicación de estas técnicas. Este reconocimiento y declaración no admiten modalidades y deben otorgarse por escritura pública o documento privado reconocido judicialmente.
5. Que el marido o conviviente autoricen expresamente la fecundación *post mortem*, en la forma señalada en el numeral anterior o en testamento.
6. Que se mantenga en reserva la identidad del donante o proveedor, incluso para la mujer asistida y su marido conviviente. Esta reserva solamente puede ser levantada por decreto judicial en los siguientes casos:
 - Cuando lo solicite el hijo nacido de la aplicación de dichas técnicas, luego de haber cumplido 16 años; y,
 - Cuando se requiera el conocimiento de esta identidad para satisfacer factores hereditarios que son necesarios para el diagnóstico y terapia de una enfermedad del hijo.
7. Que tanto la cesión de gametos como los pactos previstos en el artículo 169 se los haga a título gratuito.

Art 174. Sanciones.- Serán sanciones con prisión de seis meses a un año:

1. Los médicos, enfermeras, y más profesionales de la salud que practiquen una técnica de reproducción asistida que no reúna los requisitos previstos en los artículos 170 y 171.
2. El representante o funcionario responsable del establecimiento de salud, público o privado, en que se llevó a efecto la intervención a que se refiere el numeral anterior.
3. Los que soliciten, adquieran, oferten, cedan o actúen como intermediarios en la transferencia de gametos o subrogación de maternidad, con fines de lucro.
4. Los que violen la reserva contemplada en el N°6 del artículo 171, fuera de los casos de excepción allí señalados.
5. Los que violen las medidas de seguridad a las que se refiere el inciso tercero del artículo 170, si con ello se ha producido alguno de los perjuicios allí señalados.

En caso de reincidencia la pena señalada en el inciso anterior será de uno a dos años.

Si la práctica trae como consecuencia la muerte de la madre, se juzgará y sancionará como homicidio culposo.

Lo prevenido en los incisos anteriores es sin perjuicio de las responsabilidades civiles, profesionales y administrativas.

Art 175. La impugnación de la maternidad y de la paternidad en casos de reproducción asistida.- La impugnación de la maternidad y de la paternidad en los casos de reproducción asistida, se sujeta a las reglas:

1ª. Habiéndose cumplido los requisitos legales para la cesión de un óvulo fecundado, la cedente no tiene acción para impugnar la maternidad de la mujer que dio a luz y reclamarla para sí.

2ª. Tampoco la tiene el marido o conviviente de esta última si prestaron su consentimiento para la fecundación con el óvulo ajeno.

3ª. El marido o conviviente que no prestaron dicho consentimiento carecen de acción para impugnar la maternidad de su cónyuge o conviviente, pero podrán impugnar su paternidad si la fecundación ha sido heteróloga.

4ª. Sin embargo, el hijo puede impugnar la maternidad asistida y reclamar la de la mujer que lo concibió aplicándose las reglas 2ª y 3ª para el efecto de la atribución de paternidad del marido o conviviente de la madre impugnada.

5ª. En todo caso, los terceros carecen de acción para impugnar esta maternidad, aunque demuestren interés legítimo en ello; y sólo la tendrán respecto de la paternidad cuando el marido o conviviente no prestaron su consentimiento para la fecundación heteróloga.

6ª. En los casos de maternidad subrogada, se estará a lo dispuesto en el artículo 169.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Swanny Carolina Alvear Santamaría, C.C. 1721200085 autora del trabajo de graduación intitulado **“TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL: EL NASCITURUS COMO SUJETO DE DERECHOS EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA.”**, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 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 graduación 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 Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de su sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la universidad

Quito, 2 de diciembre de 2015



Swanny Carolina Alvear Santamaría

C.C. 1721200085

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE
CIUDADANÍA
APELLIDOS Y NOMBRES
**ALVEAR SANTAMARIA
SWANNY CAROLINA**
LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
CHAUPICRUZ
FECHA DE NACIMIENTO **1991-09-27**
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
SEXO **F**
ESTADO CIVIL **SOLTERA**

No. **172120008-5**



INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E33442242

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
ALVEAR ESCOBAR EDISON LUIS

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
SANTAMARIA VELASQUEZ ANA GERMANA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2013-08-02

FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-08-02



DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO