



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

**“La Inseminación Artificial Humana: Alcance de la Normativa actualmente
vigente en el Ecuador al respecto”**

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Abogado de los
Tribunales de la República.**

AUTOR: Mayra Karina Tacuri Pinos.

DIRECTOR: Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña.

Cuenca – Ecuador

2009

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mis padres y hermanas que con su cariño, comprensión y apoyo han sido mi constante fuente de felicidad y aprendizaje.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar quiero agradecer a Dios por bendecirme y permitirme culminar una etapa más de mi vida.

A mi director de tesis por su tiempo dedicado y por compartir conocimientos fundamentales en la elaboración de este trabajo.

A los profesores de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, que de una u otra manera han aportado en mi formación académica y en mi trabajo de graduación.

A los profesionales en el área de medicina, ginecología y reproducción asistida, que amable y desinteresadamente abrieron las puertas de sus consultorios y centros médicos para colaborar conmigo.

Mi más sincero sentimiento de gratitud con todos ustedes,

Mayra

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Portada	I
Dedicatoria	II
Agradecimiento	III
Índice de Contenidos	IV
Resumen	VII
Abstract	VIII
Introducción	1
Capítulo I: Ubicación del Derecho	3
1.1 Los derechos Reproductivos	3
• Historia	3
• Concepto	5
• Naturaleza Jurídica	6
• Contenido y límite, alcance	8
• Derechos Reproductivos en el Ecuador	8
1.2 Técnicas de Reproducción Asistida	10
• Historia	10
• Concepto	11
• Inseminación Artificial	12

- Fecundación in vitro 13
- Transferencia intratubárica de gametos 13
- Transferencia nuclear 14
- Inyección espermática 14
- Maternidad Subrogada 14

Capítulo II: La Inseminación Artificial 16

2.1. Generalidades 16

- Historia 16
- Concepto 17
- Clases 18
- Procedimiento 19
- Aplicación y fines 21

2.2 Valoraciones de la práctica de la Inseminación Artificial 22

- Desde el aspecto moral 22
- Desde el aspecto religioso 24
- Desde el aspecto jurídico 25

Capítulo III: Implicaciones de la práctica de la inseminación

artificial en nuestra legislación Civil 28

3.1 Respecto de la relación conyugal 28

3.2 Respecto de los derechos hereditarios y parentesco 31

3.3 Respecto de la relación de filiación 35

- Presunción de paternidad 36

• Situación jurídica del hijo nacido por Inseminación Artificial	41
3.4 Práctica de Inseminación Artificial en mujer soltera	44
3.5 Eventualidad de paternidad reclamada por el donador de semen ..	49
3.6 Conflictos Frecuentes	51
Capítulo IV: Donación de semen como contrato	55
4.1 Naturaleza del Contrato	56
4.2 Características del Contrato	57
4.3. Requisitos del Contrato	60
4.4. Partes contratantes y efectos	65
4.5. Bancos de Semen	69
Conclusiones	74
Recomendaciones	77
Bibliografía	79
Anexos	
Anexo 1	
Documento de consentimiento informado para la donación de semen.....	82

RESUMEN

El presente trabajo es un estudio sobre la inseminación artificial, tema que no ha sido desarrollado adecuadamente, a pesar de ser una de las técnicas de reproducción asistida más utilizada. Se inicia con un análisis de los derechos reproductivos y de las diferentes técnicas de reproducción asistida utilizadas, para luego encaminar el desarrollo del trabajo exclusivamente a la inseminación artificial, condiciones en que se aplica, y los efectos jurídicos que se desprenden de la aplicación de ésta técnica, finalmente, me referiré a los Bancos de Semen y al Contrato de Donación de Semen, temas indudablemente relacionados con la inseminación artificial.

ABSTRACT

This work is a study of artificial insemination; topic that has not been developed sufficiently despite being one of the most used methods of assisted reproduction. It starts with an analysis of reproductive rights and the different forms of assisted reproduction used, so that later the work can be focused toward artificial insemination exclusively; the conditions where it applies, and the legal effects which come from the application of this technique. Finally, it will refer to Sperm Banks and the Sperm Donation Contract, themes that are undoubtedly related to artificial insemination.

“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA: ALCANCE DE LA NORMATIVA ACTUALMENTE VIGENTE EN EL ECUADOR AL RESPECTO”

INTRODUCCIÓN

El incremento del porcentaje de parejas que no pueden tener hijos ha determinado que la infertilidad adquiera una nueva magnitud y se convierta en un motivo de preocupación pública¹, dando lugar a lo que se conoce como “Técnicas De Reproducción Humana Asistida” –dentro de las cuales figura la inseminación artificial.

La Inseminación Artificial trae consigo una gran problemática jurídica que debe ser abordada de forma especial por el derecho. Así, surgen controversias relativas, entre otros temas, a la paternidad, maternidad, la acción de impugnación de paternidad, a los derechos sucesorios, al derecho a la identidad del ser humano que nace como producto de estas técnicas así como el que ostenta el progenitor, a la filiación, al parentesco, a la configuración del adulterio, a la responsabilidad profesional del médico, a la regulación sobre la existencia de los bancos de células germinales, etc.

Toda esta problemática deriva, en gran parte, de las técnicas en las cuales se han utilizado semen de personas ajenas al matrimonio o unión de hecho, esto es cuando se han utilizado células germinales de donantes, de allí la necesidad de que el derecho ecuatoriano empiece, inexorablemente, a regular estas prácticas las cuales ya son una realidad cotidiana en nuestra sociedad, tomando en cuenta siempre el entorno familiar y la nueva concepción de familia.

¹ Según las estadísticas internacionales la infertilidad afecta entre 8% y 15% a las parejas en la etapa reproductiva de la vida. En el Ecuador no hay estudios sobre hombres y mujeres infértiles, pero los ginecólogos estiman que 15 de cada 100 parejas lo son.

Las técnicas de reproducción asistida rompen el esquema reproductivo mediante el ejercicio de la sexualidad, surgiendo la posibilidad de una inseminación en mujer sola, de una inseminación post mortem, o de utilizar donantes, sin que su posición jurídica esté prevista de forma clara y libre de cuestionamientos.

El derecho no puede permanecer ciego, sordo o mudo ante los avances de la ciencia y debe prever la incidencia de cualquier actividad que influya en el ser humano como sujeto de derecho, sin duda alguna, la inseminación artificial es una actividad que debe estar cuidadosamente reglamentada, considerando que los derechos de quienes intervienen en la inseminación artificial pueden originar diversos conflictos, puesto que ningún derecho es absoluto.

Con éstos antecedentes, en el presente trabajo se cubrirán diversos temas e inquietudes que la práctica de la inseminación artificial puede originar, incluyendo un tratamiento de los bancos de semen, y del contrato de donación de semen.

CAPÍTULO I

UBICACIÓN DEL DERECHO

1.1 DERECHOS REPRODUCTIVOS

1.1.1 Historia

A lo largo de la historia de la humanidad, sexualidad y procreación han estado íntimamente ligadas y, se tenía la convicción de que la última de ellas solo podría verificarse como resultado de la relación sexual.

No obstante, el desarrollo de la medicina ha potenciado la escisión de las citadas realidades, así, desde una perspectiva negativa se han separado sexualidad y reproducción como consecuencia de las técnicas contraceptivas; desde la perspectiva positiva, el deseo de obtener descendencia por parte de aquellas personas que ordinariamente no podrían, ha dado lugar a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por medio de las cuales se llega a la procreación sin que medie una relación sexual como vía “natural” para la consecución de tales fines.

La lucha y el inmenso debate que han suscitado la contracepción y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como las políticas estatales para la defensa de los derechos humanos, control de la natalidad, la planificación familiar, etc., han propiciado el surgimiento de nuevos derechos, algunos de los cuales, -relacionados con el plano más íntimo de la persona y de sus intereses y necesidades- han tomado el nombre de Derechos Reproductivos, cuyo avance está íntimamente ligado a la celebración de citas internacionales para la discusión de problemas relacionados con los derechos humanos.

La primera de estas citas internacionales se dio en 1968, en la Conferencia Internacional de la ONU sobre los Derechos del hombre, celebrada en Teherán. La Conferencia hizo énfasis en los aspectos relacionados con el crecimiento poblacional global y Derechos Humanos, se señala el derecho de los padres a decidir libre y

responsablemente el número e intervalo de sus hijos y un derecho a una adecuada instrucción e información en este ámbito”.

El segundo de los encuentros fue la Conferencia Internacional Intergubernativa de la ONU, en Bucarest en 1974, el plano de acción de este encuentro establece que las parejas y los individuos tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener y los intervalos entre los nacimientos de los mismos; tener acceso a la información, instrucción y a los medios necesarios; así mismo exige responsabilidad de las parejas y personas solteras en cuanto a la exigencia de los hijos presentes y de aquellos concebidos pero no nacidos, y su responsabilidad frente a la comunidad.²

Otro de los movimientos que ha marcado el desarrollo de los Derechos reproductivos es la Conferencia Internacional de las Mujeres celebrada en Ciudad de México en 1975, los resultados de esta cita guardan similitud con las declaraciones de Teherán y Bucarest, luego, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres adoptada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, se proclama el derecho a una opción reproductiva basada en la igualdad entre los sexos y señala a los estados partes la obligación de eliminar todas las formas de discriminación y la creación de condiciones de vida que coadyuven al desarrollo integral de las mujeres y al pleno ejercicio autónomo y responsable de sus potencialidades, entre ellas las reproductivas.

Más adelante, la II Conferencia Internacional sobre población celebrada en la Ciudad de México en 1984 al igual que la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las mujeres celebrada en Nairobi en 1985 repiten numerosos planteamientos lanzados en Bucarest pero se desarrolla en una atmósfera menos conflictiva, aún cuando los consensos alcanzados en estas conferencias, no crearon nuevos derechos humanos, sí enfatizaron en considerar a los derechos de la sexualidad y la reproducción, como expresiones humanas, y como tales, debían ser tratados desde el enfoque de derechos humanos.³

² Plan de Igualdad de Oportunidades de las mujeres ecuatorianas. Quito: CONAMU, 2005.

³ www.uasb.edu.ec

Por último, las conferencias mundiales del Cairo -1994- y Pekín -1995- establecieron hitos en los temas de derechos sexuales y reproductivos, así por ejemplo se estableció que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y salud reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia⁴. La conferencia del Cairo reviste importancia sobre todo porque en ella se realiza una sesión autónoma para analizar los que por vez primera en una declaración oficial son denominados Derechos Reproductivos (Reproductive Rights).⁵

A partir de estos encuentros internacionales los Estados se plantean la necesidad de reconocer derechos específicos de carácter reproductivo, por cuanto su ejercicio forma parte de un espacio complejo dentro de la libertad, la integridad y calidad de vida de las personas, lo que ha dado lugar a que los Derechos Reproductivos tengan su sitio y vayan abriéndose camino día con día.

1.1.2 Concepto

Si nos ajustamos a la interpretación literal del término procrear, deben entenderse los Derechos Reproductivos como aquellos que legitiman a los interesados para la obtención de una descendencia propia en el sentido biológico. Sin embargo, se debe conceptualizar a los derechos reproductivos desde un criterio menos estricto, así, el Programa de Acción de El Cairo, definió a los derechos reproductivos diciendo: “Los derechos reproductivos (...) se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y salud reproductiva. También incluye el derecho de

⁴ Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing art. 96

⁵ www.who.int

todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia”.⁶

De manera que, los derechos reproductivos se podrían definir como el conjunto de prerrogativas de todas las parejas e individuos para cuidar de su salud sexual y reproductiva, decidir el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, garantizando un acceso a la información y los medios necesarios para ello, sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

Dentro del cuidado de la salud sexual y reproductiva, es oportuno recurrir a la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer llevada a cabo en Pekín, donde se define a la salud reproductiva como el estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos mediante el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud, al bienestar reproductivo y a evitar o resolver los problemas relacionados.⁷

1.1.3 Naturaleza Jurídica

La procreación es un acto que da origen a una vida humana, desde el aspecto social, se le ha dotado de un gran valor, entendiéndola como un fenómeno biológico con repercusiones sociales.

Partiendo de la base de que toda persona adulta tiene el derecho de procrear, los Derechos Reproductivos son considerados Derechos Fundamentales,⁸ no obstante, el problema surge al tratar de delimitar el lugar que les corresponde dentro mismo de los derechos humanos, así, hay autores que los ubican dentro del derecho a la igualdad, otros dentro del derecho a la salud, otros dentro del derecho a la privacidad,

⁶ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, Informe N° 25/04.

⁷ www.lachealthsys.org

⁸ Samaniego Tello, Jenny., Propuesta Para Legislar Los Métodos De Fecundación In Vitro En La República Del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, Cuenca, 2004.

en fin, múltiples son los derechos que, se dice, son el fundamento de la opción reproductiva.

Corral Talciani, partiendo de la base de que toda persona adulta tiene el derecho de procrear, señala que el derecho a procrear puede considerarse incluido en el derecho a la vida y al desarrollo de la personalidad.⁹

Otros sostienen que los derechos reproductivos deben ubicarse dentro del derecho a la salud; si tenemos en cuenta la definición de salud dada por la Organización Mundial de la Salud "estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad", no cabe duda, que la imposibilidad de tener hijos puede ser una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es, evidentemente, médico.¹⁰

De otro lado, se ha considerado que los derechos reproductivos son una expresión de autonomía, una libertad procreativa, de tener o evitar tener niños, libertad primaria por su carácter central para la identidad, la dignidad personal y el sentido de la vida. En este sentido, sería un derecho individual, absoluto, irrenunciable e intransmisible dada su inherencia a la persona.

En términos generales se puede afirmar que los Derechos reproductivos se pueden ubicar dentro de los derechos humanos, cualesquiera que sea la especie los derechos humanos son derechos inherentes a nuestra naturaleza, son exigencias de la propia naturaleza humana, por lo que si se los niega se estaría atentando contra la dignidad humana.

Así, forman parte integrante de la esfera más íntima de la persona y al tratar de encontrar la naturaleza de éste derecho lo que se ha hecho es agregar fundamentos para la defensa de los mismos puesto que la salud, la intimidad, la autonomía, la libertad, la vida, etc. constituyen derechos reconocidos internacionalmente para todo ser humano.

⁹ www.ambito-juridico.com

¹⁰ Riveros, Marcos y Zepeda, Carlos, "La fertilización asistida y la legislación Civil chilena", Tesis, Universidad de Chile, 1992.

De manera que, cada individuo tiene derecho a acceder, ejercer, exigir el respeto de sus derechos reproductivos, y, en caso contrario, denunciar y buscar la sanción de quien obstruya el ejercicio o viole los mismos.

1.1.4 Contenido y límite

Situados los derechos reproductivos en el campo de los derechos humanos, es menester una determinación de contenido, partiendo de que el derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, y del concepto de derechos reproductivos dado por la conferencia del Cairo antes expuesto, se deduce que los derechos reproductivos y los sexuales resultan de una combinación de varios de los derechos humanos:

- Derecho a la salud reproductiva y a la planificación familiar Derecho a decidir el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos.
- Derecho a formar una familia
- Derecho a la privacidad
- Derecho a disfrutar del progreso científico que incluye el derecho a dar y recibir información sobre adelantos resultantes de los nuevos conocimientos científicos y tener acceso a cualquier novedad que pueda acrecentar el disfrute de las de garantías que rodean a la persona.

1.1.5 Derechos Reproductivos en el Ecuador

Los derechos sexuales y reproductivos, derivaciones directas de los principios constitucionales de libertad e igualdad ante la ley, por un lado, y, por otro, en formas de ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, están reconocidos en el Ecuador a nivel constitucional y supra legal.

La última década ha registrado avances en materia de derechos sexuales y reproductivos, los mismos que constan en diferentes cuerpos legales y acuerdos internacionales relacionados con el tema, sin embargo las adaptaciones que la sociedad debió realizar para poner en práctica los preceptos legales, se han efectuado de manera dispar y a un ritmo lento, de ahí que se requieren esfuerzos para que el

enfoque de derechos sea transversal en todas las acciones de las instituciones y de la sociedad civil.

La reproducción humana es un derecho humano jurídicamente protegido, pese a todos los obstáculos y el temor a tratar los derechos reproductivos, la Constitución ecuatoriana, reconoce varios importantes derechos que sin duda constituyen un hito en la protección de los derechos humanos, así en su artículo 66 numeral 10 reconoce el derecho de toda persona “*a tomar decisiones libres responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener*”¹¹

Entre otros, Ecuador defiende los siguientes derechos¹²:

- Derecho a la salud que incluye el derecho a la salud reproductiva
- Derecho a la libertad, seguridad e integridad personal
- Derecho a tener o no hijos, a decidir el número e intervalo de los mismos que incluye el derecho a la autonomía reproductiva
- Derecho a contraer o no matrimonio
- Derecho a fundar una familia
- Derecho a ser informados sobre sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción y acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad y sobre las implicaciones de un embarazo para cada caso particular
- Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para la reproducción humana asistida

¹¹ Constitución de la República del Ecuador 2008

¹² Plan de Igualdad de Oportunidades de las mujeres ecuatorianas. Quito: CONAMU, 2005.

1.2 TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

1.2.1 Historia

La infertilidad no es un problema actual, ha existido desde la antigüedad y las soluciones que se han planteado han ido variando con el transcurso del tiempo, así, se ha pasado de emplear rituales que prometían devolver la fertilidad a utilizar las técnicas de reproducción asistida.

El primer informe de la utilización de las técnicas de reproducción asistida se dio con animales, éstas prácticas sentaron las bases para que se puedan aplicar en la especie humana, así, Pincus realiza la primera fertilización in vitro trabajando con conejos en 1930.

En 1940 se establece en Estados Unidos, por primera vez, un banco de semen, lo que dio pie para que, en 1945 sea un año que supone el despegue definitivo para la inseminación artificial en Estados Unidos, pues se registraron más de 25000 nacimientos fruto de la inseminación artificial. En este hecho tuvo gran trascendencia la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, durante la cual se introdujo en el ejército norteamericano la práctica de enviar por avión esperma de los soldados que se hallaban en el campo de batalla del Pacífico para fecundar a sus mujeres, ante el temor de que les ocurriera algún accidente y no pudieran tener descendencia.

En el año 1953 Bunge y Sherman consiguen por primera vez tres embarazos gracias al esperma humano glicerado y congelado hasta la temperatura de solidificación del gas carbónico (-70°C).

En 1964 se obtienen las primeras gestaciones por medio del esperma congelado en nitrógeno líquido a una temperatura de -196°C. A partir de esta fecha los bancos de esperma se generalizan en todo el mundo.

Hablando particularmente, de cada técnica, la fecundación in vitro la inicia Pincus en conejos en 1930, mientras que la puesta a punto en la especie humana correspondió al fisiólogo Edwards, de la Universidad de Cambridge, en la década de los sesenta; sus

estudios en colaboración con Steptoe culminaron con el nacimiento, por cesárea, de Louise Brown, el 25 de julio de 1978, concebida tras la fecundación del ovocito, extraído de su madre por laparoscopia, con espermatozoides del marido, en un pequeño recipiente de vidrio (de ahí el nombre de bebés-probeta), seguido de su implantación en el útero de la madre¹³. A partir de ese momento, miles de parejas se han beneficiado con el empleo de esta y otras técnicas de reproducción asistida.

En 1984 se realizó la primera transferencia de un embrión al útero de otra mujer que no era la madre genética en Los Ángeles (EEUU) por Buston

Las prácticas se continuaron a principios del siglo XX, siempre como una opción frente a la infertilidad, actualmente, las técnicas han avanzado considerablemente y son numerosos los países que las permiten.

1.2.2 Concepto

La fecundación es el proceso mediante el cual se forma un nuevo individuo a partir de la unión de los gametos femenino y masculino, se realiza por la penetración del espermatozoide en el óvulo maduro y la fusión de sus componentes nucleares y citoplasmáticos; los espermatozoides depositado en la vagina se dirigen por el cuello uterino hasta alcanzar las trompas de Falopio en donde generalmente inicia la vida.

Cuando éste proceso no puede llevarse a cabo en forma natural en una o varias de sus fases, se recurre a un conjunto de técnicas creadas por el hombre destinadas a poner en contacto los elementos germinales del hombre y la mujer, el espermatozoide con el óvulo.

Entonces, se llama técnicas de reproducción asistida a los diferentes procedimientos médicos especiales que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción¹⁴.

¹³ www.dlh.lahora.com.ec

¹⁴ www.iurisperu.com

De manera que, las técnicas de reproducción auxilian, trasforman, o reemplazan procesos destinados a ocurrir espontáneamente por tratamientos para la infertilidad que conllevan una manipulación de los gametos.

Así conceptualizadas las Técnicas de reproducción asistida, encontramos su vínculo con los derechos reproductivos, en que los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para la conformación de una familia y de recurrir a métodos para superar el obstáculo de la infertilidad. En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de los derechos reproductivos incluyen el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de Técnicas de Reproducción Asistida.

Para sostener lo afirmado en el párrafo anterior, es oportuno recurrir al apartado 7.6 de la Conferencia de El Cairo, mismo que expresa que la atención de la salud reproductiva implica, entre otras cosas, la "prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad".

1.3 REFERENCIA A LAS DIFERENTES TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La reproducción humana constituye un proceso importante que representa la prolongación de la especie, este proceso fue consecuencia, hasta hace algunos años, de la relación sexual entre hombre y mujer, sin embargo, el desarrollo y evolución de la sociedad, y la ciencia, mediante las técnicas de reproducción asistida, han dado lugar para que la procreación no necesariamente se deba a una unión sexual.

Los avances de la ciencia ofrecen muchas soluciones que sustituyen la ruta "natural" de la procreación cuando se presentan problemas de infertilidad, bien sea femenina o masculina. Algunas de éstas técnicas utilizadas en el tratamiento de la esterilidad son:

A. Inseminación artificial

Proceder por medio del cual, se produce la fertilización extracorpórea del óvulo, juntando los gametos propios de la pareja¹⁵, se introduce el espermatozoide en la zona cervical o uterina de la mujer por método distinto de la unión sexual.

B. Fecundación in vitro

El término in vitro, significa literalmente “en vidrio”, indicando que la fecundación in vitro se realiza en un laboratorio, en una cápsula que inicialmente era de vidrio, ahora se realiza en cabinas de flujo laminar.

La fecundación in vitro es una modalidad de fecundación artificial que es extracorpórea, lo cual la diferencia de la inseminación artificial que ocurre dentro del cuerpo de la madre. Consiste en la fecundación del óvulo en el laboratorio, en un medio artificialmente creado; se obtienen gametos de ambos sexos, se fertilizan en el laboratorio y por último se procede a la transferencia de embriones a la cavidad uterina. La transferencia se hace en el útero de la paciente que forma parte de la pareja, o excepcionalmente, en mujer ajena a la pareja –vientre de alquiler-.

Se indica en mujeres que no ovulan bien, quienes no han logrado el embarazo después de varios intentos de inseminación artificial (método que se explica más adelante) o quienes tienen compañeros con baja cantidad de espermatozoides.

C. Transferencia intratubárica de gametos

Esta técnica es utilizada en mujeres con obstrucción de trompas, se realiza in vivo, introduciendo los óvulos y los espermatozoides más allá de la obstrucción, para que se realice la fecundación y el cigoto continúe su ulterior desarrollo en su medio natural, esto es, en el cuerpo de la mujer y no en un medio extraño.

El porcentaje de éxito de esta técnica es de aproximadamente un 20 a 25 % y se utiliza cuando no funciona la inseminación artificial pero las trompas permiten la concepción.

¹⁵ Web-sanac.org

D. Transferencia nuclear

Consiste en introducir el núcleo celular de ovocitos de la mujer en los óvulos de las donantes, a los que se les ha quitado el núcleo. El óvulo estaría completo y puede ser fertilizado bien artificialmente o bien de forma natural si se introduce de nuevo en el útero o in vitro.¹⁶

D. Inyección Espermática

Es una técnica parecida a la fecundación in-vitro con la diferencia de que en la fecundación in vitro se dejan los ovocitos incubando con los espermatozoides y estos se encargan de penetrarlo y en la inyección espermática el óvulo se penetra con una aguja muy fina, mediante la cual se introduce un solo espermatozoide; posteriormente se transfiere el embrión al útero para su implantación.

Esta técnica se prescribe cuando la calidad de semen es baja.

E. Maternidad Subrogada

La figura de las madres subrogadas o sustitutas aparece cuando una mujer no puede gestar; se recurre así al contrato de otra mujer que permita la gestación de un nuevo ser en su cuerpo. La pareja contrata con otra mujer, la que cedería al niño luego de nacido. Así podría darse el caso de un niño con tres madres, una que aporta el material genético, otra que lo gesta y lo da a luz y otra que tiene la patria potestad.

La gestación en madre sustituta comprende las siguientes hipótesis:

- Subrogación de vientre: se realiza la implantación en el vientre de otra mujer, el óvulo de la esposa fecundado por el esperma de su cónyuge.
- Aportación de vientre y óvulo: es la gestación en el vientre de una mujer de un óvulo de ella, fecundado con el semen del marido.

Tal vez el primer ejemplo que haya quedado registrado por escrito de maternidad subrogada, está proporcionado por el Antiguo Testamento: siendo estéril Saray,

¹⁶ www.obserbatoriomujeres.org.ve

esposa de Abraham, pidió a su marido que fecundase a Hagar, su esclava egipcia. "Quizá tendré hijos de ella", dijo Saray. Hízolo así Abraham, y Hagar dio a luz a Ismael¹⁷.

¹⁷ Génesis, Capítulo 16 versículos del 1 al15

CAPÍTULO II

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

2.1 Generalidades

Una de las técnicas de reproducción asistida más antigua y más simple es la inseminación artificial. Este procedimiento reemplaza la relación sexual en la pareja como medio para lograr el embarazo y se utiliza para superar algunos casos leves de infertilidad masculina y femenina. La inseminación artificial se puede realizar con el esperma de la pareja -homóloga- o con el de un donante, -heteróloga-.

Un problema que se presenta con esta técnica es la posibilidad de embarazos múltiples debido a que antes de inseminar artificialmente, se medica a la paciente para inducir la ovulación.

2.1.1 Historia

La inseminación artificial encuentra su primera etapa en los pueblos babilónicos y árabes, al practicar la polinización en palmeras. Una fecha a tener en consideración en ésta etapa, es el año 1322, año en el que un árabe consiguió inseminar a una yegua con esperma de un semental, acto que culminó con el nacimiento de un potro¹⁸.

Un segundo período, que corresponde a la fase experimental en humanos, se inicia en 1785, cuando Thouret, decano de la facultad de medicina de París, logró fecundar a su infértil mujer con la ayuda de una inyección intravaginal e introduciéndole su propio semen. Más tarde, con las bases de Thouret, en 1791, el cirujano inglés Hunter consiguió otra inseminación artificial homóloga con resultados satisfactorios.

En los años posteriores no se presentó mayor interés por ésta práctica, hasta que en 1823 Girault publicó doce observaciones sobre inseminación, lo que sirvió para el

¹⁸ www.iurisperu.com

desarrollo de la primera inseminación artificial heteróloga con buenos resultados en 1884.

A pesar de los reparos de índole moral y jurídica, a finales del siglo XIX, la inseminación se encontraba en un estado de avanzado desarrollo, hecho que favoreció a la tercera etapa -comienzo del siglo XX- fundamentalmente en países como Estados Unidos, Inglaterra, Suecia y Rusia. No obstante, no fue hasta comienzos de los años veinte cuando se dan las condiciones científicas propicias para el estudio del esperma.

A partir de 1940, se emprende un quehacer científico más complejo en el campo de la genética y la reproducción, proliferando los bancos de semen. En los años cincuenta se perfeccionó la técnica de la congelación de esperma, es así que en 1953 se informa el primer nacimiento de un niño producto de una inseminación con semen congelado por Bunge y Sherman, en ese momento se inicia una etapa en la que la finalidad perseguida era de tipo terapéutico. En los años 70 se da el nacimiento en Francia del primer niño por fecundación post-mortem.

En Ecuador se practica la inseminación artificial desde 1984. Desde entonces han nacido con este método cientos de niños, según el doctor Iván Valencia, director del Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad (CEMEFES), que funciona en Quito desde 1984.¹⁹

2.1.2 Concepto

La inseminación artificial en los seres humanos es un acto médico consistente en la introducción de esperma al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación.²⁰

¹⁹ DIARIO HOY Quito, 16 de enero de 1996, sección B, página 5, disponible en www.hoy.com.ec

²⁰ Awad Cucalón, María Inés, y De Narváez Cano, Mónica, “Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Humana en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001

Para Hernán Gómez Piedrahita “consiste en aplicar en la vagina o en el útero de la mujer, espermatozoides del esposo o de un donante, para tratar de obtener por este sistema el embarazo de la mujer sin efectuar un contacto sexual.”²¹

En síntesis, puede decirse que la inseminación artificial es la introducción de espermatozoides en la vagina o útero de la mujer por método distinto de la unión sexual, con la finalidad de obtener una fecundación y un posterior nacimiento, en virtud de la imposibilidad de uno de los dos miembros de la pareja para realizar la fecundación de manera natural. En el concepto se pueden distinguir los siguientes elementos:

- a. Finalidad: Existe una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata: el nacimiento de un hijo.
- b. Naturaleza: es un medio artificial ideado para lograr una finalidad natural.
- c. Fundamento: los impedimentos biológicos para lograr la fecundación naturalmente.

2.1.3 Clases

En vista de la variedad de personas que en ella intervienen y del distinto papel que desempeñan, se originan diversos tipos de inseminación dependiendo de la procedencia del semen, del lugar del tracto femenino donde se depositen los espermatozoides, etc., así, tenemos:

A. Según la procedencia del semen:

Inseminación Artificial Homóloga

También denominada Inseminación Conyugal, se da este tipo de inseminación cuando la mujer está casada y para la inseminación se utiliza semen del esposo, de la misma manera si se trata de una mujer soltera con semen de su pareja estable.

²¹ Gómez Piedrahita, Hernán Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos, Bogotá, 1984.

Dentro de este tipo de inseminación artificial se encuentra la denominada “*Inseminación Artificial post mortem*”, situación que se da en el caso de que el esposo o pareja estable mueren pero previamente han almacenado semen destinado a la inseminación artificial de su pareja, luego de su muerte.

Inseminación Artificial Heteróloga

Si la técnica es realizada con semen de un tercero, es decir, de un donante anónimo.

Inseminación Artificial Mixta

Aprovecha una pequeña cantidad de semen del cónyuge que se agrega al de un donante. Ofrece solo una posibilidad remota de que el semen del esposo fecunde ya que el semen del donante tiene un número mayor de espermatozoides activos.²²

B. Según el lugar donde se depositen los espermatozoides:

Inseminación Artificial Paracervical

Cuando el semen se deposita en el canal cervical

Inseminación Artificial Intrauterina

Cuando el semen se deja en el interior del útero

2.1.4 Procedimiento

La inseminación Artificial es una técnica basada en el depósito de semen, fuera del marco de una relación sexual, en los genitales internos de una mujer, con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual.

El semen se obtiene habitualmente por masturbación y es congelado inmediatamente después de la recolección, esto en virtud de las exigencias de la Sociedad Americana

²² Rojas de Peláez., María Elisa, La Inseminación Artificial Frente al Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, año desconocido.

de Fertilidad (American Fertility Society) que prohíbe la práctica con semen fresco por los riesgos de adquirir el VIH.

Cuando se trata de inseminación heteróloga todo empieza con el reclutamiento de posibles donantes de semen, que por lo general son estudiantes universitarios, luego se estudia a los candidatos: edad, historia clínica y genética, exámenes físicos y de fenotipo, ausencia de enfermedades de transmisión sexual y una excelente calidad del semen. Quienes pasan estas pruebas son aceptados y donarán su semen durante ocho meses, una vez por semana, siempre después de tres días de abstinencia sexual.

El proceso se inicia cuando el donante recibe un tubo de ensayo con boca ancha para que deposite el semen, los profesionales del banco separan el esperma en gotas para ser colocadas en pequeños tubos de ensayo y reducir su temperatura hasta 190° grados bajo cero, forma en que serán guardados en depósitos especiales.

El semen donado y previamente sometido a un procedimiento de lavado y capacitación para obtener los mejores espermatozoides, se guarda en tanques de congelación durante seis meses. Entonces se vuelve a practicar exámenes al donante, para rechazar definitivamente la presencia del virus del SIDA. Solo entonces el semen donado podrá ser utilizado. El semen de un mismo donante será utilizado en un máximo de cuatro embarazos.²³

Con el fin de aumentar el porcentaje de éxito, la inseminación se efectúa habiendo realizado un tratamiento estimulador de la ovulación, y la inseminación misma se lleva a cabo en el día de ovulación de la paciente. Para ello se escoge las muestras de semen de acuerdo a las características físicas del esposo. Se descongelan dos pajillas y se deposita este semen en una copa plástica que se coloca en el cuello del útero de la mujer.

El procedimiento dura de cinco a diez minutos y a decir de la doctora Juana Rivero, profesional del Centro Médico de Fertilización y esterilización no es nada doloroso, para favorecer la llegada de los espermatozoides, la paciente debe permanecer en reposo unos minutos después de la inseminación.

²³ Revista vistazo, diciembre de 2008, Quito- Ecuador

Es importante señalar que el costo de una inseminación artificial supera los 5000 dólares y el porcentaje de éxito es de 60%.²⁴ Sólo el Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad (Cemefes) en Quito, se adjudica 200 niños nacidos vivos en las últimas dos décadas.²⁵

2.1.5 Aplicación y fines

El doctor Iván Valencia, profesional del Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad en Quito, explica que la inseminación artificial se practica en parejas donde el esposo no tiene espermatozoides o los tiene de muy mala calidad, en ése mismo sentido se expresa el Doctor guayaquileño Ramón Vargas Vera, especialista en infertilidad al decir que “solo se debe asistir a las parejas que tienen dificultades para concebir naturalmente”, añade además que no intervendría a una mujer capaz de procrear naturalmente y que por capricho decida tener un hijo sin participación masculina²⁶.

Dentro de un marco operativo, entre las finalidades que persigue, la inseminación artificial debe cumplir con cinco requisitos de aplicabilidad benefactora:²⁷

1. Que funcione de manera más efectiva en los niveles más bajos de la sociedad;
2. Que la gente de bajo poder adquisitivo pueda utilizarla;
3. Que esté basada en consideraciones de tipo ecológico;
4. Que permita la evolución de pequeñas y descentralizadas comunidades;
5. Que necesite cantidades relativamente pequeñas de recursos.

En definitiva, que se inscriba dentro de un marco social más equitativo y que respete, en todo momento, el equilibrio ecológico.

²⁴ Diario Hoy, 10 de abril de 2007, Quito-Ecuador

²⁵ Diario Expreso, 4 de julio de 2009, Guayaquil-Ecuador

²⁶ Diario Expreso, 4 de julio de 2009, Guayaquil Ecuador

²⁷ Web-sanac.org

LLedó Yagüe manifiesta que la inseminación artificial debe ser considerada como una solución terapéutica, nunca como un medio de procreación sustituta de la relación sexual natural. Su justificación depende de una opinión médica que indique la imposibilidad de la pareja para procrear por los medios naturales.²⁸

2.2 VALORACIONES DE LA PRÁCTICA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Debido a que la aplicación de la Inseminación Artificial es una forma de reproducción humana que prescinde de las vías y cánones “naturales”, representa un campo muy complejo en donde conviven reacciones emocionales, actitudes religiosas, morales y éticas sin permitir un abordaje único y simple sino que atañe a diversas formas de la conciencia social, es por ello que esbozaré algunas de las posiciones respecto de la aplicación de esta técnica:

2.2.1 Desde el Aspecto Moral

La moral es la recta disposición de las acciones humanas en cuanto al uso que de ellas puede hacer el hombre siempre conforme a su propia dignidad²⁹, así, se dice que moralmente la inseminación artificial no es moralmente aceptable basados en argumentos como:

- A. Argumento de la adopción: Este argumento señala que no es necesario que quienes son infértiles recurran a la inseminación, dado que siempre existe la posibilidad de adoptar un bebé.

- B. Argumento de lo natural: Se sostiene que la gestación se realiza por medios mecánicos o tecnológicos, sin amor, el hombre es de tal dignidad que no puede ser "fabricado" por otro hombre, sino que ha de ser generado a

²⁸ www.gibioética.edunet.es

²⁹ Vidal, Marciano., Moral Para profesionales de la salud, Publicaciones Universidad Javeriana, Año desconocido

través del amor de sus padres; la inseminación artificial llevaría a la destrucción del matrimonio y de la familia.

C. Argumento de la opresión de las mujeres: La inversión y énfasis en nuevas tecnologías que facilitan la maternidad o la paternidad refuerza la idea de que las mujeres necesitan ser madres para sentirse satisfechas, además, la maternidad ha sido históricamente una justificación para limitar sus oportunidades en la sociedad. Estas técnicas, entonces, serían más opresivas que liberadoras, en la medida en que fomentan el rol reproductor de las mujeres.

D. Problema de justicia: debido a que sólo aquellos con recursos elevados pueden cubrir los costos que implica una inseminación artificial

E. Ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres. Insta una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que constituyen la familia³⁰.

F. La posibilidad de consanguinidad por el uso excesivo de mismo donante.

En contrapartida a estas consideraciones, se dice que:

A. Se debe reconocer la pluralidad y permitir que las personas tomen su propia decisión tolerando a las personas con diferentes convicciones, de manera que quien esté de acuerdo con la inseminación artificial pueda tener acceso a una práctica de éste tipo y no tengan que abstenerse de recurrir a ella por causa de quienes no están de acuerdo.

B. Argumento de la adquisición beneficiosa de conocimiento: se sostiene que, dado que el desarrollo de estas técnicas reproductivas requiere la investigación, se obtiene conocimiento acerca de la reproducción que puede ser usado en beneficio de la sociedad.

³⁰ Web-sanac.org

C. El hecho de que la técnica no sea natural no implica que el bebé por nacer no sea deseado o querido.

D. Se dice además que, el argumento de la adopción señalado por los grupos contrarios a la inseminación puede ser usado también para objetar la reproducción natural. La existencia de niños que necesitan un buen hogar es independiente de la fertilidad o infertilidad de quienes pueden adoptar. Si bien es moralmente deseable adoptar un niño, no puede ser una obligación el tener que hacerlo.

2.2.2 Desde el aspecto religioso

La Iglesia defiende el derecho de los padres a la procreación, pero postula también que el fin no justifica los medios; que no basta una intención legítima para que el acto sea bueno. No se puede recurrir a cualquier medio, para obtener una procreación o satisfacer un interés de los padres.

Se reconoce que el matrimonio puede realizar los actos que naturalmente llevan al embarazo, no obstante, esto no da a los esposos un “derecho al hijo”, como si éste fuera una cosa, o como si se pudiera utilizar cualquier medio para tenerlo.

Diferentes religiones se han manifestado al respecto, siendo el factor común de todas ellas la idea de que la inseminación artificial es inaceptable; y generando movimientos de oposición, así como fuertes reuniones para prohibirlas debido a que para todas las creencias religiosas los hijos deben ser el producto del amor, esto es, de una relación sentimental, consolidada en el marco dentro del cual se produce el coito con consentimiento mutuo.

A decir de Freddy Valencia, párroco de la iglesia Santa Cena “La dignidad del hijo reclama que su concepción sea fruto del amor de sus padres, nacer a consecuencia de una jeringa suena bien en zootecnia, es propio de intervenciones en el mundo animal, obviamente el niño no pierde humanidad por nacer así, pero su categoría humana se

maltrata, pues es impropio de una persona ser producida mediante técnicas artificiales, como si de un objeto se tratara”³¹

El Papa Juan Pablo II en la Encíclica *Evangelium Vitae*, 25 de marzo de 1996, expuso que si bien parece que las técnicas de reproducción asistida se encuentran al servicio de la vida, en realidad dan pie a nuevos atentados contra ella, y que no se puede aceptar la inseminación artificial porque es una práctica que separa la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, se opone además a la inseminación porque media una masturbación en la obtención del semen y el acto de procrear no es permisible cuando no es el producto de las relaciones sexuales de la pareja³².

En una especie de “concesión” la iglesia católica ha aceptado la práctica de la inseminación homóloga, y considera a la heteroinseminación como una “abominación” y un “desorden moral condenable” porque va contra la ley misma del matrimonio y constituye adulterio por parte de la esposa. Así, en el año de 1949, el Papa Pío XII se pronunció en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera de matrimonio como inmoral, y como tal, debe reprobarse.³³

2.2.3 Desde el aspecto jurídico

En algunos países, a pesar de la práctica frecuente de la inseminación artificial, ésta técnica no ha sido objeto de una legislación oficial, Ecuador, lamentablemente, forma parte de estos países al no tener una específica referencia legal al problema, situación que se distancia de la realidad social, y descuida el bien común, pues están involucrados una serie de bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Estado.

³¹ Diario Expreso del 28 de abril de 2009, sección actualidad, Guayaquil Ecuador

³² Rojas de Peláez., María Elisa, *La Inseminación Artificial Frente al Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, año desconocido.

³³ www.derechos.org

La inseminación de una mujer casada con el espermatozoides de su esposo no representa conflicto de orden jurídico, situación que no es así en el caso de la inseminación heteróloga, de hecho, la discusión en el plano doctrinal sobre el “derecho a la inseminación artificial” comienza en este punto, llegando incluso a los extremos de afirmarse que con ésta práctica se configura adulterio.

Tal es así, que en Italia, en las décadas de los cuarenta, y hasta los cincuenta, se consideró a las mujeres que permitieran prácticas inseminatorias en su cuerpo con semen que no fuera de su esposo, como responsables de un delito, se establecía castigo de prisión tanto a la mujer que se sometía a las prácticas inseminatorias, como para el marido que las consentía, pero también para el donador del semen y para aquellos que practicaran la inseminación. La legislación italiana de esas épocas pretendía proteger la pureza de sangre de la familia. Inseminar a una mujer casada con espermatozoides de un tercero implicaba introducir a la familia una carga genética distinta.³⁴

En el campo del derecho, el análisis y posicionamiento a favor o en contra de un determinado acto debe basarse en un juicio ético y social previo, pues el objeto del derecho es la búsqueda de la justicia, del bien común y, dentro de los sistemas jurídicos, la última palabra la tiene la sociedad cuya voluntad se verá reflejada en el Derecho. Se requiere analizar todas las circunstancias que la rodean para determinar si respetan o no la dignidad del hombre.

De manera que, si se regula ésta práctica considerándola como un recurso médico-terapéutico, cuya finalidad sea la fecundación y teniendo en cuenta el bien del ser humano por nacer y que, con la inseminación a practicarse no se vulnere derecho alguno, se trataría de un tratamiento contra la esterilidad que no causa perjuicio. Se hablaría en este caso de que la inseminación cubre la necesidad y el derecho de los seres humanos a tener hijos.

De otro lado, si se trata de satisfacer un interés personal y no se mira el derecho del hijo respecto de las condiciones a las que va a ser traído al mundo, ya se estaría atentando contra la dignidad humana, lo que provocaría un rechazo evidente a la

³⁴ www.juridicas.unam.mx

práctica de la inseminación artificial, y porque no decirlo, hasta una sanción a quien se someta así como a quien practique una inseminación artificial en éstas condiciones.

La aceptación legal de la inseminación artificial depende de cada Estado, cuyos legisladores deben tener presente ciertos principios tales como: el respeto a la voluntad de las parejas afectadas; que con las prácticas y sus consecuencias no se cause daño a nadie; que no se contraríen las prescripciones del ordenamiento jurídico y que exista una coherencia entre las normas con la moral y la idiosincrasia comunitaria³⁵.

Entonces, para evitar cualquier tipo de abuso, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse e incorporar estas nuevas conductas sociales al amparo de la ley, debe delimitarlas correctamente para que el sistema jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta a los diversos problemas y controversias que pueden surgir con la aplicación de la inseminación artificial.

En el Ecuador el único cuerpo legal que refiere a la inseminación artificial es el Código de Ética Médica, pero no le ha dedicado el espacio que ella se merece, de manera que, por ahora, y mientras se elabora un cuerpo legal que regule la inseminación con la profundidad y seriedad que el tema se merece, resulta oportuno aplicar la séptima regla de interpretación que consagra el artículo 18 del Código Civil: *“A falta de ley se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se recurrirá a los principios de derecho universal”*.

³⁵ Junquera de Estefani., Rafael., Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica, Editorial Tecnos, Madrid, 1998

CAPÍTULO III

IMPLICACIONES DE LA PRÁCTICA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL

Como hemos visto, la práctica de la Inseminación Artificial Humana apunta en gran medida a la protección legal que los ordenamientos jurídicos deben brindar a las personas involucradas en la ejecución de la misma.

Si bien, por una parte existe un reconocimiento expreso acerca de los derechos reproductivos de las personas interesadas en acceder a un tratamiento médico de inseminación artificial, no se puede omitir el hecho de que, limitar la esfera de protección a este particular significaría desconocer la necesidad de reservar un espacio legal a los intereses de un posible donante, o de quien fue concebido y nació como consecuencia de la técnica en análisis.

En virtud de esta coexistencia de derechos se presentan diversos escenarios de conflicto y cuestionamientos a figuras civiles como la filiación, herencia, parentesco, etc. A continuación expondré algunas de las situaciones jurídicas a las que la práctica de la inseminación artificial humana se enfrenta.

3.1 RESPECTO DE LA RELACIÓN CONYUGAL

Dentro de este apartado haré referencia tanto a quienes están unidos por vínculo matrimonial como a aquellos que están vinculados en virtud de una unión de hecho reconocida por el artículo 68 de la Constitución Ecuatoriana:

“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”.

Para el artículo 81 del Código Civil Ecuatoriano, matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Del concepto que trae el Código, se infiere que dentro de los fines del matrimonio se encuentra la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, y la procreación. Estos fines no determinan la validez del matrimonio, debido a que en la práctica no siempre se procuran todos ellos, así por ejemplo habrá situaciones en que los cónyuges no contemplan la procreación y no por eso el matrimonio dejará de ser válido.

Aunque la procreación no es un requisito del matrimonio, no cabe duda del enorme valor que para la pareja puede llegar a tener, sobre todo en aquellos casos en que uno o los dos integrantes de la pareja tengan problemas para procrear.

Precisamente en el supuesto anterior toma importancia la práctica de la inseminación artificial, práctica terapéutica que puede materializar el anhelo de la pareja, siempre y cuando concurra su consentimiento.

Ahora bien, dentro de las situaciones que, de la práctica de la inseminación artificial, pueden surgir respecto del matrimonio y unión de hecho se encuentra el caso de la mujer que, sin consentimiento de su pareja, se practica una heteroinseminación.

La polémica a partir del supuesto anterior, gira alrededor de si puede o no calificarse la heteroinseminación no consentida por el cónyuge o conviviente como adulterio de la mujer debido a que el hijo que lleva en su vientre no es de su pareja.

Para Hernán Gómez Piedrahita no sería procedente aplicar éste término –adulterio– porque el adulterio implica acople carnal, entrega mutua de cuerpos, situación que en la inseminación artificial no se da.³⁶

En ésta misma línea se expresa Cuello Calón, para quien la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente técnico, cuyo único fin

³⁶ Gómez Piedrahita, Hernán Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 1984.

es la fecundación. "Los adúlteros persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos (...)." ³⁷

Contrario a estos criterios, Leon Feit, doctrinario argentino, considera que si la mujer se hizo inseminar sin consentimiento de su marido, ésta conducta encaja en la modalidad de adulterio, porque se está violando el deber de fidelidad, aspecto fundamental de la causal de adulterio. ³⁸

En iguales términos Jaime Náquira considera que lo esencial en el adulterio es el acto grave de infidelidad que atenta contra el derecho exclusivo y recíproco de los cónyuges a engendrar prole, el cual, tiene lugar no solo en la relación sexual propiamente dicha, sino también con una fecundación heteróloga en ignorancia del otro cónyuge. ³⁹

El fundamento del adulterio es una falta al deber de fidelidad y la lesión del derecho de exclusividad sexual que pertenece al marido, de ahí que, en definitiva, la inseminación artificial no cae en el supuesto de adulterio, faltan dos elementos que lo configuran: el elemento material, esto es, la personalización del sexo; y el elemento psicológico, es decir, la voluntad de faltar en el matrimonio.

Con estos antecedentes se entiende que, para que se configure el adulterio se exige que existan relaciones sexuales extramatrimoniales, por ello, la práctica de una inseminación heteróloga sin consentimiento del marido no constituye adulterio.

Sin duda alguna constituye una grave deslealtad que vulnera la unidad matrimonial, por ello, no hay duda de que podría considerarse motivo de divorcio si se lo encuadra dentro de la causal tercera del artículo 109 del Código Civil:

³⁷ www.jurídicas.unam.mx

³⁸ Awad Cucalón, María Inés, y De Narváez Cano, Mónica, "Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Humana en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001

³⁹ Revista Chilena de derecho, Vol. 21, N° 2, Chile, 1994

Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;

Así mismo, puede decirse que la mujer ha faltado a la obligación que consagra el inciso primero del artículo 134:

Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

Indiscutiblemente, una mujer que previo a una inseminación no considera la opinión o apoyo de su pareja, atenta contra el respeto y atención que se deben entre sí los casados.

3.2. RESPECTO DEL PARENTESCO Y LOS DERECHOS HEREDITARIOS

Parentesco es el vínculo jurídico que une a los miembros de una misma familia, estos vínculos pueden ser de diferente naturaleza, a saber:

- Parentesco por consanguinidad: es la relación que nace de un vínculo de sangre, ya sea por tratarse de generaciones sucesivas (línea recta) o por tener un ascendiente común (colateral).⁴⁰
- Parentesco por afinidad: vincula a una persona con los consanguíneos de su cónyuge o conviviente.
- Parentesco Civil: Surge por efectos de la adopción, esto es, vincula al adoptante con el adoptivo y los parientes consanguíneos del adoptante.

En base a esta clasificación, entre el hijo y el dador de semen existe parentesco de consanguinidad.

Es preciso aclarar en primer lugar que, por dador, se entiende a quien haya aportado el semen, ya sea un donante o la pareja de la mujer que se somete a la inseminación

⁴⁰ Morales Álvarez., Jorge, Derecho Civil de las Personas, Talleres Gráficos UDA, Cuenca, 1992.

artificial; en segundo lugar, el hecho de que exista consanguinidad entre donante y el producto de la inseminación no determina ninguna obligación o derecho ni para el donante, ni para el hijo.

En la heteroinseminación, si el marido no ha reconocido al hijo concebido, entre el hijo y la pareja de la madre, existe parentesco de afinidad en virtud de que el hijo es consanguíneo de su cónyuge o conviviente.

Si el marido o conviviente reconoce al hijo concebido por inseminación heteróloga practicada en su pareja, existe parentesco civil, y se crea una ficción de consanguinidad entre el nacido y la pareja de su madre.

Ahora bien, respecto de los derechos sucesorios, iniciaré recurriendo al autor colombiano Roberto Suárez Franco, quien define la sucesión como el modo de adquirir el dominio mediante el cual el patrimonio íntegro de una persona denominada “causante” pasa a otra (u otras) denominada “causahabiente” con causa u ocasión de la muerte de aquella⁴¹.

La sucesión puede ser testamentaria e intestada o abintestato según se suceda en virtud de un testamento o de la ley.

La inseminación artificial puede repercutir tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. Iniciaré refiriéndome a los problemas que la inseminación homóloga puede desencadenar dependiendo de si el causante dejó o no testamento.

Respecto de la sucesión intestada, si el hijo no está concebido en el momento de morir el padre, no puede heredar porque no es capaz, no adquiere derecho a heredar ni siquiera con las pruebas de su paternidad genética.

En la sucesión intestada se sucede en virtud de la ley, la misma que regula la situación de quienes son sujetos de derecho –personas-; al que está por nacer se le suspenden sus derechos hasta el momento del nacimiento, pero bajo ningún concepto está elaborado para proteger a quien está por concebirse.

⁴¹ Suarez Franco., Roberto, Derecho de Sucesiones, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

Al contrario, si el hijo es concebido durante la vigencia del matrimonio, hereda e ingresa en el primer orden hereditario como hijo, rigiéndose a las normas relativas al hijo póstumo.

Aunque por regla general, para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; es decir, al momento de la muerte del causante; la sucesión testamentaria da al testador la posibilidad de una asignación condicional, pudiendo entonces existir una asignación sometida a la condición del nacimiento de un hijo concebido con semen del testador.

Sabemos que las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales, es decir que, para surtir efecto dependen de una condición, situación entendida como un suceso futuro e incierto; si la asignación se sometiera al nacimiento del futuro hijo del testador mediante inseminación artificial, nos encontraríamos ante una situación que no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, y que, entonces, se sujeta a las reglas de las obligaciones condicionales.

Esta situación estaría comprendida dentro del inciso tercero del artículo 1027 del Código Civil Ecuatoriano:

“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”.

De manera que es posible que se deje la asignación condicional, siempre y cuando la condición se cumpla dentro de los quince años posteriores a la muerte del causante, de lo contrario, el nacido por medio de inseminación artificial no tendría derecho a la asignación.

Respecto de la situación en que interviene un tercero o donante, es decir, en el caso de una inseminación heteróloga, hay que diferenciar la situación respecto del donante de semen y respecto del marido o pareja estable de la mujer que se somete a la inseminación artificial.

En cuanto al donante de semen, cuando éste aporta su material seminal, lo hace en un vínculo contractual con el banco de semen –único donatario posible– desvinculándose totalmente del producto de ese material, así como de la mujer a la que se destine su semen donado, es más, ni siquiera llega a conocer ni puede elegir a la mujer que será inseminada.

En virtud de lo anterior, el hijo no tendrá ningún derecho en la sucesión de su padre genético, por cuanto no surge obligación ni vínculo alguno entre el donante y quien naciera producto de la utilización de su semen. Esta desvinculación es de doble faz, por ello, tampoco el donante tiene derecho alguno respecto al niño, dado que no es considerado padre.

En cuanto al marido o pareja estable de la mujer sujeto de una inseminación artificial heteróloga, se producen diferentes situaciones dependiendo de si se trata de una sucesión intestada o de una sucesión testamentaria.

En la sucesión abintestato, si el hijo ha sido concebido durante el matrimonio o unión de hecho y el marido no ha impugnado contra la presunción de paternidad, el nacido producto de la inseminación tiene todos los derechos que la ley le confiere como hijo, por tanto, hereda al cónyuge o conviviente de su madre en virtud del primer orden hereditario.

Si el padre impugnó contra la presunción de paternidad y obtuvo sentencia favorable, el hijo no hereda del marido de su madre, no se constituye en heredero forzoso, consecuencia ésta lógica, por cuanto el causante no está obligado a dejar parte de su patrimonio a quien no es hijo suyo.

Ahora bien, aun cuando la pareja de la madre no hubiere impugnado la paternidad antes de morir, el hijo producto de una heteroinseminación puede perder sus derechos sucesorios en el evento de que impugnen los herederos e interesados y se pruebe que hubo inseminación artificial no consentida por el marido o conviviente, de ésta manera, el hijo no tiene derecho a heredarlo.

En la sucesión testamentaria, si el marido no desvirtúa la presunción de paternidad que pesa sobre ese hijo, debe tenerlo en cuenta dentro de las asignaciones forzosas como legitimario.

3.3 RESPECTO DE LA RELACIÓN DE FILIACIÓN

El doctor Jorge Morales, en su libro Derecho Civil de las Personas, cita a Planiol y Ripert, expresando que la filiación es una relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual una es el padre o la madre de la otra.

La filiación es entonces, la relación directa de un ser humano respecto de sus progenitores, al respecto, nuestro Código Civil, en el artículo 24 expresa:

“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;*
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos;*
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.*
- d) Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente.*

Desde un punto de vista natural y biológico todos los individuos son hijos de una madre y un padre, no obstante, existen situaciones en que quien ostenta la calidad de padre no es precisamente el biológico⁴².

De lo anterior inferimos entonces que, si bien conforme a la naturaleza no hay hijos sin padre o madre, conforme a Derecho pueden haber hijos sin padre ni madre.

⁴² Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, tomo XII, 1960, Buenos Aires.

De ahí, que la filiación se clasifique en filiación biológica y filiación jurídica, la primera liga a generantes y generados fundamentándose en el hecho real de la existencia, mientras que la filiación jurídica liga a quienes ante la ley son padres e hijos, es ésta la que origina efectos de derecho.⁴³

Desde un punto de vista jurídico y en sentido estricto, filiación es el vínculo que une a dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra.

Es lógico que la filiación jurídica esté basada en la filiación biológica, por ello toma presunciones e indicios para establecer los vínculos entre los padres y los hijos, por ello expondré las relevancias de la inseminación artificial respecto de la paternidad y respecto de la situación del hijo nacido por ésta técnica.

3.3.1 Presunción de Paternidad

Respecto a este tema, partiremos exponiendo lo que se entiende por presunción, así, se llama presunción a las deducciones que hace la ley partiendo de hechos conocidos, para llegar a hechos desconocidos.

A diferencia de la maternidad, la paternidad no es un hecho de fácil constatación, por ello, nuestro Código Civil presume la paternidad partiendo de dos hechos que el legislador supone: la fidelidad de la mujer al marido y la cohabitación de los cónyuges.

Así, la paternidad consiste en imputar a un hombre –cónyuge o pareja estable de la madre- la cohabitación con la madre del hijo, cohabitación que produjo la concepción⁴⁴.

Diversos artículos del Código Civil formulan aspectos relevantes respecto de la paternidad, en este sentido, acudiré a algunos de ellos:

⁴³ Albadejo., Manuel, Manuel de Derecho de Familia y Sucesiones, citado por: Córdova Ruiz, Ana María, Inseminación Provocada por Medios Artificiales, Fecundación Extraterina y Transferencia embrionaria: ubicación general y situación Jurídica, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1985.

⁴⁴ Awad Cucalón, María Inés, y De Narvéez Cano, Mónica, Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Humana en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001

El artículo 62 expresa:

“De la fecha del nacimiento se colige la época de concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.”

En base a este artículo, el artículo 240 enuncia:

“El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Artículo 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.”

Y el artículo 260 agrega:

“También se presume que un hijo tiene por padre al marido de su madre, cuando nace dentro de matrimonio, aunque no hayan transcurrido los ciento ochenta días a que se refiere el Art. 240.

El marido, con todo, podrá reclamar contra la presunción de paternidad, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción, según las reglas legales. Pero aún sin esta prueba podrá reclamar contra la paternidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, o si no ha manifestado por actos positivos reconocer al hijo después de nacido.”

Todas estas presunciones están basadas en el hecho de que toda concepción proviene de una cohabitación y relación sexual, misma que se supone debió darse con el marido o pareja estable de la madre, de manera que pueden tener cabida respecto de la inseminación artificial homóloga, misma que no presenta inconvenientes porque la técnica ha sido utilizada por la pareja que ha dado su consentimiento, y lo único que cambia respecto de la procreación natural es la forma de hacer llegar los gametos a la

mujer, por tanto la paternidad debe ser atribuida al marido o pareja estable de la mujer que es inseminada, además, la inseminación y el parto se producen durante el matrimonio o unión de hecho.

Desde luego que, en una inseminación homóloga, la sola voluntad de la mujer no basta para que el marido asumiera la paternidad del menor, de hecho, si careciendo del consentimiento del marido, la mujer utilizase el material genético de su esposo y se prosiguiera con inseminación artificial, los gametos del hombre serían considerados como los de un donante; por lo tanto, no se podría exigir al marido que cumpla las obligaciones de padre.⁴⁵

Distinto es el caso de la heteroinseminación, situación que supone un salto a estas presunciones puesto que biológicamente el marido no es el padre del hijo que ha nacido dentro del matrimonio, por lo que de intentar una acción de impugnación de paternidad la misma prosperaría pues la fecundación se produjo con semen de un varón distinto.

Es necesario diferenciar si la inseminación artificial fue realizada con o sin el consentimiento del marido. La decisión de que el niño naciera debe emanar del acuerdo consensuado de la pareja.

Si la inseminación fue realizada con el consentimiento del marido, la paternidad del nuevo ser se determina por este acto de voluntad, la aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa es la fuente creadora del vínculo de filiación, con todas las consecuencias legales que esto implica.

La inseminación artificial perfila un nuevo concepto de paternidad por el cual es considerado padre no solo quien tuviera vínculos genéticos con el menor, sino también quien asume la responsabilidad de serlo con la carga de derechos y obligaciones que ello entraña y en la que la decisión de tener descendencia es el punto de partida.

⁴⁵ www.colbio.org.mx

La madre está unida al hijo por filiación biológica; en cambio el marido que consintió la inseminación, establecerá una filiación que la doctrina moderna denomina "voluntad procreacional"⁴⁶, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea, el consentimiento del marido tiene el efecto de prohibición legal de impugnar la filiación matrimonial del hijo habido por consecuencia de estas prácticas; es una especie de adopción no sujeta a trámite.⁴⁷

Si la fecundación fue ejecutada sin el consentimiento del marido tiene la posibilidad de impugnar con éxito su paternidad, ya que no sólo falta el presupuesto biológico, sino también el volitivo, es decir, la decisión del acto procreacional para que ese ser naciera.

La inseminación, como todo acto jurídico sólo se configura con la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen, tanto material como jurídicamente, y que son la mujer, su esposo, el donador anónimo y los profesionales. Si el cónyuge o concubino no manifestó su voluntad no hay fundamento para vincularlo a las consecuencias de un acto en el cual no participó, ni en forma natural ni expresando su voluntad procreacional.

No cabe duda entonces, que el consentimiento del marido cualquiera que sea la forma en que haya sido prestado supone un reconocimiento de su paternidad; no obstante para mayor facilidad de prueba es recomendable que el consentimiento se otorgue en escritura pública.

Impugnación de Paternidad

El hijo que nace luego de los 180 días de celebrado el matrimonio está amparado por la presunción "*pater it est quem nuptiase demonstrant*" (es padre aquel que el matrimonio demuestre), de ahí que quien pretenda desconocer su paternidad, deberá impugnarla atacando los hechos en que se basa la presunción de paternidad, esto es:

⁴⁶ www.gibioetica.edu.er.es

⁴⁷ Altamirano, Efrén y Ortega, Diego., La Vida Humana Como Valor Moral Fundamental: La Inseminación In-Vitro, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, Cuenca, 1995.

la cohabitación de los cónyuges o la fidelidad de la mujer; hechos que se verán desacreditados mediante la prueba de imposibilidad física del acceso del marido a la mujer, o el adulterio de ésta.

Con la inseminación artificial la prueba de la no cohabitación no sería prueba plena de la no paternidad, el marido pudo no tener acceso a su mujer durante la época en que se presume la concepción y sin embargo ser el padre del hijo concebido mediante inseminación artificial homóloga o heteróloga siempre y cuando las haya consentido.

De manera que para impugnar la paternidad, el marido debe demostrar que la técnica fue llevada a cabo por su esposa o conviviente sin su consentimiento, por lo tanto no se le pueden atribuir responsabilidades respecto de ese hijo.

Desde luego que la inseminación sin consentimiento del marido no autoriza por sí solo a éste para no reconocer al hijo como suyo; aún cuando ya quedó claro que la heteroinseminación de una mujer con el semen de un tercero y sin el consentimiento de su marido o compañero no constituye adulterio, vale tomar en cuenta el Art. 241 del Código Civil que sostiene que el adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza, por sí solo, al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre.

De esto se infiere que, el marido primero debe probar que la inseminación fue realizada sin su autorización, sólo entonces puede aportar prueba de otros hechos tendientes a demostrar que él no es el padre, esto debido a que pudo haber manifestado su “voluntad procreacional” y luego, por diversos motivos, tratar de negar este consentimiento.

Las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta, de modo que, mientras el esposo no demuestre la inseminación heteróloga y la falta de su consentimiento, para la ley él será considerado como padre del menor que haya nacido dentro de los plazos mencionados.

3.3.2 Situación jurídica del hijo nacido por Inseminación Artificial

El consentimiento, aparentemente ilimitado, encuentra un obstáculo en la comisión de actos perjudiciales para el óptimo desarrollo del concebido y nacido por medio de la Inseminación Artificial; y es que, frente a los derechos reproductivos y a veces contraponiéndose a estos, se levantan los derechos de la personalidad de quienes nacen por medio de las técnicas, contraposición que debe resolverse siempre aplicando el principio de solidaridad, según el cual se debe colocar en el primer sitio de la escala de valores la tutela del sujeto más débil.

Tanto a nivel internacional, como nacional, se reconoce que la fragilidad de la vida en sus primeras etapas exige una especial protección y preocupación del derecho. Mencionaré algunos de los derechos que tienen relación con la inseminación artificial:

- A. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica: El derecho a la vida en el campo de la inseminación artificial se asimila al derecho que el producto de la concepción tiene a nacer, el concebido es un ser proyectado para nacer y adquiere derechos desde su concepción en tanto nazca vivo, este derecho está protegido constitucionalmente en el artículo 45.
- B. El derecho a nacer y crecer dentro de una familia integrada: Este derecho está vinculado con el derecho a una filiación paterna y materna, tiene importancia principalmente en la práctica de inseminación en mujer soltera y en la inseminación artificial post mortem, casos en que aún antes de comenzar la vida del hijo, éste estará condicionado a nacer y vivir con uno solo de sus padres; al negarle al menor el derecho a un padre se le niega el derecho a una filiación paterna con todo lo que ello traería consigo respecto de alimentos, derechos sucesorios, patria potestad, etc..

No podemos obviar que nuestra Constitución, en sus artículos 44, 67 y 69 declara que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, atribuyendo así a la familia la función de amparar el nacimiento y desarrollo de los hijos.

- C. El derecho a conocer el propio origen biológico: La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto.

El derecho a conocer el propio origen biológico abarca el poder jurídico que tiene toda persona para reclamar ante los tribunales su verdadera filiación, o bien para impugnar la que ostenta, para luego investigar y determinar la verdadera, exigiendo todas las prerrogativas que ello, lo que atentaría contra el derecho del donante al anonimato, derecho que, se dice, no debe ser vulnerado debido a que si no se asegura el anonimato, se inhibiría a los posibles donantes ante el temor de ver reclamada su paternidad y las responsabilidades que el derecho le atribuye, además se estaría violando el derecho a la intimidad del donante y de la pareja que consintió la inseminación.

Jurídicamente se ha tratado de buscar un equilibrio considerando, por un lado, el derecho al anonimato del donante considerado dentro del derecho a la intimidad, consagrado constitucionalmente en el numeral 20 del artículo 66:

“Se reconoce y garantizará a las personas:

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.”

Y por otro, el derecho del niño a conocer su verdadera identidad, derecho también incluido en la constitución en sus artículos 45 inciso segundo y numeral 28 del artículo 66

Art. 45.- “(...)

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.

(...)”

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

28. 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.”

Se evidencia una situación problemática por la colisión de dos derechos fundamentados en la constitución, más aún si se tiene en cuenta que según el artículo 11 numeral 9 de la Constitución Ecuatoriana, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Éste conflicto encuentra su resolución acudiendo al principio del interés Superior del Niño, principio que proclama que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otro derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros, así lo consagra nuestra constitución en el artículo 44:

“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”

La inseminación artificial actúa con el objetivo de obtener el nacimiento de un nuevo ser, por eso, cobra toda su importancia el concepto del interés superior del niño como principio hermenéutico. A través de él, la solución al conflicto debe conducir a una efectiva garantía de los derechos del hijo,

Se reconoce de este modo, la prevalencia del derecho constitucional a la identidad, derecho fundamental de las personas a saber con certeza quiénes son sus padres.

Cabe acotar que, el campo del Derecho a la Identidad va más allá del derecho a conocer la procedencia genética, va a la personalidad individual en el sentido social y psíquico, inclusive se refiere a los modos de ser culturales de cada uno, resultando la filiación uno de los componentes de la identidad⁴⁸.

Se concluye entonces, que no todo derecho es absoluto y que el del donante debe ceder al derecho y necesidades físicas, psíquicas, y psicológicas del concebido a conocer su identidad biológica.

No obstante, si bien se permite al nacido mediante inseminación heteróloga conocer la identidad personal del donante con la finalidad de conocer su identidad biológica y orígenes genéticos, esto no genera obligaciones ni consecuencias jurídicas entre donante y concebido nacido.

Esta facultad permite al hijo acceder a la ficha clínica del donante basado en su derecho a la salud e integridad física y psíquica puesto que con la información del donante puede prevenir o curar enfermedades o anomalías hereditarias.

3.4 PRÁCTICA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MUJER SOLA

Al utilizar los términos “mujer sola”, como sujeto activo de la inseminación artificial, nos referimos a la mujer soltera, viuda o divorciada. Aspecto esencial es que esta mujer no debe tener una relación estable con un hombre, por lo mismo, en este punto se puede considerar incluso la situación de la mujer que vive en pareja homosexual, es decir, a la mujer lesbiana⁴⁹.

⁴⁸ La identidad abarca: la filiación; un estado social, en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; y un estado Civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

⁴⁹ www.dlh.lahora.com.ec

Ésta práctica reviste importancia debido a que una mujer, independientemente de que esté sola decide engendrar un hijo mediante inseminación artificial de donante, situación que encuentra conflicto sobre todo en virtud del derecho del niño a una filiación materna y paterna, el menor que nace como resultado de una inseminación artificial llevada a cabo por una mujer sola no pudiera reclamar derecho alguno inherente a la calidad de hijo, pues aunque desde el punto de vista biológico tiene padre, desde el punto de vista jurídico no.

Cierto, que esta situación puede darse, también, en otro tipo de concepciones como los muchos casos de madres solteras que existen, pero en este caso concreto se produce por una intervención técnica médica, la maternidad es buscada consciente y voluntariamente. Ello debería implicar una responsabilidad adicional en la concepción porque los menores tienen, sin duda, el derecho a desarrollarse en las mejores condiciones posibles.

Entre los derechos a defender como parte de la condición humana, figuran los derechos de la familia y del matrimonio como institución y, en este ámbito, el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres.

Resulta pues, una contradicción que, por un lado, se permita la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, para constituir las relaciones biparentales y que, por el otro, se propicie el nacimiento de hijos sin padre, por ello la doctrina ha discutido arduamente el problema, una parte mayoritaria de ella se opone a que la mujer sola pueda ser beneficiaria de estas técnicas basándose, fundamentalmente, en dos argumentos:

1. Si se permite que una mujer sola procee un hijo mediante inseminación artificial, ello traería como consecuencia la creación de una nueva familia unilinear o monoparental, suprimiendo además los derechos sucesorios, de alimentos, etc. del niño respecto de su padre.⁵⁰

2. Se puede dar pie para que parejas de lesbianas puedan tener y criar hijos, lo que atentaría gravemente contra los derechos del hijo de tener un padre y una madre y de

⁵⁰ www.juridicas.unam.mx

no tener una paternidad disociada, el niño necesita para su desarrollo normal las figuras paterna y materna y crecer en un hogar donde se distingan claramente los roles masculinos y femeninos.⁵¹

3. Un niño no es un objeto disponible, ni un instrumento de utilidad, el derecho de procreación no es absoluto y antes de salvaguardarse el interés de la pareja por procrear, debe salvaguardarse el interés superior del niño.

Otra parte de la doctrina acepta la tesis contraria, apoyando la inseminación artificial en mujeres solas, Gómez Sánchez, por ejemplo, defiende la maternidad en solitario entendiendo la constitucionalidad de tal situación y argumenta que si los hijos debieran tener "simultáneamente" un padre y una madre que les prestaran asistencia, "un alto porcentaje de las relaciones paterno-filiales serían inconstitucionales, Si las mujeres solas pueden acceder a la maternidad como consecuencia de una relación no estable y el hijo así nacido es igualmente objeto de protección y asistencia por parte de los poderes públicos y la condición de éste será igual a la de los demás hijos; no puede negarse la legitimidad de que las mujeres solas no estériles accedan a la maternidad a partir de semen donado."⁵²

Al igual que Gómez Sánchez los autores que se ubican en la defensa de la inseminación en mujer sola se basan, entre otros, en los siguientes argumentos:

1. Al reconocerse en la Declaración Universal de los derechos humanos que "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna... a casarse y a fundar una familia...";⁵³ se reconoce la existencia de un derecho a procrear, el mismo que constituye un derecho individual y absoluto de la persona de manera que el ordenamiento jurídico no puede prohibir a la mujer sola acceder a un método alternativo de reproducción asequible a cualquier persona.

⁵¹ www.mingaonline.uach.cl

⁵² www.unav.es

⁵³ Artículo 16 N° 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

2. El riesgo de crear una familia unilineal como resultado de la aplicación inseminación artificial no es masiva y no puede llegar a constituir un riesgo social.⁵⁴ Además, en la práctica se constata la existencia de una gran cantidad de familias donde no existe un padre y una madre, ya sea por muerte, ausencia o divorcio.

3. El hecho de que parejas de lesbianas puedan acceder a estas técnicas es un riesgo, sin embargo, negarle absolutamente esta posibilidad a la mujer implicaría crear respecto de la mujer sola una “presunción de homosexualidad”⁵⁵

4. Si se permite que una mujer sola pueda adoptar un niño y darle un hogar, sería un contrasentido prohibirle tener uno mediante la utilización de estas técnicas, supondría obligarlas a unirse en pareja para tener un hijo, o bien forzarlas a no tener ese hijo si no consiguen una pareja estable. La ausencia de pareja sería una evidente causa de esterilidad para la mujer, porque vería impedido el ejercicio de su derecho a la reproducción.

Tras la exposición de los dos posicionamientos, considero que, si bien se reconoce un derecho a procrear, éste no es absoluto, la procreación de la mujer por medios artificiales debe estar limitada y esos límites determinados por los derechos de aquéllos a quienes afecta en mayor o menor grado la inseminación artificial; el derecho de la mujer sola tiene un limitante constituido por la seguridad jurídica de los hijos.

La procreación se orienta hacia el nacimiento de seres que gocen de las condiciones necesarias para realizarse como personas, los hijos no pueden convertirse en medio de satisfacción de los deseos de quien quiere ser madre, por ello, el derecho a procrear debe ser exigido dentro de un marco familiar, la misma declaración de los derechos humanos utiliza términos como: “hombre y mujer”, “casarse”, “contraer matrimonio”, “fundar una familia”, es claro que por familia se entiende el núcleo formado por padre, madre e hijos, cuyo cauce de constitución social, jurídica y éticamente deseable se encuentra en el matrimonio.

⁵⁴ www.fiestadelapasta.com

⁵⁵ www.mingaonline.uach.cl

No se puede legitimar el acudir a la inseminación artificial por mero capricho de uno de los miembros de la pareja, la inseminación no constituye un método cuyo fin es sustituir la procreación entre hombre y mujer, sino conseguir que la pareja alcance la procreación, es un recurso para el tratamiento de la esterilidad, de manera que es una técnica de carácter terapéutico y no una alternativa reproductiva ante la relación sexual de la pareja.

La procreación no se trata solamente de dar vida a nuevos seres, sino que también incluye el aspecto de disponer de las condiciones oportunas para que el futuro ser pueda formarse como persona, resulta pues importante que el derecho vea el acceso de la mujer sola a la inseminación artificial por cuanto niega al niño el goce de la figura paterna.

Respecto del tema de que parejas lesbianas puedan acceder a la inseminación artificial para tener hijos, en la Constitución Política del Ecuador se reconocen dos tipos de familia: las constituidas a través del matrimonio civil y las uniones de hecho, incluyéndose dentro de éstas últimas las uniones entre parejas del mismo sexo, por cuanto se exige que sea estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, sin señalar que esas dos personas deben ser hombre y mujer, especificación que sí se hace respecto del matrimonio.

Éste reconocimiento no implica el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder a la inseminación artificial, deducción a la que se llega si se acude al Código de Ética Médica Ecuatoriana en su artículo 107, el mismo que expone:

“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.”

Al decir “previo consentimiento mutuo de los cónyuges” circunscribe la práctica de la inseminación artificial a parejas unidas por matrimonio, esto es a la unión entre hombre y mujer, excluyendo la posibilidad de una inseminación artificial tanto en una pareja de lesbianas como en una mujer soltera o viuda.

3.5. EVENTUALIDAD DE PATERNIDAD RECLAMADA POR EL DONADOR DE SEMEN

Se trata de un supuesto de muy remota posibilidad fáctica, debido a que por regla general, el donante no conoce el destino de su semen, no sabe qué mujer lo recibirá ni tampoco si la inseminación produjo o no la concepción.

No obstante, en el evento de que llegara a tener conocimiento de estos datos, surge la controversia respecto de si podría o no reclamar la paternidad del niño que nació producto de su donación.

Nuestro Código Civil da prioridad a la presunción de paternidad respecto del hijo de mujer casada y sólo el padre, el hijo o los herederos del marido muerto pueden reclamar contra tal presunción, luego, el dador de semen no posee legitimación para reclamar contra la paternidad.

Si partimos del contrato celebrado entre el donante y el banco de semen, la donación implica una enajenación. El donante se desprende de algo que deja de ser suyo y pasa a estar a disposición de otros, que darán a lo donado el destino que consideren oportuno. Luego el donante pierde toda relación con lo donado.

La teoría de la voluntad procreacional sostiene que el donante no puede reclamar al hijo como suyo puesto que su voluntad no era fecundar, no quiso procrear, la voluntad fue donar su semen para ser aplicado a una mujer indeterminada, participa en un tratamiento de infertilidad con el entendimiento de que no tendrá responsabilidad futura por el hijo.

Para determinar la paternidad Cabe la pregunta: ¿quién tuvo el afecto y voluntad genuina que ese niño naciera?, en virtud de la inseminación artificial asume el papel de padre aquel que ha tenido la voluntad, convicción certera y que ha puesto todo su afecto para que ese niño naciera.

El fin de la inseminación artificial es otorgar la paternidad a las personas que han deseado un hijo para ellos y no a la persona que se ha prestado como donante de esperma.

No se puede perder de vista que la paternidad implica mucho más que la mera aportación de semen, involucra un conjunto de comportamientos, derechos y obligaciones, en definitiva, una participación constante en la vida del hijo, ser padre es dar la vida, pero darla en un sentido más amplio que la mera aportación de elementos genéticos; implica crear las condiciones oportunas para el desarrollo global del nuevo ser.⁵⁶

Otra figura que fortalece el hecho de que el donante no puede reclamar la paternidad es el anonimato del donante, con ésta figura se está protegiendo las actuaciones de las personas que intervienen en la inseminación, limitando además la responsabilidad del donante e impidiendo el ejercicio de derechos inherentes del hijo, así como la defensa de sus intereses morales y materiales.

El donante no tiene derecho a impugnar la paternidad ya que siendo mayor y capaz, se desprendió de su material genético en beneficio del banco de semen. Lo donó y esa donación es irreversible.

La única posibilidad de revocar el contrato es el evento de una infertilidad sobrevenida del donante, caso en que se le devolverá el material donado si éste aún no ha sido dispuesto, pero bajo ningún concepto se le otorga un derecho u obligación respecto del nacido producto de la inseminación.

Se podría decir que se crea una ficción legal por medio de la cual el donante renuncia voluntariamente a su paternidad, quien consintió en donar su semen para su utilización de una pareja infértil, si bien puede alegar que el hijo es genéticamente

⁵⁶ Junquera, Rafael., Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica

suyo, deberá en cambio aceptar que el hijo no es institucional ni voluntariamente suyo.⁵⁷

3.6 CONFLICTOS FRECUENTES

El hecho de que en la inseminación no sólo intervenga una persona, hace que exista una diversidad infinita de intereses, muchas de las veces contrapuestos o contradictorios, lo que genera conflictos que deben ser resueltos por el Derecho.

Una de las fuentes de conflicto en cuanto a ésta práctica, es el consentimiento, requisito que es asimilado en la doctrina por la autorización que se le da a cualquier médico cuando va a realizar una intervención quirúrgica y que debe preceder a toda práctica de inseminación artificial.

Para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá, así, la mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo, con la introducción de esperma, éste consentimiento implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado.

El consentimiento debe otorgarse por escrito y con la expresión de su irrevocabilidad que asegure la no suspensión de la gestación ni el rechazo a la filiación generada.

El donador del semen acepta que su esperma sea objeto de una inseminación artificial, pero ésta aceptación no supone un reconocimiento de la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de la inseminación.

El esposo o pareja estable de la mujer que se somete a la inseminación artificial acepta tanto la inseminación como la paternidad del hijo que nazca.

⁵⁷ Zannoni, Eduardo., Inseminación artificial y fecundación extrauterina, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978

Los profesionales que practican la inseminación también deben manifestar su voluntad de llevar a cabo la inseminación y esta manifestación será útil para el caso de delimitar su responsabilidad en el acto.

Vemos pues, que el consentimiento debe darse de manera expresa por quienes intervienen en la técnica, pero, ¿qué sucede si no hay el consentimiento de quien es sometida a una inseminación artificial?

La inseminación artificial sitúa a sus usuarios frente a situaciones de gran contenido ético y con repercusiones muy relevantes en la esfera psicológica de la mujer, de manera que la práctica de ésta técnica sin consentimiento de la mujer constituye un grave atentado contra su integridad moral, psíquica y física, así como contra su libre desarrollo y bienestar. Colombia por ejemplo, tipifica este acto como delito contra la autonomía personal. No se le puede imponer el estatus de la maternidad con la venida de un nuevo ser, si ella no participó voluntariamente en la planificación del nacimiento, y por ello, legislaciones como la indicada, le conceden el derecho de elegir libremente si desea que nazca o no el ser que lleva en su vientre.

Dentro de la problemática del consentimiento, se podría presentar el caso que, una vez dado el consentimiento el marido se arrepintiera. ¿Tiene derecho a impugnar la paternidad?

Otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación, éste se convierte en irrevocable. Iniciado el procedimiento la gestación se continúa y ésta no podrá ser suspendida ni por la mujer ni por su marido o pareja y menos por el donador anónimo o por los profesionales que intervinieron en ella, a no ser que surgiera una necesidad médica que la justificara. En consecuencia, ni la mujer ni su marido o pareja estable que haya otorgado su consentimiento pueden rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca.

Esta irrevocabilidad del consentimiento se basa en la teoría de los actos propios cuyos pilares son la buena fe y la relevancia jurídica del consentimiento, es inadmisibles una pretensión contradictoria de quien, asumiendo una conducta jurídicamente relevante, lícita, intenta luego obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquella.

El marido tuvo la voluntad procreacional, aceptó la donación de semen, consintió el uso de la inseminación artificial, por lo tanto debe asumir las consecuencias jurídicas de su decisión, la paternidad debe atribuírsele al marido. Nadie puede borrar con el codo lo que escribió con la mano, y menos aun cuando se está frente a la determinación de la filiación de un nuevo ser. No se puede invocar la ausencia de vínculo biológico, pues desde el inicio fue descartado.

Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos casos en que se dispone de semen de quien muere posteriormente a su donación?

La posibilidad de conservar gametos más allá de la vida reproductiva del donante, da lugar a cuestiones legales fundamentales, se puede disponer del semen distinguiendo dos situaciones:

Si se trata de un donante, que muere luego de hacer su donación, no existe problema alguno para disponer de su semen por cuanto al donar su material genético, autorizó la utilización del mismo independientemente del momento en el que se utilice. No obstante, si al momento de donar, el donante indicó de forma expresa el tiempo de conservación y uso o destino de sus gametos, debe ser respetada su voluntad, de lo contrario el banco de semen estaría contrariando el principio de inviolabilidad de la persona.

Si se trata de aquellos casos en los que quien almacenó su semen es el esposo o pareja de la mujer, la voluntad de que se practique una inseminación post mortem debe estar manifestada clara y expresamente, por cuanto el esposo pudo haber preservado su semen para que se practique una inseminación mientras estuvo vivo, y la utilización de su semen luego de su muerte sería una disposición arbitraria del mismo.

La inseminación post mortem presenta la peculiaridad de que el consentimiento se ha producido antes de la fecundación; la inseminación se realizará un tiempo después del fallecimiento del marido, el niño no estará protegido por la presunción de paternidad porque no nacerá dentro de los 300 días desde la muerte del marido, para la ley, el hijo no es concebido dentro del matrimonio o unión de hecho. Sin embargo, si el hijo naciera después de los 180 días pero antes de los 300 días

posteriores a la muerte del cónyuge, se produciría la paradoja del cumplimiento temporal, por lo que ese niño sería considerado hijo del marido.

Muchos se han manifestado en el sentido de que no se puede determinar la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de inseminación 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. La personalidad concluye con la muerte, y el hijo, resultado de una inseminación practicada después de la muerte del donador, no tiene padre, puesto que no puede tener esta calidad quien ha dejado de existir.

Otros doctrinarios sostienen que se puede determinar la filiación respecto del marido o pareja fallecida, siempre que previo a su muerte haya manifestado su consentimiento para que se lleve a cabo la inseminación post mortem, este consentimiento protegería al hijo en cuanto a la impugnación de la paternidad que pudieran hacer los terceros interesados.

Como he reiterado a lo largo del presente trabajo, nuestra legislación no regula la práctica de la inseminación artificial, no obstante, la medida que se tome respecto de la permisibilidad o no de la práctica de inseminación post mortem deberá considerar la limitación del menor número de derechos, por el menor tiempo posible.

No se puede ignorar, que la inseminación post mortem, contraría la finalidad de la inseminación como técnica de reproducción asistida consistente en corregir los problemas de infertilidad que sufra alguno o los dos miembros de la pareja, una vez muerto el marido no se puede hablar de corrección de su incapacidad.

CAPÍTULO IV:

DONACIÓN DE SEMEN COMO CONTRATO

Analizando los elementos de los contratos en Ecuador, realizaré un intento de adecuación del llamado "contrato de donación de semen" con las disposiciones legales en materia de contratos.

Como punto de partida tenemos que un contrato es un acuerdo mutuo de consentimiento entre dos o más personas, que tienen como consecuencia la creación de un vínculo obligatorio con fuerza de ley entre las partes contratantes, esto es, existe un contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de uno u otras.

Es necesario en este aspecto, acudir al concepto de contrato que nuestro Código Civil consagra en el Art. 1481:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”

La norma referida define el género obligación para referirse a la especie contrato, que es la fuente más importante de las obligaciones, con ésta aclaración, no sirve de mucho el concepto contenido en el Código Civil, de ahí que, acudiremos a un concepto generalizado doctrinalmente, señalando que, contrato es todo acuerdo que tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones.

Se sabe que para que surjan obligaciones de un contrato, se debió haber contratado con una persona capaz, la misma que haya manifestado su voluntad libre de vicios y sobre un objeto y una causa lícita. El problema de la ilicitud del contrato de donación de semen es bastante polémico, sobre todo en base a que hay objeto ilícito en aquellos contratos en que las prestaciones que deben cumplirse atentan contra la ley, la moral o las buenas costumbres.

¿Se podría decir que la donación de semen es un acuerdo que atenta contra las buenas costumbres?

Este cuestionamiento no encierra un asunto puramente jurídico; se involucran además cuestiones éticas y morales, las mismas que deben partir de bases reales y dentro de un contexto compatible con la situación de la sociedad actual, caracterizada por continuos avances tecnológicos y científicos.

Bajo estos presupuestos, se debe analizar la finalidad y principios que gobiernan la donación de semen.

Así, el contrato de donación de semen sería válido, en la medida que sea considerando como un acto altruista, secreto y anónimo, económicamente no compensado y destinado a que los espermatozoides que se obtengan sean utilizados para que una pareja consiga procrear.

4.1 NATURALEZA DEL CONTRATO

Para precisar la naturaleza jurídica del contrato de donación de semen es menester remitirnos a un marco más amplio que es el de la teoría general de los hechos y los actos jurídicos.

Se parte del concepto de hecho jurídico, acontecimiento susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones; los hechos que no producen alguno de estos efectos carecen de todo interés para el derecho.

Los hechos jurídicos pueden ser naturales o humanos según sean producidos por la naturaleza, como el aluvión o por la acción del hombre.

Los hechos jurídicos humanos son llamados "actos" los mismos que revisten el calificativo de voluntarios, cuando son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, y son involuntarios, cuando son ejecutados sin discernimiento, sin intención o sin libertad caso este último, en que no producen obligación alguna.

Ahora bien, el contrato de donación de semen se define como el acuerdo de mutuo consentimiento entre donante y el Banco de semen, mediante el cual el donante se obliga voluntaria y gratuitamente a proporcionar su semen a favor del donatario – Banco de semen- con la finalidad de que los espermatozoides que se obtengan de la donación puedan ser utilizados en técnicas de reproducción asistida que se realizarán a parejas que lo necesiten, siempre que dichas técnicas se encuentren científica y clínicamente indicadas⁵⁸.

Partiendo de éste concepto, y de que el contrato está destinado a reglar los derechos de las partes –donante y donatario-, no cabe duda que el contrato de donación es un acto jurídico, que requiere un acuerdo de las partes, esto lo ubica como un acto jurídico consensual.

Por ser la donación de semen un contrato relativamente nuevo, tomó las bases, reglas y principios rectores de la donación de órganos: la gratuidad y el anonimato.

El sistema jurídico enfatiza la naturaleza altruista del acto de donación, constituyéndose como un contrato bilateral imperfecto.

4.2 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

La donación de semen es un acto voluntario mediante el cual, un varón sano - donante- con una calidad de semen óptima va a realizar una cesión de sus gametos a una institución autorizada –Banco de Semen- para que sean utilizados con la intención de lograr embarazos en pacientes que lo necesiten.

De este modo, la donación se establece como un contrato gratuito, formal, secreto e irrevocable concertado entre el donante y el centro autorizado –banco de semen- que debe formalizarse por escrito, previa información al donante de los fines y consecuencias del procedimiento.

De la definición expuesta, surgen los siguientes caracteres:

⁵⁸ www.urecentrogutenberg.es

A. Gratuito

La donación de semen nunca tendrá carácter lucrativo o comercial, es un acto gratuito y altruista, en el cual sólo se pueden compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación -compensación económica resarcitoria-, sin que esto signifique una retribución económica.

El problema está en determinar el valor de una compensación razonable ya que ésta puede variar de centro en centro y de país en país; vemos por ejemplo que la “compensación” varía entre 50 y 1.000 dólares de los Estados Unidos de América, lo cual constituye una diferencia demasiado grande, y en algunos casos se estaría en realidad ante un pago. De ahí la importancia de que la ley marque límites a las compensaciones o al menos fije una pauta para el respectivo cálculo.

En nuestra Ciudad, los profesionales de la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Latinoamericano, del Instituto Biogepa y de la Clínica Nacer, reconocieron compensar económicamente al donante, pero no manifestaron el monto de la compensación, estimando que se paga hasta cien dólares por donación, y que una técnica de reproducción bordea los cinco mil dólares.

B. Bilateral Imperfecto

Es bilateral imperfecto porque el único obligado es el donante, quien debe suministrar su semen a la institución.

Esto sin perjuicio de las obligaciones eventuales del donatario tales como brindar información al donante, seguridad e higiene en las técnicas, etc.

C. Consensual

Es de carácter consensual porque nace desde el acuerdo de voluntades, ni el donante puede ser obligado a aportar su semen, ni el Banco puede ser presionado a aceptar un semen q no considere apto para la técnica determinada.

Para Romeo Casabona, la donación de gametos es un acto personalísimo y consensual que debe ser siempre voluntario, no cabe sustituir esa voluntad.⁵⁹

D. Formal

La donación de semen se formaliza mediante un contrato escrito entre el banco de semen y el donante, frecuentemente el contrato de donación está compuesto por una parte general donde constan los nombres, edad y demás generales de ley del paciente, nombre de la institución receptora del semen; se incluyen cláusulas relativas al anonimato y el deslinde de responsabilidad del donante respecto al niño que pudiere nacer producto de sus gametos donados, para más ilustración, en páginas posteriores incluyo un contrato de donación de semen.

E. Secreto

Especial consideración tiene este apartado. Se pretende salvaguardar la donación realizada por una persona como forma de proteger su derecho a la intimidad.

El anonimato tiene una doble vertiente entre donante de semen y receptora, ninguno de los dos debe conocer al otro; no obstante, se permite al hijo fruto de la inseminación artificial o su representante legal obtener información de carácter general de los donantes.

No se permite el conocimiento pleno de la identidad del donante salvo en circunstancias extraordinarias que pongan en peligro la vida del hijo o cuando así lo determinen las leyes.

Con el anonimato se protege el interés del donante para que no tenga más responsabilidad que la mera donación, deslindándose de problemas a futuro vinculados con derechos o deberes respecto al concebido, de éste modo, el conocimiento de la identidad del donante no lleva consigo la determinación legal de la filiación.

⁵⁹ www.uia.mx

F. Irrevocable

Se puede revocar la donación solamente cuando el donante sufra una infertilidad sobrevenida y el donante precise para sí los gametos, siempre que dicha revocación sea posible y no se haya dispuesto de la muestra donada. En estos casos el donante debe restituir al Banco los gastos ya efectuados en el proceso.

4.3 REQUISITOS DEL CONTRATO

El contrato de donación de semen reúne las condiciones de todo contrato. Así, las personas involucradas deben considerarse capaces y deben ofrecer su consentimiento libre de toda presión.

Al hablar de requisitos, referimos a los elementos que deben confluir para dar vida al contrato de donación de semen, para llegar a este particular, partiremos de los elementos del contrato en general, los mismos que se clasifican en 3 categorías cuya ausencia o presencia defectuosa tiene consecuencias diferentes:

- Elementos esenciales. Aquellos que se exigen para la existencia o para la validez de cualquier contrato. Aquellos que de faltar no existe acto jurídico alguno son requisitos de existencia. Los que si se omiten, el acto jurídico se transforma en otro distinto son los requisitos de validez.
- Elementos accidentales. Aquellos que se añaden sin que la esencia propia del contrato lo exija. Es decir, el contrato existiría sin ellos, pero si se agregan al contrato, desde que se agregan, pasan a ser elementos esenciales. Son la condición y el término o plazo.
- *Elementos naturales.* Aquellos que se identifican con las consecuencias naturales que se desprenden de cualquier contrato.

Según el Art. 1487 del Código Civil

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro

contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Por la importancia que derivan, haré referencia a los elementos esenciales:

Consentimiento

El consentimiento es la esencia misma del contrato. Para que el consentimiento sea válido debe estar revestido de ciertos caracteres, de lo contrario estaría viciado.

Es necesario que los contratantes actúen libre y conscientemente. Así el art. 1.494 del Código Civil establece que los vicios del consentimiento son: error, fuerza y dolo.

Se exige una doble declaración de voluntad, esto es, la del donante de semen y la del Centro receptor.

Citando nuevamente a Romeo Casabona, la donación de gametos debe ser siempre voluntaria y no cabe sustituir esa voluntad.⁶⁰

El consentimiento de un individuo se considera voluntario si está basado en el ejercicio de la libre elección y no se ha obtenido por elementos de fuerza, fraude, engaño, u otras formas de coacción.

En la donación de semen, debe configurarse un “consentimiento informado” entendido como la aceptación por parte del donante respecto del procedimiento de obtención de su semen, después de tener la información adecuada, es por ello que, como bien señala la Doctora Mercedes Arpi, Máster en manejo de pareja infértil y propietaria de la “Clínica Nacer” en Cuenca, es vital una relación de confianza y seguridad entre el médico y el paciente.

Existe entonces, en este contrato, un consentimiento especial, mismo que, para el doctor Teodoro Astudillo, director de la Unidad de Reproducción Humana del Hospital Latinoamericano de Cuenca, debe entenderse como fruto de la relación

⁶⁰ www.uia.mx

clínica, basada en dos pilares insustituibles e inconfundibles: la confianza y el proceso de información más o menos complejo.

La información que se dé al donante tendría que favorecer la comprensión del procedimiento propuesto, decir en qué consiste, las alternativas posibles, la oportunidad y los resultados esperados (con beneficios, secuelas y riesgos), con el fin de llegar a una decisión, ya sea de elección, de aceptación o de rechazo.

Luego de que se le hubiere informado al donante sobre los fines y consecuencias de la donación de su semen, el donante prestará su consentimiento para la donación de su material reproductor, por escrito en favor del Centro autorizado, y renunciando al producto de la concepción, ésta declaración debe ser libre y reviste un carácter personalísimo, siendo imposible la sustitución de cualquier tipo.

La información que se ha de proporcionar al donante debe ser la máxima posible.

Respecto a este requisito, El Código de Ética Médica del Ecuador en su artículo 15 establece:

“El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que esté de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos la autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones.”

En similar sentido manifiesta el artículo 16 del mismo cuerpo legal:

“Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapia que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente.”

El fundamento del consentimiento informado es el principio de autonomía, de manera que el médico tiene la obligación de informar al paciente de una forma

adecuada e inteligible de los potenciales riesgos y beneficios de los tratamientos que se va a efectuar y de los exámenes auxiliares de diagnóstico que va a utilizar.

Capacidad

Otro de los requisitos esenciales del contrato es la capacidad de las partes.

Como principio, todo sujeto adquiere capacidad jurídica con el nacimiento, capacidad que consiste en la potencialidad de ser sujeto de efectos de derecho, - capacidad adquisitiva-.

Ahora bien, respecto a la capacidad de actuar o poder que tiene un sujeto de derecho para crear efectos de derecho con su manifestación de voluntad, no es atributo de todas las personas, ésta capacidad concierne a quienes gozan de voluntad y consentimiento.

De manera que, tanto el donante como el donatario (banco de semen) deben tener capacidad legal para contratar, deben tener aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Entendiendo, en virtud de nuestro Código Civil, que toda persona es legalmente capaz excepto las que la ley declara incapaces, toda persona puede ser donante excepto:

1. Los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito
2. Los menores adultos, las personas que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.

Como se sabe, el donante es sometido a una serie de exámenes, de ahí que, un demente, un impúber o un sordomudo no solo que sería incapaz legalmente para ser donante, sino además incapaz físicamente, pues implica un riesgo de que el niño nazca con algún tipo de tara.

Esta misma incapacidad física reviste la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser donante de semen.

Respecto del donatario (banco de semen), debe ser una institución constituida legalmente, de lo contrario carece de capacidad para recibir el semen donado.

Es con la mención de el párrafo anterior, con que se aclara que el contrato de donación solo puede ser celebrado entre el donante y un Banco de semen, jamás entre dos personas particulares por cuanto el donatario carecería de capacidad para recibir semen donado y porque el semen, luego de ser receptado requiere ser sometido a una serie de procedimientos exigidos internacionalmente.

Objeto Lícito

El objeto es la cosa donada, que en este contrato sería el semen. Respecto a éste requisito, el artículo 1505 del Código Civil señala:

“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”

Y el artículo 1507 consagra que:

“Hay objeto ilícito en la enajenación:

1o.- De las cosas que no están en el comercio;

2o.- De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y,

3o.- De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello.

En el caso del contrato de donación de semen, se considera ilícito el contrato argumentando que el semen no está dentro del comercio, no obstante, como señalé al inicio de este capítulo, los cambios en el campo de la medicina y la tecnología, han determinado que se tengan como objetos de contrato “cosas” antes no consideradas, tales como los gametos y en particular, el semen.

De ahí, que el derecho no puede permanecer invariable frente a esta realidad, y el semen constituye objeto de un contrato de donación siempre que revista un carácter altruista.

Causa Lícita:

Hay que distinguir entre la causa del contrato y la causa de la obligación:

Causa del Contrato: es el motivo subjetivo, psicológico o personal que el contratante tuvo en consideración para celebrar el contrato.

Causa de la Obligación: motivo jurídico que induce a una persona a obligarse.

Así, en todo contrato de la misma naturaleza la causa de la obligación será siempre idéntica.

En la donación la causa es el porqué de la donación, el animus donandi, así la concibe el inciso segundo del artículo 1510 del Código Civil cuando expresa:

“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”

Respecto del contrato en análisis, el principal objetivo es la transmisión de semen de manera gratuita, así mismo, la donación de semen será válida siempre que los espermatozoides sean utilizados en técnicas de reproducción asistida dirigida a parejas que lo necesiten conforme diagnóstico médico.

4.4 PARTES CONTRATANTES Y EFECTOS

La donación es un acto anónimo y altruista concertado entre el donante y el Banco de Semen.

Es importante destacar el contrato de donación de semen se debe concertar exclusivamente entre el donante de semen y una institución autorizada para receptor éste material, esto es, un Banco de Semen.

A pesar de beneficiarse del semen donado, quien se somete a una inseminación artificial no tiene ni puede tener ningún contacto con el donante, no obstante este impedimento, en Cuenca, en uno de los centros particulares dedicados a reproducción asistida, se abre la posibilidad de una “cadena contractual”, esto es, que

el donante firme el contrato de donación con la pareja receptora, y a su vez, que la pareja receptora firme un contrato de “conservación de semen” con el banco de semen. Particular que me parece contrario a la ética con que todo profesional debe manejarse, con este contrato se vulnera el anonimato del donante, el anonimato de la pareja, incluso la pareja puede escoger el donante como si estuviera solicitando un “hijo a la carta”.

Al ser la donación de semen un contrato bilateral imperfecto, el único obligado es el donante, de ahí, que este apartado esté dedicado a él, para dedicarme más adelante al tratamiento de los Bancos de Semen.

Donante es aquella persona que permite a una institución autorizada la obtención y utilización de sus gametos con el fin de aplicar una inseminación artificial u otra técnica de reproducción asistida a otras personas seleccionadas por esa misma institución. Dentro del contrato de donación de semen no se considera donante al marido o conviviente de la mujer que se presta a las técnicas.

El donador indicará que se desvincula con el menor que nazca y que no exigirá el reconocimiento de su paternidad, de manera que pierde todos los derechos civiles, penales y de familia que pudiere accionar respecto del hijo concebido producto de su donación.

El donante debe someterse, en cuanto a su estado psicofísico, a un protocolo obligatorio general que incluirá las características fenotípicas, del donante y la previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciones transmisibles.

Se debe someter a un análisis similar seis meses posteriores a su donación ya que las muestras de semen han de guardar este período mínimo de cuarentena y sólo podrán utilizarse si tras ese tiempo la analítica sigue siendo correcta. De esta manera se minimiza al máximo el riesgo de transmitir alguna enfermedad; si el prospecto no acude a la segunda cita, o no supera las pruebas, la muestra es desechada.

Responsabilidad del donante:

El donante es responsable ante diversas situaciones:

- De realizar una donación de semen estando casado sin el permiso de su cónyuge, ya que podría violar el deber conyugal de respeto. Esto no quiere decir que la esposa tenga un derecho sobre el semen del marido, más bien son circunstancias que surgen al amparo de la institución conyugal.
- Es responsabilidad del donante cuando este supiera de manera consciente que sufre alguna enfermedad y que por algún motivo no fue detectada en los exámenes realizados.⁶¹
- Comunicar cualquier cambio que pudiera producirse en su situación personal, que pueda tener efecto sobre la donación.

Obligaciones del donante

- Obligación de entregar la muestra de semen

Dependiendo de la demanda del Centro y de la calidad seminal del donante, el personal del laboratorio será quien determine la frecuencia con la que el donante acudirá a entregar las muestras de semen, pudiendo ser una media de 3 ó 4 eyaculaciones cada 6 meses.

La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de Reproducción Asistida. Luego de un análisis del perfil del donante, se deberá garantizar que tiene la máxima similitud fenotípica, inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar

El donante goza del derecho personal de disponer sobre el uso o destino de sus gametos, unido al ejercicio del derecho de inviolabilidad e integridad.

Requisitos Generales para ser donante

La selección de los donantes inicia con una consulta psicológica, a partir de ésta entrevista se determinará si continúa o no en el proceso de selección, si esta primera prueba no la pasa, por muy buena que pudiese ser la calidad de su semen, no se sigue

⁶¹ web-sanac.org

adelante con el resto de los exámenes. En caso de que psicológicamente se le considere apto, el potencial donante es sometido a toda una serie de pruebas médicas para descartar todas aquellas enfermedades que son posibles descartar.

Los donantes deberán tener una edad no inferior a 18 años ni superior a 50 años; buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, de forma razonable y según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

Además el donante debe manifestar no haber realizado donaciones seminales previas en ningún centro, y en caso de haberlas realizado especificar dichos centros y el número de donaciones realizadas, esto para evitar un exceso de niños nacidos de un mismo donante.

Una vez verificados los requisitos anteriores, el donante declara estar de acuerdo con el contrato confidencial y gratuito de la donación de semen, así como del procedimiento de obtención del mismo.

Ahora bien, otro aspecto importante de todo contrato son los efectos que de él derivan, como premisa fundamental sabemos que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, por tanto, el principal efecto que produce el contrato es el de establecer una reglamentación entre las partes que lo han celebrado. A partir del momento mismo de la celebración del contrato, las partes deberán ajustar su comportamiento a lo pactado que tiene fuerza de ley entre ellos.

En cuanto al contenido mismo del contrato, en él se puede distinguir un cuerpo normativo, que incluye a las cláusulas normativas; cierre, que consiste en una fórmula que muestra la forma de realizar el acuerdo; y finalmente, los anexos, que explican algunos aspectos del contrato.

4.5 BANCOS DE SEMEN

Parte esencial del proceso de inseminación artificial lo constituye el banco de semen, institución que constituye el vehículo utilizado para la congelación y almacenamiento del semen, es un laboratorio que cuenta con equipo especializado para congelar y conservar (criopreservación) el esperma que será utilizado en su oportunidad.

Un banco de semen es una dependencia destinada a la preservación de semen con el fin de conservarlos congelados para una posterior inseminación artificial, para mantener a los espermatozoides se usa como refrigerante nitrógeno líquido, el cual permite que sean congelados y guardados a una temperatura de -190° C, pudiendo permanecer así durante varios años.

La congelación de esperma o criopreservación es el proceso de congelación del semen para que en un futuro pueda ser usado para finalidades reproductivas.

Después de congelarlo se depositan en un tanque a bajas temperaturas para así poderlo preservar durante un tiempo indefinido ya que son protegidas con un líquido especial que permiten que las muestras duren congeladas por varios años, inclusive se han mostrado resultados exitosos de embarazo con muestras de hasta 15 años congeladas

Los primeros centros civiles de este tipo se crearon en 1964 en Tokio e Iowa. En 1984 se abre el primero de estos en Ecuador concretamente en Quito, en CEMEFES “Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad”⁶². En Cuenca la doctora Mercedes Arpi, de la “Clínica Nacer” trabaja con esta entidad desde 1990.

Los bancos de semen han diversificado sus servicios, en sus inicios sólo funcionaban para congelar el esperma de los donantes en los procesos de reproducción asistida. Con el tiempo, y frente a algunas enfermedades y la difusión de información sobre

⁶² www.cemefes.com

los efectos que pueden causar ciertos químicos en la reproducción masculina, los bancos de semen han ampliado su campo de acción.

En la actualidad, estos centros ofrecen sus servicios a hombres que están a punto de realizarse una vasectomía, a enfermos de cáncer o, incluso, a varones que realizan una actividad de alto riesgo, como los soldados.

Toda institución involucrada en recepción y tratamiento de semen –banco de semen- debe contar con infraestructura adecuada para manejar los aspectos tan delicados que involucran las técnicas de reproducción asistida, en el Ecuador no existe norma que regule los principios básicos y requisitos para el funcionamiento de un Banco de Semen, no obstante, el doctor Teodoro Astudillo, director de la Unidad de Reproducción Humana del Hospital Latinoamericano de Cuenca, afirma que si bien no existe una legislación, sí hay normas internacionales para el seguimiento de éstas instituciones.

Así mismo, el doctor Astudillo dice que no es una garantía aquello de la "ética médica", porque la misma que puede variar de un profesional a otro, y de un centro a otro, opinión que, lastimosamente comparto, en las varias oportunidades que tuve de compartir un diálogo con profesionales en la materia, pude percibir por ejemplo que hay centros que trabajan con semen fresco, cuando existe prohibición expresa de ésta práctica por la Sociedad Americana de Fertilidad.

El doctor Patricio Neira, ginecólogo especializado en reproducción asistida, reconoce el vacío legal ecuatoriano en éste campo, no obstante asegura sentirse satisfecho con la labor de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, con sede en Santiago de Chile que controla las actividades de los Bancos de Semen que funcionen dentro de Latinoamérica, estableciendo exigencias estandarizadas internacionalmente entre las cuales figuran:

- Información clara y oportuna al alcance del donante
- Llevar una historia clínica del donante con el máximo respeto al anonimato del paciente.
- No utilización de semen fresco

- Carácter prioritariamente terapéutico de la utilización del semen
- Los procesos de extracción y congelación del semen deben ser realizados únicamente por los médicos especialistas y sus auxiliares acreditados.

Lastimosamente, la Red Latinoamericana no controla a todas las instituciones, sino solo a aquellas acreditadas por esta entidad, por lo que muchos otros centros funcionan sin tener un norte legal.

Cabe mencionar ciertos protocolos de congelación que todos los centros de almacenamiento de semen, estén o no acreditados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, precisan para garantizar la viabilidad de los espermatozoides:

- Las muestras deben obtenerse por masturbación en las dependencias del banco y se recogen en un recipiente de cristal estéril –pajillas-, tras 3-5 días de abstinencia sexual y en condiciones de asepsia.
- El semen recogido en las pajillas se mantiene entre diez a cuarenta minutos a temperatura ambiente, hecho esto, se elimina el plasma seminal y se seleccionan los espermatozoides con buena movilidad
- Los espermatozoides seleccionados son crioconservados; la temperatura para la criopreservación se debe mantener en -196°C con nitrógeno líquido.
- A pesar de que a 15 años no se ha observado daño alguno en la calidad del semen, a nivel internacional se ha estandarizado que el semen sólo puede criopreservarse durante un periodo máximo de 5 años.
- Garantía de secreto: siendo los datos de donante y usuarias estrictamente confidenciales.
- Límite de seis descendientes por donante. Para efectos del mantenimiento efectivo de este límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

- El semen producido de cada donante debe ficharse y codificarse de acuerdo con siete parámetros: raza, grupo sanguíneo, factor RH, altura, peso, color de ojos y color de cabello.

Quisiera finalizar haciendo referencia a algunas sugerencias de los profesionales médicos cuencanos para la regulación de la Inseminación Artificial y de los Bancos de Semen, expresando, desde luego, que ésta es su respetada forma de pensar, y que no necesariamente esté de acuerdo con todo cuanto han formulado:

Doctor Teodoro Astudillo: Director de la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Latinoamericano:

“Con las técnicas de Reproducción Humana los médicos tenemos en nuestras manos la posibilidad de que muchas parejas cristalicen sus sueños de tener descendencia, de ahí que muchos aprovechen esta necesidad y cobren rubros desmedidos por un procedimiento, Ecuador debe establecer márgenes, de manera que ningún centro, bajo ningún concepto pueda cobrar más allá de lo establecido”

“La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida no ejerce el control que debería, es más un medio de publicidad y reputación para una institución que esté acreditada. Considero oportuno que el ministerio de salud designe una comisión que controle y califique tanto los Bancos de Semen como los profesionales que prestan sus servicios en éstos bancos, de nada sirve un Banco de Semen en óptimas condiciones de infraestructura cuando quien presta sus servicios no responde al perfil de un profesional en todo el extenso sentido de la palabra”

Doctora Mercedes Arpi: Máster en Manejo de la Pareja Infértil y Directora de la Clínica Nacer:

“La regulación debe enfatizar en el consentimiento informado, cuando los pacientes están desesperados por su situación de infertilidad, son presa de engaños y manipulaciones médicas”

“La práctica de técnicas de reproducción asistida es una realidad en el Ecuador, al establecer un marco jurídico, se debe considerar no solo a las parejas, sino también a mujeres solas, siendo honestos, la prohibición de una reproducción asistida en mujeres solas, desembocaría en una serie de prácticas clandestinas”

Doctor Eduardo Baculima: Director Médico del Instituto Biogepa:

“Toda práctica médica debe ser evaluada previamente, en cuanto a la necesidad y a los resultados de esa práctica, desde luego que la regulación no puede establecer tecnicismos médicos pero puede por ejemplo manejar un sistema de “penas”, a quien aplicó una técnica complicada, pudiendo aplicar una técnica menos lesiva y menos costosa.

El Ser humano no es matemático, no responde igual a todos los métodos”

“En cuanto a los costos es imprescindible una intervención legislativa, los costos varían a conciencia del profesional, y muchos profesionales son consientes, pero consientes del dinero que tienen sus pacientes en el bolsillo. A pesar de que Cuenca se ha convertido en el POLO MÉDICO ECUATORIANO, por cuanto tiene los costos más bajo en relación con Guayaquil y Quito, los costos no dejan de variar dentro de la Ciudad”

Doctor Patricio Neira: Ginecólogo especializado en Reproducción Asistida:

“Quien ejerza la contraloría del funcionamiento de los Bancos de Semen debe vigilar estrictamente que se cuente con una infraestructura y con los recursos humanos adecuados, no se puede ignorar que una Técnica de reproducción asistida exige la intervención de un equipo multidisciplinario conformado por un médico residente, enfermeros, laboratoristas, anestesiólogo, psicólogo, biólogo, ginecólogo, etc.”

CONCLUSIONES

Sintetizando los análisis desarrollados a lo largo del presente trabajo, se pueden formular algunas consideraciones respecto de la procreación humana mediante inseminación artificial:

La familia es un ente dinámico que se ha ido transformando y seguirá evolucionando a través del tiempo de acuerdo con los avances de la técnica, la mentalidad de la sociedad, el desarrollo económico y social de los países y las necesidades de quienes en ellos habitan.

Los avances científicos han determinado que la cohabitación ya no sea el origen único y necesario del nacimiento, las técnicas de reproducción asistida constituyen prueba de ésta afirmación, al posibilitar la reproducción a parejas que por naturaleza no pueden, al ser estériles.

Los derechos sexuales y reproductivos están constitucionalmente reconocidos en el Ecuador, por tanto exigen ser protegidos, y las técnicas de reproducción asistida pueden contribuir a esa protección, por ello han abierto un espacio en la realidad social de mediante la práctica de tratamientos como: inseminación artificial, fecundación in vitro, transferencia intratubárica de gametos, transferencia nuclear, inyección espermática y maternidad subrogada.

Una de las técnicas de reproducción asistida más antiguas y más simples es la inseminación artificial. Este procedimiento reemplaza la relación sexual en la pareja mediante la introducción de esperma al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación.

Para muchos este avance de la ciencia es un milagro, y para otros es una deshonra, como por ejemplo para la iglesia católica, sin embargo, la actividad legislativa no debe cerrar el paso a la práctica de una técnica que es toda una realidad y que a todas voces pide una regulación.

La capacidad de procrear da lugar a una libertad esencial de ser humano en tanto vaya ordenada a la fundación de la familia, si se permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida a la mujer sola se estaría creando, *a priori*, la situación de un niño sin padre.

La libertad de procrear termina con la muerte de la persona, por tanto la práctica de una fecundación *post-mortem* no podría legitimarse pero si el hijo proyectado llega a nacer, deberán ser salvaguardados sus derechos inherentes, entre los que se incluye el de conocer sus orígenes.

En el Ecuador se requiere estar unido por vínculo matrimonial para tener acceso a la inseminación artificial, cerrando de este modo la posibilidad de una inseminación artificial en mujer sola o a una pareja de lesbianas.

En virtud de los sujetos involucrados en la práctica de la inseminación artificial pueden suscitarse diversos conflictos que deben salvarse mediante la aplicación de uno de los principios que mayor fuerza ha cobrado en el Derecho de Familia: el del interés superior del menor.

La inseminación artificial no debe ser tomada ligeramente, sino que exige ser considerada con respecto y responsabilidad, y la ley que la regule debe proteger a los niños nacidos con esta técnica cuyas consecuencias no han sido todavía suficientemente evaluadas respecto a aspectos como: sucesión, filiación, parentesco y el derecho a la identidad, derechos íntimamente vinculados no solo con la inseminación artificial sino con todas las técnicas de reproducción asistida

En muchos países de América Latina estas tecnologías casi no están reguladas, Ecuador no es la excepción a esta tendencia, pues el único cuerpo que regula la inseminación artificial es el Código de Ética Médica y dedica un solo artículo a su tratamiento.

La falta de una ley que establezca márgenes en aspectos como donación de semen, bancos de semen, límites a los profesionales que practican la inseminación, los usos admitidos y prohibidos de la inseminación artificial, implica que los médicos tengan

amplia libertad, y lo único que le queda a la sociedad es confiar en la “moral y la ética médica”.

La Reproducción Asistida es un tema delicado, debe manejarse con absoluta discreción y sobre todo educación a los individuos y parejas en edad reproductiva, muchos médicos “negocian” con la necesidad de las parejas y abusan en cuanto a costos.

RECOMENDACIONES

Está claro que la inseminación artificial se ha abierto un espacio en la realidad social y la óptima respuesta a esta situación, en virtud de la extraordinaria importancia de los intereses en juego, es que se avance hacia una regulación adecuada a través de los principios generales de Derecho.

El reto que la aplicación de la inseminación plantea en el campo del derecho es determinar el alcance de los derechos y libertades respecto al desarrollo de esta tecnología reproductiva, es ahí, donde la actividad legislativa desempeña un papel determinante.

Así pues, resulta imperiosa una debida protección y amparo del futuro ser, de las personas que recurren a la inseminación artificial para concebir, de los donantes, así como también establecer taxativamente las limitaciones de los profesionales que ofertan la inseminación artificial en sus respectivos centros médicos, por ello, previo a concluir este trabajo, expresaré algunos criterios que considero aportarán en pro de una adecuada práctica de la inseminación artificial:

1. La práctica de la inseminación artificial debe regirse por pautas básicas como el respeto a la voluntad de las parejas afectadas; que no se contraríen normas existentes, y que exista una coherencia entre las normas con la moral y la idiosincrasia comunitaria.
2. La Ley debe proteger a los niños nacidos con esta técnica y los conflictos que pudiesen suscitarse deben solucionarse dando preeminencia a los derechos del hijo, ser humano, pleno de dignidad y derechos.
3. Establecer reglas de filiación, sucesión, para los hijos nacidos mediante estas técnicas, así mismo, proteger su derecho a conocer la identidad personal del donante, sin que ello acarree consecuencias jurídicas derivadas de dicho nexo biológico.

4. A la hora de establecer leyes y regulaciones que definan la política interna en materia de reproducción, la inseminación artificial debe ser regulada como una técnica aplicable a matrimonios que por naturaleza no pueden procrear en virtud de sus problemas de infertilidad, quedando excluida la inseminación en mujer sola, en parejas del mismo sexo y la inseminación post mortem.
5. Adecuar un marco legal tendiente a evitar que el aporte de semen suponga la obtención de un beneficio económico.
6. Es indispensable un registro nacional de donadores para poder tener los datos de cada uno, así como cuantas donaciones han realizado y cuántos niños han nacido como consecuencia de la donación.
7. Es de suma importancia que se exija a los Bancos de Semen disponer de un grupo profesional multidisciplinario y altamente calificado que sea capaz de llevar a efecto exitosamente cada una de las etapas de la técnica.
8. Así mismo es imprescindible el establecimiento de penas para los profesionales que vulneren los principios de aplicación de todas las técnicas de reproducción asistida. Al tener un vínculo tan íntimo con la vida y otros derechos humanos, considero que el código penal debe destinar un apartado al tratamiento de éste tema.

BIBLIOGRAFÍA

- Altamirano., Efrén y Ortega., Diego, La Vida Humana Como Valor Moral Fundamental: La Inseminación In-Vitro, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, Cuenca, 1995.
- Awad Cucalón, María Inés, y De Narváez Cano, Mónica, “Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Humana en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.
- Biblia Latinoamericana
- Código Civil Ecuatoriano
- CONAMU, Plan de Igualdad de Oportunidades de las mujeres ecuatorianas, Quito, 2005.
- Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, Informe N° 25/04.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008
- Córdova Ruiz, Ana María, Inseminación Provocada por Medios Artificiales, Fecundación Extrauterina y Transferencia embrionaria: ubicación general y situación Jurídica, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1985
- Cuello Calón., Eugenio, La Fecundación Artificial, Inseminación Artificial, Publicaciones de derecho de la Universidad de Barcelona, Casa editorial Urgel, Barcelona, año desconocido.
- Diario Hoy, 10 de abril de 2007, Quito-Ecuador
- Diario Expreso, 4 de julio de 2009, Guayaquil-Ecuador
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, tomo XII, 1960, Buenos Aires.

- Gómez Piedrahita., Hernán, Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos, Bogotá, 1984.
- Junquera., Rafael., Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica
- Morales Álvarez., Jorge, Derecho Civil de las Personas, Talleres Gráficos UDA, