

Apuntes sobre la reproducción asistida: una mirada desde la bioética a la situación normativa en Ecuador

María Cristina Serrano

LLM, Máster en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago – Chile, 2011. Abogada de los Tribunales de Justicia del Ecuador graduada en la Universidad del Azuay – Cuenca Ecuador, 2009. Mejor Egresada de la Escuela de Derecho, Premio Honorato Vásquez del año 2008. Año de estudio en Gymnasium am Neandertal, Erkrath – Alemania, 2003. Abogada en ejercicio profesional y profesora en la Universidad del Azuay.

Santiago Jara Reyes

Magister en Asesoría Jurídica para Empresas por la Universidad del Azuay/ Universidad de Valencia (España); Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad del Azuay; Diploma Superior en Finanzas, Mercado de Valores y Negocios Fiduciarios por Universidad del Azuay. Doctor en Jurisprudencia y abogado de los Tribunales de la República. Abogado en ejercicio profesional, socio del Estudio Jurídico Sur Legal y profesor en la Universidad del Azuay

RESUMEN

El presente artículo pretende trazar cuál es la situación normativa en Ecuador sobre las técnicas de reproducción asistida y la necesidad de su regulación, más aún cuando como medida de garantía de no repetición se ha dispuesto a la Asamblea Nacional que dicte las normas que los regulen; para ello se trazan lineamientos generales que permitan al lector entender la problemática a fin de que pueda profundizar en otros espacios. Se plantean aspectos relacionados con el estatuto del embrión, los mecanismos de reproducción asistida, los efectos y problemas éticos y jurídicos que pueden nacer de los mismos.

Palabras clave

Técnicas de reproducción asistida; embrión; derechos reproductivos; infertilidad.

INTRODUCCIÓN

En tiempos actuales, en los que al parecer los valores y principios no son definitivos y al contrario han sido frecuentemente cuestionados, y en los que existe una visión pragmática unas veces, y otras utilitaria, sobre las cuestiones más variadas de la vida del ser humano, hace cada vez imperiosa la reflexión ética sobre las actuaciones del ser humano.

De conformidad con un reciente artículo de Diario El Telégrafo, en Ecuador han nacido 1.500 niños bajo la técnica de la fecundación in vitro (FIV), señalando que la primera causa para el uso de esta técnica es la infertilidad de las parejas. Señala la nota que según la Sociedad Ecuatoriana de Medicina Reproductiva, en Ecuador existen 19 centros especializados en reproducción asistida concentrados en Quito, Guayaquil y Cuenca (El Telégrafo, 2018).

Sin embargo, la realidad en sociedades no tan lejanas, nos hacen pensar que el uso de las técnicas de reproducción asistida serán cada vez mayores, con una tendencia a combinar las mismas a fines que van más allá de superar la infertilidad. Con este antecedente, no podemos abstraernos de lo que sucede en el mundo, para luego mirar lo que sucede y sucederá en Ecuador.

En España, en el 2015 habrían nacido 36.318 bebés fruto de las técnicas de reproducción asistida, lo que equivaldría al 7 por ciento de los bebés que implicaría que es “el país de Europa donde más tratamientos de reproducción asistida se realizan y el tercero del mundo, solo por detrás de Japón y Estados Unidos”. Se ha determinado que en dicho país, entre 2014 y 2015, aumentaron en un 27 por ciento los tratamientos para preservar la fertilidad (Ramírez de Castro, 2018).

Sin embargo, las razones para optar por estas técnicas no son aquellas relacionadas exclusivamente con la infertilidad, pues se ha evidenciado que cada vez más mujeres deciden congelar sus óvulos para poder retrasar la maternidad, como también el que parejas que quieren erradicar enfermedades genéticas de las que son portadoras, o personas homosexuales que desean una maternidad compartida.

Entre los problemas típicos que se plantean en torno de la reproducción asistida se encuentran los relacionados a los nuevos modelos familiares heterosexuales y homosexuales, el mejoramiento genético en el caso de parejas que tienen una enfermedad preexistente, la clonación humana reproductiva, los conflictos que nacen en torno a la selección de embriones, la selección del sexo, la custodia y destino de embriones, la procreación post mortem, entre otros.

Para evidenciar lo que viene, coloquemos un ejemplo; hoy por hoy se cuenta con el denominado CRISPR, una técnica descubierta por el microbiólogo español Francis Mojica de la Universidad de Alicante, que permite copiar y editar el ADN. Esta técnica, entre otras aplicaciones, permitiría que el organismo incorpore a las capacidades de su sistema inmunológico el eliminar de forma natural sus propias células cancerígenas. Por lo que se ha mirado su aplicación en la fecundación y en las técnicas de reproducción asistida. Muchos creen que el futuro de las economías mundiales está ligado con el desarrollo genético y por eso se teme que grandes intereses ya estén experimentando en base del CRISPR y, en algunos casos, lo hagan de forma poco ética. De tal forma, debemos ver el alcance y proyección que tiene en el mundo actual la reproducción asistida o artificial.

En el caso del Ecuador, a nuestro parecer, existe un gran vacío legislativo sobre las técnicas de reproducción asistida; que ante los vertiginosos cambios sociales, puede dar lugar a situaciones de hecho que no tendrían una respuesta normativa, o por lo menos una respuesta en la norma, producto de una reflexión seria y responsable.

Aún más, en Ecuador el debate es necesario y urgente; más aún, cuando en el corto tiempo deberá dictarse la regulación necesaria, pues la Corte Constitucional, ha dispuesto que la Asamblea Nacional en el plazo no mayor de un año contado desde la notificación de la sentencia No. 184-18-SEP-CC del 29 de mayo de 2018, dictada en el caso No. 1692-12-EP (conocido públicamente como el caso SATYA) “adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida”.

En este entorno, de un mundo globalizado y radicalmente voluble, no podemos dejar de plantear las siguientes preguntas: ¿hacia dónde va la humanidad?, ¿cuál es la concepción que tenemos del ser humano y de su humanidad?, ¿cuál es el alcance del concepto de dignidad humana?. Para luego preguntarnos en particular: ¿cuáles son las consecuencias e incidencias éticas y jurídicas en torno a las técnicas de reproducción asistida?, ¿cómo inciden en la humanidad y en nuestra realidad social?, y, ¿cuál es la posición que, frente a la reproducción asistida, debe tomar la sociedad ecuatoriana a través de su legislación?.

Así, en este trabajo pretendemos esbozar algunos problemas jurídicos y bioéticos que no están resueltos por la legislación ecuatoriana sobre la reproducción asistida, siendo este uno de los campos considerados controvertidos de la medicina y de la biotecnología humana. Esperamos que este trabajo sea un primer intento para acercarnos a la problemática, para luego, como resultado del Congreso, continuar analizando con mayor detenimiento estos temas que son de gran relevancia en el mundo actual.

La situación actual de la legislación Ecuatoriana

Partamos señalando que en algunos países se ha considerado que para el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos es necesario permitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida, pues prohibir su implementación constituiría una vulneración del derecho a la vida privada y a la integridad personal; más aún se han realizado propuestas que buscan que se reconozca a la infertilidad como enfermedad, conforme a los estándares internacionales de salud, y exigiendo que se establezcan criterios para la cobertura de esta condición por parte de los sistemas de salud (Pabón Mantilla, Upegui Toledo, Archila Julio, y Otero González, 2017).

En el caso de Ecuador no existe un marco jurídico que regule la reproducción asistida. El esfuerzo más reciente para su regulación fue en el 2016 la presentación de un proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador, por parte de la entonces asambleísta María Alejandra Vicuña (hoy Vicepresidenta de la República), cuyo fin es regular el uso y la aplicación de las técnicas de esta práctica.

En su momento la legisladora argumentó que “la ausencia de un marco jurídico adecuado en esta materia pone en riesgo a los pacientes y a los actores del sector e impide un adecuado control por parte de la Autoridad Sanitaria Nacional”. Enfatizando además en que el uso de

técnicas de reproducción asistida puede generar problemas debido a que no todos los procedimientos son exitosos, o pueden dar lugar a problemas peores como como el aborto, niños que nacen con deformaciones o problemas genéticos (Mosquera, 2016).

Al carecer de un marco jurídico que regule expresamente la reproducción asistida, sólo podemos señalar las normas generales que se relacionan con la materia.

La Constitución de la República en el numeral 10 del Art. 66, dentro de los Derechos de Libertad, reconoce y garantizará a las personas: “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”.

Al respecto, cabe señalar que por los derechos reproductivos se entienden como aquellos que permiten a las personas a decidir con responsabilidad si tener hijos, cuántos, cuándo y con quien; dando a las personas la capacidad de determinar su vida reproductiva. Entre los derechos reproductivos está la procreación y, algunos también consideran, el acceso a los avances científicos en materia de reproducción.

La Constitución de la República del Ecuador establece en el segundo inciso del Art. 32, que el Estado garantizará el derecho a la salud, y, el acceso permanente y oportuno a programas de salud sexual y salud reproductiva, entre otros.

Sentando que la prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

La Constitución en el artículo 361, ordena al Estado ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Salud, a través de la Autoridad Sanitaria Nacional, a la que le corresponde la responsabilidad de formular la política nacional de salud y de normar, regular y controlar todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector. Mientras que en el numeral 6 del Art. 363, se señala que el Estado será responsable de asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto.

Asimismo la Ley Orgánica de Salud (la cual, con seguridad, pronto será derogada), en el artículo 4, prescribe que la Autoridad Sanitaria Nacional es el Ministerio de Salud Pública, entidad a la que corresponde el ejercicio de las funciones de rectoría en salud; así como la responsabilidad de la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de la referida ley.

Y, de conformidad con la Ley Orgánica de Salud es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública,

el formular e implementar políticas, programas y acciones de promoción, prevención y atención integral de

salud sexual y salud reproductiva de acuerdo al ciclo de vida que permitan la vigencia, respeto y goce de los derechos, tanto sexuales como reproductivos, y declarar la obligatoriedad de su atención en los términos y condiciones que la realidad epidemiológica nacional y local requiera (No. 6, Art. 6, LOS).

De tal forma, en el contexto indicado, las aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida tienen su base constitucional, debiendo regularse mediante ley su alcance y efectos; correspondiendo al Ministerio de Salud Pública, como entidad sanitaria nacional el reglamentar y controlar esta actividad.

Como lo hemos indicado en la introducción, la Asamblea Nacional deberá normar la reproducción asistida, pues la Corte Constitucional, en la sentencia No. 184-18-SEP-CC del 29 de mayo de 2018 en el caso No. 1692-12-EP (caso públicamente conocido como SATYA), resolvió como medida de garantía de no repetición, “en procura de la tutela de los derechos de las mujeres y familia a su integridad personal, libertad reproductiva, y el goce de los beneficios y aplicaciones del progreso científico”, que la Asamblea Nacional en el plazo no mayor de un año contado desde la notificación de la sentencia, “adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales, observando para aquello los criterios vertidos por esta Corte Constitucional

en el análisis del derecho constitucional al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos” (Corte Constitucional del Ecuador, 2018). Por ello, el debate en los distintos ámbitos éticos y jurídicos, será necesario.

La reproducción asistida o artificial: Noción, principales causas y métodos de reproducción asistida o artificial, conflictos

Para la mayoría de personas, la presencia de un hijo es un factor de mucha importancia, y trae consigo connotaciones sociales, culturales, legales y religiosas. Desde mediados del siglo pasado, se han desarrollado ampliamente ciencias como la Biología y la Genética, permitiendo la reproducción de los seres humanos a través de diferentes mecanismos, superando la relación sexual como único método de procreación. A ello se le conoce como reproducción asistida. Esta ha solventado las dificultades reproductivas de un gran número de personas, sin embargo, ha traído una serie de cuestionamientos a nivel del derecho, de la ética, de la religión y de la moral.

Por lo diverso que puede resultar tratar desde una óptica moral o religiosa, el presente trabajo abarcará este tema desde una visión jurídica y ética, partiendo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la doctrina y el derecho comparado. Para abordar este tema es necesario iniciar definiendo tanto a la infertilidad como a la esterilidad, así como las principales causas de ellas.

Para muchos son dos términos completamente diversos, pues la infertilidad es la incapacidad de llegar a término en un embarazo y la esterilidad es la incapacidad de concebir. Hay quienes las tratan como sinónimos reconociendo que en ambos casos arrojan la misma conclusión, esto es la incapacidad de procrear, sin hacer una distinción de los motivos que la originan. Para efectos didácticos, en la presente obra las trataremos como infertilidad, abarcando tanto los problemas de fertilidad como de esterilidad.

Wiesenfeld, Hillier, Meyn, Amortegui y Sweet definen a la Infertilidad como la incapacidad de lograr el embarazo luego de uno o dos años de relaciones sexuales frecuentes sin protección en parejas en edad reproductiva. En los Estados Unidos de Norteamérica, se estima que afecta de un 10-15% de las parejas, en la actualidad más del 1% de todos los nacimientos en ese país son por medio de tecnologías de reproducción asistida (en Fernández, Gerez y Pineda, 2015, p.2)

Las principales causas de infertilidad están ligadas en primer lugar a la edad de los procreadores y particularmente a la edad de la mujer. Su participación en distintos roles, su avance profesional, entre otros, han sido las razones para que la mujer postergue su decisión de ser madre. Otra de las causas más frecuentes es la mala calidad de la esperma ligada a los malos hábitos del hombre, tales como el consumo de alcohol o tabaco. En tercer lugar, se encuentran los cambios en las

conductas sexuales con un incremento en el número de parejas sexuales, así como el uso de métodos anticonceptivos (distintos al condón) que trae consigo mayor frecuencia de enfermedades de transmisión sexual. Finalmente están los problemas de naturaleza genética que traen anomalías en el ser humano que imposibilitan o dificultan la reproducción (Brugo-Olmedo, Chillik y Kopelman, 2003)

Ahora bien, la reproducción asistida surgió como una respuesta a los problemas de fertilidad, sin embargo, en la actualidad no es solamente utilizada por aquellas parejas con estos problemas. La reproducción asistida es un mecanismo a través del cual las parejas buscan erradicar problemas de orden genético o las mujeres congelan sus óvulos para retrasar la maternidad. Así también, con la reproducción asistida, han surgido diversas formas de familia, tales como las familias homoparentales y unidades monoparentales que desean tener un hijo.

Según Mendoza H.A, las técnicas de reproducción asistida pueden ser clasificadas así:

a. Inseminación artificial. Se produce cuando se depositan espermatozoides en el interior de la mujer, mediante cánula, o jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo.

b. Fecundación in vitro. La principal diferencia de la técnica con la inseminación artificial es que la fusión de gametos masculino y femenino es realizada de manera extracorpórea -in vitro-, para posteriormente ser implantados en la mujer.

c. Transferencia intratubárica de gametos. Es una técnica intermedia entre la inseminación artificial y la fecundación in vitro. En este caso no se transfiere el preembrión o el embrión sino los gametos que han sido previamente recolectados, para luego ser transferidos a las trompas de Falopio, con el fin de que se produzca la fecundación de manera natural (en Bernal, 2014, p. 137).

Más adelante trataremos sobre la donación de gametos, sin embargo, es necesario puntualizar que en el caso de la fecundación in vitro y de transferencia intratubárica de gametos, pueden tanto el padre como la madre ser donantes, mientras que, en la inseminación siempre habrá identidad biológica al menos con la madre (Bernal, 2014)

Con lo antes expuesto, es necesario entonces identificar los principales problemas jurídicos y bioéticos que pueden surgir de la reproducción asistida. Principalmente podemos hablar de la determinación del inicio de la vida, la autonomía de la voluntad, el consentimiento y la filiación (Bernal, 2013). Asimismo, podemos identificar problemas como la igualdad de condiciones de las personas para el acceso a estas técnicas; el uso del diagnóstico genético preimplantacional para evitar que un hijo sea portador de una determinada enfermedad genética así como la elección del sexo, ya sea por razones médicas o no, la elección de las características que desea una pareja para su hijo, la donación anónima de gametos, la utilización del vientre subrogado

y su alcance y el destino de los embriones sobrantes de un ciclo de fecundación “in vitro” (Farnós, 2016.)

Consideramos que son las técnicas o métodos de reproducción asistida heterólogos (con contribución de donante) las que darían mayor conflicto; por ejemplo, lo relacionado con la filiación de quienes nazcan por estos medios, su derecho a conocer su origen biológico y genético, el derecho de los donantes al anonimato, el límite y excepciones en los que se debería revelar quien es el donante, etc.. Así, su regulación exige un cuidadoso debate.

De tal forma, el ordenamiento jurídico de un estado no puede permanecer estático frente a estos temas, pues son cada vez una realidad más frecuente que atañe a la sociedad. Existen estados en donde la reproducción asistida es una práctica común y en cuyos ordenamientos jurídicos se ha logrado una regulación sobre el tema y otros en donde esta se ha desarrollado muy poco.

En el Ecuador, la utilización de la reproducción asistida es cada vez más frecuente por lo que resulta indispensable su regulación para la plena tutela de los derechos. Como más adelante expondremos, han existido intentos importantes de regulación, sin embargo, en la actualidad no se ha logrado consolidar en su totalidad.

Respecto de la determinación del inicio de la vida, nuestra legislación contiene algunas disposiciones relativas a ello, permitiendo llegar a la conclusión

de que el inicio de la vida se verifica en el momento de la concepción. Es así que la Constitución de la República trae importantes regulaciones sobre la vida y en el Artículo 45 establece que “las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.

El Artículo 44 manifiesta que

el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Asimismo, el Código de la Niñez y Adolescencia en el Artículo 2 determina que las normas en él contenidas son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Más aún y muy importante, el primer inciso del Art. 20 del mismo cuerpo legal señala que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción”.

El Código Civil en el Artículo 61 dice que la ley protege la vida del que está por nacer y finalmente en el Artículo 63 del mismo cuerpo legal se establece que los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Por

lo tanto, podemos concluir que, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el inicio de la vida se verifica en el momento de la concepción. Ello, así como el resto de problemas de índole bioético y jurídico serán desarrollados con mayor profundidad a lo largo del presente trabajo.

Algunas ideas sobre el análisis bioético

Es evidente que el entender como fin de la medicina el exclusivamente curar o palear las enfermedades ha quedado en el pasado, desde hace tiempo acá la medicina se ha propuesto el mejorar la condición humana.

No obstante, hoy en día, mientras se levantan voces que advierten la necesidad de superar la convicción utópica de que la ciencia es garantía de un progreso continuo, y que es necesario determinar límites y la finalidad de la intervención humana sobre la vida (Lacalle Noriega, 2013), hay quienes sostienen que no se debe limitar el desarrollo y aplicación de la ciencia.

En este contexto -como hemos advertido-, el hecho de que la reproducción asistida o artificial presente una serie de problemas médicos, éticos y jurídicos, siendo sin duda una de las áreas más controvertidas de la medicina y la biotecnología humana, es necesario que las sociedades reflexionen sobre sus implicaciones. Por ejemplo, desde tiempo atrás existen dudas sobre las posibles implicaciones que las técnicas de reproducción

asistida podrían tener en el desarrollo neurológico y psicosocial de los niños nacidos por medio de ellas, incluso se han evidenciado anomalías cromosómicas en los embarazos al compararlo con la población general neonatal, o por lo menos existen incertidumbres (Ortiz Movilla y Acevedo Martín, 2010).

De tal forma, los problemas que plantea la reproducción asistida requiere de una reflexión crítico racional; y, desde la bioética el análisis implica una visión de la ética aplicada, esto es, considerando las situaciones concretas y, más aún casos particulares, a fin de tomar decisiones sobre las mismas, de forma deliberativa y multidisciplinar; debate que se realiza en las circunstancias de un tiempo histórico determinado.

En relación a la reproducción asistida, en Ecuador la regulación es casi inexistente, por ello consideramos necesario que la discusión de esta problemática se aborde desde lo biojurídico (con una perspectiva de la filosofía jurídica) en función de analizar y justificar aquellos principios éticos y jurídicos en los que se apoyaría la biotecnología (Lacalle Noriega, 2013).

Sentemos algunas ideas que esbozen el debate y permitan a nuestros lectores tener conciencia de los aspectos básicos que deben considerarse para un análisis bioético del tema que nos ocupa. Ante los dilemas y controversias éticas de hoy en día, William Saad Hossne en su artículo "Sobre las incertidumbres de la ciencia" se cuestiona haciendo el

siguiente análisis: “si la ciencia, por esencia, pretende darnos siempre la respuesta más cercana a la verdad, léase, de la certeza, y si la ciencia evolucionó en nuestra era con tal suma de avances de conocimientos, cada vez más precisos, ¿por qué designar nuestra era como Era de las incertidumbres?”; señala el autor que las ciencias estarían padeciendo desfiguraciones hasta el punto que, en lugar de certezas, ¿estarían generando incertidumbres?, y dice que el objetivo de las ciencias es volver el conocimiento más preciso y correcto, aproximándolo a la certeza, pero hay que confesarlo -dice el citado autor- que esto no siempre sucede (Saad Hossne, 2013).

Así, quizá cabe unas primeras preguntas: ¿todo lo que ha aportado la investigación médica en cuanto a la reproducción artificial, es conveniente aplicarlo en los seres humanos?; ¿cuáles son los principios y las circunstancias que pueden constituirse en límites en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida?; ¿las técnicas de reproducción asistida garantizan derechos y sobre todo la dignidad de los padres y del concebido por estos métodos?; ¿qué implicaciones médicas, sociales y psicológicas traen consigo las técnicas de reproducción asistida en los padres y en los concebidos?

Sin duda, compartimos el criterio de Leo Pessinni, en particular para el tema que nos ocupa, en cuanto la pregunta ¿quién es el hombre?, se torna como cuestión antropológica fundamental en la que se fundamenta cualquier paradigma

bioético; y podemos decir con el aludido autor “si no sabemos quién es o lo que significa el ser humano, ¿cómo podemos juzgar si las fuerzas prodigiosas de la ciencia biomédica amenazan o perfeccionan nuestra humanidad?” (Pessini, 2013).

De tal forma coincidimos en la necesidad de que en el análisis y debate sobre la conveniencia, alcance y determinación de los límites que se deben plantear en relación a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se debe dejar claro cuál es la visión antropológica que motive una u otra posición, así como los valores y principios que la sustenten.

Como se ha mencionado, las razones por las que se opta por las técnicas de reproducción asistida o artificial no son aquellas relacionadas exclusivamente con la infertilidad, sino también las de retrasar la maternidad, erradicar enfermedades genéticas, personas homosexuales que desean una maternidad compartida, unidades monoparentales o también la de lograr perfeccionar la condición genética de los hijos.

Para evidenciar la complejidad del debate podemos citar a Santiago Gabriel Calise, quien señala que

uno de los argumentos a favor de la clonación reproductiva más recurrentes, es aquel que busca utilizarla como remedio contra la infertilidad de una pareja que quiera tener un hijo biológicamente relacionado (Rhodes, 2001) o para parejas homosexuales (Schüklenk y Ashcroft, 2000), o contra

alguna patología que sufra uno de los miembros de la pareja (Kunich, 2003; Freire de Sá y Oliveira Naves, 2006),

señalando que en oposición a esto se apela a un supuesto derecho a la “paternidad biológica”, la cual implicaría que sólo las parejas heterosexuales tendrían el derecho de reproducirse (Calise, 2014).

Al respecto, el mismo Pessini citando a Bostrom, que junto con Davod Pierce fundaron en 1998 en los Estados Unidos, la Asociación Trans-humanista Mundial, señalará que las posiciones éticas con respecto a las tecnologías del perfeccionamiento humano pueden ser de manera general caracterizadas como yendo del trans-humanismo al bio-conservadurismo, considerando lo primeros que

las tecnologías de perfeccionamiento humano deben ser ampliamente disponibles, que las personas deben tener sensatez sobre cuál de esas tecnologías aplicar para sí mismas y que los padres deben normalmente tener el derecho de escoger automáticamente el perfeccionamiento ideal para sus hijos;

mientras que los bio-conservadores generalmente se oponen al uso de tecnologías para modificar la naturaleza humana, pues consideran que las mismas comprometen nuestra dignidad humana y pueden “potencializar factores deshumanizantes” (Pessini, Bioética y posthumanismo ¿ideología, utopía o esperanza?, 2013).

A nuestro criterio no debemos ser tan ingenuos en considerar que todo lo que la ciencia logre será conveniente para el ser humano y su desarrollo; basta considerar el hecho muchas veces evidenciado que las investigaciones científicas están direccionadas por intereses no siempre transparentes, ni desinteresados. Debemos reconocer que por lo menos existen dos posiciones ante el desarrollo de las investigaciones científicas y su aplicación, la primera, que consideraría que no se debe poner límite o trabas, pues el conocimiento siempre será conveniente para el ser humano. Cabe preguntarnos entonces ¿todo conocimiento es bueno o provechoso para el ser humano?, y quizá ¿hay desarrollos científicos o conocimiento deshumanizantes?.

La segunda posición, es una más prudente y no tan ingenua; parte de la necesidad de poner ciertos límites, claro está, en lo que se puede hacer con el conocimiento y desarrollo científico. Lo cual tiene relación con un principio de cautela, es decir, es prudente tener cierta moderación considerando lo mucho que se puede echar a perder. Advertimos que ser prudentes, no es contrario a un progreso. Para cerrar este punto, quizá conviene citar a Claudio Malo Gonzáles, que nos recuerda que el planteamiento griego “vive conforme a la naturaleza” está cargado de sabiduría, y que “la vida en contra de la naturaleza es la negación de la sabiduría” (Malo González, 2011).

Estatuto del embrión

Pablo Arango Restrepo dirá que el embrión humano está en el centro de múltiples adelantos y procesos biotecnológicos como ensayos con células madre, fecundación in vitro, investigación con embriones y clonación, y que por ello es necesario definirle un estatuto. El citado autor dirá que

Si el producto de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide no fuere vida humana, realmente no habría ningún problema, podríamos hacer con esa masa celular recién formada lo que quisiéramos; el problema radica en que toda la evidencia científica y filosófica nos dice que es justamente ahí donde comienza la vida, es allí o fue allí donde cada uno comenzó su biografía, y por eso es necesario definir un estatuto (Arango Restrepo, 2016).

De tal manera, al referirnos al embrión a este se le reconoce un estatuto biológico, un estatuto moral y un estatuto jurídico. La pregunta de fondo es ¿cuando el embrión empieza a adquirir la condición de persona?; su respuesta parte de la biología, tiene connotaciones éticas y sin duda debe tener una regulación jurídica. De manera general podemos señalar que la normativa que se asuma y, en particular, las decisiones que se tomen en relación al embrión y las técnicas de reproducción asistida, estarán sentadas en la consideración bioética que se tenga del estatuto del embrión. De tal forma,

existen tres corrientes predominantes, la concepción del embrión como persona desde el momento de la fecundación; la concepción moral gradual del embrión, esto es, en razón de la etapa de desarrollo del embrión la protección legal varía; y, la concepción naturalista del embrión, que admite la cosificación del ser humano. Nosotros apostamos por la primera.

En otro trabajo, Santiago Jara Reyes señalaba:

Juan de Dios Vial Correa y Ángel Rodríguez Guerra, al plantearse sobre la dignidad del embrión humano se plantean las siguientes preguntas: ¿qué es un embrión humano?, ¿qué trato corresponde darle a ese organismo?, y, qué se puede inferir de una sociedad que le niega ese trato?

Al responder sobre ¿qué es un embrión humano?, los citados autores manifiestan querer intentar una respuesta que no recurra a nociones filosóficas que hoy son compartidas solo por algunos, que se apegue más bien al de las ciencias naturales. Señalan que la respuesta es casi engañosamente simple: es un organismo de la especie humana; sin embargo, que es necesario aclarar los términos para entender esta respuesta en sus implicaciones.

Parten determinando que “un organismo es una unidad discreta, una entidad biológica que se distingue claramente de su medio, del cual lo

separa una capa más o menos complicada de estructuras que vienen a constituir el límite o borde del organismo¹. El borde delimita una unidad, que constituye un sistema dinámico fisicoquímico abierto y de composición complejo, que recibe del medio materia y energía y, a la vez, las entrega transformadas.

Por otra parte, todos los organismos se caracterizan por tener una trayectoria de desarrollo, que sigue un curso previsible, esto es, si en un momento particular de su vida observamos a un organismo de una especie determinada, podemos prever cuál será su estado en el momento posterior.

Los organismos tienen un alto grado de información y desenvuelven sus reacciones de interacción química dentro de los límites establecidos por un borde. Las propiedades descritas son comunes a los organismos, desde el primer instante de su constitución hasta la disolución del sistema termodinámico en la muerte.

Ahora bien, señalan los citados autores que, en el caso de la fecundación, "este sistema empieza con la penetración del espermatozoide en el ovocito", en ese instante se generan dentro

del espacio confinado por la membrana celular las cadenas continuas de reacciones químicas coordinadas entre los componentes paterno y materno que caracterizan el desarrollo.

Antes de la fecundación hay dos células independientes: el espermatozoide y el óvulo, que no están encerradas por un borde común y que tienen destinos o trayectorias propias, solo después de la fecundación se genera un organismo en evolución. Pues, a los pocos minutos de penetrar el espermatozoide se inicia un juego recíproco entre sus componentes y los del óvulo para dar inicio a un proceso enteramente nuevo.

El huevo fecundado, es claramente un organismo de la especie humana, y –señalan los citados autores– no hay razón sólida para pensar que un embrión es menos un organismo humano antes de la implantación en el útero que después de ella.

En este punto, Juan de Dios Vial Correa y Ángel Rodríguez Guerra, se plantean dos importantes preguntas: ¿qué trato merece un organismo humano?, y ¿desde qué momento merece el trato debido a una persona?

Vial y Rodríguez, señalan que "la propia existencia no es una cosa a la que uno tenga un derecho que sea de la misma especie que los demás", no se puede hablar de tener derecho

¹ Así manifiestan que, para una ameba ser la membrana celular y el glicoclix, para un mamífero el revestimiento de piel y de mucosas; con lo cual, todo organismo tiene un borde, y a través de este borde el organismo intercambia materia y energía con el medio.

a la vida en el mismo sentido en que se tiene derecho a ser propietario de algo o a poder expresarse libremente, como se ha manifestado, el “derecho a la vida” es más bien condición de todos los otros derechos y bienes posibles.

Por ello, cuando alguien muere, de muerte natural no es violado su derecho a la vida, como en cambio si lo es, cuando la persona es asesinada. Por eso –dicen los citados autores– es preferible hablar, más que del derecho a vivir, al deber que tienen todos de respetar y aun de promover la vida. Entonces: ¿desde cuándo existe ese deber respecto del embrión?

La respuesta inicia por plantear un hecho: “no existe una definición físico-química, ni siquiera técnico-científica de la persona”, por lo que, es muy habitual que para definirla se recurra a una determinación empírica que se basa en el desarrollo de las funciones de relación, de inteligencia, del habla, etc., pero ello no es tan simple, ni cierto. Sin embargo, las funciones de relación humanas aparecen también gradualmente, en trayectorias de desarrollo y, no resulta claro por qué debería preferirse algún momento especial de madurez funcional y no, por ejemplo, el de algún fenómeno de determinación que sea irreversible, más aún cuando el organismo es un sistema en desarrollo, por lo que, cualquier punto que se escoja como inicio del desarrollo de las funciones de relación es completamente arbitrario.

En consecuencia, bien se podría afirmar que “la persona humana existe en un cuerpo y que es propio de ese cuerpo hallarse siempre en algún estado de desarrollo”. (Jara Reyes, 2013)

Ahora, al responder a la pregunta ¿cuándo el embrión empieza a adquirir la condición de persona?, compartimos el criterio que si la vida humana es un proceso, un devenir, el principio de la vida será el inicio del proceso. Consecuentemente, no podríamos tener la condición de ser humano, de persona si no lo hemos sido desde el inicio (consideramos que la definición de persona del Código Civil tiene relación al ser como sujeto de derechos, para relaciones jurídicas y con claros efectos patrimoniales).

En el ámbito jurídico, en Ecuador no contamos con un marco legal propio y especializado que proteja al embrión y regule los actos en los que se le involucre (como por ejemplo una ley de reproducción asistida), no obstante contamos con normas de carácter general a algunas de las cuales ya hemos hecho referencia en este trabajo y por las cuales hemos concluido que para el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano, el inicio de la vida se verifica en el momento de la concepción; sin ánimo de repetir, pero si de lograr sistematizar, veamos brevemente el marco legal de protección del embrión:

a. Al final del primer inciso del Art. 45 de la Constitución de la República se establece que “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y

protección desde la concepción”; cuando esta norma, utiliza el término “incluido”, no hace sino dejar claro que el reconocimiento y garantía de la vida contiene o lleva implícito el cuidado y protección desde la concepción. Entendemos que la intención del constituyente fue dejar en claro que se reconoce y garantiza la vida del embrión desde la concepción, con lo cual ya se le otorga una categoría jurídica.

Por otra parte, se deben tener en cuenta dos normas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Por una parte, el Art. 2 de dicho cuerpo legal señala que “Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad”, con lo cual, cuando se establece dentro de los sujetos protegidos a “todo ser humano” desde su “concepción”, resulta claro que se da al embrión la categoría de ser humano y se le dota de la protección jurídica. Por otra, el Art. 20 señala:

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.

De esta forma, el Código garantiza la vida de los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción; así, se encuentra vedada cualquier forma que limite la vida desde la concepción; ante lo cual, cabe preguntarnos ¿qué sucede con las técnicas de reproducción asistida que llevan a desechar embriones?, ello evidencia la necesidad de regular las técnicas de reproducción asistida en Ecuador.

La misma norma consagra un deber jurídico para el Estado, la sociedad y la familia, cuando dice que es su obligación el asegurar por todos los medios a su alcance, la “supervivencia y desarrollo” de los niños, niñas y adolescentes, y en la forma como está escrita la norma, se entiende desde la concepción.

Un aspecto normativo muy importante, es el contenido en el segundo inciso de la norma citada; sobre el cual se debe reflexionar en relación a las técnicas de reproducción asistida. Cuando la norma expresamente prohíbe los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas “desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes”, queda claro una vez más el reconocimiento de ser humano del embrión, y cierra la posibilidad en Ecuador a algunos de las técnicas de reproducción humana asistida como es la clonación humana reproductiva y la selección de embriones. Encontrándose también prohibida la utilización de cualquier técnica o práctica

que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.

b. En armonía con lo anterior, se debe tener presente el numeral 1 del Art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. Y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” que señala sobre el derecho a la vida, “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

c. Ya hemos señalado que en el Código Civil en el Artículo 61 dispone que se proteja la vida del que está por nacer y el Artículo 63 del mismo cuerpo legal establece que los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe.

Si bien a la luz del Código Civil ecuatoriano, es claro que el nacimiento es el comienzo de la personalidad de las personas naturales, consideramos que debemos entenderlo en tal sentido, esto es, a la personalidad como el conjunto de facultades necesarias para ser sujeto en las relaciones jurídicas. Sin embargo, a efectos de protección –como ser– hemos advertido que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia le da al embrión la categoría de ser humano.

d. Entre los delitos contra la salud, regulados en el Código Orgánico Integral Penal, en el Art. 214, encontramos que será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, la persona que manipule genes humanos alterando el genotipo, con finalidad diferente a la de prevenir o combatir una enfermedad; en consecuencia, la manipulación de genes humanos que altere el genotipo está penada, siendo la excepción la de prevenir o combatir una enfermedad. De tal forma, correspondería analizar y delimitar en qué casos y cuándo la reproducción asistida que entraña la manipulación de genes, sería posible en Ecuador.

Por la misma norma, se sanciona con pena privativa de libertad de siete a diez años, la persona que genere seres humanos por clonación; con lo cual, consideramos que la clonación humana reproductiva está prohibida en Ecuador.

e. Si se tratara de ampliar el estatus jurídico del embrión en Ecuador, y por cuanto las técnicas de reproducción asistida se van relacionando con el genoma humano, es decir pueden ser vistos como un área para sus aplicaciones. Es importante tener presente la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 29º reunión en 1997), por la cual se establece que “el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad” (Artículo 1).

Establece también que ninguna investigación relativa al genoma humano, ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos (Artículo 10).

La Declaración categóricamente señala que no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos; invitando a los Estados y a las organizaciones internacionales a identificar estas prácticas y a que adopten las medidas que corresponda para asegurar que se respeten los principios enunciados en la misma (Artículo 11).

Como mecanismo para lograr los fines establecidos en la Declaración, en ella se conmina a que los Estados reconozcan el interés de promover, en los distintos niveles apropiados, la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas, encargados de apreciar las cuestiones éticas, jurídicas y sociales planteadas por las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones (Artículo 16).

Cabe indicar que en Ecuador mediante Acuerdo Ministerial 0218 (Registro Oficial 313, 25-IV-2001) se creó el Comité Nacional Ecuatoriano para el Genoma Humano y los Derechos Humanos, siendo sus siglas C.G.H., entidad dependiente del Despacho Ministerial del Ministerio de

Salud Pública, el que es el encargado de la coordinación para el manejo de los recursos del Genoma Humano y los Derechos Humanos del Ecuador.

De igual manera, si se tratare de ampliar el estatuto jurídico del embrión y regular con mayor especificidad las técnicas de reproducción asistida en Ecuador, se debería tener presente la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, cuyos objetivos son velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que esos datos provengan, atendiendo a los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad y a la vez prestando la debida consideración a la libertad de pensamiento y de expresión, comprendida la libertad de investigación. Además, establece los principios por los que deberían guiarse los estados para elaborar sus legislaciones y políticas sobre los temas antes indicados; y sentar las bases para que las instituciones y personas interesadas dispongan de pautas sobre prácticas idóneas en los mismos.

Las dos declaraciones antes indicadas son muy importantes si consideramos que hoy en día, entre los problemas serios de la bioética se encuentran la biotecnología en general, la manipulación genética, la clonación, el diagnóstico prenatal, la experimentación con embriones, y muchos de estos temas relacionados

con la reproducción asistida. Por ejemplo, para aclarar su importancia, pensemos el conflicto ético jurídico de dejar al criterio de los padres la intervención en el genoma del óvulo fecundado, ¿cómo resolverlo?

¿Es un derecho el ser padres?

