

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA**

**“LA FILIACIÓN POR CONSENTIMIENTO PATERNO  
OTORGADO PARA LA REALIZACIÓN DE TÉCNICAS DE  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM.”**

**GABRIELA ALEJANDRA VELÁSQUEZ CRUZ**

**DIRECTORA: DRA. ADRIANA MONESTEROLO LENCIONI**

**QUITO, 2018**

... por favor agregar a la  
Resolución de la Abogado.  
SGP 2018/04/12

Quito, 12 de abril de 2018

Doctor  
Gonzalo Vaca Dueñas  
Secretario Abogado  
Facultad de Jurisprudencia  
PUCE  
Presente.-

Estimado Doctor:

En respuesta a su oficio No. 195-SJG-2018 en mi calidad de Profesora informante de la Disertación intitulada "FILIACIÓN POR CONSENTIMIENTO PATERNO OTORGADO PARA LA REALIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POSTMORTEM" elaborada por la señorita GABRIELA ALEJANDRA VELASQUEZ CRUZ, me dirijo a usted para informar sobre lo requerido.

El análisis sobre la temática de estos casos de filiación es muy importante y de trascendencia jurídica debido a la práctica extendida de técnicas de reproducción asistida y la problemática que surge cuando fallece el padre que otorgó consentimiento por ausencia de normativa para reconocimiento y sucesión, entre otros aspectos.

Al plantear como objetivo de la disertación el establecer el mecanismo y la regulación requerida, para determinar la filiación paterna de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida post mortem se concentra la metodología en análisis normativo y bibliográfico.

La disertación desarrolla adecuadamente el marco teórico sobre las instituciones de derecho de familia relacionados con la temática y sobre el consentimiento que debe ser otorgado de manera expresa para que surta efectos legales, según lo plantea la disertante. Pudo ser necesario profundizar el análisis desde la Doctrina de Protección Integral en asuntos de niñez.

Se aprecia que la revisión de legislación de otros países sobre filiación aporta criterios para llegar a las conclusiones, pero debía ser analizada de manera comparativa. Las propuestas requieren ser contrastadas con la aceptación ética y social que permitiría las reformas sugeridas en el país.

Con estos antecedentes, califico la tesis con la nota de OCHO sobre diez (8/10)

Dra. Elizabeth García A.  
Profesora Facultad de Jurisprudencia

SGP  
16.04.2018

ANTONIO QUEVEDO (1900 - 1987)  
ALEJANDRO PONCE Y CARBO (1918 - 1988)  
JUAN M. QUEVEDO  
ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ  
ALFREDO GALLEGOS BANDERAS  
ROQUE ALBUJA IZURIETA  
SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO  
ERNESTO GUARDERAS IZQUIERDO  
ALEJANDRO PONCE VILLACIS  
LUIS PONCE PALACIOS  
MONSERRAT BARRENO BRAVO  
PEDRO LEIVA GALLEGOS  
MARÍA DANIELA ROMÁN AGUINAGA  
SANTIAGO PONCE ROSE  
GALO TERÁN VARELA

## QUEVEDO & PONCE

ESTUDIO JURIDICO  
FUNDADO EN 1941

OFICINA PRINCIPAL  
TORRE 1492 AV. 12 DE OCTUBRE Y LINCOLN 16TO. PISO  
APARTADO: 17-01-600  
TELÉFONOS: 593 2 2986-570  
FAX: 593 2 2986-580  
QUITO - ECUADOR

Web: [www.quevedo-ponce.com](http://www.quevedo-ponce.com)  
Correo E.: [quepon@quevedo-ponce.com](mailto:quepon@quevedo-ponce.com)

GUAYAQUIL: VELEZ 220 Y CHILE OF. 1003  
TELÉFONO: 593 4 2534 634  
FAX: 593 4 2534 888  
CORREO E.: [quepongy@quevedo-ponce.com](mailto:quepongy@quevedo-ponce.com)

CUENCA: AV. FLORENCIA ASTUDILLO  
Y ALFONSO CORDERO  
EDIF. CÁMARA DE INDUSTRIAS PISO 3 OF. 303  
TELÉFONO: 593 7 4218 100  
CORREO E.: [santiago.ponce@quevedo-ponce.com](mailto:santiago.ponce@quevedo-ponce.com)

CUMBAYÁ: BERNAVÉ LOVATO 523-49  
MIRAVALLE, CUMBAYÁ  
TELÉFONOS: 593 2 2897 567  
CORREO E.: [poncev.alejandro@quevedo-ponce.net](mailto:poncev.alejandro@quevedo-ponce.net)

IBARRA: OVIEDO 7-39 Y BOLÍVAR  
EDIF. MUTUALISTA IMBABURA OF. 703  
TELEFAX: 593 6 2952 226  
CORREO E.: [pedro.leiva@quevedo-ponce.net](mailto:pedro.leiva@quevedo-ponce.net)

TULCÁN: SUCRE N° 48-015  
Y 9 DE OCTUBRE PISO 1  
TELÉFONO: 593 6 2984 220  
CORREO E.: [galo.teran@quevedo-ponce.com](mailto:galo.teran@quevedo-ponce.com)

*Nota: Por favor agendar la  
campaña de la semana.  
03/05/2018 gfb*

Quito, 3 de mayo de 2018

Señor Doctor  
Iñigo Salvador Crespo  
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador  
Ciudad.-

Apreciado señor Decano:

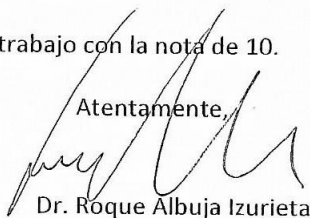
En relación con la disertación de abogacía intitulada "FILIACIÓN POR CONSENTIMIENTO PATERNO OTORGADO PARA LA REALIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM", cuya autora es la señorita Gabriela Alejandra Velásquez Cruz, expreso:

El tema es muy interesante y aborda una realidad compleja, que ha sido objeto de debate, principalmente bajo la óptica del interés superior del menor.

La autora efectuó análisis que denota una adecuada investigación y el rigor legal que exige una disertación como aquella que informo.

Por lo expuesto, califico este trabajo con la nota de 10.

Atentamente,

  
Dr. Roque Albuja Izurieta

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCU		
CÓDIGO DE BARRAS		
Fecha	03/05/2018	Hora 12:00
Nº de Hojas	1	Página 1 de 1

## **DEDICATORIA**

*A quienes constituyen mi mayor bendición y apoyo incondicional:  
Mis padres Marco y Grace por ser el motor de mi vida, gracias por  
haberme forjado como la persona que soy ahora, muchos de mis  
logros se los debo a ustedes incluido este.*

*A mi abuelito Ramón que en este momento se encuentra  
sonriéndome desde el cielo, quien siempre será mi inspiración y a  
mi abuelita Matilde quien es una segunda madre para mí.*

## **AGRADECIMIENTOS**

*A Dios por bendecirme cada día de mi vida y permitir que en este momento pueda cumplir uno de mis mayores sueños.*

*Agradezco a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y a todos aquellos profesionales que fueron mis profesores, que de alguna manera me inspiraron a elegir cada día esta profesión; especialmente a la Dra. Adriana Monesterolo, por su dedicación, guía y paciencia infinita durante este proceso.*

*A mis amigos por brindarme su amistad y apoyo incondicional durante mi carrera universitaria.*

*Finalmente agradezco a Felipe Almeida, por toda su ayuda, paciencia y amor incondicional en todo momento, has sido el impulso en mi carrera universitaria pero sobre todo el soporte fundamental para la culminación de la misma. El sueño es mío pero el logro es de los dos. Te amo*

## **RESUMEN:**

La presente disertación versa sobre la filiación por consentimiento paterno otorgado para la realización de técnicas de reproducción asistida homóloga aplicada de manera post mortem; la tecnología aplicada a la medicina ha evolucionado impresionantemente en los últimos años, lo que ha permitido a los profesionales de la salud el aplicar Técnicas de Reproducción Asistida, para los casos en que una pareja, por diversos problemas biológicos, no ha logrado concebir a su hijo por medio del coito.

En el Ecuador no existe regulación clara y precisa acerca de la filiación post mortem mediante Técnicas de Reproducción Asistida, lo cual da lugar a un vacío legal respecto a los derechos y obligaciones que surgen del nacimiento de un ser humano cuya madre se ha sometido a un procedimiento médico después del fallecimiento del padre que aportó sus gametos para la concepción, como por ejemplo la filiación, los derechos sucesorios de la persona recién nacida, derecho a la identidad, derecho a formar parte de una familia, derechos reproductivos de la madre y otros que analizaré con mayor detalle en mi disertación.

Considero de gran interés e importancia realizar un análisis sobre la fecundación asistida post mortem y sus incidencias en el derecho de familia, particularmente en materia de filiación, ya que hasta el momento la mayoría de estudios e investigaciones que se han realizado han tendido a explicar y complementar estudios médicos, científicos, biológicos y fisiológicos, dejando de lado el aspecto jurídico, que juega un papel importante en la vida del ser humano y su rol dentro de la sociedad.

## **SUMMARY:**

This dissertation tackles filiation by paternal consent granted for the performance of techniques of assisted homologous reproduction applied post mortem since technology applied to medicine has incredibly evolved in recent years, allowing health professionals to apply Assisted Reproduction Techniques, for cases in which a couple, due to several biological problems, has not been able to conceive their child through intercourse.

In Ecuador, there is no clear and accurate regulation about post-mortem filiation using Assisted Reproduction Techniques, which brings about a legal vacuum with regard to the rights and obligations that arise from the birth of a human being, whose mother has undergone a medical procedure after the death of the father who provided his gametes for conception, such as filiation, inheritance rights of the newborn, right to identity, right to be part of a family, reproductive rights of the mother and others that I will analyze more in depth in my dissertation.

I believe it is of great interest and importance to carry out an analysis on post-mortem assisted fertilization and its implications in family law, particularly in the matter of filiation, since most of the studies and reasearch carried out up to date have tended to explain and complement medical, scientific, biological and physiological studies, neglecting the legal aspect, which plays an important role in the life of human beings and their role in society.

## TABLA DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	iv
Agradecimiento.....	v
Resumen .....	vi
Sammary .....	vii
Introducción .....	xii

<b>CAPÍTULO I – CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....</b>	<b>1</b>
1.1 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....	1
1.1.1 Antecedentes de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	1
1.1.2 Concepto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	2
1.1.3 Características de Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	4
1.1.4 Clasificación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	5
1.1.4.1 Técnicas Elementales.....	5
1.1.4.2 Técnicas Avanzadas .....	6
1.1.5 Técnicas de Reproducción Asistida .....	8
1.1.5.1 Definición Técnica de Reproducción Asistida .....	8
1.1.5.2 Características Técnicas de Reproducción Post Mortem.....	10
1.1.5.3 Requisitos para la realización de las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem .....	11
1.1.5.4 Problemas Jurídicos de la Técnica de Reproducción Asistida .....	

Post Mortem.....	12
1.1.6 Requisitos para la realización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	18
1.1.7 Regulación de Técnicas de Reproducción Asistida en Instrumentos Internacionales.....	21
1.1.7.1 Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	22
1.1.7.2 Normativa sobre Técnicas de Reproducción Asistida en el Ecuador.....	22
1.1.7.3 Proyecto de Ley Código Orgánico de la Salud .....	26
1.1.7.4 Esfuerzos frustrados por regular las Técnicas de Reproducción Asistida en el Ecuador.....	27
1.1.8 Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador.....	
1.2 CONSENTIMIENTO.....	
1.2.1 Derecho a tomar decisiones libres e informadas .....	
1.2.2 Definición del consentimiento.....	
1.2.3 Tipos de consentimiento.....	
1.2.3.1 Consentimiento expreso .....	
1.2.3.2 Consentimiento tácito.....	
1.2.3.3 Consentimiento informado .....	
1.2.3.3.1 Principios básicos de la institución del consentimiento informado.....	
1.2.4 Marco Normativo relacionado con el consentimiento informado en el Ecuador....	
1.2.5 El consentimiento en la Fecundación Asistida Post Mortem.....	

1.3 PRINCIPIOS DE LA ÉTICA FRENTE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA .....

1.3.1 Principios fundamentales de la Bioética.....

1.3.1.1 Principio de autonomía de la voluntad .....

1.3.1.2 Principio de beneficencia .....

1.3.1.2.1 Principio de no maleficencia.....

1.3.1.2.2 Principio de justicia .....

**CAPITULO II – FILIACIÓN EN EL ECUADOR.....**

2.1 Definición de filiación.....

2.2 Características de la filiación.....

2.3 Clases de filiación.....

2.3.1 Filiación matrimonial.....

2.3.2 Filiación extramatrimonial.....

2.4 Derechos y obligaciones derivados de la filiación en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano.....

2.5 Derechos del niño concebido bajo Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem .....

2.6 Filiación Post Mortem como generadora de derechos del niño .....

2.6.1 Filiación generadora de derechos de identidad.....

2.7 Filiación generadora de derechos patrimoniales.....

2.7.1 Filiación generadora de derechos sucesorios.....

2.7.2 Filiación respecto a recibir alimentos .....

<b>CAPITULO III – LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS CONCEBIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM.....</b>	
3.1 Consentimiento de los progenitores.....	
3.1.1 Consentimiento de la madre.....	
3.1.2 Consentimiento del padre.....	
3.2 Situación jurídica del hijo concebido bajo técnicas de reproducción asistida post mortem .....	
3.3 Legislación comparada en Técnicas de Reproducción Asistida .....	
3.3.1 Reino Unido	
3.3.2 Brasil	
3.3.3 España	
3.3.4 Argentina	
3.3.5 Bélgica	
3.3.6 Italia	
<b>CAPITULO IV – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	
4.1 Conclusiones.....	
4.2 Recomendaciones.....	
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	

## INTRODUCCIÓN

La problemática jurídica de las técnicas de reproducción asistida supone la investigación de los efectos que surgen cuando el padre que ha otorgado el consentimiento para la realización de una Técnica de Reproducción Asistida fallece, y la madre decide llevar a cabo la Técnica de Reproducción Asistida posterior a la muerte de su cónyuge.

Debido a la importancia de los derechos que se ven involucrados en la filiación mediante Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem, es necesario que en el Ecuador se regule esta problemática social y jurídica, tal como lo han hecho varios países alrededor del mundo, lo cual resultará en una solución efectiva para varias interrogantes tales como: ¿Cuál es la manera y el momento en que se debería otorgar este consentimiento por parte del varón?, ¿Cuáles son las afectaciones legales que derivan de una técnica de reproducción asistida post mortem?, ¿Cuál es la injerencia del aspecto bioético en estos casos?, ¿Qué cuerpo normativo debería regular esta problemática, en el sentido del derecho a la identidad?, ¿Está nuestro ordenamiento jurídico preparado para enfrentar uno de estos casos?.

La presente investigación tiene como propósito principal establecer el mecanismo y la regulación requerida, para determinar la filiación paterna de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida post mortem en la legislación ecuatoriana vigente, fundamentalmente en el Código Civil Ecuatoriano, para lo cual será necesario especificar los diversos escenarios en los que se puede determinar el consentimiento paterno para otorgar la filiación post mortem; determinar los efectos jurídicos de la filiación post mortem, a fin de evitar los problemas jurídicos de filiación en el Ecuador; identificar la posible afectación de los derechos de identidad del niño nacido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida post mortem; investigar y estudiar la

normativa internacional que regula las técnicas de reproducción asistida post mortem, haciendo énfasis en los países con mejor desarrollo técnico en este ámbito; estudiar y analizar casos internacionales existentes en los que se haya visto involucrada la problemática jurídica de la filiación en las técnicas de reproducción asistida post mortem y determinar la situación jurídica de los sujetos intervinientes en las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador.

Con el fin de desarrollar una investigación completa y fehaciente, he decidido utilizar un método cualitativo ya que he realizado una recolección de datos de tipo bibliográfico, que han sido detenidamente analizados y estudiados para poder tomarlos como referencia a fin de establecer la problemática jurídica existente en el Código Civil Ecuatoriano, referente a la filiación de los hijos nacidos como producto de las técnicas de reproducción asistida post mortem.

Será también pertinente aplicar el método comparativo de investigación, toda vez que se efectuará un estudio de derecho comparado entre las legislaciones extranjeras que regulan estas técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Este procedimiento servirá de punto de partida para lograr establecer cuáles serían las formas más viables para implementar una adecuada regulación en el Ecuador. De esta manera se tomarán como base las soluciones planteadas sobre la filiación en estas legislaciones y se busca que sirvan de referencia para aplicarlas a nuestro ordenamiento jurídico.

La presente Disertación se estructurará en tres capítulos. En el primer capítulo realizo una descripción detallada y completa de las Técnicas de Reproducción Asistida, su clasificación, características y evolución histórica. Además realizo un análisis del Consentimiento, que es un elemento fundamental para el presente tema de investigación, así como los tipos de consentimiento, el consentimiento informado, su contenido y requisitos.

El segundo capítulo de la disertación gira en torno a la institución jurídica de la Filiación en el Ecuador, en que consiste, las clases de filiación de conformidad con el Código Civil Ecuatoriano, la Filiación en la legislación comparada y los derechos y obligaciones derivadas de la Filiación.

En el tercer capítulo, procedo con un análisis completo de la problemática jurídica de la filiación por los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida post mortem, para lo cual tomaré en cuenta la legislación de Argentina y España en virtud de que son los países que más han desarrollado la regulación de Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem, desde diferentes ópticas y criterios.

Finalmente he conseguido establecer conclusiones que nos puedan brindar soluciones viables y aplicables a nuestra realidad jurídica, efectuando un análisis pormenorizado de las instituciones jurídicas que se ven afectadas por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, para determinar la problemática jurídica que afecta a la filiación de los hijos nacidos post mortem por medio de estas técnicas de acuerdo a cada caso.

## **CAPÍTULO I:**

### **TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.**

#### **1.1 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

##### **1.1.1 Antecedentes Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Las Técnicas de Reproducción Asistida se han venido desarrollando desde hace aproximadamente 70 años, por lo que a lo largo de su historia se han presentado diversos acontecimientos destacables que han marcado un antes y un después, tanto en la investigación genética como en la implementación de técnicas y mecanismos que brindan a las personas la oportunidad de procrear hijos a pesar de impedimentos de diversos tipos. El término Fecundación In Vitro, se utilizó por primera ocasión en el año 1959, con el nacimiento de un conejo fecundado in vitro, es por ese hito que durante los años 60 – 70 estas técnicas avanzan a pasos agigantados. La implementación y desarrollo de esta tecnología generó posiciones que tanto a favor y en contra, que continúan hasta la actualidad, sin embargo, por sus beneficios, la reproducción humana artificial se encuentra en un constante proceso de evolución y tecnificación.

En los años 80 surgen problemas más serios, especialmente aquellos relacionados con la estimulación del ovario, poder fortalecer la fecundación y de esa manera cultivar el embrión y su implantación en el útero, los cuales no fueron solucionados en su momento.

##### **1.1.2 Concepto Técnicas de Reproducción Asistida**

El presente epígrafe abordará el estudio de las Técnicas de Reproducción Asistida, tal como lo establece Solís (2011) son: “el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o sustituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana” (p. 377). Como se puede evidenciar las técnicas de reproducción asistida son técnicas que permiten el

reemplazo de los diversos procesos naturales que tienen lugar en la reproducción de los seres humanos, para concebir a un nuevo ser humano.

a) **Técnicas de Reproducción Asistida**

María Inés Awad y Mónica de Narváez Cano (2001) afirman:

“La fecundación es el proceso mediante el cual se forma un nuevo individuo a partir de la unión de los gametos masculino y femenino. Se realiza por la penetración del espermatozoide depositado en la vagina, se dirige al cuello uterino donde encuentra un ambiente alcalino favorable para su vitalidad, para que en pocas horas alcancen las trompas de Falopio donde se realizará el proceso de fecundación.” (p. 10)

Posteriormente el cigoto se transporta durante 8 o 10 días, hasta llegar a la cavidad uterina, la trompa de Falopio es la encargada del transporte del huevo, gracias a la peristáltica de la musculatura. De manera cíclica la mucosa del útero sufre una renovación, debido a la acción de las hormonas producidas por el folículo en crecimiento y cuerpo amarillo (Ines Awad, Monica de Narváez, 2001, p. 10). Finalmente, la hormona progesterona es aquella, que produce la fase de secreción dentro del ciclo uterino, el cual tiene la finalidad de producir elementos nutritivos para que el embrión pueda anidar y desarrollarse completamente.

Al no cumplirse el procedimiento descrito en líneas anteriores, es decir de manera natural, en una o varias etapas, se recurre a diversas alternativas de índole científico, lo que comúnmente conocemos como fecundación asistida; este término, engloba todas las técnicas encargadas de facilitar la unión de gametos.

Las técnicas de reproducción asistida, tal como lo establecen Sandoval & Weimer (2005 p. 210) “(...) consisten en la manipulación de gametos y embriones, que se someten a un proceso previo de preparación fuera del organismo”,

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador, han sido objeto de estudio y controversia, tanto desde el aspecto científico como religioso; pero muy poco se ha logrado establecer en el ámbito jurídico, una situación que deja a estas prácticas sin un sustento legal que las regule dentro de nuestro ordenamiento jurídico para evitar posibles afectaciones a los derechos tanto de la madre, el padre y el hijo concebido mediante este procedimiento artificial.

### 1.1.3 Características de las Técnicas de Reproducción Asistida

Las Técnicas de Reproducción Asistida son alternativas artificiales a la fecundación realizada a través del coito o relación sexual, ya que establece un número de posibilidades y mecanismos para la creación de un nuevo ser concebido en una clínica de fertilidad o centro de reproducción humana con la asistencia de médicos capacitados, que en caso de ser exitosas, el ser humano resultante será sujeto de derechos y obligaciones, sin ninguna diferencia con los seres humanos concebidos mediante el proceso biológico.

Es necesario determinar los problemas que poseen los usuarios de las Técnicas de Reproducción Asistida, por los que se ven la necesidad de acceder a una de las diversas opciones que se presentan a continuación para poder concebir a un ser humano.

<b>Tipo de Infertilidad</b>	<b>Espermatozoides</b>	<b>Óvulos</b>	<b>Útero</b>
Madre y padre con capacidad para concebir. Problemas para fecundar naturalmente	Padre	Madre	Madre
Padre infértil. Madre con capacidad para concebir	Donante	Madre	Madre
Padre con baja posibilidad de fertilidad. Madre con capacidad para concebir	Padre y Donante	Madre	Madre
Madre infértil capaz de portar el feto	Padre	Donante	Madre

Pareja infértil y madre capaz de portar el feto	Donante	Donante	Madre
Pareja fértil y madre incapaz de portar el feto	Padre	Madre	Vientre alquilado
Madre fértil incapaz de portar el feto. Padre infértil	Donante	Madre	Vientre alquilado

Nota: Tomada de (Ines Awad, Monica de Narváez, 2001, pág. 15)

#### **1.1.4 Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida**

Existen dos grupos, en los que se dividen las Técnicas de Reproducción Asistida, dentro del primer grupo se encuentran las técnicas elementales o de baja complejidad, dentro del cual se incluyen la inseminación artificial y la estimulación ovárica; por otro lado, dentro del segundo grupo, se encuentran las técnicas avanzadas, como la fecundación in vitro. (Merlyn, 2006, p. 44-51) de acuerdo a su complejidad pueden ser:

##### **1.1.4.1 Técnicas Elementales**

- **Estimulación Ovárica**

Mediante este procedimiento lo que se hace es estimular hormonalmente a la mujer, a fin de que aumente su capacidad de producción de óvulos, la intención es provocar una poli o multiovulación y con ello aumentar las posibilidades de que un ovulo pueda o sea fecundado por un espermatozoide. (Mendoza, 2011, p. 48)

Esta técnica forma parte del primer grupo de técnicas de reproducción consideradas de baja complejidad, en virtud que no se realiza ningún procedimiento invasivo o quirúrgico, el único requerimiento es la constancia y fiel cumplimiento del paciente al acudir a sus citas con el profesional de la salud para que aplique el tratamiento indicado.

- **Inseminación Artificial:**

Tal como lo indica (Mendoza, 2011, p. 48), la palabra inseminar consiste en “hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera”, este proceso parte de la manipulación médica o científica del material genético masculino, es considerada de baja complejidad, ya que no se extrae los óvulos de la mujer, pero sí del hombre, y para poder implantar los gametos masculinos en el interior de los gametos de la mujer, en la mayoría de los casos no es necesaria una intervención quirúrgica, y en la actualidad existen instrumentos médicos especializados que facilitan este procedimiento.

“La extracción de los gametos masculinos tiene una doble finalidad, la inmediata es la de lograr la fecundación y la mediata la de lograr un embarazo y consecuentemente el alumbramiento de un hijo” (Mendoza, 2011, p. 48-49).

Varios autores como Héctor Mendoza (2011, p. 52) establecen que la inseminación artificial se puede llevar a cabo mediante las siguientes 5 formas básicas:

- a) Inseminación intravaginal: Aquella que consiste en introducir el semen en la vagina mediante la utilización de una jeringuilla.
- b) Inseminación intracervical: Este método también es necesario el uso de una jeringuilla, pero el semen es introducido en el cuello uterino.
- c) Inseminación intrauterina: Es un proceso más complejo de la inseminación intravaginal e inseminación intracervical ya que el material genético masculino es inyectado directamente en el útero de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida.
- d) Intraperitoneal: Este tipo de inseminación se lleva a cabo mediante la introducción del material genético masculino, espermatozoides los cuales se almacenarán directamente en el líquido intraperitoneal de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación.

Transferencia intratuvárica: Este es un proceso más complejo ya que se extrae los óvulos del ovario, los cuales serán colocados de manera simultánea con los espermatozoides en el interior de las trompas de Falopio.

#### **1.1.4.2 Técnicas Avanzadas**

- **Fecundación in vitro:**

Es el procedimiento mediante el cual se procede a la unión del gameto masculino con el gameto femenino a través de la intervención de una tercera persona dentro de un laboratorio, a lo cual se lo denomina la fecundación extracorpórea, tiene como primera fase del procedimiento extraer el gameto masculino y femenino respectivamente, por medio de un mecanismo invasivo; una vez que se han extraído los gametos se procede a colocarlos en un matraz o comúnmente llamado probeta.

La fecundación in vitro es una técnica mucho más compleja que las anteriormente mencionadas, por lo tanto (Mendoza, 2011, p. 50) establece las siguientes etapas para este proceso de técnica avanzada:

- a) La obtención de los gametos masculinos y femeninos, para lo cual se pueden dar dos escenarios, provenientes del conyugue o conviviente en unión de hecho, se le denomina fecundación homóloga o provenientes de un donante anónimo, se le denomina fecundación heteróloga.
- b) La fecundación de ambos in vitro generándose así, el huevo, cigoto o embrión;
- c) La transferencia embrionaria al seno materno.

Estas técnicas de reproducción asistida son muy variadas y permiten ubicarnos en varios escenarios por lo que para el desarrollo de la presente disertación procederé a enfocarme única y exclusivamente en las técnicas de reproducción asistida post mortem que se realizan entre cónyuges o convivientes en unión de hecho debidamente legalizada que por distintos motivos o condiciones físicas/biológicas deben recurrir a las técnicas de reproducción asistida para concebir

un hijo, a lo cual se lo denomina como reproducción asistida homóloga, la cual se detalla a continuación.

✓ **Inseminación Homóloga:**

Esta clase de inseminación consiste en introducir los gametos pertenecientes a la pareja (esposo o cónyuge), en el aparato reproductor de la mujer casada o con unión de hecho, esta técnica es aplicada en casos de carácter funcional, generalmente problemas que atañan a los hombres.

“Esta técnica no representa en realidad conflicto de orden jurídico, pues el nacido como resultado de ella, es hijo de matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica, está prevista en la mayoría de los ordenamientos jurídicos” (Robayo & Alvarez, 2015, p. 58).

Tal como lo establece (Rosas, 1989, p. 36) ...“la inseminación artificial homóloga puede hacerse durante el matrimonio o fuera de él ya que el semen, actualmente, puede guardarse por largos periodos sin que pierda su calidad fecundante. Por consiguiente, puede implantarse a la mujer después de la disolución del matrimonio”.

✓ **Inseminación Heteróloga:**

Esta clase de inseminación consiste en “la inoculación de material genético ajeno al de su esposo o conviviente, los gametos a ser utilizados son los de un donante” (Rosas, 1989, p. 727).

✓ **Inseminación Artificial Mixta:**

Es el proceso en el cual se utiliza tanto el semen del esposo o conviviente como de un tercero llamado donante; esta forma de inseminación permite que el semen del esposo fecunde, pero con muy pocas probabilidades.

“Si bien esta técnica es de muy poca aplicación, es aconsejada cuando existen problemas de oligospermia, es decir existe una cantidad muy reducida de espermatozoides en el semen del marido y por tanto se mezclan con los del donante,

por lo cual existe cierta posibilidad de que el espermatozoide que fecunde el óvulo sea el del marido”. (Ines Awad, Monica de Narváez, 2001, p. 18)

“Con la finalidad de que se lleve a cabo una técnica de reproducción asistida homóloga, en la mayoría de procedimientos requieren del congelamiento de material genético las cuales se practican mientras el varón se encuentra con vida” (Mendoza, 2011, p. 119), esto quiere decir que es una técnica de elevada complejidad, por lo cual debe ser utilizada como último recurso, además, es importante destacar que los autores establecen la posibilidad de que sea practicada una vez que el hombre haya fallecido, caso que procederé a revisar a continuación.

### **1.1.5 Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem**

#### **1.1.5.1 Definición Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem**

Como se infiere de su nombre la fecundación post mortem es aquella que ocurre cuando una mujer es fecundada con el semen de su pareja pre muerta. De las técnicas descritas anteriormente para el desarrollo de la reproducción asistida post mortem son aplicables la inseminación artificial y la fecundación in vitro, incluyendo sus variantes; obteniendo el material genético (semen) a través de la crio conservación<sup>1</sup>. Es aquí donde surge la posibilidad de las técnicas de reproducción asistida post mortem.

Vanina Moadie Ortega (2015, p. 6), en su reflexión crítica indica que la doctrina universal ha propuesto como actuales prácticas para la realización de la fecundación post mortem:

- 1) La técnica de criopreservación seminal<sup>2</sup> con semen del marido o compañero fallecido, quien en vida consintió en entregar sus células germinales a un banco de gametos.

---

<sup>1</sup> Constituye un procedimiento que suspende el desarrollo embrionario y que se emplea para mantener vivos a la especie de su destino; aquellos embriones que por distintos motivos no han sido implantados en el útero de la mujer, como podría incurrir en su negativa a recibirlos, por su fallecimiento antes de implantación, o por el hecho de haberse fecundado mayor cantidad de embriones. (Sambrizzi, 2000, p. 178)

<sup>2</sup> Consiste en la congelación y almacenamiento de espermatozoides con fines reproductivos. Es una herramienta fundamental en reproducción asistida pues permite optimizar los tratamientos de esterilidad y preservar la fertilidad en pacientes que, potencialmente, pueden perderla. También llamada crioconservación. Comisión de seminología de sociedad Española de bioquímica clínica y patología molecular. Jiménez, Serrano y Moreno.

Generalmente se hace con un ánimo preventivo ante una enfermedad o tratamiento médico que le pueda ocasionar la pérdida de la capacidad reproductiva.

Esta práctica gira en torno a una sola interrogante la cual es determinar la intención que tuvo el marido al entregar su semen o gametos, se presume que otorgó su consentimiento para procrear un hijo. Haciendo una interpretación amplia debería entenderse que lo que prima es la intención de la persona que dio el consentimiento y por lo tanto la temporalidad no afectaría que se reconozca derechos de filiación al nuevo ser humano.

Sin embargo, esta interpretación no resulta aplicable en la práctica debido a que se afectarían derechos de terceros de buena fe que tienen la legítima expectativa de suceder al causante, por lo tanto, esta presunción de la intención no debería aplicarse.

- 2) La obtención por parte de la mujer del semen de su marido fallecido, “ya por la obtención del tejido espermatozoidal por biopsia de testículo luego de producido el deceso o ya por la posibilidad de recuperar del saco vaginal lo eyaculado en él” ( Arribere, 2006, como se citó en Moadie, 2015, p. 6).

Los dos practicas descritas en el numeral dos, son rechazadas ya que no consta el consentimiento expreso o presunto por parte del causante por lo tanto al no existir este requisito indispensable, es evidente que no se puede hablar sobre la “voluntad procreacional” o también llamada” parentalidad voluntaria”, este tema lo iré desarrollando conforme avance la disertación.

- 3) Por último, el tercer caso referente a la transferencia de embriones post mortem, consistente en realizar la concepción del embrión mientras ambos progenitores se encuentran en vida y proceder a la transferencia del huevo o cigoto al útero materno después de la muerte del padre, no se genera problema jurídico alguno, ya que a diferencia de los dos casos anteriores la concepción fue realizada mientras ambos padres se encontraban en vida, es decir que su manifestación de voluntad ya fue ejecutada faltando únicamente el proceso de transferencia.

### **1.1.5.2 Características Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem**

“Las técnicas de reproducción asistida post mortem se pueden llevar a cabo después del fallecimiento del hombre del cual provienen los gametos con los cuales se desea crear un nuevo ser (...)” (Chavez, 2012). Esta técnica es bastante cuestionada tanto médica como legal ya que se programa la vida de un nuevo ser que carecerá de un padre el mismo que otorgue no solo los derechos de filiación sino también el cuidado del niño y vele por el cumplimiento de sus derechos.

Esta práctica se realiza con el semen congelado o llamado técnicamente como gameto criogenizado del cónyuge o conviviente en unión de hecho, quien libre y voluntariamente otorgó su consentimiento a un banco de gametos para que se inicie con el procedimiento de fecundación post mortem. Este tipo de fertilización, por lo general, es realizado por parejas que se encuentran en tratamiento médico que ocasiona la pérdida de la capacidad reproductiva.

Por otra parte, existe un segundo escenario el cual se da cuando la mujer decide que se practique la extracción de los gametos del cadáver de su cónyuge o conviviente, recientemente fallecido, cabe indicar que puede o no existir un documento donde el hombre exprese su consentimiento. Este procedimiento no se encuentra permitido en el Ecuador.

“Por lo tanto, en ambos casos el embrión será criogenizado in vitro, y posterior a la muerte del hombre, será transferido al útero materno y es en ese momento cuando empieza la nueva vida la cual deberá gozar de derechos y obligaciones.” (Ines Awad, Monica de Narváez, 2001, p. 10)

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 45, establece que el Estado reconoce y garantiza la vida de los niños, niñas y adolescentes los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, incluido el cuidado y protección desde la concepción, por lo tanto, el concebido por medio de las técnicas de reproducción humana asistida a partir de la concepción gozará de derechos.

### 1.1.5.3 Requisitos para la realización de las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem

Para resolver algunos conflictos jurídicos de las TRHA se establecen requisitos de índole clínico para acceder a la Fertilización In Vitro (FIV), tal como lo establece, la revista y comunidad líder en reproducción asistida REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG:

- Para poder aplicar la fecundación in vitro es necesario que la mujer sea capaz de producir óvulos. Además, es necesario que no tenga problemas o anomalías uterinas que impidan la implantación del embrión o la evolución de la gestación.
- En el caso del hombre, los requisitos varían en función del tipo de FIV que vayamos a realizar. Si la calidad seminal lo permite, es decir, si tiene un REM (recuento de espermatozoides móviles) de entre 1 y 3 millones/ml, se realizará generalmente la FIV convencional. Si, por el contrario, el esperma tiene problemas graves de movilidad, morfología o concentración, se escogerá la ICSI.
- Cuando las muestras de semen no proceden, como es el caso de una biopsia testicular, también se requiere hacer una ICSI, ya que su calidad suele ser muy baja. Lo mismo ocurre con el semen congelado o los óvulos vitrificados.

El legislador español exige ante esta técnica un consentimiento expreso por parte del varón fallecido en el tiempo estipulado para poder usar su material genético. Pero el consentimiento debe ser previo a la muerte, expreso, a una mujer concreta, formal, personalísimo y revocable. Además, se establece un plazo claudicante para que pueda realizarse esta técnica que no puede superar los 12 meses siguientes al fallecimiento del varón. Uno de los problemas a resolver sobre el primero de estos requisitos, el del consentimiento, es determinar si este debe ser específico o no; esto es, si habrá de prestarse únicamente para la inseminación de una mujer en concreto en el periodo de determinado.

Así parece corroborarlo el art. 9, en su párrafo 2, al utilizar la mención a "su mujer". Otro de los posibles problemas derivados de la exigencia de un consentimiento expreso y concreto deriva del

posible fallecimiento de un varón sin realizar ninguna declaración explícita sobre la eventual utilización post mortem del material genético que, con anterioridad, se hubiera crioconservado, querer utilizarlo, aunque no sea en un futuro inmediato. Sin embargo, esta autorización tácita no supone una prueba verídica y auténtica desde el punto de vista legal.

Establecer requisitos legales en este tipo de técnicas resulta muy importante, en virtud de que el resultado exitoso de estas supone un cambio radical en el estatus jurídico de la madre biológica y del ser humano producto de estas técnicas de reproducción asistida. Así como el surgimiento de obligaciones oponibles a terceros.

En el Ecuador no existe una regulación legal, médica o sanitaria específica para las técnicas de reproducción asistida sean post mortem o no, por lo que existe un enorme vacío legal respecto a los derechos personalísimos como los derechos sexuales y reproductivos de la madre y el padre, el derecho a la identidad, el derecho a la filiación y derechos sucesorios del ser humano concebido a través de estas técnicas, así como los efectos, requisitos y validez del consentimiento otorgado por los progenitores que será desarrollado en el capítulo II de esta disertación.

#### **1.1.5.4 Problemas Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem**

Como antecedente para el estudio de las Técnicas de Reproducción Post Mortem es importante mencionar una de las jurisprudencias más importantes como es la de Diane Blood, en el tema de la reproducción asistida post mortem mediante técnicas de reproducción humana asistida, en 1995 esta mujer de 36 años de edad solicitó el permiso de la Autoridad de Embriología y Reproducción para acceder a la técnica de fecundación in vitro usando sus óvulos y los espermatozoides de su esposo después de su muerte, los mismos que fueron extraídos cuando el hombre se encontraba en coma, como era de esperarse al no existir una regulación en la legislación británica y tampoco la existencia del consentimiento expreso por parte de su ex esposo, se niega la petición para acceder a la fecundación.

Diane Blood llevo su petición a instancias legales y en febrero de 1998 el Tribunal de Apelaciones falló a favor de la mujer otorgándole la autorización para utilizar el material genético de su esposo

y pueda someterse a la fecundación in vitro, y tuvo como resultado a su primer hijo, cabe indicar que en el año 2002 Diane mediante el mismo procedimiento quedo embarazada de su segundo hijo.

Dentro de esta jurisprudencia se plantean los siguientes problemas jurídicos:

- El consentimiento del padre no estuvo previsto para el caso anteriormente descrito.
- La posibilidad de utilizar los gametos del hombre después de dar su consentimiento.
- Analizar si se cumplió los requisitos establecidos para someterse a las TRA post mortem.
- En el eventual caso de haber nacido se afecta derechos de terceros.

En el caso objeto de análisis donde surgió la filiación post mortem ya que hubo concepción, la litis se trabó al otorgar el acceso a los gametos congelados de su esposo a pesar de no existir consentimiento expreso por parte del varón, no se puede analizar si se cumplió con los requisitos establecidos por la legislación británica ya que en el tiempo donde se resolvió esta jurisprudencia no existía regulación alguna para las TRHA post mortem, hubo concepción y posterior nacimiento de dos niños, el primero en el año 1998 y el segundo en el año 2002.

En cuanto a los derechos de identidad los niños constaban en el Registro Civil británico como hijos de padre desconocido, pero la Convención Europea de Derechos Humanos entró en vigor en el Reino Unido y los abogados del Ministerio de Salud reconocieron ante el juez que la ley británica vigente era incompatible con la ley Europea calificada como constitucional, debido a este fundamento legal realizado por los abogados el tribunal falló a favor de la mujer, admitiendo la paternidad a los hijos de Blood.

La fecundación post mortem consta en el hecho de concebir a un hijo por medio de los métodos de reproducción asistida. Las técnicas más utilizadas son la inseminación artificial o la fecundación in vitro, algunas legislaciones tanto de Europa y Sudamérica regulan esta problemática, que más adelante se detallará, aun cuando el varón progenitor hubiera fallecido.

Ante este tema Alma Rodríguez (2015) establece:

Por fecundación artificial post mortem se entiende de modo exclusivo la introducción en los órganos genitales femeninos el semen del varón fallecido por medio distinto al contacto sexual. Se hace referencia a la transferencia a la mujer, tras el fallecimiento del varón, de pre embriones de la pareja constituidos mediante fecundación in vitro con anterioridad a la muerte del marido o del compañero; supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, post mortem. (p. 295)

La fecundación in vitro post mortem debe ser estudiada como aquella fecundación en la que el varón progenitor consiente en que se utilice su material genético tras su fallecimiento. En dicho concepto se exceptúa la inclusión de implantar el gameto antes de que fallezca, puesto que, en ese caso, sería meramente una fecundación in vitro.

Los beneficios de estas técnicas son muchos, ya que se han constituido como una opción para las parejas que no pueden concebir, en el caso de las técnicas de reproducción asistida post mortem son de gran ayuda para aquellas que poseen algún tipo de enfermedad catastrófica y deciden congelar sus gametos para que a futuro se lleve a cabo esta inseminación, convirtiéndose esta práctica en una esperanza para parejas con complicaciones para concebir a un nuevo ser humano, siendo una ayuda de la ciencia para este tipo de parejas, también trae consigo un sinnúmero de conflictos legales como, el derecho a llevar los apellidos de sus progenitores, que se deriva en la filiación y el derecho a la identidad, recibir asistencia familiar en el caso de alimentos, participar en los derechos sucesorios que las leyes establezcan, no afectan únicamente a los padres implicados o al ser humano producto de estas técnicas, sino que transgrede derechos de terceros.

Tal como expresé en líneas anteriores las técnicas de reproducción asistida son una opción para tener un hijo después de la muerte del varón que ha sufrido algún tipo de enfermedad catastrófica como es el caso de Maria desarrollado en Barcelona España, en el año 2014 su esposo fue diagnosticado una enfermedad degenerativa y el hombre antes de someterse a un tratamiento que le provocaría la esterilidad, de mutuo acuerdo decidieron congelar el espermatozoides para ser padres después del tratamiento.

Una vez concluido el tratamiento, la pareja inicio el proceso de fecundación in vitro, pero el hombre empezó a decaer en la enfermedad y es en ese momento en el que decide firmar un documento expresando por escrito que su esposa puede acceder al espermatozoides congelado después de su muerte para seguir con el tratamiento de fecundación in vitro. Seis meses después María decidió someterse al tratamiento para ser madre pero tuvo tres intentos fallidos de fecundación in vitro, la clínica de reproducción asistida suspendió el proceso apoyándose en la ley que impide realizar la fecundación post mortem después de haber transcurrido más de un año desde el fallecimiento del cónyuge o conviviente que dio su autorización, por lo tanto María no pudo acceder al espermatozoides de su esposo a pesar de existir un consentimiento debidamente otorgado ya que se aplicó la temporalidad establecida en la legislación española.

Esta jurisprudencia tiene relevancia en la tesis puesto que se trata de una situación de fecundación post mortem utilizando los gametos del marido donde existe el siguiente problema jurídico el cual es la negación al acceso a los gametos del padre por parte de la clínica de fertilización, y en la sentencia el juez tiene el límite del plazo establecido legalmente que son 12 meses a partir de la muerte del varón. Algunos de estos elementos de la legislación española serán desarrollados en el capítulo III, que refiere a la legislación comparada.

Las jurisprudencias tanto de Inglaterra como España respectivamente son referentes importantes para el tema de esta disertación aun cuando cabe mencionar que a nivel mundial existe jurisprudencia que tienen como antecedente que la mujer decide llevar a cabo la fecundación con los gametos masculinos, una vez que el hombre ha fallecido, y en donde los problemas jurídicos respecto a la filiación del niño que nazca de una técnica de reproducción asistida post mortem son entre otros los siguientes:

- **Sobre el consentimiento del varón:**
  - ✓ Si el consentimiento otorgado para la práctica para las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe comprender la posibilidad de la inseminación post mortem o debe existir manifestación de voluntad expresa en sentido contrario.
  - ✓ Sobre la forma jurídica de dicho consentimiento.

- **Respecto al consentimiento de la mujer**

- ✓ La expresión de la mujer para revocar el consentimiento.
- ✓ La posibilidad de a pesar de revocar el consentimiento se utilicen los gametos para acceder a una técnica de reproducción post mortem.

- **Respecto de la práctica**

- ✓ Establecer el plazo para la realización de la técnica.
- ✓ Establecer la modalidad de la técnica de reproducción asistida como se analizó en líneas anteriores

- **Posible afectación a derechos de terceros**

- ✓ Los derechos de identidad del niño nacido como resultado de las TRA
- ✓ El hijo que nazca como resultado de una TRA puede considerarse heredero
- ✓ En caso de respuesta afirmativa la respuesta de la posible afectación a los herederos existentes a la muerte del varón quien aporto sus gametos para la técnica.

### **1.1.6 REGULACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

Con relación a los temas descritos me permito analizar de manera breve la regulación existente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, de manera cronológica para identificar su desarrollo, también analizaré la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente al caso Artavia Murillo y Otros.

Las técnicas de reproducción asistida no son un hecho nuevo dentro de la sociedad, por lo que ya se encontraban reconocidas en diversos cuerpos legales y convenciones especialmente de carácter internacional, a pesar de no existir una regulación detallada respecto a sus implicaciones y condiciones, y a continuación, detallaré cada uno de ellos:

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

El presente informe tiende a tratar sobre los derechos que tienen estrecha relación con las técnicas de reproducción asistida, por lo tanto, en el capítulo VII, se define tanto a los derechos reproductivos como a la salud reproductiva.

Uno de los objetivos principales de esta Conferencia Internacional, se trata de reconocer el derecho de la salud reproductiva de cada persona, sobre la cual se encuentra inmersa su capacidad de acceder a una vida sexual satisfactoria sin riesgos de procrear. Dentro del informe también se establece el derecho de cada persona a decidir con libertad el número de hijos que desea tener con su pareja, y a tomar decisiones relativas a la reproducción sin ser víctima de discriminación, lo cual mantiene una estrecha relación con el acceso a diversas técnicas de reproducción asistida, la cual es reconocida como un mecanismo o un medio para ejercer el derecho a procrear.

**b) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas Discriminación Contra la Mujer**

El instrumento internacional que reconoce los derechos reproductivos de las personas es la CEDAW, más conocido por sus siglas en inglés, en el artículo 16 literal e) determina el derecho de la mujer de decidir libremente y responsablemente sobre el número de hijos que desee tener y el intervalo entre el nacimiento de los mismos, así como a tener acceso a la información y medios que le permitan ejercer este derecho.

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

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

**d) Sentencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos sobre el Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”)**

A finales del 2012, en Costa Rica se produjo un hito sumamente significativo dentro del ámbito de los derechos sexuales y reproductivos. Se trata del caso “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro) vs Costa Rica”, denominada la sentencia más representativa dentro del ámbito de la fecundación asistida, cuya importancia radica en su carácter vinculante para los estados que se han suscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos entre los que se encuentra Ecuador. El caso específicamente se refiere a la responsabilidad internacional del Estado Costarricense, debido a las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición de la Fecundación In Vitro, la sentencia fue dictada por la CIDH, el 28 de noviembre de 2012.

Al ser una sentencia con gran relevancia dentro del mundo jurídico que trata sobre la fecundación asistida, procederé a realizar un resumen donde se exponga los puntos más importantes que se desarrollaron dentro del caso.

**a) Hechos del caso:**

- En Costa Rica a partir de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero del año 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizó el acceso a la fecundación in vitro (FIV), solamente a las parejas que se encuentren legalmente casadas, dentro de este decreto también regulaba la ejecución de esta práctica, en el articulado se detalla la

prohibición de la manipulación del código genético del embrión, la comercialización de células germinales, se prohibió el desecho o eliminación de embriones, en casos de fertilización in vitro estaba prohibida la fertilización de más de 6 óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, en caso de incumplir las disposiciones que se detallan en el decreto el Ministerio de Salud está facultado para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento infractor.

- Con fecha 07 abril de 1995, el señor Hermes Navarro del Valle fundamentándose en el artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la misma que indica que “cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma “cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”, la pretensión del ciudadano se basó específicamente en los siguientes puntos: i) se declare inconstitucional el decreto por violentar el derecho a la vida; ii) se declare inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro; iii) se instruya a las autoridades públicas a mantener un control riguroso de la práctica médica. La presente acción de inconstitucionalidad se argumentó básicamente que este tipo de procedimientos son atentatorios al derecho a la vida y por el descontrolado desecho de embriones en la aplicación del proceso.
- Con fecha 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dicta sentencia en la cual declaró con lugar a la acción de inconstitucionalidad y se anula por inconstitucional al Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995. La sentencia de la Corte Suprema se fundamentó de la siguiente manera: i) el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, razón por la cual no puede ser tratado como objeto, tiene derecho a la protección jurídica. ii) la práctica de la fecundación in vitro atenta contra la vida y dignidad del ser humano, derechos personalísimos, ya que en el proceso de las técnicas de reproducción asistida se desechan descontroladamente una cantidad considerable de embriones, los cuales merecen ser protegidos y nada justifica que el fin sea crear un nuevo ser humano. Debido a los argumentos emitidos por la Corte Suprema a partir de febrero de 1995, se prohíbe el acceso de las técnicas de reproducción asistida en Costa Rica.

- Los afectados por esta sentencia al agotar todos los recursos que impone la ley, llevan el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, invocando que al prohibir la Fertilización In Vitro con Transferencia Embrionaria, se estaba violentando los derechos a la vida privada, derechos reproductivos y derecho a formar una familia.
- La Comisión al realizar un análisis tanto de los fundamentos de hecho y de derecho consideró que efectivamente la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica constituía una violación al derecho de igualdad de los afectados, por lo tanto, se envía para conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que con 5 votos a favor y 1 en contra falla a favor de las víctimas de esta prohibición, en esta sentencia se evidencia varios argumentos jurídicos que serán analizados a continuación.

#### **b) Fundamentos principales de la sentencia Artavia Murillo y Otros Vs Costa Rica**

La Sala Constitucional de Costa Rica en su sentencia otorgó la protección absoluta al embrión, poniendo este derecho sobre los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva, derecho a la intimidad, derecho a formar una familia; uno de los argumentos más fuerte de la Sala Constitucional para prohibir la fecundación in vitro fue:

“(...) la vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de gametos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada - resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido”. (Caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica , 2012)

Así mismo la Sala Constitucional que las prácticas de fecundación in vitro atentan contra la vida y la dignidad del ser humano.

“Para su fundamentación, la Sala Constitucional indicó que: i) “el ser humano es titular del derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebido, estamos ante un

ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”. (Caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica , 2012).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar la sentencia y sus argumentos resolvió que las autoridades adopten medidas para dejar sin efecto la prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica, también se solicitó que el estado costarricense realice una reparación integral, indemnizando a las personas perjudicadas, sobre todo los de carácter inmaterial, específicamente el daño psicológico, implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigido específicamente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

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

Esta sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos indudablemente genera un punto de partida para el reconocimiento del derecho al acceso a las técnicas de reproducción asistida, mismas que se encuentran ligadas con diversos derechos reconocidos dentro del fallo los cuales son, derecho a la vida privada y familiar, derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho al goce de los beneficios del progreso científico, principio de no discriminación y el reconocimiento del derecho a la vida. Cabe indicar que esta sentencia precisa las obligaciones internacionales de los Estados Parte en la Convención específicamente respetando el derecho a la vida establecido en el artículo 4.1 de este instrumento, como punto de partida sostuvo que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, para efectos de la Convención el feto no puede ser considerado sujeto de derechos. Siguiendo la doctrina de control de convencionalidad de la Corte IDH la sentencia del caso Artavia Murillo y Otros puede tener repercusiones nacionales en los Estados Parte.<sup>3</sup>

Esta jurisprudencia se refiere a las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem y establece como punto de referencia jurídica de esta tesis la protección a la vida desde la implantación, cuando

---

<sup>3</sup> Los Estados que han firmado y ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos o también llamado Pacto de San José son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

el ordenamiento jurídico de Ecuador establece la protección desde la concepción, como se revisará en el desarrollo de la investigación.

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

En el Ecuador aún no contamos con regulación especial para filiación post mortem mediante Técnicas de Reproducción Asistida, pero sí con legislación a la que podemos acceder para contar con preceptos jurídicos como el Código Orgánico Integral Penal, Ley Orgánica de Salud y el Código de Ética Médica, normativa que se encuentra vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como también existe el proyecto de Código Orgánico de la Salud que se encuentra listo para ser calificado por el Consejo de Administración Legislativa (CAL), y algunos intentos de regulación que se concretan en proyectos de ley que ya no se encuentran vigentes dentro de la agenda de la Asamblea Nacional, a continuación se analizará de manera breve cada uno de ellos.

#### **1.1.7.1 Normativa sobre técnicas de reproducción asistida vigente en el Ecuador**

##### **➤ Código Orgánico Integral Penal**

El Código Orgánico Integral Penal ratifica la importancia que tienen en nuestra sociedad actualmente las técnicas de reproducción asistida y sobre todo lo referente al tema del consentimiento, ya que tipifica como una conducta delictiva la inseminación no consentida a las mujeres tal como se establece en su artículo 164 donde se indica que la persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Las normas analizadas en líneas anteriores no regulan de manera expresa las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador y tampoco se registra jurisprudencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la Doctora Sonia Merlyn (2006, p. 82) especialista en el tema establece que existen posibles causas que generan ausencia absoluta de jurisprudencia como son:

- a) El temor al ridículo: ya que el acceso a la justicia implicaría el dar a conocer el problema biológico de los padres que les impide procrear, tanto a su abogado patrocinador, jueces, secretarios, etc.
- b) Desconocimiento de los derechos reproductivos y de la forma como deberían ser ejercidos.
- c) Desconfianza generalizada en la justicia por los tradicionales problemas de lentitud y corrupción en los procesos, que en los casos familiares que tienen urgencia económica es un potente disuasivo.
- d) Vacío legislativo en la materia.

Como restablece la jurista Sonia Merlyn las técnicas de reproducción asistida son cada vez más comunes en nuestra sociedad y requieren de manera urgente una redacción clara y precisa, enfocándonos directamente en la presente investigación, se debe regular las técnicas de reproducción asistida post mortem, por normas claras y precisas que permitan el acceso de una manera responsable, ya que la inexistencia de marco legislativo y jurisprudencial genera inseguridad jurídica e implica riesgos tangibles y reales para todos los involucrados.

### ➤ **Ley Orgánica de la Salud**

La Ley Orgánica de la Salud, es un cuerpo normativo que contiene ciertos artículos referentes y aplicables a las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, estos articulados no tienen alcance directo en este tipo de prácticas.

Art. 212.- Se prohíbe la intervención genética sobre células de la línea germinal y células madre, con fines de experimentación y lucro.

Podrán efectuarse intervenciones sobre el genoma humano, células de la línea germinal y células madre únicamente por razones predictivas, preventivas, diagnósticas o terapéuticas, siempre que se disponga de asesoramiento genético especializado, procedimientos científicamente probados y seguros, previo consentimiento informado, expreso y escrito de la persona y que sea de beneficio social y eugenésico.

Art. 213.- No se podrán patentar genes ni derivados celulares humanos naturales.

Los dos artículos de la Ley Orgánica de la Salud no hacen referencia específica a las técnicas de reproducción asistida, y mucho menos a la problemática que me encuentro estudiando en esta investigación, fecundación post mortem, es así que se logra identificar la ausencia de regulación sobre este tema en el Ecuador.

La construcción del mencionado proyecto de ley lleva aproximadamente 5 años, el cual ha sido impulsado por la Asamblea Nacional como órgano legislativo y el Ministerio de Salud Pública como parte del poder legislativo ejerciendo rectoría, control, regulación, planificación y gestión de la Salud Pública ecuatoriana a través de la gobernanza y vigilancia del control sanitario, garantizando el acceso al derecho a la salud sin excepción alguna.

➤ **Código de Ética Médica:**

El Código de Ética Médica publicado en el Registro Oficial No.5 del 17 de agosto de 1992, Acuerdo Ministerial 14660, trata de las técnicas de reproducción asistida específicamente en el capítulo XVII, el mismo que se titula “De la planificación familiar y esterilización”, hace referencia lo siguiente:

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

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

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

Analizando detenidamente estos tres artículos, se concluye que las técnicas de reproducción asistida son métodos que intentan solucionar problemas de infertilidad, a los cuales solo pueden acceder las parejas casadas, excluyendo totalmente a parejas con vínculo de unión de hecho, mujeres solteras que deseen procrear un hijo, con gametos de un donante. Sonia Merlyn (2006, pp. 86-87) establece lo siguiente, respecto al tema en cuestión:

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

Esta afirmación es válida ya que invita al legislador a analizar profundamente este tema, ya que no puede dejar de lado el acceso a las técnicas a parejas con unión de hecho y a mujeres solteras, debido a que cuentan con el derecho a la libertad y autonomía sexual, contemplado en la Constitución, así como al derecho a una salud sexual y reproductiva, entre otros derechos que posteriormente serán analizados de manera concreta.

#### **1.1.7.2 Proyecto de Ley - Código Orgánico de la Salud**

El proyecto de Código Orgánico de Salud, fue aprobado en primer debate en el mes de marzo del año 2017 por la Asamblea Nacional, es un cuerpo normativo que está compuesto por preceptos, que debido a la ambigüedad de términos utilizados por el legislador, que resultaría atentatorio para el ejercicio de determinados derechos fundamentales, tal es el caso derecho a la libertad de conciencia, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida privada, derecho a la libertad de expresión y derecho a la identidad.

Dentro del cuerpo normativo y referente a la salud sexual y reproductiva, el artículo 12, el cual guarda estrecha relación con el artículo 66 de la Constitución del Ecuador, expresa lo siguiente:

Artículo 12.- Salud sexual y salud reproductiva. - Todas las personas, sin discriminación alguna, tienen derecho a:

3) La decisión autónoma para el manejo de la infertilidad con un enfoque de integralidad y observando las regulaciones determinadas por la Autoridad Sanitaria Nacional sobre la materia.

Por lo tanto, este articulado permite el uso de técnicas de reproducción asistida, de manera expresa siempre y cuando se trate de un tema de infertilidad debidamente diagnosticado, por otro lado, dentro del mismo cuerpo normativo el artículo 130, indica que el Estado garantizará el derecho de todas las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables, en concordancia con el artículo 66, numeral 10 de la Constitución, dichas decisiones se tomarán sin coerción o violencia, ni discriminación sobre su orientación sexual, y a disponer de información sobre sus derechos, razón por la cual a mi manera de analizar la problemática establecida en esta disertación, es importante centrarnos en el estudio del derecho al acceso a la información para poder emitir un pleno consentimiento informado sobre prácticas de reproducción asistida de manera consiente.

“Artículo 133.- Técnicas de Reproducción asistida. - Las técnicas de reproducción asistida: inseminación artificial e inseminación in vitro, podrán realizarse en el país cumpliendo con las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional, siempre y cuando estén permitidas y se encuentren basadas en evidencia científica dentro del marco del respeto de los derechos humanos y preceptos bioéticos.”

El artículo 133 del proyecto de ley, en caso de aprobarse ya permitiría el acceso a las técnicas de reproducción asistida siempre que cumplan los requisitos, normas y regulaciones determinados por el Ministerio de Salud Pública, pero hasta la actualidad la autoridad sanitaria no ha expedido una normativa que contenga los lineamientos para acceder a este tipo de tratamiento, garantizando a los usuarios la protección de sus derechos sociales y reproductivos. En el Ecuador se registran

aproximadamente 18 centros de reproducción humana, los cuales operan solamente con sus códigos de ética, pero lamentablemente no cuentan con regulación emitida por la cartera de estado encargada de ejercer rectoría en temas de salud pública.

### **1.1.7.3 Esfuerzos frustrados por regular las Técnicas de Reproducción Asistida en el Ecuador**

El Ecuador no cuenta con una normativa expresa sobre técnicas de reproducción asistida, pero tiene como antecedente el Proyecto de Ley del Código de la Familia, como lo establece la jurista Sonia Merlyn (2006), “el extracto de este proyecto de Ley fue publicado en el Registro Oficial No. 136 del 8 de agosto de 2000, presentado al Congreso Nacional, el cual dentro de su sección séptima trataba el tema de la filiación en los casos de técnicas de reproducción asistida” (p. 86), mismo que constituye uno de los pocos intentos por parte del legislador para regular este tema, cabe recalcar que este proyecto de ley no fue aprobado y tampoco ha sido objeto de debate dentro de la actual Asamblea Nacional, por lo que nuestro país no se encuentra preparado para expedir normas que regulen este tema. Como fue mencionado en líneas anteriores, existen cuerpos normativos que tratan aspectos generales que se relacionan a las técnicas de reproducción asistida, los mismos que se analizarán a continuación.

#### **➤ Proyecto de Ley de Código de la Familia**

Dentro de la historia del Ecuador, el Congreso Nacional presentó el proyecto de Ley del Código de la Familia, su extracto fue publicado en el Registro Oficial No. 136 del 8 de agosto de 2000, dentro de la Sección Séptima, intitulada “Del establecimiento de la filiación en los casos de reproducción asistida” específicamente en su artículo 164 admitía todas las Técnicas de Reproducción Asistida como regla general solo para subsanar la esterilidad y como excepción para cuando sea necesario evitar una enfermedad grave vinculada con los caracteres de la persona.” (Merlyn, 2006, p. 86).

Este proyecto de ley instituye uno de los primeros y pocos intentos por parte del legislador por regular el tema de las técnicas de reproducción asistida, cabe indicar que este proyecto no fue aprobado y tampoco generó motivos de debate.

➤ **Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador**

En el año 2012 la Asambleísta María Alejandra Vicuña, actual vicepresidenta del Ecuador, presentó el Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador, la legisladora argumentó que la falta de un marco jurídico estructurado y adecuado en esta materia pone en riesgo a los pacientes, también denominados usuarios y a los distintos actores, de manera que impiden al Ministerio de Salud tener un control sobre los centros que brindan este servicio.

A continuación, se detallará los motivos que tuvo la legisladora para presentar el referido proyecto de ley. (Aguinaga, 2017, p. 12)

1. La existencia de al menos 11 centros, hasta el 2012 que ofrecen Técnicas de Reproducción Humana asistida en el país. Para el año 2017 se registraron 15 centros encargados de realizar dichas técnicas.
2. Según el oficio No. MSP-SDM-10-2016-1563-O suscrito por la Dra. Margarita Guevara Alvarado, Ministra de Salud Pública del Ecuador, de los 15 centros mencionados, 11 son Centros de Fertilidad y Reproducción Asistida que cuentan con permisos de funcionamiento vigente, de los cuales existen tres Centros de Especialidades, un Consultorio de Especialidades, un Hospital de Especialidades, un Hospital del Día, un Hospital Básico y sólo 4 son Centros Especializados en Fertilidad y Reproducción Humana Asistida.

3. El acceso a las técnicas de reproducción asistida se ha incrementado de manera considerable en el Ecuador y alrededor del mundo.
4. El hecho que: “(...) involucra derechos de las personas a la reproducción asistida, a decidir cuándo y cuántos hijos tener, las precauciones médicas necesarias para precautelar la vida, la salud de la madre y los hijos, el derecho del nacido a la identidad, a conocer sus orígenes, a la salud mental, los derechos de filiación, los derechos legales a la manutención, los derechos de herencia, la protección de los derechos involucrados, etc.” (Vicuña, 2016)
5. La inexistencia de normativa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano “que se encargue de sustentar el ejercicio de la Medicina Reproductiva o el uso de técnicas de Reproducción Asistida” (Vicuña, 2016).
6. La falta de leyes o elementos jurídicos que protejan a las personas que intervienen en este tipo de procedimientos, ya sea la pareja usuaria del procedimiento, profesionales de la salud, donantes de gametos masculinos y femeninos, la mujer subrogante o el concebido.
7. Problemas que son consecuencia del uso de las técnicas de reproducción asistida como eliminación de embriones, aborto, embarazos múltiples, y diversos problemas genéticos.
8. “(...) la falta de garantías para la donación ya que en algunos componentes de la legislación ecuatoriana se establece que la filiación está considerada sobre la base de la prueba de ADN. (Vicuña, 2016)
9. Por más de 20 años el Ecuador ha tratado de regular sobre la materia de las técnicas de reproducción asistida, es necesario la existencia de un cuerpo normativo que protejan a usuarios y médicos que participan en el proceso.

Al analizar los motivos que tuvo la legisladora para la presentación del mencionado proyecto de ley, como principal argumento fue el derecho que tiene el concebido y posteriormente nacido a conocer sus orígenes e identidad, por lo tanto, prima el interés superior del niño en cuanto al derecho a la identidad, consagrado en el artículo 45 de la Constitución del Ecuador.

Art. 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.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, 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 de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (...).

Al aprobarse el Código Orgánico de la Salud en la Asamblea Nacional representaría un avance en los derechos sexuales y reproductivos tanto de la mujer como del hombre, este artículo podría definirse como la antesala para regular la filiación mediante técnicas de reproducción asistida post mortem en el Ecuador.

## **1.2 CONSENTIMIENTO**

### **1.2.1 Derecho a tomar decisiones libres e informadas**

Como se ha establecido previamente en la presente disertación, el consentimiento informado es uno de los elementos más importantes respecto a los efectos jurídicos de las técnicas de reproducción asistida y, para entender con mayor claridad este elemento resulta imprescindible revisar y analizar su fundamento jurídico, empezando por el derecho humano a tomar decisiones libres e informadas en el ámbito de su sexualidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos suscrita y ratificada por el Ecuador indica:

Artículo 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión “el subrayado es mío”.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 9 y 10 en cuanto a los derechos de libertad, establece lo siguiente:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

Por lo tanto, el derecho a tomar decisiones reproductivas libres e informadas en su sentido dentro de los derechos de libertad sexual comprende el derecho a decidir tener hijos o no, el número y el tiempo a transcurrir entre cada uno, y el acceso pleno a los métodos para regular la fecundidad.

El derecho a tomar decisiones libres e informadas para el acceso de las técnicas de reproducción asistida post mortem que se otorga en razón del consentimiento informado debe realizarse por escrito describiendo de manera detallada y precisa toda la información relacionada con el tratamiento como revisaré con mayor detenimiento más adelante, sin embargo esto no resulta suficiente puesto que la responsabilidad del profesional de la salud no se limita únicamente a brindar la información a los usuario sino que deben asegurarse que los usuarios comprenden con claridad la información que se les ha proporcionado, de tal manera que la persona se sienta

plenamente informada y pueda otorgar libremente su consentimiento, como establece la Ley 14/2007 de España que revisaré en el siguiente capítulo.

### **1.2.2 Definición del Consentimiento**

El consentimiento está fundamentado en los derechos más importantes de los seres humanos, como son el derecho al acceso a la información, libertad de decisión y autonomía de la voluntad, los cuales deben ser respetados siempre y cuando no afecten derechos de terceras personas. Es por estas consideraciones, que es una obligación de las demás personas el respetar las decisiones que cada individuo tome acerca de su persona, su forma de vida y en general todos los actos realicen.

El consentimiento y la información se han considerado, dentro del ordenamiento jurídico en general, deberes legales que deben estar presentes en toda la relación, dada la existencia inexorable y el respeto de los derechos de las personas a la dignidad humana, a la autonomía de la voluntad y a la libertad, con vital observancia de sus opiniones, consideraciones y decisiones siempre y cuando no se menoscaben intereses constitucionales de terceros. (Vladimir Monsalve, Daniela Navarro, 2014, p. 146)

Los juristas ecuatorianos Iván Torres y Cecilia Salazar (2016) afirman que:

“La manifestación de la voluntad o el consentimiento es la conformidad entre el deseo interno de la persona y la expresión externa para celebrar un determinado acto jurídico y para que éste produzca los efectos jurídicos propios de él; el consentimiento es la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes; y es la conjunción de esas declaraciones de voluntad unilaterales lo que da origen a la llamada declaración de voluntad común.”

Por lo tanto, es imperante el consentimiento expreso para el acceso a las técnicas de reproducción asistida post mortem ya que, de esta exteriorización de la voluntad unilateral, el hombre le concede los derechos de filiación, identidad, alimentos, sucesorios y demás derechos personalísimos al niño

concebido mediante técnicas de reproducción asistida al momento de nacer, siempre y cuando en el Ecuador se regule en una ley especial estas prácticas artificiales.

### **1.2.3 Tipos de consentimiento**

Para el Derecho, no es relevante el proceso mental por medio del cual se llega a manifestar la voluntad del sujeto, sino solo en tanto y en cuanto existan concretas evidencias objetivas perceptibles sensorialmente del mismo. El consentimiento puede expresarse de diferentes maneras, las cuales son, expreso y tácito, dentro de la primera categoría puede ser formal y no formal.

#### **1.2.3.1 Consentimiento expreso.**

El consentimiento expreso es aquel del cual existe un acto objetivo que nos permite tener una certeza verificable e inequívoca, como lo menciona el jurista Ricardo Rabinovich; la expresión positiva de la voluntad será considerada como tal cuando se manifieste verbalmente o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos. (Rabinovich, 2011, pág. 387).

#### **1.2.3.2 Consentimiento tácito**

El consentimiento tácito es aquel que surge de hechos o determinados actos que indican que el sujeto ha aceptado el contrato sin necesidad de firmarlo o manifestar verbalmente su aceptación. Así mismo el jurista Ricardo Rabinovich afirma lo siguiente “la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer por certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria. (Rabinovich, 2011, p. 386-387).

### 1.2.3.3 Consentimiento informado

Para la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consentimiento Informado obedece a un largo proceso de evolución y aparece en la modernidad, no propiamente en el campo de la medicina, sino en la filosofía política del siglo XVI, como respuesta a las constantes luchas a la igualdad de Derechos.

A lo largo de la historia se ha buscado diversas alternativas legales para regular la protección de los derechos del paciente, la cual no ha sido una preocupación reciente. El origen de esta preocupación tiene como hito histórico, Europa específicamente en la Segunda Guerra Mundial, ya que existe la necesidad de impedir que se repitan los abusos cometidos a las personas en la década de los 40 respecto a la experimentación en seres humanos.

“El Consentimiento Informado es una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica a la medicina y es considerado como un derecho humano fundamental, es la mejor expresión del derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo pertinente a la propia persona, a la propia vida y en consecuencia de la disposición sobre el cuerpo propio. Se entiende por tanto que es consecuencia necesaria de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia.” (Alonso, Canales, Castillo, Rodríguez, 2014, p. 173)

Dentro del consentimiento informado, el cual está directamente vinculado a un tratamiento de Técnicas de Reproducción Asistida, es importante resaltar que presenta un doble contenido, tal como lo afirma Esther Farnós (2011, p. 28):

De un lado, se compone de la información sobre el propio tratamiento y, del otro, del acto personal de prestación del consentimiento. El consentimiento dirigido a autorizar una técnica concreta y, en su caso, las técnicas accesorias que esta pueda precisar es un consentimiento contractual que tiene por objeto la prestación de un servicio. A su vez se dirige a asumir la filiación que puede derivar del recurso a las TRA. (Farnós, p. 67)

Para analizar la institución del consentimiento informado es necesario entender todo el trasfondo de derechos, ya que el consentimiento informado no es un mero documento, es un documento sobre el cual se va a derivar varios efectos jurídicos especialmente en el tema de responsabilidad de los profesionales de la salud. Definido de una manera genérica el consentimiento informado es un instrumento consistente en el cual el profesional de la salud se encuentra obligado a proporcionar de forma clara y precisa al paciente sobre el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico, medicación, consecuencias y alternativas en el caso de las técnicas de reproducción asistida.

#### **1.2.3.3.1 Principios básicos de la institución del consentimiento informado.**

Como mencioné anteriormente, en el presente tema de investigación el consentimiento informado es uno de los principales elementos sobre el problema jurídico que me encuentro analizando en la presente disertación. En principio, la figura del consentimiento informado puede parecer muy simple, si lo reducimos a una mera manifestación de voluntad acerca de un proceso técnico – médico del cual debe quedar constancia en un documento, sin embargo, es imposible dejar de lado las consecuencias tanto físicas como jurídicas de este acto, y es por esta razón, que no se puede realizar el análisis de esta institución sin analizar sus principios.

Tal importancia ha adquirido el tema del consentimiento informado y su fundamento en derechos humanos, que, según un sector importante de la doctrina, el ilícito cometido por la omisión o defecto del deber de información del facultativo no se centra tanto en la negligente actuación médica en el curso del tratamiento, como en la violación del derecho del paciente a elegir un tratamiento o rechazar algún procedimiento. (Vladimir Monsalve, Daniela Navarro, 2014, pág. 60)

Los principios que regulan la institución del consentimiento informado son los siguientes:

##### **a) Dignidad humana**

Pelé citada en (Vladimir Monsalve, Daniela Navarro, 2014, pág. 62) afirma que se la ha considerado el primer valor intrínseco e inalienable de todo ser humano, independientemente de su condición social económica, raza, religión, edad, sexo, etcétera. Por ello, la dignidad humana constituye la base de todos los derechos fundamentales del ser humano.

El principio de dignidad humana implica el reconocimiento como ser completamente suficiente y autónomo para tomar sus propias decisiones respecto a su salud e integridad, por lo cual el profesional de la salud tiene la obligación de respetar las decisiones tomadas por los pacientes, siempre y cuando no sean atentatorias a las leyes y demás derechos humanos.

#### **b) Autonomía de la voluntad**

La manifestación del principio de la dignidad humana se encuentra concatenado al respeto de la voluntad, ya que se reconoce que los seres humanos somos individuos libres y autónomos; por ello, es la propia persona quien debe tomar diversas decisiones en cuanto a su vida o existencia. La autonomía de voluntad tiene como fundamento al Derecho a la Libertad, que es uno de los derechos intrínsecos al ser humano, más importante y más amplio de todos.

Por lo que en materia medico asistencial a los propios pacientes les corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y, por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. (Vladimir Monsalve, Daniela Navarro, 2014, pág. 64).

#### **c) Integridad física y moral**

En consecuencia, de lo anterior, se observa que el derecho a la integridad física y moral está íntimamente vinculado con el concepto de dignidad humana y de autonomía de la voluntad (Vladimir Monsalve, Daniela Navarro, 2014, pág. 67), este principio se refiere al respeto que merece el ser humano en su toma de decisiones ya que ha actuado con voluntad y conciencia, en virtud de la que cada individuo tiene potestad sobre su cuerpo.

#### **d) Intimidad personal**

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la expresión intimidad hace referencia a la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”, es decir, que se refiere a toda la información que se mantiene en una esfera reservada, a la cual no tiene acceso ningún tercero, y no existe obligación alguna de divulgarla.

En opinión de Sánchez - Caro y Abellán, citado en (Vladimir Monsalve, Daniela Navarro, 2014, págs. 68-69) “el derecho a la intimidad le atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo lo personal, sino también familiar, frente su divulgación por terceros, y de una publicidad no querida.”

#### **1.2.4 Marco Normativo Relacionado al Consentimiento Informado en el Ecuador**

En el año 2016, el Ministerio de Salud Pública expidió el Acuerdo Ministerial 5316, el cual establece el modelo de gestión de aplicación del Consentimiento Informado en Práctica Asistencial, el cual se apoya básicamente en el artículo 362 de la Constitución del Ecuador como norma suprema. Dentro del marco constitucional, el consentimiento informado se encuentra fundamentado principalmente en su artículo 32, que se refiere al Derecho a la Salud:

“Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.”

“El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad,

calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (...)”

En concordancia con el artículo revisado anteriormente, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Salud establece lo siguiente:

**Art. 7.-** “Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene relación a la salud, los siguientes derechos:

- e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna;
  
- h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública. (...)”

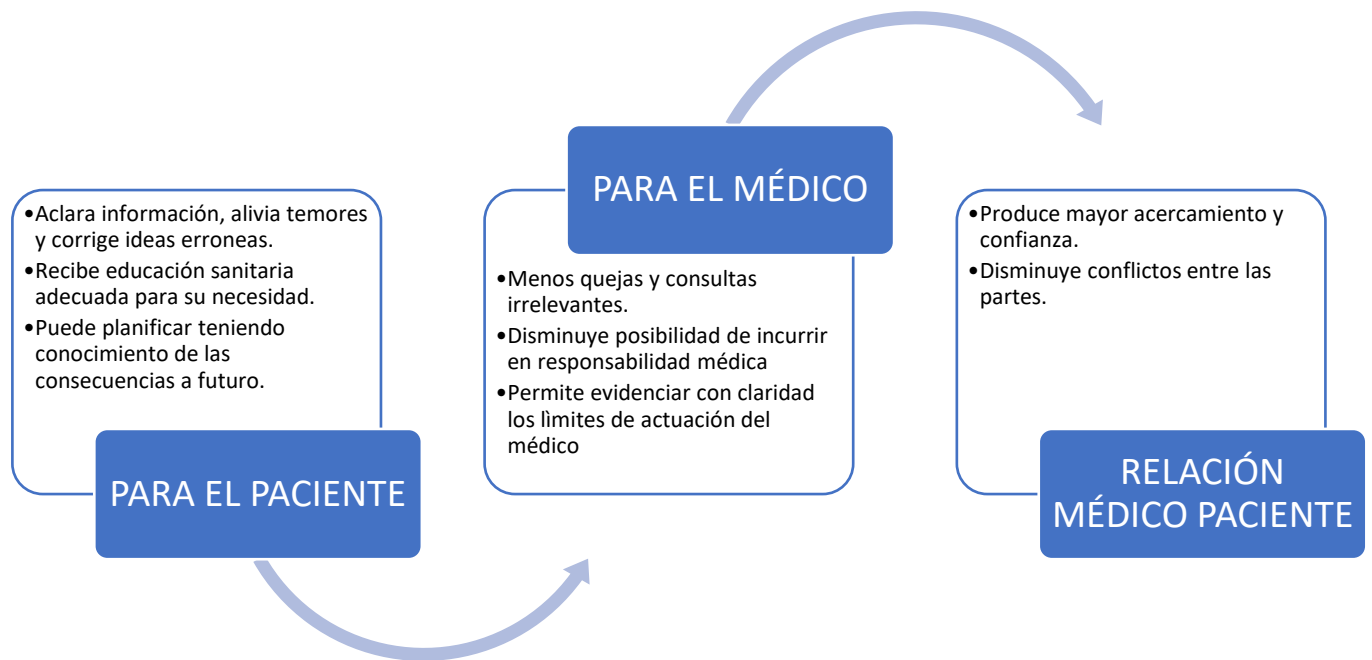
Es importante otorgar el consentimiento informado en diversos procesos médicos, como es el caso de diagnóstico, tratamiento, obtención de datos y/o muestras biológicas tal como se realiza en las técnicas de reproducción asistida, por lo tanto, es un proceso de información al paciente donde se plantean las siguientes interrogantes.



La información que debe contener el consentimiento informado según el Acuerdo Ministerial 5616 de fecha 22 de febrero de 2016, Registro Oficial 510 expedido por el Ministerio de Salud, dispone que se deba incluir la siguiente información.

- a) Disponer de información suficiente
- b) Comprender la información adecuadamente
- c) Encontrarse libre para decidir de acuerdo con sus propios valores
- d) Ser capaz para tomar la decisión en cuestión

Por otra parte, también menciona las consecuencias beneficiosas del consentimiento, que procederé a esquematizar de la siguiente manera:



### 1.2.5 Consentimiento en la fecundación asistida post mortem

Es importante señalar diversas aristas de las técnicas de reproducción asistida ya que desde el siglo XIX se han producido grandes avances científicos y tecnológicos en campos como la genética y la biología; uno de los más importantes y con mayor relevancia es la forma de procrear seres humanos se ha ampliado más allá de la relación sexual, y ahora es posible que se pueda superar la falta de capacidad fecundadora de algunos individuos, a través de lo que se ha denominado las técnicas de reproducción humana asistida (Vidal, 1998:12). Sin embargo, estas nuevas tecnologías han planteado cuestionamientos al derecho y a la ética en temas como la filiación, el consentimiento y la autonomía, de forma que el derecho y la biología se han visto obligados a dialogar y a generar reflexiones éticas y jurídicas, o, si se quiere, denominarlas, bioéticas y jurídicas. (Mendoza, 2011)

Como en todos los métodos de reproducción asistida, el consentimiento de las partes es fundamental y por ende mucho más trascendental en la fecundación post mortem (Bergel, 2003, pág. 93), donde el varón previo a fallecer manifiesta su voluntad la cual es crucial e importante la cual marca la diferencia entre la licitud y la ilicitud de esta práctica (Torre, 1993, p.21) considera

ciertos parámetros bajo los cuales se debe llevar a cabo una fecundación post mortem como se lo detalla a continuación:

- Se requiere que exista una procreación no coital, sea por inseminación artificial o por FIVTE (Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria), puesto que si se trata de una fecundación coital estaremos a la figura del hijo póstumo.
- Es necesario que el padre fallecido haya expresado la voluntad de asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de la aplicación de la I.A (Inseminación Artificial) o de una FIVTE (Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria)
- Es preciso que el cónyuge varón de la pareja haya fallecido antes de la implantación del embrión en su esposa o conviviente mujer.
- Se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su esposo o compañero muerto.

El consentimiento que el padre da para que se utilice su material genético en una técnica de reproducción asistida, se necesita de manera primordial que este consentimiento sea claro ya que se debe expresar que el material genético se deberá utilizar para fecundar a su esposa o conviviente una vez que este fallezca, por lo tanto, no se puede hacer ningún tipo de comparación cuando el varón ha dado su consentimiento para una TRA mientras se encuentra con vida que para una fecundación post mortem. (Pitch, 2003, p. 37)

La doctrina no permite dilucidar cuál sería la situación jurídica del niño que nace mediante una técnica de reproducción asistida post mortem ya que autores como Héctor Mendoza opinan que este tipo de fecundación debe seguir el principio biológico de la filiación, es decir que la paternidad se determinara por el nexos consanguíneo existente, e incluso se establece que el consentimiento es irrelevante en estos casos buscando siempre el interés superior del niño que ha nacido bajo estas circunstancias. (Bustamante, 1997, p. 42)

Por otro lado, tomando una postura más metódica del tema, se instituye que la procreación artificial post mortem, se encuentra condicionada al consentimiento previo del padre, para que su esposa o conviviente pueda utilizarlos con el fin de fecundar, el principal argumento es aquel de la voluntad pro creacional en las TRA, por lo cual se ha convertido en la base para determinar la filiación.

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

### **1.2.6 Importancia y efectos del consentimiento para la realización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem**

Antes de realizar cualquier método de reproducción asistida, debe existir un exhaustivo proceso de información y de asesoramiento previo.

Como mencioné anteriormente las técnicas de reproducción asistida, cuando son efectivas, tienen como resultado el nacimiento de un nuevo ser humano, el cual adquiere derechos y obligaciones. Siguiendo este razonamiento, el nacimiento del ser humano concebido por medio de técnicas de reproducción asistida, tiene como consecuencia la modificación del estatus jurídico de ambos padres en relación con la nueva persona, por lo que resulta absolutamente necesario que los progenitores otorguen su consentimiento expreso e informado al momento de decidir utilizar una de las técnicas de reproducción asistida existentes.

A pesar de entenderse como una consecuencia lógica que ambos progenitores expresen su consentimiento para acceder a un procedimiento médico el cual tendrá como resultado un nuevo ser, es relevante precisar que dentro de esta esfera del consentimiento existen casos excepcionales

que no necesariamente pueden contar con el consentimiento por parte del cónyuge o conviviente, el cual planteé de forma expresa que el material genético deberá ser utilizado después de su muerte.

Al referirme a los problemas jurídicos a las Técnicas de Reproducción Asistida post mortem se evidenció como tema central el consentimiento de vital relevancia para la determinación de la filiación, a continuación, tomaré como referencia la jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la Sala de la Familia resuelto en el año 1998.

Como antecedente dentro de este caso, es el hecho que el señor Teódulo Vaca Noboa en el año 1988 procedió a congelar su semen en una clínica de reproducción asistida, con la finalidad de que este material genético sea inseminado en su esposa Rosa Reina Acosta, meses después de criogenizar los gametos, el señor Vaca Noboa fallece, sin haber iniciado ningún tipo de procedimiento de inseminación en su esposa, el marido no había dado el consentimiento expreso e informado para que su material genético sea utilizado después de su muerte.

Un años después del deceso de su esposo, la señora Rosa Reina acudió a la clínica en la que se encontraba congelado el material genético de su ex esposo, para que se procediera con el tratamiento de fecundación que el señor Teódulo Vaca Noboa había consentido para que se lleve a cabo mientras se encontraba con vida. Producto de esta fecundación post mortem, la señora Rosa Reina Acosta dio a luz a gemelos, diez meses y quince días después de la muerte de su esposo, siendo este el padre biológico. En 1990 la madre planteó una demanda en contra de los herederos de su fallecido esposo para que se declare la paternidad de sus hijos.

### **Resolución:**

Con estos antecedentes, el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, falló declarando la paternidad del señor Teódulo Vaca Novoa, determinando la existencia de filiación extramatrimonial, al recocer al fallecido como el padre biológico de los gemelos, sin importar que no había evidencia

de una autorización para realizar la inseminación después de haber fallecido, quedando a la mera voluntad de la madre el concebir a nuevos seres humanos.

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

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

### **Conclusiones del fallo**

Si bien es cierto, bajo estos parámetros que se analizaron a breves rasgos, parecería acertada la decisión de declarar la paternidad del señor Vaca Noboa, no solo por la existencia de un nexo biológico con los niños, sino también por el consentimiento que existió mientras él estuvo con vida, lo que les permitió a los niños poder materializar su derecho a la identidad; sin embargo, hay que tomar en cuenta que dentro de todo el razonamiento lógico que se dio por parte de los jueces, se omitió un gran detalle, que de habérselo considerado hubiera dado un cambio total a la sentencia, y es el hecho de que si bien es cierto se dio el consentimiento por parte del señor Teódulo Vaca, para que su esposa se fecunde con su material genético, este de ninguna forma comprendía la posibilidad de que esta fecundación se lleve a cabo una vez que haya fallecido, por lo que mal se haría en suponer que el consentimiento que se otorgó, debía extenderse a una fecundación post mortem, por lo cual este fallo omitió tomar en cuenta este detalle, generando una afectación a los derechos de terceros, inobservando la verdadera voluntad pro creacional.

Al momento de proceder a congelar los gametos no se delimitó de una manera adecuada la temporalidad, mecanismo, consecuencias fácticas y jurídicas ni se tomó en consideración que el señor autorice a su cónyuge a utilizar su material genético en cualquier momento o circunstancia, con una manifestación unilateral de su voluntad, como ocurrió en este caso la fecundación se hace de manera posterior a la finalización del matrimonio de la pareja, y como conclusión a mi parecer, no existe una norma que autorice a un tercero decidir el destino del material genético de otra persona, es más, el material genético de una persona al ser un elemento biológico se encuentra

fuera del mercado, por lo tanto es un inexistente que no admite disposición de ningún tipo por ningún tercero, en este caso la ex cónyuge.

En estos casos debería existir una regulación clara que permita a la mujer fecundarse post mortem con material genético de su pareja, siempre que exista una autorización otorgada por el padre; es primordial el pleno consentimiento de la mujer para realizar este tipo de prácticas, es decir, lo que se busca evitar con esto es el surgimiento de cualquier tipo de conflictos de filiación, patrimoniales, sucesorios, identidad y penales; lo ideal sería que este consentimiento se vea plasmado en un documento (posteriormente analizaré si debe ser público o privado), en el cual se exprese claramente la voluntad por parte del varón de que se permita usar su material genético una vez que este ha fallecido.

En el caso hipotético una vez haya fallecido el señor Teódulo Vaca su esposa Rosa Reina no desee someterse a las técnicas de reproducción asistida post mortem, es necesario plantearse que sucede con los gametos que se encuentra criogenizados. Por lo general las clínicas que realizan técnicas de reproducción asistida establecen dos modalidades relacionadas con el tiempo de conservación de los gametos, el primero es la fijación de una cuota mensual o anual correspondiente a los gastos de conservación, cuando el usuario deje de cancelar los valores de acuerdo a las condiciones establecidas por la clínica se procede a desechar los gametos; la segunda modalidad consiste en establecer dentro de un contrato el tiempo por el que se procederá a congelar los gametos a cambio de la cancelación de una tarifa única y una vez que fenece el plazo estipulado se procede con el desecho de los mismos. En ambos casos el desecho de los gametos debe realizarse de conformidad con los procedimientos establecidos en los protocolos para el manejo de desechos biológicos del Ministerio de Salud Pública.

Adicionalmente es necesario determinar qué pasa con el consentimiento otorgado por el padre para que se proceda con el procedimiento de fecundación una vez que ha fallecido, para seguir con la fecundación asistida se deberá contar con el consentimiento de ambas partes, en el caso que la

madre decida no seguir con dicha técnica, la clínica deberá desechar los gametos rigiéndose plenamente a lo estipulado por el Ministerio de Salud Pública.

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

Cualquier regulación jurídica tendrá que respetar los principios de la bioética, reconocidos en la Constitución. Presento una aproximación a la bioética y a los principios de la biótica.

Germán Montes (2017) expresa que la bioética puede definirse como "el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, a la luz de valores y principios morales". Dentro de mi tema de estudio se dilucida que la fecundación in vitro es bastante controversial ya que, en el ámbito de la ética, posee una estrecha conexión con uno de los valores fundamentales del ser humano, el respeto, en este caso a la vida, referente fundamental de todos los derechos y libertades.

La biologización de la ética ha sido el resultado más común, en tanto, dicha disciplina se ha desarrollado más desde el campo biológico - médico, sobre todo con el auge de la sociobiología y su tesis del determinismo genético de las conductas altruistas de los seres humanos. Ante ello, como movimiento de oposición, se ha propuesto el uso alternativo del término "ética biomédica", poniendo claro el valor sustantivo de la ética y el carácter adjetivo concedido a la biología y a la medicina. (Montes, 2017)

#### **1.3.1 Características generales de la bioética**

El campo de la ética ha generado diversas problemáticas que han alcanzado diferentes dimensiones, mismas que deben ser analizadas bajo nuevas perspectivas y procedimientos de análisis. Como lo indica German Montes Guevara (2017) "la bioética como disciplina está intentando responder ante estas necesidades partiendo de ciertas características básicas como":

- **Carácter secular:** Significa que el respeto a las creencias morales de todos como derecho humano fundamental, de creyentes y ateos, implica un acuerdo moral sobre los mínimos aceptables por todos, que se constituya en el núcleo de una ética civil para la colectividad, de carácter racional y no con base en mandatos de tipo moral religioso (heterónimo)

Es decir, que el autor plantea un estándar mínimo de reglas morales que puedan ser aceptados por todos, por su condición de seres humanos, dejando de lado ideologías políticas, religiosas o de cualquier otro aspecto, que sirva como guía básica para la sociedad.

- **Pluralista:** Significa que debe aceptar diversidad de enfoques y posturas y que al tomar decisiones se intente conjugarlas por interés de toda la humanidad.

Con esta característica el autor plantea la necesidad de que se consideren varias ópticas, criterios, pensamientos y opiniones, con el fin de obtener un consenso generalizado que beneficiará al interés común.

- **Autónoma:** Debe considerar que el criterio de moralidad está dado por el propio ser humano. La razón (conciencia) humana, deviene en norma de moralidad.

Respecto a esta característica, me parece oportuno mencionar, que las reglas morales se encuentran determinadas por las propias personas, por el hecho de su condición de seres humanos, considerándose como un fin en sí mismos.

- **Racional:** No entendido como sinónimo de racionalista - según el cual por la razón humana es posible conocer a priori todo el conjunto de la realidad y deducirse matemáticamente todas las consecuencias posibles, sino, considerando la doble condición de la racionalidad humana, un primer momento a priori y el momento a posteriori.

En cuanto a esta característica, el autor menciona que no debemos tomar en cuenta únicamente al proceso de razonamiento mediante el cual obtenemos las posibles consecuencias a partir de los hechos (método deductivo), sino que debemos tomar en cuenta que existe otro momento denominado a posteriori, en el cual se debe analizar las consecuencias de los actos realizados, y que conductas se deben tomar a partir de esas circunstancias.

- **Universal:** Significa la posibilidad de crear leyes universales más allá de los convencionalismos morales, desde una perspectiva abierta, constructorista y sujeta a constante revisión.

Con esta característica, el autor se refiere a que se deben crear reglas objetivas, que sean aplicables a todas las personas, dejando de lado aspectos subjetivos, teniendo como principal objetivo el bienestar y la consecución del bien común, las cuales deben estar en permanente revisión, para adaptarse a los nuevos fenómenos y circunstancias sociales.

Uno de los principales problemas que enfrenta la bioética es responder a la pregunta ¿a qué valores acudir para basar en ellos decisiones de carácter universal que puedan ser aceptados por todos, creyentes y no creyentes, de todas las nacionalidades, ideologías y culturas? El panorama es tan complejo, que tal como comenta Antonio Marlasca en su libro: "Introducción a la bioética", ni aún la racionalidad humana como criterio fundante de una ética secular, escapa de su culturización e ideologización, a tal punto, que lo que es racional para algunos sectores, no necesariamente lo es para otros.

Otro problema significativo es que, ante la perspectiva de inmortalidad que las nuevas tecnologías ofrecen, hay muchos adeptos en los mercados de salud de las sociedades desarrolladas, dispuestos a pagar sumas millonarias para comprar la eternidad, constituyendo la manipulación y trasiego de órganos humanos en una de las razones principales de objeción al uso desmedido de su aplicación.

### **1.3.2 Principios Fundamentales de la Bioética**

El término bioética fue acuñado por el oncólogo norteamericano Potter quien, en 1970, publica el artículo *Bioethics, the science of survival*. En Estados Unidos, la bioética se desarrolla muy próxima a la ética médica, que estaba más centrada en el individuo y con relación a la investigación en seres humanos. (Gomez, 2015, p. 232)

Históricamente debemos remitirnos al Código Nuremberg de Alemania publicado el 20 de agosto de 1947, el cual fue el resultado del Juicio Nuremberg, donde cientos de médicos fueron condenados por realizar diversos actos que violentaron a los derechos humanos, define ciertas condiciones para la experimentación humana en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, también llamado el estándar común a ser alcanzado por todos los pueblos y naciones, exige:

- a) Consentimiento informado y voluntario
- b) Ceñirse al método científico más avanzado
- c) Un fin benéfico y evaluación riesgo – beneficio
- d) Reversibilidad de los posibles daños

En la salud sexual y reproductiva existen diversos dilemas éticos que tienen que ver con todos los episodios más significativos de la vida (nacimiento, reproducción y envejecimiento). Los dilemas morales van desde las necesidades básicas en salud y derechos humanos hasta las consecuencias del creciente conocimiento científico y uso del genoma humano. (Gomez, 2015, p. 233)

A continuación, se detallará cada principio con sus principales características el cual será de gran apoyo para la presente investigación, ya que es un tema imprescindible para el otorgamiento del consentimiento el cual es la manifestación de la actitud responsable y bioética del personal médico el mismo que se encuentra en la obligación de garantizar el respeto a la dignidad y autonomía del ser humano.

### **1.3.2.1 Principio de autonomía de la voluntad**

Según el principio de autonomía de la bioética, toda persona adulta y consciente, en el seno de una sociedad secularizada, tiene derecho a decidir sobre su vida y su salud, debiendo respetarse su voluntad o decisión respecto a la elección de una determinada terapia, entre varias alternativas de tratamientos cuando éstos existen. (Montes, 2017)

La principal polémica existente en torno a este principio se presenta entre personas creyentes y no creyentes de una corriente religiosa.

Para los creyentes, persiste la idea de que sólo Dios es dueño y señor de la vida, y los hombres no pueden disponer libremente de ella, sólo les corresponde cuidarla y conservarla. Los no creyentes rechazarán la idea de que una instancia sobrehumana determine el destino de su vida, por lo cual afirman que el ser humano es dueño y señor de sí mismo, pudiendo decidir libremente sobre su vida y lo que le conviene, en tanto, no atente contra los derechos de los demás. (Montes, 2017)

Debido a lo anterior, el principio de autonomía es relativo, argumentándose que la autonomía de la voluntad humana es válida dentro de un marco jurídico y nunca puede estar en contra de principios que regulan el orden público o derechos de terceros.

Como salida ante este dilema, por regla general, suele respetarse la voluntad, criterio, opinión y decisión del paciente sobre otros factores que también deberán considerarse. Sin embargo, en casos extremos, puede prevalecer el beneficio objetivo del paciente, de acuerdo con la valoración que realice el profesional médico, precautelando la vida del paciente sobre su propia voluntad.

Criterios adicionales señalan que, dentro de un orden jurídico dado, la vida y la salud no son bienes patrimoniales de los que cada ciudadano puede disponer libremente; asimismo, los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos en muchos países, cuando éstos puedan causar disminución permanente de la integridad física.

### **1.3.2.2 Principio de beneficencia**

Literalmente consiste en "hacer el bien", lo que obliga al profesional de la salud a esforzarse al máximo por el bien del paciente. En casos extremos, se tiende a hacer prevalecer el beneficio objetivo del paciente sobre su propia voluntad y autonomía con el fin de mejorar su salud. La principal objeción es que no hay consenso único de lo que es hacer el bien y existe la dificultad de que cada persona puede decidir lo que es bueno según su propio entender.

Por ello el principio de beneficencia es válido únicamente en situaciones en que se comparten unos mismos valores morales sobre el sentido del bien. Lo que en apariencia puede ser visto como bueno para unos, no necesariamente lo es para otros. Entre las limitaciones que presenta el principio de beneficencia, está la proporción esperada de éxito de un tratamiento y sus costos e inconvenientes. Otro límite está dado por el concepto moderno de "calidad de vida" que indica que el bien de una persona no siempre es vivir más tiempo a costa de una existencia precaria y dolorosa. (Montes, 2017)

### **1.3.2.3 Principio de no – maleficencia**

Este principio puede ser aplicado a cualquier intervención médica o tratamiento. A este principio le corresponde la misma expresión de la norma: no matar, no atentar contra la integridad personal, no perjudicar la salud, etc. Como conclusión puede decirse que este principio se interpreta normalmente en el sentido de que no se puede hacer daño o mal a otro directamente, excepto por los efectos secundarios o daños colaterales, que son inevitables en tratamientos farmacológicos o quirúrgicos. El deber de no hacer el mal, de no dañar es más conciso y obligatorio que el deber de hacer el bien.

### **1.3.2.4 Principio de justicia**

Para Justiniano, el principio de justicia es "la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le es debido". En el ámbito de la bioética tiene que ver con el acceso, la distribución y priorización de los recursos médicos disponibles y su utilización equitativa con el fin de conseguir el mayor beneficio posible. La justicia será dar a cada paciente lo que permita recuperar su salud

o aliviar su sufrimiento. Pero esto nunca es posible debido a la brecha existente entre los recursos disponibles y los requeridos para atender debidamente las necesidades crecientes por el hecho concreto del crecimiento demográfico de la población.

Después de analizar el tema del consentimiento, como de la ética frente a las técnicas de reproducción asistida, se evidencia que al realizar una técnica de fecundación asistida post mortem careciendo del consentimiento del cónyuge o conviviente fallecido, los gametos del titular serían considerados como los de un donante, por lo tanto, no se produce ningún efecto legal que derive de una relación matrimonial, ya que no se plasmó en ningún tipo de documento público o privado el consentimiento del hombre que será el padre si los gametos son fecundados.

En el Ecuador no se ha regulado la extracción de los gametos pertenecientes al cónyuge o conviviente fallecido, método que permitiría realizar una técnica de reproducción asistida post mortem, en el artículo 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se establece la prohibición expresa para la manipulación genética.

“Art. 20.- Derecho a la vida. - 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. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia , 2017)

El ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, tipifica como delito, en su artículo 214, la manipulación genética con cualquier otra finalidad que no sea prevenir enfermedades.

“Art. 214.- Manipulación genética. - La persona que manipule genes humanos alterando el genotipo, con finalidad diferente a la de prevenir o combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que realice terapia génica en células germinales, con finalidad diferente a la de combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que genere seres humanos por clonación, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2017)

En el caso de existir consentimiento por parte del hombre, al realizar la fecundación de los gametos, concepción y nacimiento del nuevo ser, tendrá los efectos legales que produce una filiación matrimonial, para regular estos casos en el Ecuador se deberá plantear reformas a la normativa.

Una vez que he revisado con detenimiento en qué consisten las técnicas de reproducción asistida, sus elementos, las figuras jurídicas que involucran y su marco normativo es necesario proseguir con el siguiente capítulo referente a la filiación en el Ecuador, derechos y obligaciones derivados del vínculo jurídico denominada filiación.

## **CAPITULO II:**

### **LA FILIACIÓN EN EL ECUADOR**

#### **2.1 ¿QUÉ ES LA FILIACIÓN?**

La palabra filiación deriva de la voz latina filius, que a su vez se origina de filium que significa hijo, procedencia del hijo respecto de los padres o, simplemente, relación del hijo con sus progenitores (Peralta, 2002, p. 345).

Es imperante resaltar que filiación, se instituye como una de las instituciones más importantes para el estatus jurídico de las personas, permitiendo la identificación de los individuos como tales y estableciendo derechos y obligaciones con respecto al grupo familiar al que pertenecen.

La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquél. Tradicionalmente se la conceptúa como el "vínculo jurídico" o el "lazo de parentesco" (el parentesco es una situación jurídica) que une al padre con el hijo (...). Su definición como integrante del estado, atributo de la persona física, es sugerida por Puig Peña. (Méndez, 1986, p. 23).

Para este autor, la filiación es "aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero" Juan Larrea Holguín (2002) expresa que "no es solo el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc; existente entre padres e hijos, lo que se protege y regula por medio de la ley civil" (p. 318).

La filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes; la filiación en sentido estricto, la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

La filiación, sin embargo, debe ser entendida como el vínculo jurídico existente entre procreantes y procreados, o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos. Es preciso recordar que no siempre ese lazo deviene de la unión sexual, ya que puede derivar de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina, de la clonación y de la partenogénesis, donde ya desaparece la cópula sexual. (Peralta, 2002, p. 346)

Según Manuel Miranda (2007) jurídicamente, la filiación, es la relación directa que existe entre dos personas, considerada la una como padre o madre de la otra. En consecuencia, los elementos que constituyen la filiación son los siguientes:

- a. El hecho del parto de determinada mujer en una determinada época y la identidad del hijo, en la maternidad extramatrimonial.
- b. El parto de la presunta madre en una determinada fecha, la identidad del hijo y el estado de matrimonio, en la maternidad matrimonial.
- c. El hecho de la generación realizada por el hombre, en la paternidad”.

La aparición de la fecundación artificial, que corresponde tanto a la inseminación artificial como la fecundación in vitro ha cuestionado la vigencia de los principios del Derecho de filiación, comenzando por los conceptos de paternidad y maternidad. Desde un inicio hasta la actualidad, las complejas situaciones jurídicas que ha dado lugar su aparición han sido solucionadas de diversas maneras: mediante la aplicación de las normas comunes, la reformulación de algunos conceptos fundamentales del Derecho de familia a través de la elaboración de las teorías denominadas voluntaristas.

Nuestro Código Civil indica en su artículo 24 que la filiación surge de tres diferentes maneras:

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

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

La primera se refiere a los casos en los que el hijo es concebido dentro del matrimonio, supuesto que no es aplicable a una técnica de reproducción asistida post mortem, pues según lo establece el propio Código Civil en su artículo 105, el matrimonio se da por terminado cuando una de las partes fallece, siendo en la actualidad imposible considerar a un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida post mortem como un hijo matrimonial.

La segunda posibilidad de adquirir la filiación se da en los casos de reconocimiento voluntario del padre o madre, aspecto que es ampliamente regulado tanto por el Código Civil como por la Ley de Registro Civil, sin embargo, se refiere únicamente al acto de reconocimiento hecho en vida tanto del niño como de la persona que lo reconocerá, sin contemplar posibilidad alguna de reconocer la paternidad de un niño que aún no ha sido concebido.

La tercera y última forma es cuando la filiación es declarada judicialmente, siendo esta la posibilidad que más se puede acoplar a un hijo concebido mediante esta técnica, no obstante, los jueces al momento de dictar un fallo de este tipo no tienen ningún sustento legal para hacerlo, pues como ya se mencionó, nuestro Código Civil no contempla la posibilidad de concebir un hijo después de la muerte del padre biológico.

## **2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA FILIACIÓN**

Los caracteres esenciales de la filiación son la certeza y la estabilidad. Con la certeza la ley requiere que no haya dudas sobre la filiación, pretendiendo una paternidad indudable; y con la estabilidad la ley requiere que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradero, que se traduce por garantía de firmeza por la no posibilidad impugnación o aceptación del padre. ( Pérez, Arévalo, Soto, de León, Rodríguez, 2011)

Tal como lo establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la certeza es el conocimiento seguro y claro de algo, la persona que afirma con seguridad algo, por lo tanto, la filiación es la certeza de afirmar que existe un lazo o vínculo jurídico entre dos personas, donde una es descendiente de la otra ya sea por un hecho natural o un acto jurídico.

## **2.3 CLASES DE FILIACIÓN**

El estudio de las clases de filiación amerita netamente un tema académico para el desarrollo de esta disertación, ya que, en la Constitución de la República del Ecuador, en su capítulo III, sección V, artículo 44, se establece el principio del interés superior del niño, el cual prevalecerá sobre los derechos de las demás personas, en concordancia con el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que expresa lo siguiente:

Art. 11.- El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Dentro de la misma sección, el artículo 45 hace referencia que el Estado reconocerá y garantizará a los niños, niñas y adolescentes la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Se establece el derecho 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 de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. Es imprescindible comprender el alcance jurídico y social de este derecho ya que constituye una parte fundamental de la presente investigación, la cual es proteger la vida desde la concepción.

El artículo 67 de la Constitución del Ecuador 2008, define al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes, igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal, en el artículo 68 se indica una definición de la unión de hecho, como la unión estable y monogámica entre dos personas, libre de vínculo matrimonial, dentro de este precepto se consideraría a los hijos concebidos por padres en estado de unión de hecho como hijos extra matrimoniales, pero la disposición constitucional señala que, se generará los mismos efectos y obligaciones que tienen las familias que se han constituido mediante matrimonio. Dentro de la norma suprema se encuentra el artículo 69 en su numeral 6 y 7, manifiesta que los hijos e hijas tendrán los mismos derechos sin considerar los antecedentes de filiación o adopción, y no se podrá exigir la declaración sobre la calidad de filiación al momento de la inscripción del nacimiento y ningún documento identidad hará referencia a ella.

Dentro del Código Civil Ecuatoriano, cuerpo normativo reformado por última vez el 22 de mayo de 2016, no existe ningún tipo de diferenciación entre los hijos concebidos dentro de del matrimonio y los concebidos fuera del matrimonio, a continuación, se detallará cada tipo de filiación existente en la doctrina.

### **2.3.1 Filiación matrimonial**

La filiación matrimonial tiene como resultado dos elementos, el natural como el nacimiento de un nuevo ser el mismo que va a adquirir derechos y obligaciones, y el elemento legal que va atado al matrimonio. Por lo tanto, la base de la filiación matrimonial es el matrimonio entre un hombre y una mujer, puede darse el caso que las leyes de diversos países permitan que este acto se celebre entre homosexuales; pero dentro de esta disertación no se tratará ese tema.

El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que determinan también la existencia de una familia extramatrimonial, vínculos cuya regulación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la matrimonial. (Belluscio, 2004)

La situación de los hijos no ha recibido un trato igualitario al pasar de los tiempos, ya que los derechos se encontraban condicionados al hecho de nacer dentro del matrimonio, al momento de haber nacido fuera del mismo, sus derechos son restringidos y a su vez se encuentran en una situación de inferioridad frente a los hijos matrimoniales o llamados legítimos.

Como anteriormente mencioné la base de una filiación matrimonial es el matrimonio, sin embargo, la doctrina establece que no todos los hijos nacidos dentro del matrimonio son legítimos, el factor fundamental para determinar la legitimidad o no del hijo es el tiempo de la concepción en el matrimonio de los padres. Nuestro Código Civil Ecuatoriano no hace distinción entre hijos legítimos o ilegítimos.

La filiación matrimonial está determinada por cuatro elementos:

- a) **Maternidad:** Se la considera como el vínculo jurídico existente entre la madre y el hijo, este vínculo nace al momento de dar a luz al nuevo ser, producto de la concepción. La esencia de la maternidad es la certeza de ser la madre del niño recién nacido, por lo tanto, este hecho es tangible y susceptible de prueba directa.

Roberto Suarez (1999, p. 10) menciona: “Si la criatura fallece antes se presume no haber existido jamás; si vive un instante es persona, con la plenitud del goce de los derechos derivados de la personalidad”.

- b) **Matrimonio:** Presupuesto importante ya que se debe probar el matrimonio existente entre los padres del hijo. Somarriva (1988, p. 335) para calificar a un hijo como legítimo exige que “exista el vínculo matrimonial entre los padres al momento de la concepción y no al momento del nacimiento. Esto implica que la concepción es el hecho que marca a existencia natural.”

- c) **Paternidad:** Es el vínculo jurídico existente entre padre e hijo, derivado de la relación biológica que ha tenido como antecedente la generación; ello no supone que exista siempre coincidencia entre la relación jurídica y la relación biológica, porque la primera solo es procedente en cuanto sea demostrable, mientras que la segunda es un hecho natural. (Suarez, 1999, p. 16)

### 2.3.2 Filiación extramatrimonial

Es la filiación que surge de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí. Aquí no existe la presunción “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” (el padre es aquel a quien las nupcias demuestran), salvo en el caso de la filiación extramatrimonial proveniente de una unión marital declarada. (Abello, 2007, p. 58)

La filiación matrimonial debe determinarse para ambos padres; la extramatrimonial puede determinarse solo respecto a uno de ellos. Los derechos y los deberes de los padres y de los hijos o hijas extramatrimoniales son iguales a los de los padres y los hijos o hijas matrimoniales. Los hijos o hijas extramatrimoniales tienen derecho a recibir alimentos congruos, a recibir el apellido del padre y a heredarlo en igualdad de condiciones con los hijos o hijas matrimoniales.

### **2.3.3 Filiación post – mortem**

Con relación a la filiación post mortem por TRA representa un tema actualmente controversial, por lo que varios Estados ya han aprobado normas que las regularizan, con el único objetivo de solucionar, de forma total o parcial, los problemas que se derivan de la manipulación genética y de las técnicas de reproducción asistida.<sup>4</sup>

Es el acto jurídico en que se reconoce al hijo/a concebido fuera o dentro del matrimonio, cuyo nacimiento es posterior a la muerte del padre (post mortem), en la cual el hijo adquiere una serie de derechos respecto al padre fallecido, que son los del normal proceso de filiación, y esto se hace por vía legal o judicial. (Montero, 2008)

Las técnicas post – mortem se llevan a cabo después del fallecimiento del hombre de quien provienen los gametos con los cuales se ha inseminado a la mujer que fue su esposa. Esta técnica es totalmente cuestionada ya que se crea un niño huérfano de padre, desde su concepción. Se practica con semen congelado del marido o conviviente pre fallecido, quien entregó previamente sus células germinales a un banco de gametos, antes de un tratamiento que le ocasiona la pérdida de la capacidad procreativa.

En este precepto la fecundación o inseminación a la mujer viuda en este caso, se realizará después de un determinado tiempo, no mayor a 6 meses, en la mayoría de los casos, posterior al

---

<sup>4</sup> En Europa, la primera regulación especializada sobre fecundación artificial fue la Ley sueca que data de 20 de diciembre de 1984, mientras que en el Reino Unido se aprobó la Human Fertilisation and Embriology Act en el año 1990. Alemania sancionó una legislación parcial sobre la materia, Adoptionsvermittlungsgesetz de 1989 y la Embryonenschutzgesetz de 1990, y en Francia se sancionaron las Leyes No. 94-653 relativa al respecto del cuerpo humano y No. 94-654 sobre asistencia médica a la procreación, ambas de 29 de julio de 1994. En Italia, el 11 de diciembre de 2003, se aprobó el texto de la Ley sobre fecundación artificial.

fallecimiento del marido quien dio su consentimiento, requisito sine qua non para autorizar el uso de esta técnica de forma fehaciente e indudable, este requisito debe plasmarse por escrito.

## **2.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA FILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

La Constitución del 2008, dentro de sus postulados establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos, en este orden se entiende que los derechos de las personas se encuentran sobre el poder público, norma constitucional cuyo contenido literal es el que se consigna “Art 1.- El Ecuador es un estado de derechos y de justicia...”. Por lo tanto, el contenido de la norma indica que en el Ecuador no existe derecho sin tutela; eso se refiere a todo hecho que trate sobre los derechos de las personas, pero en la realidad el enunciado anteriormente descrito solamente posee valor enunciativo.

En nuestro Código Civil Ecuatoriano, encontramos algunas lagunas o indeterminaciones de orden lógico que resultan en una real falta de tutela del derecho de las personas y una consecuente inseguridad jurídica, que desdice del contenido literal de la norma Constitucional antes mencionada. Existen vacíos legales respecto a la situación jurídica del concebido, de los padres del concebido respecto a las técnicas de reproducción asistida post mortem y los terceros de buena fe, quienes accederán al patrimonio del causante.

De manera que se hace necesario que se reforme el Código Civil Ecuatoriano, en el sentido de incluir como excepción a la regla general de la incapacidad para suceder, que refiere la inexistencia de la persona natural a la época de la apertura de la sucesión, la del concebido post mortem. Pues la realidad actual muestra que cerca de 2 de cada 100 niños en el mundo nacen a través de este procedimiento, esto es, estos niños son el resultado de un proceso artificial de inseminación artificial que se practica con esperma del cónyuge que ha fallecido con antelación a la práctica de este procedimiento; pues estos niños están actualmente marginados del derecho de sucesión de su padre donante, por el hecho de no haber tenido la calidad de persona al momento del fallecimiento; mas con la propuesta de inclusión de la excepción mencionada, estaríamos garantizando de una

parte, la tutela de su derecho siendo que ya estaría reconocido, y de otra parte le estaríamos garantizando seguridad jurídica al sistema, con el establecimiento de esta norma previa.

Al Derecho Civil le interesa, por razones de seguridad jurídica, saber con certeza quién puede ser titular de derechos y obligaciones, en nuestra legislación ecuatoriana encontramos una serie de artículos referentes a la titularidad de derechos al concebido, derechos que se los entiende por derechos suspensivos, para fines legales. En éste sentido se menciona que el artículo 63 con respecto a estos derechos suspensivos menciona “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 en sentido paralelo, el artículo 61 del mismo cuerpo de ley menciona: “La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido”

Con respecto al status jurídico del concebido, encontramos que el art. 60 del Código Civil, distingue entre la existencia natural exige una protección jurídica desde la concepción hasta la implantación y la existencia legal de la persona humana.

“El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo”.

De este artículo se desprende que la existencia legal comienza con el nacimiento, antes de esto goza de protección jurídica pero no es sujeto de derecho, esto es concordante, con el art. 61 del C.C. y art. 538, 147, 148 y 149 del Código Orgánico Integral Penal, con respecto al aborto y el segundo inciso del art. 60 C.C; nos indica que en ese caso, citado en el artículo, (La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás), los derechos pasarán a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido.

En conclusión, el concebido goza de protección jurídica, gozará de sus derechos patrimoniales desde su nacimiento que los adquirió desde concepción, no entendiéndose que el concebido es sujeto de derecho, claramente es un derecho suspensivo, que tiene que cumplir con la condición de nacer.

Encontramos que en la Constitución ecuatoriana de 1998 y la Ley de la Niñez y Adolescencia del 2003, en su art 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”.

Una de la normativa más relevante y trascendental dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano con respecto a nuestro tema de estudio lo encontramos en la Ley de la Niñez y Adolescencia, en su art. 20 "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde la concepción, es obligación del Estado, la sociedad y la familia, asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral” Este artículo es de enorme trascendencia para el presente tema.

Este artículo deroga al art. 60 del Código Civil ecuatoriano, al establecer como sujeto de derecho al concebido en el Ecuador, es decir que el derecho a la vida es un derecho personalísimo del ser humano desde su etapa inicial que se fija en la concepción, en concordancia con el fallo del Tribunal Constitucional del 2003, sobre la píldora del día después, donde se reconoce la titularidad de derecho del concebido; fallo que hace mención al principio *in dubio pro homine* como alcance al derecho a la vida.

## **2.5 DERECHOS DEL NIÑO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM**

Es fácil vislumbrar que en la hipótesis de la reproducción artificial post mortem existe un conflicto entre el derecho a procrear de la viuda o compañera de hecho y el interés del hijo a nacer con dos progenitores que le presten asistencia de todo orden durante la minoría de edad. Es cierto que en esta hipótesis hay otros intereses en juego, como los intereses del fallecido y los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser. Pero a éstos últimos pueden darse respuestas diferentes. Los intereses del fallecido quedan salvaguardados por la exigencia de emisión de un consentimiento al uso de su material reproductor o a la implantación del embrión tras su muerte por determinados cauces, que garanticen la libertad y la consciencia a la hora de su emisión.

Por otra parte, los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser, en concreto, los derechos hereditarios, pueden quedar salvaguardados, o bien haciendo un reconocimiento meramente simbólico de la filiación del nacido respecto a la persona fallecida y, por tanto, no otorgando derechos sucesorios al nacido, o bien estableciendo un plazo temporal para que tenga lugar la reproducción artificial tras el fallecimiento, de modo que no haya un lapso temporal grande en el que exista incertidumbre respecto a tales derechos sucesorios.

El reconocimiento simbólico de la filiación es el sistema escogido en el ordenamiento inglés y parcialmente en el holandés (como más tarde se analiza en este trabajo), mientras que el establecimiento de un plazo temporal para la realización de la reproducción es el escogido en otros ordenamientos, como el estatal español, el autonómico catalán y el Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino. Desde luego considero preferible esta segunda opción ya que no atribuir derechos sucesorios a los hijos nacidos fruto de estas técnicas podría ser inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad en la medida en que se trataría a hijos genéticos de los mismos progenitores de forma distinta en lo que se refiere a dichos derechos sucesorios (Roca Trías 1988, p. 102).

La razón fundamental de las reticencias doctrinales hacia la admisión de la reproducción artificial post mortem es porque el legislador no garantiza de forma suficiente que el menor que va a nacer

tenga dos progenitores que le presten asistencia de todo orden, en cuanto con tal admisión hace posible la venida al mundo de un niño sin un progenitor que haya de cumplir frente a él dicho deber de asistencia.

La idea de paternidad/maternidad que se concreta en la regulación de la patria potestad de los códigos civiles es la de paternidad/maternidad-función. Al menor fruto de la reproducción artificial post mortem se le está atribuyendo, al nacer sin uno de los progenitores, la relación de filiación de manera formal respecto al fallecido. Se ha hablado de presencia simbólica pero no de presencia real del progenitor. Además de que, por supuesto, el deber paterno filial de prestar asistencia recogido en las Constituciones y en los Códigos Civiles no queda restringido a la satisfacción de necesidades materiales del niño. Esta es también la razón por la que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como ya he señalado antes, no prohíbe y tampoco regula el acceso a las técnicas de reproducción asistida post mortem que, al nacer el niño, este deba reclamar el derecho a tener la filiación de su padre muerto.

## **2.6 FILIACIÓN POST MORTEM COMO GENERADORA DE DERECHOS DEL NIÑO**

### **2.6.1 FILIACIÓN COMO GENERADORA DE DERECHOS DE IDENTIDAD**

En nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra normado este tema por lo que existe un vacío legal en cuanto a la identidad de los niños concebidos bajo técnicas de reproducción asistida, es importante indicar que el derecho a la identidad se encuentra regulado internacionalmente por lo tanto se prohíbe cualquier tipo de discriminación, entonces cual es la razón para que en nuestro Código Civil no exista referencia alguna de los derechos que posee el nacido post mortem, en razón de esta problemática es necesario realizar algunos cambios, ya que solo se tiene referencia del hijo póstumo, el cual es concebido de forma natural, es decir sin ningún tipo de intervención artificial.

Al no regular este tipo de problemática genera que el nacido bajo técnicas de reproducción asistida post mortem, genera un tipo de exclusión y disminución como persona ya que no se indican o establecen los derechos que posee desde su concepción. La Declaración Americana en su artículo

1 dispone: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona”. Dentro del Código Civil Ecuatoriano la persona es denominada como sujeto de derechos, que posee tutela integral en todos los aspectos.

En nuestra legislación al no existir normativa genera una vulneración de los derechos de los niños concebidos por técnicas de reproducción asistida post mortem, principalmente el derecho a la identidad, esta problemática es una de las consecuencias que genera el tema de la fecundación in vitro, tanto dentro del tema ético, que se trató anteriormente como del tema legal, que se profundizará en el transcurso del desarrollo de esta disertación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha conceptualizado al derecho a la identidad como: “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”. La Convención también menciona el derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad.

Por lo tanto, el nacido post mortem, quien fue concebido por el consentimiento otorgado tanto de su padre ya fallecido, el cual plasmó el mismo en un documento privado el consentimiento y la autorización para que sus gametos sean fecundados en su esposa después de su muerte y a partir de ese procedimiento ambos tengan un hijo el mismo que tiene el derecho de conocer su propia identidad, pero sobre todo que el ordenamiento jurídico le otorgue la filiación de sus padres, sin excluir ningún derecho que por ley le debería pertenecer.

Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad es inherente al ser humano, es decir, que todas las personas gozan de este derecho desde el momento que nacen, no tiene que ver con ningún factor sea esta nacionalidad, religión, raza, orientación sexual, clase social, entre otros. Son derechos que no los otorga el ordenamiento jurídico, sino que se encuentran estrictamente vinculados a la condición humana, los sujetos de derecho no pueden renunciar y tampoco transferirlos.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 33 trata sobre el derecho a la identidad el cual indica que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho”, dentro del mismo cuerpo normativo en su artículo 35, se establece el derecho a la identificación el cual menciona lo siguiente: “Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad.”

La Constitución del Ecuador en su artículo 45 claramente expresa que: “lo niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”. En concordancia con este artículo de la Constitución el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 2 establece lo siguiente: los sujetos protegidos, 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, los casos expresamente contemplados en este Código.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra en la obligación de regular el tema principalmente de la fecundación in vitro y la concepción post mortem, ya que el concebido in vitro se encuentra en una situación de vulnerabilidad tanto en el tema de identidad, filiación y aspecto sucesorio.

Dentro del alcance que posee el derecho a la identidad, es imprescindible mencionar al Comité Jurídico Interamericano, el cual es uno de los Órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA), afirma lo siguiente:

“el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un

interés colectivo de la Comunidad Internacional en su conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”<sup>5</sup>

Por lo tanto, el derecho a la identidad no podrá ser vulnerado bajo ningún aspecto por ninguna persona o autoridad, dicho derecho tampoco será reconocido de manera parcial o discriminatoria, ya que es un derecho personalísimo a también llamado de la personalidad, aquellos que son innatos del ser humano cuya privación terminaría con la esencia de la persona.

Dentro del punto número 13 de la Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA), indica que el derecho a la identidad no se manifiesta con “el nombre, la nacionalidad, los vínculos familiares y el registro no hacen nacer el derecho a la identidad, derecho que preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados.” Entonces la persona en cualquier circunstancia tiene el derecho de conocer su verdadera identidad, sin importar en las condiciones que se encuentre.

El Comité Jurídico dentro del presente documento reconoce “La privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación<sup>6</sup> y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica.”

---

<sup>5</sup> Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12

<sup>6</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Opinión Consultiva – OC-18/2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

El no reconocer el derecho a la identidad representa claramente la vulneración del interés superior del niño, con referencia a esta problemática la Convención de los Derechos del Niño<sup>7</sup> en su artículo 8.1 establece que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”, dentro del mismo cuerpo legal en su artículo 8.2 indica “cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Por lo tanto, al momento de verificar la existencia de diversos conflictos entre derechos, el interés superior del niño es aquel que debe prevalecer.

El derecho a la identidad tiene un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares, todo lo cual va acompañado de la obligación del Estado de reconocerlos y garantizarlos, en conjunto con aquellos otros derechos que se deriven de las propias legislaciones nacionales o bien de las obligaciones que se hayan contraído en razón de los instrumentos internacionales pertinentes. Ese núcleo primario se acompaña necesariamente del derecho de inscripción del niño después del nacimiento y la correspondiente emisión y entrega del documento de identidad correspondiente.<sup>8</sup>

Es importante que se otorgue el derecho a la identidad a los niños nacidos bajo técnicas de reproducción asistida post mortem, dentro del Código Civil se debería insertar un artículo el cual se reconozca a las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de la filiación y de esa manera proteger el interés superior del niño que ha sido concebido bajo este procedimiento artificial y en el caso de la reproducción asistida post mortem establecer requisitos para otorgar la filiación paterna, después de haber fallecido, siempre y cuando exista un documento privado que

---

<sup>7</sup> Convención sobre los Derechos del Niño Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

<sup>8</sup> Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 18.3.3

establezca el deseo de ser padre después de la muerte mediante procedimientos artificiales y de esa forma el niño tenga filiación paterna.

En nuestra legislación actual madre es la que da a luz, al realizar la inserción del o los artículos que sean necesarios, se reconocerá que el elemento principal para la filiación y consecuentemente la identidad será la voluntad de procrear de la pareja y no solo de la madre. El consentimiento informado deberá estar firmado previamente para el ejercicio de las técnicas de reproducción asistida, el mismo que será un elemento fundamental al momento de determinar la voluntad procreacional de los firmantes para otorgar la filiación al ser humano que será concebido.

## **2.7 FILIACIÓN GENERADORA DE DERECHOS PATRIMONIALES**

### **2.7.1 Filiación respecto a los derechos sucesorios**

La sucesión se encuentra definida como la “transmisión de los derechos, bienes y obligaciones que recibe una persona por herencia”, (Fontanillo, 1980, p. 661), se vincula con la palabra muerte y se considera al acto de suceder como la transferencia de la propiedad producto de la muerte de una persona, dicha transferencia engloba bienes, derechos y obligaciones que formaron parte del patrimonio del difunto, en sentido restringido la sucesión es la subrogación de una persona en los bienes y derechos dejados a una persona o grupo de personas después de que el titular de los mismos ha fallecido.

Según Juan Manuel Asprón (2008, p. 3), los herederos o beneficiarios del autor de la herencia pueden adquirir los bienes directamente o en sustitución de otros que no llegaron a ser herederos; también puede darse el caso de que los herederos tengan que decidir si el autor de la herencia de quien heredan, a su vez heredó los bienes relativos a otra sucesión; lo anterior se explica al exponer los diversos modos de suceder:

- Por derecho propio: Se designa por derecho propio, por cabeza o de modo directo, cuando el heredero es llamado directamente por la ley o por el testador; ésta es la regla, por

ejemplo, los hijos son llamados por la ley, en primer lugar, para heredar directamente en la sucesión de sus padres.

Tal como lo establece el artículo 1005 del Código Civil ecuatoriano:

Art. 1005.- Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el Art. 999; pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado.

Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición.

Con todo, 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.

Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo preste no haya existido al momento de la muerte del testador. (Código Civil Ecuatoriano, 2016)

- Por transmisión. El modo de suceder por transmisión se da en aquellos casos en que el heredero llamado a una sucesión fallece sin decidir si acepta o no la herencia, en este caso el o los herederos del heredero fallecido harán valer el derecho de este último, al decidir si se aceptó o no la sucesión; esta forma de suceder está regulada por el artículo 999 del Código Civil ecuatoriano,

El articulado al que hago referencia establece lo siguiente:

Art. 999.- Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a

sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido.

No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite. (Código Civil Ecuatoriano, 2016)

A este modo de suceder, para efectos didácticos, podemos designarlo como del "perplejo", debido a que ocurrirá cuando el heredero fallezca sin decidir respecto de la aceptación o repudiación de la herencia a que fue llamado.

- Por representación. La herencia también puede ser deferida a favor de los herederos por estirpe, representación o sustitución; este modo de suceder se da cuando la ley determina que, en lugar del probable heredero, que habría sido llamado por cabeza, deben entrar otra u otras personas a heredar la porción que le hubiese correspondido al sustituido.

Las personas esenciales dentro del procedimiento sucesorio son dos, el que transmite y quienes los adquieren. Guillermo Bossano (1978, pp. 18-19) realiza una clasificación de los sujetos intervinientes dentro de la sucesión, los cuales son:

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

Tal como lo establece Juan Manuel Asprón (2008, p. 13-14), la capacidad para suceder no es más que la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoria, y esta aptitud se compone de tres elementos:

- a) Existencia: quien no existe no es persona y por tanto no puede ser sujeto de derechos y obligaciones; por ejemplo, el que se muere antes que el autor de la herencia no puede heredar porque no existe al momento de darse la apertura de la sucesión.
- b) Capacidad: en materia de derecho civil, como ya se dijo, es la regla. No basta con existir para poder heredar, además se requiere no caer en las incapacidades que marca la ley; por ejemplo, el notario ante el que se otorga un testamento, sí existe, pero es incapaz de heredar por influjo contrario a la verdad e integridad del testamento.
- c) Dignidad, presupone que el sujeto que desea heredar existe y es capaz, pero que, por razones de orden ético, al legislador le parece que ese sujeto no debe heredar, excepto que el propio autor de la herencia haya considerado lo contrario.

La reproducción humana asistida es uno de los mayores logros de la Biogenética, sin embargo, sus ahora múltiples procedimientos producen serios cuestionamientos éticos y por supuesto jurídicos. Uno de estos procedimientos es la fertilización in vitro post mortem, la cual originó problemas en instituciones tales como la filiación y la sucesión del fecundado. (Alza, 1995, p. 1). Hallar una respuesta respecto a si el *concepturus* tiene derecho a suceder al padre fallecido en la legislación comparada será uno de los problemas que se delimitarán en esta disertación.

Dentro de nuestro Código Civil solamente existe regulación para el hijo póstumo, tal como lo indica el artículo 243 de este cuerpo normativo “muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto. La denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes al día en que tuvo conocimiento de la muerte del marido.”

Según la doctrina la concepción es la unión de un gameto masculino con un gameto femenino que da como resultado final un nuevo ser, Ricardo Cruz indica que la idea no biológica de la concepción de un ser humano esta directa e inequívocamente relacionada con el comienzo de su vida. “La concepción es un acto donde se efectiviza un proceso biológico denominado

fecundación, la fecundación se define como la fertilización de un ovulo mediante un espermatozoide”. (Cruz, 1980)

### **2.7.2 Filiación respecto al derecho de recibir alimentos**

El derecho a percibir alimentos se constituye en un derecho de carácter patrimonial por todo lo que comprende, remitiéndome a lo señalado por Borda quien conceptualiza al derecho de alimentos como, “todos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona teniendo en cuenta no solo las necesidades orgánicas elementales, sino también los medios tendientes a permitir una existencia decorosa”, adicionalmente menciona que la obligación de dotar de alimentos a los descendientes tiene un “carácter humano más personal, mismo que responde a un conmovedor deber de caridad el cual despierta el sentido de solidaridad surgida por los lazos de sangre”.

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

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

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario adecuado;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
7. Transporte;

8. Cultura, recreación y deportes; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

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

1. Al cónyuge;
2. A los hijos;
3. A los descendientes;
4. A los padres;
5. A los ascendientes;
6. A los hermanos; y,
7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.

Cabe indicar que los alimentos según lo determina el Código Civil se encuentran divididos en dos grupos:

Art. 351.- Los alimentos se dividen en congruos y necesarios.

- Congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social.
- Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida.

Como se puede apreciar del presente capítulo el ordenamiento jurídico ecuatoriano no posee regulación clara y precisa referente a las técnicas de reproducción asistida, a pesar de la presencia de normas de carácter muy general que pueden aplicarse como la prohibición de manipulación

genética establecida tanto en la Constitución como en el Código de la Niñez o la inseminación no consentida a una mujer que se encuentra regulada en el Código Orgánico Integral Penal. Siguiendo este razonamiento en el próximo capítulo procederé a revisar la legislación comparada para analizar como otros países han regulado este fenómeno social y jurídico, también examinaré jurisprudencia internacional para poder recomendar su regulación en el Ecuador ajustándonos a los principios que establece nuestro ordenamiento jurídico.

## **CAPÍTULO III:**

# **LEGISLACIÓN COMPARADA DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FILIACIÓN EN LOS HIJOS CONCEBIDOS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM**

### **3.1 CONSENTIMIENTO DE LOS PROGENITORES**

Al determinar las consecuencias jurídicas que generan las técnicas de reproducción asistida, el elemento esencial es el consentimiento de los sujetos que intervienen en este proceso artificial, ya sea como médicos o usuarias<sup>9</sup>, donante de gametos o como esposos o cónyuges que consienten dicho procedimiento.

En todos estos casos es necesaria la emisión de un consentimiento jurídicamente relevante, pero prácticamente ahí acaban las similitudes entre el consentimiento de unos y otros implicados. En efecto, tanto por su objeto, como por su caracterización, como por su relevancia jurídica y su propia regulación, tales consentimientos no son asimilables, y, por tanto, no pueden ser objeto útilmente de un tratamiento conjunto. Más aún, cuando, como es nuestro caso, nos vamos a ocupar de tales consentimientos básicamente desde la perspectiva del Derecho civil. (Martínez, 2004, p. 1)

El ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con disposiciones de carácter general como el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador el cual establece que se protege la vida desde la concepción en concordancia con el artículo 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el cual trata sobre el derecho a la vida desde la concepción, el artículo 212 de la Ley Orgánica de Salud el cual prohíbe la manipulación genética sobre células de la línea germinal y células madre con fines de experimentación y lucro y el artículo 164 del Código Orgánico Integral Penal el cual tipifica la inseminación no consentida. El COIP establece como delito la inseminación no consentida, cuerpo normativo que toma como supuesto únicamente al consentimiento de la madre

---

<sup>9</sup> Este es el término con que la LTRA designa a la mujer que recurre a las técnicas de reproducción asistida.

el cual es un tema totalmente diferente al que me encuentro analizando dentro de esta investigación, ya que el tópico central es el consentimiento otorgado por el padre para la generación de derechos filiatorios.

Para entender de mejor manera el tema del consentimiento otorgado por el padre dentro de las técnicas de reproducción asistida me permitiré plantear un caso hipotético que puede desarrollarse dentro del Ecuador, el esposo de la señora X congela su material genético pero meses después fallece y la señora X tres años a partir de la muerte del varón decide inseminarse aquellos gametos que se encuentran en crio conservación en una clínica de fertilidad, la clínica accede a la implantación solamente con el consentimiento de la mujer ya que no existe el consentimiento expreso del hombre plasmado en ningún documento sea este público o privado; después de 9 meses de gestación el niño nace por lo tanto la viuda acude al Registro Civil para solicitar se inscriba al niño como hijo matrimonial, la autoridad competente de la institución niega dicha petición ya que no tiene fundamento legal.

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

El Ecuador necesita una ley especial sobre filiación post mortem mediante Técnicas de Reproducción Asistida y a su vez la problemática de la filiación derivada de las mismas, es regular

los vacíos legales existentes al momento de determinar la filiación del hijo nacido mediante fecundación in vitro planteando ciertos requisitos como solemnidades para que el varón otorgue su consentimiento informado en cuanto a la inseminación post mortem, como se debe plantear dicho consentimiento, sea mediante escritura pública o testamento, la temporalidad para realizar este tipo de procedimientos es decir solamente se podrá acceder al material genérico para procedimiento de fecundación post mortem después de haber fallecido el varón, impidiendo que este tipo de casos escalen a una instancia constitucional.

Actualmente los jueces al darse casos del establecimiento de filiación post mortem pueden resolver considerando los principios de igualdad y no discriminación, interés superior del niño, estos principios constitucionales los cuales son disposiciones lógicas, superiores e imperativas de aceptación y validez universal, en los que se fundamenta expresamente la estructura y organización jurídica y política del Estado ecuatoriano. Tal como lo señala el Art. 11 de la Constitución “(...) todos los principios y derechos establecidos en la norma suprema son inalienables, irrenunciables, indivisibles interdependientes y de igual jerarquía”. A pesar que se puede solventar un caso de esta manera fundamentándose en la Constitución y Código de la Niñez y Adolescencia invocando el interés superior del niño, no se puede afectar derechos y legítimas expectativas de terceros de buena fe, como es el caso de los herederos del causante, lo cual denota la existencia de un vacío legal que debe ser subsanado.

Al ser un problema social y jurídico presente a nivel mundial, han existido países que si han tomado la determinación de implementar regulación sobre este tema como procederé a revisar en este capítulo tal es el caso de: Argentina, Brasil, Bélgica, España, Italia y Reino Unido, legislación encaminada dentro del ámbito civil.

Para el estudio de la figura jurídica del consentimiento en específico, tomaré como referencia la Ley 35/ Ley 35/1998<sup>10</sup> de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida vigente en España y en la normativa contenida en el Código de Familia de Cataluña Ley 9/1998 de 15 de

---

<sup>10</sup> La presente Ley regula las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados.

julio vigente, en virtud de que son los cuerpos normativos que regulan de una manera completa e integral a las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem, dentro de los países con tradición civilista como el nuestro.

A continuación, procederé a explicar los requisitos que deben cumplir tanto la mujer a quien denominaremos “usuaria” y el varón a quien se denominará en adelante “aportante de gametos”, según la legislación española

### **3.1.1 Consentimiento de la Madre**

El consentimiento de la mujer es importante al momento de acceder a las técnicas de reproducción asistida, ya que sobre ella se realiza este tipo de procedimientos, por lo tanto, se exige que la futura usuaria, otorgue su consentimiento libre, consiente e informado, ya que ella será quien tendrá en su vientre durante 9 meses al feto producto de las TRA. El consentimiento otorgado por la mujer podrá ser revocado en cualquier momento, hasta antes de que la aplicación de la técnica sea efectiva, es decir antes de que se produzca la concepción.

La Ley 35/1998 de España en su artículo 2.2, sobre la mujer usuario establece:

“Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.”

Dentro del mismo cuerpo normativo, específicamente el artículo 2 exige que el consentimiento libre, consiente e informado de la mujer sea expreso y por escrito, el artículo 6.3 indica que si está casada se necesitará del consentimiento del marido, ya que, en caso de optar por realizar la

criogenización, es decir la conservación de gametos masculinos para posteriormente utilizarlo después de la muerte del marido.

Carlos Martínez de Aguirre (2004, pp. 8-9) al referirse al consentimiento expreso y por escrito menciona que: “la aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquella”. Esta posición ha sido criticada en razón del conocimiento jurídico que tienen los médicos y de la forma que debe ser otorgado debido a las implicaciones tan importantes que tiene esta figura, como mencioné en el anterior acápite:

- 1) Este consentimiento para cuya emisión exige la ley plena capacidad de obrar, se emite ante profesionales (médicos, biólogos) que no están preparados para verificar si concurre o no esa capacidad de obrar, concepto con un significado jurídico muy preciso que tales profesionales no tienen por qué conocer.
- 2) Se ha considerado insuficiente el documento privado, por su menor fiabilidad y se ha propuesto, de *lege ferenda*, que el consentimiento se preste en escritura pública, lo que, como indica Pérez Monge, dotaría al acto de certeza, garantizaría asesoramiento jurídico imparcial, y fortalecería la seguridad jurídica.

Para que las técnicas de reproducción asistida sean aplicadas, deben contar como requisito *sine qua non* que el consentimiento se exprese de manera escrita para generar seguridad jurídica en el procedimiento a realizarse y asegurar que la mujer usuaria se encuentra en pleno conocimiento de todas las implicaciones y riesgos que este tipo de técnicas conllevan. En caso de no contar con este requisito dentro de la clínica especializada en técnicas de reproducción asistida, estaríamos frente a una institución *ad solemnitatem*, por ende, el consentimiento que no se ha expresado por escrito carecería de validez jurídica.

Al analizar la Ley 35/1998 de España a la que se está tomando como referencia, en cuanto al consentimiento concluye que:

Artículo 6.

1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

Estos requisitos son plenamente aplicables para el Ecuador ya que de acuerdo al Código Civil la capacidad es la actitud que tienen las personas para realizar ciertos actos, también se la denomina como la condición propia cada individuo para adquirir derechos y contraer obligaciones, según nuestra legislación se adquiere la capacidad total a los 18 años, como lo establece el artículo 1463 del Código Civil donde menciona a los incapaces relativos.

En cuanto al consentimiento nuestro Código Civil establece que puede darse de manera verbal o por escrito dependiendo del tipo de acto, siempre y cuando no tenga vicios del consentimiento que son error, fuerza y dolo. El consentimiento en este tipo de actos es de especial relevancia ya que de esta manifestación de voluntad se derivan derechos de filiación, sucesorios, de identidad y el tema de la responsabilidad del médico, por lo cual considero que deberíamos adoptar la misma regulación que España y establecer que el consentimiento sea otorgado por escrito y no únicamente por medio de un documento privado sino debería realizarse por medio de escritura pública o testamento válidamente otorgado, ya que son los únicos mecanismos que establece la ley ecuatoriana para dar fe pública de que el consentimiento legamente concedido.

El rol de la mujer al otorgar su consentimiento dentro de las técnicas de reproducción asistida post mortem, es realmente importante, tal como lo indica Alma Rodríguez (2017, p. 2), quien plantea tres razones lógicas, las cuales son:

- El derecho a procrear de la mujer cuando decide hacer uso de la reproducción póstuma. Así, el carácter personalísimo del consentimiento de la pareja o cónyuge que va a ser

progenitor/a después del fallecimiento, el interés del niño que va a nacer fruto de tales técnicas y la sujeción de la mujer a un límite temporal para la reproducción.

- El alcance del ámbito subjetivo de la reproducción tras el fallecimiento, es decir, si es una hipótesis abierta, no sólo a matrimonios y parejas heterosexuales, sino también a matrimonios y parejas de mujeres.
- La relevancia que posee la voluntad de la mujer respecto a la atribución de la filiación del hijo nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida post mortem a favor del progenitor/a fallecido/a.”

### **3.1.2 Consentimiento del Padre**

Al tratar el tema del consentimiento que da el varón para que se use y disponga del material genético en un proceso de fecundación asistida, es imprescindible destacar que el consentimiento debe ser claro y concreto en expresar que los gametos se utilizarán para fecundar a una determinada mujer, la cual puede ser su esposa o conviviente, una vez que este fallezca, ya que no se puede asimilar el consentimiento otorgado por el varón para la práctica de una técnica de reproducción asistida que se aplicará mientras la pareja de cónyuges o convivientes en unión de hechos están vivos; al consentimiento otorgado para que se practique este tipo de procedimientos una vez que ha fallecido.

Alkorta Idiákez indica que el consentimiento del marido o varón en general puede estar dirigido a autorizar la intervención médica sobre él, cuando sea necesaria para la obtención de los gametos, a autorizar la utilización de los gametos en un proceso de reproducción asistida, y, en su caso, a asumir la paternidad del nacido, esto solo se daría cuando el marido no ha aportado los gametos, que proceden del donante. (Martínez, 2004, p. 11)

El consentimiento del marido implica la admisión del uso de su material genético, asumiendo, de forma expresa, la filiación del hijo así concebido. Por lo tanto, aunque no constituye por sí mismo un título de determinación de la filiación, debo decir que, mediante este otorgamiento, se dota de total protección jurídica al futuro menor. La doctrina considera que el consentimiento del marido

o de la pareja de hecho de la mujer fecundada, es un requisito sine qua non, es decir un requisito sin el cual no se podría proceder a la realización de la técnica. Por otra parte, el consentimiento de la mujer es de carácter totalmente necesario, sin el cual no podrá realizarse el proceso. Tanto para el consentimiento femenino como masculino, la doctrina plantea que el art. 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España tenga una interpretación restringida, exigiendo que para que se pueda producir la técnica, sea necesario tanto uno como otro.

Debe tomarse en cuenta un aspecto muy importante que es el periodo de tiempo por el cual el consentimiento puede hacerse efectivo, ya que imaginemos un supuesto en el que no se define este parámetro en la ley, podría darse el caso de que el esposo de la señora X da un consentimiento para que se aplique una técnica de reproducción asistida post mortem y fallece un año después de aquel acto, teniendo como herederos a 3 niños, después de 2 años del fallecimiento la señora X decide llevar a cabo el procedimiento y resulta exitoso. La situación jurídica del nacido vivo como de los otros hijos del causante sería extremadamente complicada en relación a los derechos sucesorios, ya que el patrimonio del fallecido ya estaría repartido a sus legitimarios y se tendría que empezar un proceso de reforma y reestructuración de herencia.

En virtud de este razonamiento y al tipo de problemas que se puede generar es sumamente importante que la ley disponga de manera clara y precisa el periodo de tiempo por el cual el consentimiento tendrá validez como el artículo 9 de la Ley 14/2006 la cual trata sobre la premoriencia del marido y establece lo siguiente:

#### **Artículo 9. Premoriencia del marido.**

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura

pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer (el subrayado es mío). Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

El periodo de tiempo por el cual tenga validez el consentimiento no debe ser muy extenso por las consideraciones ya realizadas y debe ser suficientemente razonable para que permita a la mujer reponerse emocionalmente de la muerte de su cónyuge o conviviente, analizar con tranquilidad las implicaciones de tener un hijo aplicando las técnicas de reproducción humana asistida, por lo cual considero que debe ser un periodo entre 8 y 12 meses. Adicionalmente en mi opinión el legislador debería incluir una disposición que establezca que los derechos sucesorios de los herederos del causante se encuentran suspendidos hasta que fenezca el periodo de tiempo concedido para la validez del consentimiento post mortem.

### **3.2 SITUACIÓN JURÍDICA DEL HIJO CONCEBIDO BAJO TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM**

Como se estableció en líneas anteriores el consentimiento tanto del padre como de la madre cumplen un rol fundamental para la realización de las técnicas de reproducción asistida post mortem, ya que en caso de no existir el consentimiento de uno o ambos progenitores, el profesional de la salud no está autorizado para continuar con el tratamiento y como se mencionó en la presente investigación en caso de que se proceda con la inseminación o fecundación sin el consentimiento de la madre se configura un delito tipificado en el COIP en este sentido Maricruz Gómez de la Torre (1993, p. 167), considera ciertos elementos a cumplirse para llevar a cabo la fecundación post mortem:

- 1) Se requiere que exista una procreación no coital, sea por inseminación artificial (I.A) o de una fecundación in vitro con embriotransferencia (FIVTE), puesto que, si se trata de una fecundación coital, estaríamos frente a la figura del hijo póstumo.

- 2) Es necesario que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de la aplicación de la inseminación artificial (I.A) o de una fecundación in vitro con embriotransferencia (FIVTE).
- 3) Es preciso que el cónyuge o conviviente haya fallecido antes de la concepción, si se trata de una Inseminación Artificial o antes de la implantación del embrión en su esposa o conviviente.
- 4) Se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto. Es decir que la manifestación del deseo de la mujer para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida supone un nuevo consentimiento bajo nuevas condiciones debido a que se debe establecer con precisión que el ser humano resultado de la aplicación de las técnicas va a ser hijo suyo y de su cónyuge o conviviente fallecido.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del principio de igualdad establecido en la Constitución del Ecuador específicamente en el artículo 11, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

El Comité de los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño es un derecho (exigir), un principio y una norma de procedimiento. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño teniendo como premisa el derecho a la identidad. El Comité ya ha señalado que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”.

La situación jurídica del hijo concebido bajo técnicas de reproducción asistida se encuentra determinada por el principio de la voluntad pro creacional del padre desarrollado en líneas anteriores, por lo que requiere de la declaración expresa de la voluntad para que se reconozca derechos de identidad, filiación, sucesorios, personalísimos buscando de manera permanente el interés superior del niño establecido en el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia:

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley

### **3.3 Legislación comparada en lo referente a la determinación de la filiación en las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem**

A continuación, se analizará la normativa con relación al derecho comparado sobre materia de filiación específicamente en el ámbito de los hijos concebidos bajo técnicas de reproducción asistida post mortem, lo cual aportará a la investigación a los regímenes de establecimiento de la filiación en el que se identificaran los aspectos más relevantes que pueden orientar la regulación de esta materia.

Se realizará un análisis de la normativa tanto europea como sudamericana, en el campo de la Fecundación Post Mortem.

### 1.3.1 Reino Unido

La Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990 permite la fecundación post mortem, siempre exista consentimiento escrito del marido. En caso de solicitar la extracción de esperma, lo autoriza siempre que se realice dentro de las 24 horas siguientes al fallecimiento y se mantenga el cuerpo en las condiciones óptimas para su extracción.

Se regula mediante la Ley Inglesa de Fertilización Humana y Embriología de 1990, misma que fue modificada en 2008, artículo 28 en su parte 6 B lo siguiente:

Art. 28.6.- ‘‘El esperma de un hombre o el embrión generado con su esperma fuere utilizado después de su fallecimiento. No podrá dicha persona ser considerada como el padre del niño’’.

En el apéndice III se expresa lo siguiente:

1. Todo consentimiento para almacenaje de gametos o embriones deberá:

Determinar lo que se va a hacer con los gametos o embriones si la persona que dio el consentimiento fallece o se viere incapacitada para alterar los términos del consentimiento o alterar los términos del consentimiento o revocarlo, y deberá especificar las condiciones bajo las que los gametos o embriones han de permanecer almacenados.

Tal como lo indica la Ley Inglesa de Fertilización Humana y Embriología de 1990, en Reino Unido se regula este tipo de procedimientos, pero no establece la filiación existente entre el hijo y el padre fallecido, que ha consentido la utilización de su esperma para realizar esta práctica, después de su muerte, requisito primordial para la inseminación heteróloga.

### 3.3.2 Brasil

Concurriendo a lo anterior, es ineludible mencionar a Brasil porque en Sur América es el país que recientemente ha regulado el tema especificando su tratamiento y más allá de esto, permitiendo que puedan realizarse procedimientos de reproducción asistida entre parejas del mismo sexo. Lo anterior es publicado en el diario oficial de este país el seis de enero de dos mil once, mediante una resolución del Consejo Federal de Medicina (CFM), que puntualiza, que hay autorización para que las parejas congelen sus espermias, óvulos o embriones para que llegado el caso de fallecimiento de uno de los dos, el cónyuge sobreviviente pueda concebir un hijo que tenga el material genético de su compañero, siendo el único requisito, que la pareja en el momento de hacer el congelamiento del material reproductor deja en claro el tratamiento que quiere que se le dé a ese material en caso de muerte o separación. Contempla también la resolución que no hay ninguna infracción ética para los médicos por realizar tratamientos de reproducción asistida después de la muerte del paciente y deja claro que todas las personas independientemente de su estado civil u orientación sexual pueden hacer uso de las técnicas de reproducción asistida.

Este país sudamericano, lo ha autorizado en el año 2013, mediante la Resolución 2013/2013 del Consejo Federal de Medicina, Normas éticas para la utilización de técnicas de reproducción asistida, tal como se indica en los siguientes artículos de la mencionada resolución.

#### V - CRIOPRESERVACIÓN DE GAMETAS O EMBRIONES

1 - Las clínicas, centros o servicios pueden criopreservar espermatozoides, óvulos y embriones y tejidos gonádicos.

2 - El número total de embriones producidos en laboratorio se comunicará a los pacientes, para que decidan cuántos embriones serán transferidos a fresco, debiendo los excedentes, viables, ser criopreservados.

3 - **En el momento de la criopreservación los pacientes deben expresar su voluntad, por escrito, en cuanto al destino que se dará a los embriones criopreservados, bien en**

**caso de divorcio, enfermedades graves o fallecimiento de uno de ellos o de ambos, y cuando desean donarlos.**

*4 - Los embriones criopreservados con más de 5 (cinco) años podrán ser descartados si esta es la voluntad de los pacientes, y no sólo para investigaciones de células madre, según lo previsto en la Ley de Bioseguridad.*

Por otra parte, dentro de la Resolución 2013/2013 se regula el procedimiento de reproducción asistida post mortem, tal como se detalla en el siguiente artículo.

***VIII - REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST-MORTEM***

*Es posible siempre que haya autorización previa específica del (a) fallecido (a) para el uso del / material biológico criopreservado, de acuerdo con la legislación vigente.*

El artículo 5.3 mantiene conexión con el siguiente artículo 9, que regula de manera general la reproducción asistida post mortem y se permite el acceso a este procedimiento siempre y cuando exista el requisito de forma, y el consentimiento por parte del marido previo a su fallecimiento. Esta legislación tampoco regula la filiación existente entre el hijo y el padre fallecido, pero existe una disposición final que podría poner a discreción este tema al CRM, ya que los casos de excepción no previstos en la Resolución 2013/2013, dependerá de la autorización del Consejo Regional de Medicina.

### **3.3.3 España**

Durante la década de los 70, en el tema de las técnicas de reproducción asistida se proporcionó de nuevos procedimientos, los cuales ayudaron con el problema de esterilidad de varias parejas y así ayudar a cumplir su sueño de ser padres. La novedad y utilidad de estas técnicas generaron la necesidad de regular esta nueva materia que tiene consecuencias directas en el mundo del Derecho.

En España se promulgó la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, la misma que tiene por objeto regular las técnicas de reproducción asistida, constituyéndose como una de las primeras normas en regular esta materia en comparación con otros países europeos con los que comparte características culturales y geográficas. Fue impresionante el avance científico y clínico de las técnicas de reproducción asistida, que dieron paso a constantes innovaciones respecto a los procedimientos que podían realizarse.

En cuanto al tema de la fecundación post mortem o también llamada premoriencia del marido, la Ley 35/1998, indica que es necesario un conjunto de reglas que podrían resumirse afirmando que se admite la práctica cumpliendo ciertas condiciones. A continuación, se analizará el artículo 9 de la Ley 35/ 1998 y Ley 14/2006.

<b>Ley 35/1998</b>	<b>Ley 14/2006</b>
<p>1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.</p> <p>2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, <u>el marido podrá consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los 6 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.</u> Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.</p>	<p>1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.</p> <p>2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, <u>el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.</u> Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.</p> <p><b>El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. Se presume otorgado el</b></p>

	<p><b>consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. (Todo el texto con negrilla son aspectos introducidos en la nueva ley).</b></p>
--	--

Como lo expresa Vanina Moaidie (2015, p. 8) al hacer una comparación de la ley 35/88 y de la ley 14/06, “ambas en sus artículos 9, que en medio de esos 18 años de diferencia, la legislación Española avanzó hacia un régimen más reglamentario de la fecundación post mortem, es decir mantiene intacto el régimen general (inciso primero perteneciente al artículo 9) pero el régimen excepcional del inciso 2 es ampliado de tal manera que introdujo los siguientes cambios significativos:

- a) Nuevas formas de expresar el consentimiento por parte del marido para que se produzca la fecundación luego de su muerte,
- b) Se amplía de seis a doce meses contados desde la muerte del marido como plazo máximo para realizar dicha fecundación, es decir duplica dicho tiempo;
- c) Se introduce la posibilidad de retracto o revocación de tal consentimiento, pero, sobre todo, lo que más llama la atención, por lo novedoso es;
- d) La regulación sobre el consentimiento presunto contemplada al final del numeral segundo.

Como se puede evidenciar en el texto normativo de ambas leyes, tanto 35/1998 y 14/20006 de España, el primer inciso no permite la realización de la fecundación post mortem, pero en el inciso segundo, se incluye la palabra “no obstante”, otorgando legalidad a esta práctica, siempre que se cumplan dos requisitos importantes, uno de forma y otro de tiempo. En cuanto al requisito de

forma, el consentimiento expreso otorgado por el marido fallecido debe constar en un documento público o testamento. Para que el acto sea válido dentro de la esfera de la temporalidad, establece que la inseminación in vitro se puede realizar en un lapso de 12 meses contados desde el fallecimiento de su cónyuge o conviviente a diferencia de la Ley 35/1998 donde establecía un periodo de 6 meses. Por lo tanto, el artículo 9, concede la filiación al nuevo ser concebido bajo las Técnicas de Reproducción Asistida, produciendo los efectos legales que se deriven de la misma, únicamente si se cumplen estos requisitos.

La fecundación post mortem es aceptada de manera expresa en la legislación española específicamente en la Ley 14/2006, dando la posibilidad a la viuda de utilizar el material genético de su marido fallecido, esto quiere decir que si la mujer se encontraba sometida a un procedimiento de fecundación asistida y tiene acceso a los embriones crios conservados, mismos que se encuentran pendientes para la técnica, se presume que el cónyuge o conviviente fallecido dio su consentimiento mediante escritura pública o testamento y por lo tanto la mujer puede continuar con la fecundación in vitro. La decisión de seguir con el procedimiento recae sobre la cónyuge sobreviviente, siendo ella la única con plena capacidad de elegir el destino del nuevo ser.

La ley española ha decidido dedicar un artículo a este tema que es el estudio principal de la presente investigación, la filiación y establece que ni la mujer progenitora, ni el marido tienen la posibilidad de impugnar la filiación una vez que hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso con material genético del donante, es así que prima la voluntad pro creacional sobre el aspecto biológico.

### **3.3.4 Argentina**

Se tiene conocimiento que en este país sudamericano se tuvo la intención de incorporar regulación para la filiación post mortem dentro del artículo 563 del proyecto de ley del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, pero existió una observación de fondo que generó una idea negativa para determinar este tipo de filiación; al respecto (Basset, 2012), esta objeción en la legislación argentina es la concepción de un niño huérfano, que da lugar a una orfandad intencional, al actuar con pleno conocimiento se priva al niño del derecho a conocer su origen

paterno, y que de esta manera el Derecho estaría abriendo una brecha para permitir la concepción de huérfanos, acto que resultaría cruel tanto para el hijo como para la madre, con el fin de mantener vivo a quien falleció, se afirma que “De esta forma vulnera el derecho a la integridad personal, la obligación de los Estados partes de adoptar medidas tendientes a que el niño pueda ser criado por sus padres biológicos en la medida de lo posible, así como aquellas tendientes a que se asegure el máximo desarrollo bio-psico-social-espiritual del niño.”

El proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 563.- Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

- a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.
- b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Esta normativa reguladora de la problemática llamada filiación post mortem, fue eliminada durante el debate parlamentario, por lo que se tiene como resultado la primacía del silencio legislativo dentro de las técnicas de reproducción asistida post mortem específicamente en el tema de filiación; en el caso del derecho sucesorio, artículo 2279, el cual se refiere a las personas que pueden suceder se establece lo siguiente:

## Artículo 2279. Personas que pueden suceder<sup>11</sup>

Pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

Como se puede evidenciar al analizar el artículo 2279 de Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, prevé de manera restrictiva la capacidad de heredar por parte persona que sea concebida y posteriormente nazca de una fecundación post mortem, siempre que se cumpla con el consentimiento informado y formal otorgado por el padre, en los términos que regula la normativa civil y comercial de Argentina.

Pero que sucedería si la mujer decide llevar a cabo la técnica de reproducción asistida que no tuvo el consentimiento escrito por parte de su conyugue o conviviente, después de realizar la investigación y analizar las diversas aristas, se podría expresar que el niño concebido mediante fecundación in vitro solo tendrá vinculo filiatorio con su madre ya que no existió la voluntad del ahora fallecido de ser padre después de su muerte.

Es importante realizar la siguiente conjetura: ¿Qué sucedería si el primer procedimiento de reproducción asistida fracasará?, Marisa Herrera (2017, p. 9), expresa “Al no poder contarse nuevamente con otro consentimiento informado por parte del padre, no sería posible llevar

---

<sup>11</sup> Código Civil y Comercial, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Aprobado por la ley 26.994, Promulgado según decreto 1795/2014.

adelante un nuevo tratamiento por ausencia de voluntad con estricto sentido pro creacional, debidamente exteriorizada dentro de un consentimiento informado y formal. Esta limitación indica el carácter restrictivo de la normativa sucesoria en análisis, lo cual habilitaría a concluir que esta previsión habría quedado en el texto por omisión de retirarlo, cuando así procedió con el mencionado artículo 563 proyectado.

Desde mi perspectiva esta normativa podría ser mejorada estableciendo que dentro del consentimiento previo del varón se especifique el número de veces que permita llevarse a cabo un procedimiento de Técnicas de Reproducción Asistida, en el caso de fracaso del procedimiento, según la doctrina se podría intentar máximo de 3 veces.

Finalmente es necesario indicar que el artículo 563, el cual fue eliminado del texto final aprobado por el Congreso Argentino, debido a la generación de críticas tanto de organizaciones sociales como religiosas las mismas que expresaron su inconformidad argumentando que el ser producto de la fecundación in vitro nace con una condición la cual es ser huérfano desde el momento de su alumbramiento hasta su muerte, mismo que menoscaba su derecho a la identidad y el derecho a conocer a sus progenitores dando como resultado que no tendría derecho a acceder a la filiación por parte de su padre. El texto final del Código Civil y Comercial dejó de lado 4 fallos jurisprudenciales emitidos por la justicia argentina que resolvieron la problemática de la reproducción asistida post mortem y consecuentemente la filiación del concebido mediante este tipo de prácticas.

En el Ecuador se podría dar los mismos argumentos por parte de grupos sociales y religiosos ya que este tema es nuevo y tampoco se le ha dado la debida importancia que merece, en nuestro país no se han dado casos de parejas que deseen acceder a una técnica de reproducción asistida post mortem pero no estamos lejos de que este tipo de sucesos se den dentro de nuestra sociedad y en el ámbito jurídico los jueces deben estar preparados para resolver este tipo de problemática, siempre y cuando exista normativa expresa en la cual se puedan apoyar conjuntamente con normativa existente sea la Constitución de la Republica y el Código de la Niñez y Adolescencia.

En la siguiente tabla se puede apreciar los aspectos fundamentales de la jurisprudencia de Argentina respecto al tema de estudio.

TRIBUNAL	HECHOS DEL CASO	PRETENCION	ANÁLISIS JURÍDICO
Tribunal de Familia número 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires	Dentro de este caso se involucra una pareja de esposos, los mismos que se han sometido a un procedimiento de reproducción asistida, en el transcurso del tiempo, al señor le diagnostican una enfermedad oncológica (linfoma no Hodgkin) en medio de un proceso de TRHA. Cabe destacar que no se trataban de embriones criopreservados, solamente material genético.	Solicita al centro de salud donde se estaban llevando a cabo los procedimientos de TRHA, la transferencia del material genético criopreservado y ante la negativa inicia un pedido de autorización judicial. <sup>12</sup>	El tribunal dictó una sentencia, permitiendo a la mujer viuda el acceso a esta técnica, se tomó como base para emitir el fallo la “norma de clausura” <sup>13</sup> , la jueza indicó que podría recurrir a gametos por parte de un donante, pero a su vez hizo una reflexión, que no es un hijo lo que la mujer ansia tener, sino el hijo que había planificado tener con su pareja. Por lo tanto, le permitió la transferencia a su útero del material genético criopreservado.

<sup>12</sup> Existen dos razones para llegar a instancias judiciales. Por un lado, la falta de derechos de personas cuya existencia se haya extinguido (para el ordenamiento jurídico) que puedan esgrimirse en contra de pretensiones de personas de existencia visible. Ni en el ámbito de las sucesiones es posible alegarse que el ordenamiento jurídico otorgue “derecho” al causante de que se cumpla sus disposiciones mortis causa, pues los beneficiarios tienen el derecho de renunciar a recibir las herencias o legados. Además, la legislación protege y legitima a esos beneficiarios o a otros preteridos, no al causante. (Herrera, 2017)

<sup>13</sup> Norma que establece que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, o privado de lo que ella no prohíbe, (Artículo 9 C.N)

<p>Juzgado Nacional en lo Civil número 3</p>	<p>Suscitó en la tragedia de Flores el 13/09/2011, cuando un colectivo de la línea 92 que se dirigía hacia Retiro fue embestido por una formación de tren de la línea Sarmiento), cuando once personas resultaron fallecidas. Uno de las personas fallecidas fue Pablo, quien con su esposa Carolina se habían casado recientemente.</p>	<p>Carolina, viuda de Pablo, solicitó una extracción (compulsiva) de semen del difunto para su posterior utilización.</p>	<p>El Juzgado Nacional, el 5 de mayo de 2016 hizo lugar a la acción, en consecuencia, autorizó el uso del material del esposo fallecido hace casi 5 años. Hasta el 2017 no se conoce si la mujer realizó la inseminación con el material genético de su ex esposo.</p>
<p>Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza</p>	<p>Se realiza un pedido de transferencia post mortem a favor de una mujer a la cual se le ha concedido una autorización judicial para extraer semen o material genético del cuerpo de su esposo ya fallecido.</p>	<p>Los argumentos que se plantearon para solicitar la autorización para inseminarse con dicho material genético, por parte de la Cámara de Apelaciones, se basó en los siguientes argumentos: a) acceso integral a las TRHA; b)</p>	<p>Se autoriza a la actora a utilizar los gametos extraídos de su difunto esposo para su inseminación, a través de las prácticas de fecundación asistida que resulten necesarias conforme a la situación de la paciente y mediante su consentimiento informado en los términos del art. 7, Ley 26862, toda vez que no existe ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido.<sup>14</sup></p>

<sup>14</sup> Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario – Mendoza, Disponible en: Rubinzal Culzoni Editores: <http://www.rubinzalonline.com.ar/fallo/9702/>

		<p>derecho a tener hijos biológicos mediante TRHA;</p> <p>c) se le resta toda eficacia a la falta de consentimiento;</p> <p>d) las leyes que regulan el trasplante de órganos y tejidos, son las únicas que han establecido total respeto a la voluntad expresa del donante en vida, ya que se consideran ligados a los atributos de la personalidad y la autodeterminación.</p>	
<p>Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería número 4 de Santa Rosa, La Pampa.</p>	<p>Que la señora C. V. A. promueve acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social (SEMPRE) pretendiendo que se lo condene a otorgarle la prestación total e integral, necesaria y gratuita de</p>	<p>Involucra un supuesto en el que existen embriones conformados por material genético del marido fallecido y óvulos donados que pretenden transferirse a la</p>	<p>D) Hacer lugar a la demanda interpuesta por C. V. A. contra el Instituto de Seguridad Social – SEMPRE y condenar al mismo a otorgar a su afiliada, dentro del plazo de 10 días, la cobertura integral</p>

	<p>la práctica de fertilización asistida post mortem y se autorice su realización en el centro asistencial PROCREARTE de la ciudad de Buenos Aires.</p> <p>Relata que mantuvo una relación de pareja consolidada con el señor O. A. C. desde enero de 2010 hasta que él falleció, en octubre de 2014 y ante la imposibilidad de concebir naturalmente recurrieron a la reproducción asistida.<sup>15</sup></p>	<p>conyuge sobreviviente con la consecuente cobertura médica por parte del centro asistencial PROCREARTE.</p>	<p>del proceso de reproducción humana asistida iniciado en el centro asistencial PROCREARTE.<sup>16</sup></p>
--	--	---	---

De los cuatro precedentes, expuestos anteriormente, uno de ellos involucra la extracción judicial de gametos post mortem, los otros dos, el fallecimiento del marido es un hecho que sucede después de la extracción de material genético de manera consentida por un procedimiento de TRHA, y en uno solo de los precedentes se contaba con material genético tanto del hombre como el óvulo donado.

<sup>15</sup> Juzgado Civil, Com; Lab. y de Minería No. 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30 diciembre, 2015; Colectivo Derecho de Familia. Disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/02/FA.PCIAL.-JUZ.-1RA-INST.-CIV.-COM.-LAB.-Y-MINER%C3%8DA-N%C2%BA4.-SANTA-ROSA-LA-PAMPA.-Fertilizaci%C3%B3n-post-mortem.pdf>

<sup>16</sup> Juzgado Civil, Com; Lab. y de Minería No. 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30 diciembre, 2015; Colectivo Derecho de Familia. Disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/02/FA.PCIAL.-JUZ.-1RA-INST.-CIV.-COM.-LAB.-Y-MINER%C3%8DA-N%C2%BA4.-SANTA-ROSA-LA-PAMPA.-Fertilizaci%C3%B3n-post-mortem.pdf>

Los precedentes líneas arriba descritos revelan falencias en la regulación derivadas del silencio del poder legislativo, lo que implica la falta de regulación en estos temas de actualidad y trascendencia. Esta situación o procedimiento médico se presenta día a día en nuestra sociedad, pero es imposible determinar los derechos personalísimos, de filiación y sucesorios del niño que ha sido producto de una fecundación post mortem.

Sobre el tema de la filiación post mortem se ha hecho hincapié en lo claro que se encuentra establecida la norma, al establecer que en caso de muerte de la pareja que da a luz a un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida post mortem, no existirá vínculo filial, entre la persona fallecida y el nuevo ser producto de la fecundación post mortem, si la concepción o implantación del embrión en la mujer no se ha producido antes del fallecimiento del causante, sin embargo se exceptúa los casos en los que se haya mediado consentimiento previo libre e informado por parte del marido mientras se encontraba con vida, en este supuesto si se le reconocerá la filiación paterna, mientras que al niño que nazca de una fecundación post mortem sin que se exista consentimiento previo por parte del marido, solamente se le reconocerá filiación materna.

En Latinoamérica, la legislación argentina ha sido aquella que ha desarrollado esta problemática jurídica de las técnicas de reproducción asistida al determinar la filiación del nuevo que ha sido concebido mediante este tipo de procedimientos, por lo que es pertinente tomarla como modelo para la elaborar una ley que se adapte a la realidad del Ecuador.

### **3.3.5 Bélgica**

En este país se permite la fecundación post mortem incluso sin consentimiento escrito. Es una de las legislaciones más permisivas en esta materia. Los centros de inseminación establecen su propio reglamento interno, por lo que aquellos en los que se exija expreso consentimiento para la fecundación post mortem, deberá respetarse siempre. Sí establecen un plazo que no podrá ser inferior a 6 meses ni superior a 2 años.

Se regula mediante la “Loi Relative à la Procréation Médicalement Assistée et à la Destination des Embryons Surnuméraires et des Gamètes”, en español, “Ley relativa a la procreación médicamente

asistida y el destino de los embriones supernumerarios y de gametos", la cual permite la Fecundación Asistida Post Mortem, siempre que exista consentimiento previo por parte de su pareja.

## Título II.- Definiciones

Art. 2. Para los fines de esta Ley,

r) implantación post mortem: técnica que permite la fertilización médica asistido por una mujer de la implantación de embriones supernumerarios criopreservados que su **pareja convencionalmente ha puesto a su disposición por acuerdo previo morir;**

Sección 4. - Implantación post-mortem de embriones supernumerarios.

Art. 15. En caso de que los autores del proyecto parental hayan sido criopreservados embriones supernumerarios para un futuro proyecto parental y siempre que tengan expresamente previsto en el Convenio a que se refieren los artículos 7 y 13 de esta Ley. La implantación postmortem de embriones supernumerarios es posible.

Art. 16. **La implantación postmortem puede llevarse a cabo solo después de un período de seis meses después de la muerte del autor del proyecto parental y, a más tardar, en dos años después de la muerte de ese autor.** Cualquier disposición convencional contraria al párrafo 1 de este artículo será nula e inválida.

### 3.3.6 Italia

Italia es un país que se ha caracterizado por la escasa regulación en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, dando como resultado la carencia de normativa, o parámetros reguladores de este tipo de procedimientos, generando abusos en la práctica por la falta de ética y responsabilidad de los médicos Italia mantiene un ordenamiento jurídico restrictivo para las

prácticas de reproducción asistida post mortem es por esta razón que sus legisladores se vieron en la necesidad de expedir una norma que regule la problemática a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es así que se expide la Ley 40/200, el 9 de febrero de 2004,

Pero los legisladores italianos plasmaron en la Ley 40/2009 una línea conservadora y restrictiva, desde sus primeros artículos, determinando que las técnicas de reproducción asistida solamente serán permitidas, al no existir otros métodos o tratamientos eficaces que eliminen toda causa de esterilidad o infertilidad.

Con relación a la crio preservación de gametos, este proceso se encuentra estrictamente prohibido a menos que exista causas de fuerza mayor, comprobables, que no permitan realizar la transferencia embrionaria en fechas establecidas, debiendo llevarse a cabo de manera inmediata. Dentro de la misma línea se prohíbe la fecundación in vitro post mortem, en el artículo 5 de esta ley, ya que permite el acceso a estas técnicas, solamente a parejas de distinto sexo, casados o en unión libre, en edad fértil y que se encuentren vivos al momento de someterse a dicho tratamiento o procedimiento, la postura extremadamente prohibitiva no permite la posibilidad de acceder a una técnica de estas características.

## **CAPITULO IV**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **4.1 CONCLUSIONES**

- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en general plantean desafíos en el ámbito jurídico, por las posibles afectaciones a los derechos de la madre, el padre, el hijo concebido mediante este procedimiento artificial y terceros de buena fe.
- En virtud de la criogenización como método para congelar los gametos, es posible aplicar a la mujer las Técnicas de Reproducción Asistida con gametos del cónyuge o conviviente varón fallecido; supuesto en el que no existe norma legal expresa en el Ecuador para la determinación de la filiación del niño nacido por medio de este procedimiento, esta situación es la denominada filiación Post Mortem.
- Entre las formas de establecer la filiación, dentro del Código Civil en su artículo 24, los tres supuestos no son aplicables para reconocer la filiación al niño nacido de las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem.
- A falta de norma expresa el juez para otorgar la filiación, invocando el Estado Constitucional, la falta de filiación afectando al derecho a la identidad, el interés superior del niño, derechos sucesorios, derechos a percibir alimentos se podrá aplicar normativa establecida en el Código Orgánico de la Niñez y la Convención de los Derechos del Niño para resolver este supuesto jurídico, en caso de que la mujer interponga una acción de protección. En esta situación eventualmente un juez que conozca del caso.
- Para la determinación de la filiación post mortem la doctrina, legislación comparada y jurisprudencia internacional recogen la importancia del consentimiento por parte del cónyuge o conviviente varón. El consentimiento no solo debe referirse a la aplicación de

la técnica en vida, sino que se exige la expresión de voluntad expresa respecto a la utilización de los gametos a favor de la mujer quien fue esposa o conviviente.

- En el Ecuador no existe norma legal expresa para la realización de técnicas de reproducción asistida post mortem, ni de carácter secundario establecida por el Ministerio de Salud el cual se encarga de ejercer la rectoría, regulación, planificación, coordinación, control y gestión de la Salud Pública ecuatoriana a través de la gobernanza y vigilancia, control sanitario, con el fin de garantizar el derecho a la salud.
- En algunas legislaciones como la española otro elemento relevante es el tiempo dentro del cual se puede realizar las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem, en resguardo de los posibles derechos de terceros que pueden ser herederos de buena fe. Con estos antecedentes por seguridad jurídica se necesita norma expresa que regule la forma de otorgar el consentimiento y la temporalidad para la validez del mismo.
- El nacimiento del ser humano concebido por medio de técnicas de reproducción asistida, tiene como consecuencia la modificación del estatus jurídico de ambos padres en relación con la nueva persona, por lo que resulta absolutamente necesario que los progenitores otorguen su consentimiento expreso e informado al momento de decidir utilizar una de las técnicas de reproducción asistida existentes.
- Existe una perceptible falta de seguridad jurídica de los nacidos por procedimientos con gametos asistidos post mortem, puesto que no se ha institucionalizado en favor de estas personas el derecho a identidad, la filiación y los consecuentes derechos patrimoniales y sucesorios.
- Es imprescindible regular las técnicas de reproducción asistida como se ha realizado en varios países del mundo ya que es un fenómeno social que genera un gran vacío legal respecto a los derechos de filiación del ser nacido por medio de las técnicas de reproducción

humana asistida en la disertación he dado especial énfasis a la legislación española que regula el consentimiento y la filiación post mortem.

- Se requiere una norma específica para revocar el consentimiento de la mujer en caso que no desee acceder a las técnicas de reproducción asistida post mortem a pesar de haber contado con el consentimiento del ex esposo.
- Por lo establecido anteriormente el Ecuador necesita una norma específica que regule la filiación post mortem mediante Técnicas de Reproducción Asistida y a su vez la problemática de la filiación derivada de las mismas, que se encargue de regular los vacíos legales existentes al momento de determinar la filiación del hijo nacido mediante fecundación in vitro planteando ciertos requisitos como solemnidades para que el varón otorgue su consentimiento informado en cuanto a la inseminación post mortem, como se debe plantear dicho consentimiento, sea mediante escritura pública o testamento, la temporalidad para realizar este tipo de procedimientos es decir solamente se podrá acceder al material genérico para procedimientos de fecundación post mortem hasta 12 meses después de haber fallecido el varón, impidiendo que este tipo de casos escalen a una instancia constitucional, y se generará dentro de este término los efectos legales de igual forma que en la filiación matrimonial, quiere decir que el niño en el momento de nacer tendrá plenos derechos sobre la paternidad del difunto y todos los que con este se derivan como lo es el derecho a heredarlo.

## 4.2 RECOMENDACIONES

- Se necesita una ley que regule las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem que establezca los requisitos y la temporalidad que se debe cumplir para llevar a cabo este tipo de procedimientos, es imprescindible señalar que dentro del artículo 24 del Código Civil Ecuatoriano se puede incluir un cuarto acápite reconociendo los derechos de filiación del niño concebido por medio de inseminación o fecundación in vitro.
- Es necesario se reforme el Código Civil Ecuatoriano, en el sentido de incluir como excepción a la regla general de la incapacidad para suceder, que refiere la inexistencia de la persona natural a la época de la apertura de la sucesión, la del concebido post mortem. Pues la realidad actual muestra que cerca de dos de cada 100 niños en el mundo nacen a través de este procedimiento, estos niños son el resultado de un proceso artificial de inseminación artificial que se practica con esperma del cónyuge que ha fallecido con antelación a la práctica de este procedimiento; pues estos niños están actualmente marginados del derecho de sucesión de su padre donante, por el hecho de no haber tenido la calidad de persona al momento del fallecimiento; mas con la propuesta de inclusión de la excepción mencionada, estaríamos garantizando de una parte, la tutela de su derecho siendo que ya estaría reconocido, y de otra parte le estaríamos garantizando seguridad jurídica al sistema, con el establecimiento de esta norma previa.

## BIBLIOGRAFÍA

- Pérez, Arévalo, Soto, de León, Rodríguez. (21 de mayo de 2011). *Scribd*. Obtenido de Paternidad y Filiación:  
file:///D:/Users/gabriela.velasquez/Mis%20documentos/Downloads/57301837-PATERNIDAD-Y-FILIACION.pdf
- Ley de Investigación Biomédica 14/2007. (3 de julio de 2007). España.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Asamblea Nacional .
- Caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).
- La fecundación post mortem, un debate en el nuevo Código Civil. (2012). *Ifobae*.
- Código Civil Ecuatoriano*. (2016). Quito - Ecuador : Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* . (2017). Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003: Última modificación: 31-may.-2017.
- Código Orgánico Integral Penal*. (2017). Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014: Última modificación: 29-dic.-2017.
- Abello, J. (2007). *Programa de formación judicial especializada para el área de familia - Filiación en el Derecho de Familia*. Colombia: Grafi Impacto Ltda.
- Aguinaga, Á. (2017). El derecho a la identidad del hijo concebido mediante la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial heteróloga vs el derecho al anonimato del donador. Quito, Ecuador: Universidad.
- Alonso, Canales, Castillo, Rodríguez. (2014). *El consentimiento informado en la actualidad, su evolución y el punto de vista del experto jurídico*. Obtenido de <http://www.medigraphic.com/pdfs/anaradmex/arm-2015/arm152f.pdf>
- Alza, C. (1995). El Concebido In Vitro Post Mortem y sus Derechos Sucesorios. *Derecho y Sociedad*, 14.
- Aquino, J. (7 de Septiembre de 2005). *Bioética web*. Obtenido de <https://www.bioeticaweb.com/concepciasn-embarazo-y-contracepciasnanticoncepciasn-las-palabras-y-sus-significados/>
- Asprón, J. (2008). *Sucesiones*. México DF: McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. .
- Basset, U. (2012). *Centro de Bioética*. Obtenido de Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org)

- Belluscio, A. C. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Bergel, S. (2003). *Bioética y Derecho*. Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Bernal, J. (14 de Julio de 2013). *Opinión Jurídica*. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n24/v12n24a09.pdf>
- Bossano, G. (1978). *Manual de Derecho Sucesorio*. Quito: Editorial Universitaria.
- Chavez, J. (23 de Febrero de 2012). *Monografías*. Obtenido de Fecundación Post Mortem: <http://www.monografias.com/trabajos91/fecundacion-post-mortem/fecundacion-post-mortem.shtml>
- Cotarelo, R. (2011). Obtenido de [http://www.hvn.es/servicios\\_asistenciales/ginecologia\\_y\\_obstetricia/fiche](http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/fiche)
- Cruz, R. (1980). *Scielo*. Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v51n2/art06.pdf>
- Farnós, E. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida: Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Editorial Atelier.
- Fontanillo, E. (1980). *Diccionario Anaya de la lengua*. Madrid: España.
- Getino, M. (2016). *Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem*. Obtenido de Universidad De León: <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/6153/TFG%20MARTA%20GETINO%20ALONSO%20.pdf?sequence=1>
- Giselle Lettieri, José Hirán da Silva. (2016). *Scielo*. Obtenido de Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? : [http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es\\_1983-8034-bioet-24-2-0250.pdf](http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es_1983-8034-bioet-24-2-0250.pdf)
- Gomez, I. (2015). Principios básicos de la bioética. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 233.
- Gómez, M. (1993). *La fecundación in vitro y la filiación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Herrera, M. (06 de 2017). *Scielo*. Obtenido de Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100010](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100010)
- Holguín, J. L. (2002). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ines Awad, Monica de Narváez. (2001). *Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

- Ivan Torres, Cecilia Salazar. (13 de Junio de 2016). *Revista Judicial Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador :  
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2016/05/04/vicios-del-consentimiento>
- Jáuregui, R. (2010). *RGJ Blog Spot*. Obtenido de  
<http://rodolfojauregui.blogspot.com/2014/04/embriones-supernumerarios-y-adopcion.html>
- Joan Seuba, Sonia Ramos. (abril de 2003). *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica* . Barcelona.
- Martínez, C. (2004). *Academia*. Obtenido de Problemas jurídicos derivados del consentimiento en técnicas de reproducción asistida:  
[https://www.academia.edu/4691397/Problemas\\_jur%C3%ADdicos\\_derivados\\_del\\_consentimiento\\_en\\_t%C3%A9cnicas\\_de\\_reproducci%C3%B3n\\_asistida](https://www.academia.edu/4691397/Problemas_jur%C3%ADdicos_derivados_del_consentimiento_en_t%C3%A9cnicas_de_reproducci%C3%B3n_asistida)
- Mejía, R. (2014). La Filiación Extramatrimonial Post Mortem. *Rev. SSIAS VOL 8/Nº1, ISSN: 2313- 3325*, 2.
- Méndez, M. J. (1986). *La Filiación*. Buenos Aires: Rubinzal y Culzoni.
- Mendoza, H. (2011). *La reproducción humana asistida* . México DF: Fontamara S.A.
- Merlyn, S. (2006). *Derecho y Reproducción Asistida*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Merlyn, S. (2011). *Sujetos de la Relación Jurídica* . Loja: UTPL.
- Miranda, M. (2007). *ADN como prueba de filiación en el Código Civil*. Lima Perú: Idemsa.
- Moadie, V. (2015). *Reflexión crítica sobre la fecundación post mortem* . Obtenido de Acta Académica: <http://cdsa.academica.org/000-061/327.pdf>
- Montero, J. S. (19 de junio de 2008). *Crítica en línea*. Obtenido de  
<http://portal.critica.com.pa/archivo/06192008/opi03.html>
- Montes, G. (10 de 10 de 2017). *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*. Obtenido de Bioética y Técnicas de Reproducción Asistida:  
[http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-12592004000100008](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592004000100008)
- Peralta, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima - Perú: Idemsa.
- Pérez, A. (2013). *Fertilización post mortem: un supuesto especial entre las técnicas de reproducción humana asistida*. Obtenido de  
<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-agustina-perez.pdf>
- Pérez, M. (14 de marzo de 2014). *El rol de una Jueza en el Estado constitucional de derechos y justicia*. Obtenido de El Telégrafo: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/el-rol-de-una-jueza-en-el-estado-constitucional-de-derechos-y-justicia>

- Rabinovich, R. (2011). *Derecho Civil "Parte General"*. Buenos Aires: 2011.
- Robayo, M., & Alvarez, O. (2015). *Los derechos eventuales del concebido post mortem en procedimientos asistidos: Falta de tutela jurídica frente a la sucesión por causa de muerte*. Guayaquil, Guayas, Ecuador: Universidad Regional Autónoma dos Andes.
- Rodríguez, A. (2015). LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM EN ESPAÑA: ESTUDIO ANTE UN NUEVO DILEMA JURÍDICO. *Proyecto de Investigación DER. 2014-52503-P "Retos Actuales de la Autonomía"*, 292-323.
- Rodríguez, A. (2017). *Colectivo Derecho de Familia* . Obtenido de Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem:  
<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Rodriguez-Post-mortem.pdf>
- Rosas, F. (1989). Problemas jurídicos y morales que plantea la inseminación artificial. *Revista Chilena de Derecho*, 727.
- Sambrizzi, E. (2000). *La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrion Humano* . Buenos Aires Argentina : Abeledo Perrot.
- Somarriva, M. (1988). *Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Ediar Editores.
- Suarez, R. (1999). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.
- Torado, S. (Enero - Junio de 2006). *Dialnet*. Obtenido de La Doctrina del Consentimiento Informado en el Ordenamiento Jurídico Norteamericano :  
[https://www.researchgate.net/profile/Salvador\\_Tarodo\\_Soria/publication/43125746\\_La-doctrina-del-consentimiento-informado-en-el-ordenamiento-juridico-norteamericano/links/0fcfd50a41152c2e41000000/La-doctrina-del-consentimiento-informado-en-el-ordenamiento-](https://www.researchgate.net/profile/Salvador_Tarodo_Soria/publication/43125746_La-doctrina-del-consentimiento-informado-en-el-ordenamiento-juridico-norteamericano/links/0fcfd50a41152c2e41000000/La-doctrina-del-consentimiento-informado-en-el-ordenamiento-)
- Varsi, E. (2001). *Derecho Genético* . Lima Perú: Editorial Grijley.
- Vicenzi, C. M. (2004). *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*. Lima: ARA Editores .
- Vicuña, A. (2016). *Proyecto de Ley Orgánica Para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador*. Quito - Ecuador.
- Vladimir Monsalve, Daniela Navarro. (2014). *El Consentimiento Informado en la Praxis Médica*. Bogotá: Temis S.A.

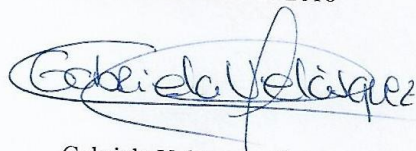
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, GABRIELA ALEJANDRA VELÁSQUEZ CRUZ C.I. 1720901527 autora del trabajo de graduación intitulado: "LA FILIACIÓN POR CONSENTIMIENTO PATERNO OTORGADO PARA LA REALIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MORTEM", previa a la obtención del título profesional de **ABOGADA** 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 sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 11 de Junio de 2018



Gabriela Velásquez Cruz  
C.I. 172090152-7


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

CÉDULA DE CIUDADANA  
 APELLIDOS Y NOMBRES: **VELASQUEZ CRUZ GABRIELA ALEJANDRA**  
 NÚMERO: **172090152-7**

LUGAR DE NACIMIENTO: **PICHINCHA QUITO CHIMBACALLE**  
 FECHA DE NACIMIENTO: **1993-05-22**  
 NACIONALIDAD: **ECUATORIANA**  
 SEXO: **F**  
 ESTADO CIVIL: **SOLTERO**




INSTRUCCIÓN: **SUPERIOR**      PROFESIÓN / OCUPACIÓN: **ESTUDIANTE**      V1333V1222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE: **VELASQUEZ A MARCO ANTONIO**  
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE: **CRUZ VARGAS MATILDE GRACE**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN: **QUITO 2015-03-16**  
 FECHA DE EXPIRACIÓN: **2025-03-16**

        
 DIRECTOR GENERAL      FIRMA DEL CEDULADO




**CERTIFICADO DE VOTACIÓN**  
 4 DE FEBRERO 2018



**070** JUNTA No      **070 - 319** NUMERO      **1720901527** CÉDULA

**VELASQUEZ CRUZ GABRIELA ALEJANDRA**  
 APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA      CIRCUNSCRIPCIÓN:  
 QUITO CANTÓN      ZONA 1  
 LA MAGDALENA PARROQUIA





**REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018**

**CIUDADANA (O)**

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

F. PRESIDENTA/E DE LA JRV      IMP 105M MJ