Siguiendo a Luis Recasens Siches, en su obra *Filosofía del Derecho*, cuando nos habla del uso de la palabra derecho en sentido subjetivo, como cuando utilizamos la frase “tener derecho a...”, nos dice que naturalmente, se trata siempre la facultad de exigir de otro una determinada conducta, pues, aunque parecería que nos referimos a una facultad de un comportamiento propio, lo que se expresa en tal proposición es que “tengo derecho a exigir de otro (u otros) que no me impida o perturbe determinada actividad mía, o que él realice una determinada conducta” (Recasens Siches, 2010).

De tal forma –dice Recasens Siches– el derecho en sentido subjetivo (facultad de una persona) se opone correlativamente a un deber jurídico (como conducta exigida a un sujeto, como algo exclusivamente fundado en la norma jurídica); entendiendo que el derecho en sentido objetivo, esto es como norma, al proyectarse sobre situaciones concretas, determina derechos subjetivos y deberes jurídicos en correlación. El referido autor señala tres figuras típicas de derecho subjetivo: **i.** El derecho subjetivo como mero reverso material de un deber

jurídico de los demás, impuesto por la norma con independencia de la voluntad del titular del derecho (ejemplo: derecho a la vida, derechos de libertad); **ii.** El derecho subjetivo como pretensión (ejemplo: requerir el pago de un crédito mediante una demanda); y, **iii.** El derecho subjetivo como poder de formación jurídica (ejemplo: contraer matrimonio, otorgar testamento)(Recasens Siches, 2010).

Cabe preguntarse, ¿existe un derecho a ser padres?, para responder esta pregunta debemos partir considerando que la procreación no depende exclusivamente de situaciones controlables e imputables a la voluntad humana. Con el fin de ampliar este tema podemos hacer referencia a Santiago Gabriel Calise que, en un artículo titulado “Dos justificaciones de la clonación humana reproductiva: el deseo del hijo y el valor de la vida”, realiza un análisis que puede servir, no sólo para el caso de la clonación humana reproductiva, sino en general sobre el valor y alcance de “el deseo del hijo”; señala que

en la sociedad contemporánea, este deseo del hijo es frecuentemente percibido como vector de una exigencia o reivindicación que se expresa como “derecho al hijo”, “derecho a la reproducción” o “libertad de procrear”. Entonces, Gaille se hace la pregunta respecto de las razones por las que una sociedad decide responder positiva o negativamente a un pedido de ayuda, que significa otorgarle todas las chances a una persona

o pareja deseosa de tener un hijo” (Calise, 2014).

Lo que expone Santiago Gabriel Calise en su artículo, resalta un hecho que parece ser cierto: “la “instrumentalización” orientada por la satisfacción del deseo de tener un hijo es algo legítimo casi con orgullo por esta sociedad”; la pregunta puede ser ¿es ético?. Además, demanda determinar como cuestión central si el Estado otorga el derecho o no, de acceder a la asistencia médica para la procreación.

Por ello reflexiona sobre la idea de “libertad reproductiva” y la de “solidaridad”.

Señala que según Gaille,

la idea de libertad reproductiva lleva a ignorar si la asistencia requerida por una persona o pareja será otorgada o no por parte de la sociedad y a nombre de qué argumento. Esta idea puede acarrear dos ilusiones: que el acto reproductivo depende de una “libertad”, cuando, en realidad, es tributario de factores contingentes sobre los que el ser humano tiene solamente un dominio relativo; que está, a priori, justificado que una sociedad ponga todos los medios a disposición para que sus miembros puedan procrear, mientras que el fundamento de esa asistencia debe ser justamente concebido y explicitado. Por lo tanto, el acto reproductivo no conduce directamente hacia el ejercicio de una libertad, sino que, cuando una persona

o pareja demandan de la asistencia médico-reproductiva.

Mientras que los principios de solidaridad

serán fundamentalmente dos: uno, orientado por un Estado que estima que es de su interés personal; otro, que entiende que la procreación corresponde a un “interés” o “bien” fundamental, que tiene que ser fomentado y favorecido por todos los medios”. Expone la idea de que “el deseo del hijo puede ser entendido como un “bien” esencial para la realización de ciertos seres humanos, aunque su ausencia no marque que esta vida deje de tener valor. Por lo tanto, conviene favorecer su realización en nombre de la solidaridad procreativa, pero, como este deseo no es compartido por todos, no puede devenir en vector de una norma de la vida humana.

Sin embargo, señala que,

la sociedad puede decidir que no conviene ser solidarios en relación con el deseo del hijo, estimando, por ejemplo, que es más importante ayudar a sus miembros en otros planos. Pero también la sociedad podría no aceptar la visión que considera al deseo del hijo como una dimensión fundamental de la vida “verdaderamente humana”.

A nuestro criterio, la condición de padres está dada por un hecho de la

naturaleza, cosa distinta es el resolver si se es o no padres (considerado como uno de los derechos reproductivos), y en los casos en los que la ciencia y la tecnología puede ayudar a esta función (pues puede ser analizado como un derecho el acceso a dichos medios), se debe analizar si los medios empleados afectan la dignidad humana. No consideraríamos que el acceso a las técnicas de reproducción asistida puedan condicionar el gasto público (dejamos expresado que en otros países si; incluso se plantea a la infertilidad como enfermedad ante la que el Estado debe prestar su auxilio económico). En cualquier caso, el derecho a procrear no puede incluir el derecho a tener ese hijo por cualquier medio, ni consideramos que pueda decidir qué tipo de hijo tener.

Aspectos jurídicos que debería contemplar la legislación ecuatoriana

Entre los aspectos que se deberían regular en la legislación ecuatoriana se encuentran los siguientes:

Acceso a las técnicas de reproducción asistida

Uno de los aspectos fundamentales que se debe regular es sobre quienes pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida; generalmente podríamos pensar que serían las parejas constituidas en matrimonio o uniones de hecho. En los países que vienen aplicando desde tiempo atrás las técnicas de reproducción

asistida, consideran que el derecho a acceder a las mismas es independiente de la orientación sexual y del estado civil de las personas.

En el caso del Ecuador, la implementación de una regulación, debe considerar sus instituciones jurídicas como la familia, el matrimonio y la de las uniones de hecho. Es el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador el que establece que se reconoce la familia en sus diversos tipos, ante lo cual en el caso ecuatoriano debe ser analizado, discutido y aún darle contenido, aún más en la relación que tendría con las técnicas de reproducción asistida, a fin de evitar situaciones que se podrían considerar anómalas en la sociedad. Por otra parte esta misma norma señala que el Estado la protegerá a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Se señala que las familias se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Nuestra Constitución dispone que el matrimonio sea entre hombre y mujer (Art. 67), mientras que reconoce la unión de hecho señalando que

la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias

constituidas mediante matrimonio (Art. 68).

Sin embargo, debe analizarse la implicación de la disposición contemplada en el Art. 68 de la Constitución de la República, en relación a las técnicas de reproducción asistida, esto es: "La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo". En otras palabras, la reproducción asistida podría ser la puerta para flanquear el mandato constitucional. Hay otros aspectos que deben ser resueltos. Por ejemplo ¿podrían acceder la mujer sola, o el varón solo, haciendo uso de embriones donados, o concebidos con su pareja anterior o fallecida?, ¿cuáles son las condiciones médicas que debe tener una persona para poder acceder a las técnicas de reproducción?, entre otros aspectos. Así, advertimos que el debate puede ser fuerte, pero consideramos que es necesario.

Los bancos de embriones, óvulos y semen: La situación jurídica de los donantes (especial referencia al anonimato); la custodia de embriones; destino de embriones no utilizados, diagnóstico prenatal y preimplantacional; la manipulación genética

Para muchos de los casos de búsqueda de un hijo, no son suficientes los mecanismos a través de los cuales se fecunda el óvulo y el espermatozoide de una pareja, pues podría ser que el problema de fertilidad esté dado por la mala

calidad o la inexistencia de uno de estos. Asimismo, se encuentran imposibilitados de ello las unidades monoparentales y homoparentales. Para solventar lo expuesto, existen bancos de gametos: óvulos y semen o bancos de embriones. Estos son establecimientos en donde se mantienen congelados y almacenados tanto óvulos como semen hasta que alguien los requiera. Asimismo, los bancos de embriones son establecimientos en donde se fecunda el óvulo, formando así un embrión que luego es conservado bajo congelación hasta que sea requerido. Estos bancos se alimentan de donantes que acuden para entregar su muestra, siendo este un acto voluntario. Hay quienes además establecen que este acto debe ser anónimo y altruista. Es justamente de este acto altruista que se denomina como donantes a quienes entregan sus muestras. Sin embargo, en la práctica resulta que estas donaciones en la gran mayoría de casos tienen una retribución económica.

Para algunos expertos, la donación de óvulos se hace principalmente con fines altruistas, pues las molestias, así como los efectos colaterales que tiene la misma no se encuentran compensados con el valor que se le entrega a la mujer por ello. Al contrario, para la donación de semen, se reconoce que la principal motivación es la compensación económica que reciben. (Igareda, 2016). Más allá de ello, lo claro es que por la donación, el donante recibe una cantidad de dinero, y el banco a su vez, recibe una cantidad de dinero por su actividad de mediación. Por lo tanto es indispensable

que los ordenamientos jurídicos regulen estos procesos de donación, así como la posibilidad o no de establecer una compensación económica. Asimismo, es importante que el ordenamiento jurídico determine si esta compensación económica corresponde al gameto o si corresponde en el caso del donante a las molestias y efectos colaterales que sufre y en el caso del banco corresponde a la conservación, así como a los análisis que deben hacerse tanto al semen como al óvulo y al embrión. Por lo tanto, ni el gameto ni el embrión estarían como objetos dentro del comercio de un Estado.

La gran parte de ordenamientos jurídicos que regulan sobre este tema, establecen que la motivación principal para dicha donación debe ser el ánimo de ayudar.

En España por ejemplo, aunque se trata de un negocio jurídico que presupone una motivación altruista y desinteresada, la propia ley establece la posibilidad de una compensación económica por las molestias y desplazamientos de los donantes. Esta cantidad de dinero no es fija y en España es el Ministerio de Sanidad quien determina la cuantía aproximada, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Finalmente es la clínica de fertilidad la que decide cuánto pagar, pero siempre dentro de los rangos legales permitidos. Estas cantidades oscilan entre los 600 y 1.000 euros en el caso de la donación de óvulos, y

entre los 50 y 70 euros en la donación de semen (Ilgareda, 2016, p. 4).

Existen legislaciones europeas en donde se establece como parte de la compensación a los donantes, el derecho a conocer el destino de sus gametos donados, pues es normal que ellos quieran saber el destino de dicho acto. (Ilgareda, 2016)

Ahora bien, en cuanto al anonimato, hay quienes lo vinculan directamente con el carácter altruista de los donantes. Sin embargo, para muchos es una de las razones principales para que las personas realicen su donación, pues incluso a nivel social estaría mal visto desentenderse de una vida que en algún momento nacerá. Una excepción reconocida por los ordenamientos jurídicos que regulan la donación de gametos es la aparición de una enfermedad de origen genético, sin embargo, dicha información deberá ser manejada con la precaución necesaria para que no se difunda.

Más allá de ello, el carácter anónimo de estas donaciones trae consecuencias importantísimas para el derecho, dentro de las que está principalmente la filiación. Este es un tema que, si bien lo trataremos más adelante con detalle, merece detenernos brevemente para reflexionar.

El centro de la discusión radica en el hecho de si el donante de gametos puede renunciar a la paternidad o maternidad, y por la otra, si con la aceptación de la donación y la fecundación con el gameto o gametos donados se genera el vínculo jurídico

paterno-materno filial de un hijo que no lo es biológicamente.

En otras palabras, mientras que en la reproducción biológica es la fecundación que procede de la relación sexual la que determina la filiación, sin importar que el padre o la madre o ambos manifestaran su voluntad de querer procrear, en la adopción lo que determina la filiación, además del cumplimiento de los requisitos legales, es la voluntad de unas personas que no han procreado al niño, pero que quieren ser padres. Pero, en el caso de las técnicas de reproducción asistida, no es clara la determinación de la filiación de los nacidos mediante estas técnicas, con especial atención a las que suponen la intervención de terceros como donantes de gametos o madres subrogadas y en el caso de fecundación post- mortem. (Bernal, 2013, p. 139)

En cuanto al anonimato, también vale estudiar el alcance del mismo frente al derecho constitucional de conocer nuestra identidad genética. En el Ecuador, no existe regulación sobre la donación de gametos, así como tampoco sobre los bancos de gametos o embriones. Sin embargo, han existido intentos de regulación tales como el Proyecto de Ley Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica de donación y trasplante de órganos, tejidos y células en donde se pretende crear un Registro único de Donantes de óvulos y espermatozoides, así como los requisitos para realizar dicha donación.

Ello significaría un gran cambio a este cuerpo normativo, pues actualmente su Artículo 9 expresamente manifiesta que las disposiciones de esta Ley no serán aplicables para los casos de donación de espermatozoides y óvulos.

Colombia, por su parte, regula lo relativo a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos, y en particular su trasplante e implante en seres humanos, así como el funcionamiento de los denominados Bancos de Componentes Anatómicos y de las Unidades de Biomedicina Reproductiva.

El Artículo 2 del Decreto 1546 de 1998 expedido por la Presidencia de la República de Colombia (1998), modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, reglamentario de las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988 (Presidencia de la República de Colombia, 2004), trata de las definiciones, establece en relación con la donación de gametos y preembriones que serán utilizadas en las Unidades de Biomedicina Reproductiva, lo siguiente:

Donante de gametos o preembriones. Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos.

Donante homólogo: Es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.

Donante heterólogo. Es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.

Receptor. Es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan componentes anatómicos biológicos.

Receptora de gametos o preembriones. Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos. (Bernal, 2013, p. 139)

De la legislación colombiana se desprende que se permite mantener el anonimato del donante y por lo tanto la renuncia de paternidad o maternidad por parte de este y a su vez, el receptor acepta el vínculo de filiación jurídico.

Investigaciones realizadas por Pennings, Daniels, Lalos, Res y Ravalingien concluyen que cuando se elimina el anonimato de la donación, el perfil del donante cambia, y se trata de hombres mayores, generalmente casados y con hijos, preparados para donar y que incluso desean que se conozca su donación (en Igareda, 2016).

Un punto importante a ser considerado en el presente trabajo es la obligación que tienen los Estados de exigir que se proporcione toda la información sobre los efectos colaterales y los riesgos a los donantes, especialmente a las mujeres,

pues el proceso de donación de óvulos es de mayor complejidad y requiere de la administración de medicamentos, así como de procedimientos invasivos para el cuerpo.

Siguiendo con nuestro estudio, corresponde entonces analizar los procedimientos de conservación de embriones, los estudios que se realizan a estos para determinar la existencia de enfermedades genéticas y finalmente el destino que debe darse a los embriones no utilizados.

Los bancos de embriones son responsables de la conservación de ellos. Para ello deberán tomar todas las medidas técnicas de protección, higiene y medidas tecnológicas a fin de garantizar la crioconservación de los embriones en óptimo estado. Si miramos a la crioconservación desde la óptica del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sabemos que estamos hablando de vida. Por ello es indispensable que el Estado regule la existencia de estos establecimientos, así como las condiciones mínimas que deben cumplir para garantizar la correcta preservación. Un incumplimiento a ellas, en nuestro ordenamiento jurídico, podría tener consecuencias incluso de naturaleza penal, tal como está concebido el derecho a la vida y su protección.

Respecto de los estudios que se hacen a los embriones para establecer la existencia de enfermedades genéticas, se presentan algunas consideraciones importantes en el campo del derecho y de la bioética. La Organización Mundial de la

Salud (OMS) incluye en sus lineamientos al respecto

que todos los individuos deben tener el derecho de conocer sus riesgos genéticos y riesgos de su descendencia, deben ser educados acerca de esos riesgos y deben tener la opción accesible de una terminación segura de la gestación en casos de fetos afectados, si así lo desean los futuros padres (en Casagrandi, Zaldívar, Nodarse y Carballo, 2005).

Es entonces importante saber que existen algunos estudios a ser realizados, el primero de ellos es conocido como diagnóstico prenatal, este se realiza de manera intra uterina. Debe ser absolutamente voluntario, deberá además ser reservado y del resultado dependerá el tratamiento y los procedimientos a seguir. Claro está que las alternativas de procedimientos dependerán del ordenamiento jurídico en donde se encuentre, pues hay ordenamientos jurídicos en donde se permite la interrupción del embarazo en función de la enfermedad de que se trate y su compatibilidad o no con la vida.

También se encuentra el Diagnóstico Preimplantacional, mismo que supone la realización de una fertilización in vitro, seguido de la extracción de una o dos células antes de la transferencia de los embriones al útero, para realizar el diagnóstico genético y transferir solamente los que estén libres de la afección estudiada. (Casagrandi, Zaldívar, Nodarse y Carballo, 2005, p. 4)

Los dilemas éticos están relacionados con aquellos embriones en donde se determina la presencia de la enfermedad, así como de aquellos embriones que no van a ser utilizados, pues la fecundación in vitro supone la creación de más embriones de los que serán utilizados. Para solventar este tema, deberán tomarse en cuenta los enfoques que se le han dado al embrión.

Según Draper y Chadwick, los diferentes enfoques que se le han dado al embrión y su estatus pueden resumirse en una de las tres formas siguientes:

1. El embrión no tiene ningún estatus moral, por lo que la madre tiene entonces el derecho de disponer del embrión como cualquier otra parte de su cuerpo, con las idénticas consideraciones éticas.
2. El embrión debe tener el mismo estatus moral que un ser humano, puesto que después de la fertilización se establece un único genotipo que puede evolucionar hacia un ser humano. Desde este punto de vista el embrión tiene sus propios derechos y los intereses de la madre no son relevantes para el embrión.
3. El embrión es un ser humano potencial y debe ser manejado con dignidad, tiene derechos que deben ser valorados en conjunto con los de los padres y la sociedad, en el proceso de toma de decisiones. (Citado

por Casagrandi, Zaldívar, Nodarse y Carballo, 2005, p. 4)

Con lo expuesto, dependerá del enfoque con el que miremos al embrión o al feto, para llegar a la conclusión sobre el destino del mismo en los casos antes invocados, pues de la concepción moral que le demos, trataremos al feto o al embrión como un paciente o respetaremos el deseo de los padres. Nuevamente nos encontramos frente a la necesidad de determinar el inicio de la vida y desde cuándo el feto es considerado persona. Reiteramos que, en el caso ecuatoriano, el inicio de la vida está en la concepción, por lo tanto, las regulaciones entorno al diagnóstico preimplantacional y prenatal deberán guardar coherencia con ello. Asimismo, deberá guardarse la misma coherencia respecto de los embriones no utilizados.

Vale también, tomando las palabras de Casagrandi, Zaldívar, Nodarse y Carballo recordar que en las últimas décadas se ha dejado de considerar al feto como un apéndice de la madre para ser considerado como un paciente real con derechos propios y merecedor de todo el respeto posible. Este cambio de concepción ha contribuido considerablemente al desarrollo de una nueva rama médica, la Medicina Fetal o Medicina Materno-Fetal (Casagrandi, Zaldívar, Nodarse y Carballo, 2005, p. 6).

Siguiendo con el estudio del manejo de embriones, hemos creído importante

abordar brevemente acerca la posibilidad de manipulación genética.

El gran avance que ha tenido la genética en los últimos años y, particularmente, aquello relacionado con el desciframiento del genoma humano, ha traído a la discusión pública la posibilidad concreta de manipular genéticamente a los seres humanos. El mejoramiento o perfeccionamiento genético de los seres humanos, denominado eugenesia, actualmente se ha convertido técnicamente en una realidad, motivando una profunda reflexión de tipo ético. La pregunta básica es la siguiente: aquello que es técnicamente posible de realizar ¿es ético hacerlo? ¿Tienen derecho los padres a acceder a la tecnología genética para mejorar las características de sus hijos? (Santos, 2006)

Llegamos entonces a una ingeniería genética en donde los padres podrían escoger características para sus hijos tales como estatura, inteligencia, etc. Vale destacar que científicamente la ecuación fundamental de la genética es el genoma más ambiente = fenotipo. Por lo tanto, incluso con la modificación al genoma, no se puede asegurar el resultado, pues existe el ambiente como factor adicional. Ya sobre este tema nos pronunciamos en líneas anteriores al referirnos al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por ello, habrá que considerar lo que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto de la manipulación genética.

La filiación y el derecho de las personas procreadas por métodos de reproducción asistida a conocer su origen genético

Según Abello, "la filiación es la relación entre dos personas, el engendran- te y el engendrado² (Citado por Bernal, 2013, p. 4). Sin embargo, sabemos que la filiación no solamente está dada por el engendran- te, sino que puede tener su origen en otras situaciones. Sin embargo, la filiación es la relación de parentesco entre padres e hijos.

Aunque la regulación jurídica de la relación paterno-materno filial descan- sa en gran parte en la verdad biológi- ca, pues la maternidad se determina por el parto y es padre el hombre que aportó los espermatozoides, también nuestra legislación acepta la exis- tencia de un vínculo jurídico entre un niño, y un padre y una madre que no lo han engendrado, vínculo que se gene- ra con la adopción y que produce los mismos efectos jurídicos que la filia- ción biológica (Bernal, 2013, p. 4).

La Autora, Julia Sandra Bernal Crespo, habla sobre el tratamiento de este tema desde la legislación colom- biana, sin embargo, lo propio sucede en nuestro ordenamiento jurídico.

Según Sanz, con las técnicas de re- producción asistida se puede produ- cir una disociación entre sexualidad y procreación, entre procrear y la paternidad o maternidad, lo que pone

en entredicho los conceptos clásicos de maternidad y paternidad desde el punto de vista biológico y jurídico (en Bernal, 2013, p. 4).

Vale entonces estudiar lo que al respecto dice nuestra legislación en el Código Civil cuando en el Art. 24 estable- ce la filiación materna y paterna por haber sido concebida dentro del matrimonio o la unión de hecho, presunción que ad- mite prueba en contrario con la corres- pondiente impugnación de la paternidad.

En el caso en que la fecundación se produzca con un gameto de donante heterólogo -no proveniente del cón- yuge o compañero permanente-, nos encontramos con que el padre bio- lógico es diferente al padre jurídico, pues con la presunción de paternidad el padre jurídico sería el cónyuge o compañero permanente.

En el supuesto en que mediante la técnica de fecundación in vitro el embrión a implantarse sea producto de la pareja, pero la madre gestante sea otra, el niño tiene por padres genéticos a los cónyuges o compañeros permanentes, pero ju- rídicamente estamos bajo la presunción de maternidad, por el hecho del parto, de la madre gestante o portadora (Bernal, 2013, p. 6)

Se ha dicho que

para determinar la filiación de los naci- dos por TRA heteróloga (con contribu- ción de donante), pueden distinguirse dos criterios: genético (representado

por aquellos que aportan los gametos) y volitivo (representado por quienes acuden a los centros de reproducción con la intención de tener un hijo, con “voluntad procreacional”)... la legislación española otorga más valor al elemento volitivo -confirmado con el consentimiento por escrito- que al genético a la hora de asignar la filiación (Enguer Gonsálbez y Ramón Fernández, 2018).

En el Ecuador, la filiación se establece fundamentalmente por el parto, situación que, como veremos más adelante, traería consecuencias importantes en los casos de vientre subrogado.

En el Derecho Español, cuando se trata de donación de gametos o preembriones con fines reproductivos, en España la Ley 14 de 2006 consagra en su artículo 5º la necesidad del consentimiento escrito entre los donantes y el centro autorizado.

En cuanto a la determinación legal de la filiación que se encuentra regulada por el artículo 8, establece en el numeral 1º que “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación”7. En el numeral 3º del mismo artículo se consagra que “la revelación del donante no implica en ningún caso determinación

legal de la filiación” (Reino de España, ley 14 de 2006, 2006).

El artículo 9 que trata sobre premonición del marido consagra la necesidad del consentimiento previo del marido para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce (12) meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que produce la filiación matrimonial.

Consagra, además, la presunción de consentimiento 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.

El artículo 10 sobre Gestación por sustitución establece en su numeral 1º la nulidad de pleno derecho el contrato de gestación, con o sin precio. Como consecuencia de lo anterior, en el numeral 2º determina que la filiación materna será determinada por el parto, y en el numeral 3º, faculta al padre biológico para entablar la acción de reclamación de la paternidad. (Bernal, 2013, p. 7)

Ahora bien, de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 92, toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a

los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico.

El mismo cuerpo normativo en el artículo 76 numeral 28 establece el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. Con ello entonces, puede en un momento determinado prevalecer el derecho de las personas a conocer su identidad, sus datos genéticos frente al derecho de anonimato de un donante de gametos (origen genético).

El vientre subrogado: La filiación dada por el parto o por el origen genético; el proyecto del Código Orgánico de la Salud; y, sus conexiones sociales

El vientre subrogado es una forma de reproducción asistida en la que una mujer accede a gestar el hijo de otras personas.

Los posibles beneficiarios de la legalización de la gestación subrogada serán, en primer lugar, las parejas heterosexuales con problemas de fertilidad o con imposibilidad de gestación

por riesgo cierto para la madre. También aparecen como posibles beneficiarios de esta medida las parejas de hombres homosexuales y, en menor representación, las unidades monoparentales. La fertilización puede producirse con óvulos y espermatozoides propios de la pareja. O por bases genéticas ajenas. También mixtas (Instituto Murciano de Fertilidad S.L.P. Unipersonal, 2015, en línea).

Como ya se indicó en líneas anteriores, en nuestro sistema, la filiación se fija por el parto, razón por la que los casos de vientres subrogados encontrarían un problema al momento de establecer la maternidad. Será entonces importante regulación sobre el tema, a fin de que la filiación quede determinada de correcta manera, evitando así eventuales problemas entre los padres biológicos, la madre gestante, y los beneficiarios del vientre subrogado. Pues está claro que, tal como se ha manifestado, pueden tratarse de distintas personas.

El Proyecto de Código Orgánico de la Salud propone una regulación sobre la maternidad subrogada, en donde se prohíbe cualquier clase de contraprestación económica por ello con la finalidad de evitar que esta se convierta en un negocio. Sin embargo, la intención de dicha normativa es que los gastos de controles médicos, gastos relacionados con el cuidado en el período de gestación, gastos de movilización, así como los gastos del parto deberán correr por cuenta de la persona beneficiaria. Además, este

proyecto incluye la obligación de contar con consentimientos informados.

El caso del vientre subrogado también trae consigo connotaciones de índole social, pues el acceso a ello estaría solamente limitado para personas con recursos. Además existen numerosos estudios que demuestran que la posibilidad de subrogar el vientre termina convirtiéndose, en muchos de los casos, en una puerta para abusos por parte de personas económicamente más pudientes. Adicionalmente, quien preste su vientre para gestar un hijo ajeno, deberá dimensionar la separación al momento del parto, pues si bien reconoce que genéticamente es hijo no es suyo, no es menos cierto que en la etapa de gestación desarrolla un vínculo afectivo importante.

Breve referencia a la situación de los embriones en relación a su destino

Sabemos que la crioconservación de embriones es el proceso de congelación de embriones para ser utilizados posteriormente en tratamientos de reproducción asistida. El origen de estos embriones podría ser de embriones restantes de un tratamiento de reproducción asistida previo, en tal caso se los utiliza para efectuar un nuevo intento en caso de no haber logrado el embarazo, o en futuros intentos en caso de querer ampliar la familia; o, podrían ser de embriones cultivados particularmente para su almacenamiento y uso futuro, con la finalidad de preservar la fertilidad. En

este caso los embriones son mantenidos en nitrógeno líquido y los criterios que deben cumplir para su congelación son estrictos (Innaifest Centro Nacional de Reproducción Asistida, 2018).

Los embriones “pertenecen” a los pacientes y la obligación de la clínica o centro de fertilidad, es asegurar su custodia. Se puede mantener congelados los embriones por tiempo indefinido, pero generalmente son los Centros o Clínicas de Fertilidad las que establecen las políticas sobre el tiempo de conservación, claro está que en el caso de los países que han regulado estas técnicas establecen deberes jurídicos al respecto; en algún caso, el límite que ha establecido una clínica española para realizar las técnicas de reproducción asistida es hasta los 50 años, y cada dos años los pacientes son contactados para confirmar que desean seguir conservando sus embriones congelados para realizar un nuevo intento (Clínica de Reproducción Asistida Eugin, 2018). Pues la Ley española determina que si durante dos renovaciones consecutivas (la renovación es cada dos años) no es posible obtener la firma de los pacientes manifestando su consentimiento, los embriones pasan a disposición de los centros, los que pueden destinarlos a los fines permitidos por la ley.

Podemos por lo tanto advertir, que en relación a los embriones que se encuentran congelados, se puede derivar una serie de conflictos tanto éticos como jurídicos. En el ámbito ético, el conflicto se encuentra en relación al inicio de la vida,

si afirmamos que el embrión constituye el inicio de un ser humano, saltan cuestionamientos en torno a su generación, selección y el descarte de aquellos que no cumplen con los requisitos impuestos o los que no se han utilizado. En el ámbito jurídico existen varios aspectos a considerar, por ejemplo, ¿a quienes “pertenece” los embriones (dejando claro que no son cosas)?; ¿cuál es su estatuto jurídico mientras están en este estado?; ¿cuál es su situación en los procedimientos judiciales de divorcio de los progenitores?; ¿cuál es su destino en caso de la expulsión de sus padres extranjeros en situación irregular?; ¿cuál es su destino en caso de fallecimiento de sus padres?; ¿en caso de fallecimiento de sus padres, pueden terceras personas hacer uso de esos embriones?; ¿cuándo se pueden donar los embriones?; ¿cuándo la clínica puede desechar unilateralmente los embriones?; entre otras tantas interrogantes.

En consecuencia, al momento de regular la reproducción asistida en el Ecuador, la normativa que se proponga deberá dar respuesta a estos y a otros cuestionamientos. La decisión acerca del destino está íntimamente relacionada con la consideración bioética que se tenga del estatuto del embrión. Veamos brevemente lo que sucede en España. Pablo Enguer Gonsálbez y Francisca Ramón Fernández señalan que en las técnicas de FIV y de ICSI suelen generarse un mayor número de embriones de los necesarios para un ciclo de una mujer, y que en España la Ley de la materia prohíbe transferir más de tres embriones en cada

ciclo reproductivo, para evitar los riesgos asociados a los embarazos múltiples y el recurso a la reducción embrionaria. De tal forma –señalan–, los embriones sobrantes se encontrarán entre las siguientes opciones:

- Utilización por la propia mujer o su cónyuge.- En tal caso se pueden dar las siguientes posibilidades:

- a. Nos dicen los referidos autores que si la cesión es para el uso reproductivo “por la propia mujer”, es decir, únicamente a esta y no al otro miembro de la pareja, solo nos podemos encontrar a su vez en dos situaciones:

- i. Separación o divorcio de la pareja y acuerdo entre ambos (autorización del exesposo o compañero sentimental) para la transferencia de embriones a la mujer; en tal caso señalan que ninguno de los miembros de la pareja podrá impugnar la filiación del hijo nacido y ambos son irrevocablemente los progenitores. Por lo tanto, el varón está obligado como padre.

- ii. Fecundación post mortem. En España consiste en la posibilidad de utilizar por parte de la esposa o de la compañera de un varón fallecido, del semen de este o los embriones generados con sus espermatozoides con el fin de engendrar un hijo. La pregunta que podemos hacernos es si en el caso del Ecuador cabría tal posibilidad, y más allá, la utilización por parte del varón, o de terceros parientes de

los progenitores, utilizando la maternidad subrogada, para tener un hijo. Evidentemente, esto trae fuertes problemas éticos.

b. Señalan también que si la cesión es para uso reproductivo del cónyuge, la legislación solo ha podido referirse a un cónyuge femenino, ya que si se tratara de un cónyuge masculino no se estaría respetando el anonimato de las donaciones (sería una donación dirigida de la mujer progenitora a la receptora del embrión) ni la prohibición de la gestación por sustitución en el caso español, en caso de que el varón deseara tener un hijo a título personal.

- Donación con fines reproductivos.
- Donación con fines de investigación.- Señalan que para ello, la pareja o la mujer sola deben ofrecer un consentimiento por escrito para realizar esta donación a proyectos concretos, previa explicación del objetivo que se busca en la investigación y demás implicaciones que acarrea; estos proyectos deben ser autorizados por un ente de control y el consentimiento puede ser revocado sin que afecte a la investigación realizada.
- Cese de la conservación sin otra utilización.- Nos dicen los referidos autores que, este es el único de los destinos que puede llevarse a cabo cuando se haya agotado el plazo máximo de conservación de los embriones, que a su vez está dado

cuando la potencial receptora deja de reunir las condiciones clínicas para que se le practique una técnica de reproducción asistida (Enguer Gonsálbez y Ramón Fernández, 2018).

Por ello insistimos, que la decisión acerca del destino de los embriones está profundamente relacionada con la consideración bioética que se tenga del embrión.

El resarcimiento de daños al embrión por prácticas médico sanitarias

Consideramos que otro de los aspectos que debe contemplar la legislación, es la responsabilidad de los centros o clínicas de reproducción asistida por daños que se puedan causar al embrión, en razón de las prácticas médicas; consideramos que la responsabilidad generalmente se daría por malformaciones genéticas.

CONCLUSIÓN

Advertimos que hemos tratado de esbozar los asuntos fundamentales de tensión en relación a las técnicas de reproducción asistida, la importancia del estatuto ético y jurídico del embrión y lo que se deberían normar en la legislación ecuatoriana, sin embargo, la problemática relacionada al tema es muy amplia, y sus incidencias éticas y jurídicas muy complejas, que para tratarlas con profundidad se necesita de mayor espacio y discusión.

No obstante, podemos concluir que en Ecuador es necesario el estudio y discusión responsable del tema, a fin de debatir en los distintos espacios de la sociedad, de manera seria, previo a que la Asamblea Nacional regule la reproducción asistida.

A nuestro parecer, de acuerdo con el marco normativo ecuatoriano, la vida humana comienza en la concepción, lo cual creemos que tiene su base científica en hechos biológicos comprobados. Además, consideramos que existen normas constitucionales y legales que no solo garantizan la vida desde la concepción, sino que definen al embrión como una vida humana en todos sus estadios, lo que sin duda deberá ser considerado al momento de adoptar una legislación al respecto.

Advertimos también la necesidad de que la reproducción asistida se regule mediante una ley especial, cuyo proyecto deberá ser difundido y discutido, para que la sociedad ecuatoriana se pronuncie al respecto; sin olvidar, que el ordenamiento jurídico está orientado por valores, los cuales –por lo menos idealmente– son lo que orientan también al sistema ético, en otras palabras, esperamos que en la legislación se puedan consagrar los valores éticos de la sociedad ecuatoriana, por ejemplo, aquel que se relaciona con la concepción de respeto a la vida y la dignidad humana.

Referencias bibliográficas

- Lacalle Noriega, M. (2013). *La persona como sujeto del derecho* (2da ed.). Madrid: Dykinson SL.
- Ortiz Movilla, R., & Acevedo Martín, B. (2010). "Reproducción asistida y salud infantil" *Pediatría Atención Primaria*, Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322010000600011&lng=es&tlng=es.

- Ramírez de Castro, N. (2018). "España, el país donde los niños vienen del laboratorio" *ABC*. Recuperado de https://www.abc.es/sociedad/abci-bebes-nacidos-reproduccion-asistida-201805172103_noticia.html
- Saad Hossne, W. (2013). "Sobre las incertidumbres de la ciencia". En J. E. Leo Pessini, *Bioética en tiempo de incertidumbres*. Bogotá: Editorial Universidad El Bosque.
- Pessini, L. (2013). ¿Cuál antropología para fundamentar a la bioética en tiempo de incertidumbres? En J. E. Leo Pessini, *Bioética en tiempo de incertidumbre* (págs. 25). Bogotá: Editorial Universidad El Bosque.
- Pessini, L. (2013). Bioética y posthumanismo ¿ideología, utopía o esperanza? En J. E. Leo Pessini, *Bioética en tiempo de incertidumbre*. Bogotá: Universidad El Bosque.
- Calise, S. G. (2014). "Dos justificaciones de la clonación humana reproductiva: el deseo del hijo y el valor de la vida" *Rev. Bioética y Derecho* (32) Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000300005>
- Malo González, C. (2011). *¿Qué es el ser humano?* Quito: Corporación Editora Nacional.
- El Telégrafo. (2018). "1.500 niños nacen en Ecuador con técnicas asistidas". *El Telégrafo*. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/reproduccion-asistida-infertilidad-ecuador>
- Arango Restrepo, P. (2016). "Estatuto del embrión humano" *Escritos* vol.24 no.53. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.18566/escr.v24n53.a04>
- Jara Reyes, S. (2013). *El derecho a la vida del nasciturus: El Aborto*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Recasens Siches, L. (2010). *Tratado General de Filosofía del Derecho* (20a edición ed.). México: Porrúa.
- Calise, S. G. (2014). "Dos justificaciones de la clonación humana reproductiva: el deseo del hijo y el valor de la vida". *Rev. Bioética y Derecho* (32). Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000300005>
- Mosquera, D. (2016). *Redacción Médica*. Recuperado el 27 de 08 de 2018, de Profesionales:<https://www.redaccionmedica.ec/secciones/profesionales/reproduccion-humana-asistida-ser-regulada-en-ecuador-88745>
- Pabón Mantilla, A. P., Upegui Toledo, Ó. A., Archila Julio, J. J., & Otero González, M. A. (2017). 2El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" *Justicia*(22)31. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.17081/just.22.31.2605>

- Enguer Gonsálbez, P., & Ramón Fernández, F. (2018). "Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España" *Revista Latinoamericana de Bioética*. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.18359/rlbi.3160>
- Innaifest Centro Nacional de Reproducción Asistida (2018). "Criopreservación y Almacenamiento de Embriones". *Innaifest*. Recuperado de <https://www.innaifest.com.ec/preservacion-fertilidad/criopreservacion-y-almacenamiento-de-embriones>
- Clínica de Reproducción Asistida Eugin. (2018). *¿Cómo funciona la congelación de embriones (criopreservación)?*. Recuperado de <https://www.eugin.es/preguntas/congelacion-de-embriones/>
- Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 1692-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de mayo de 2018).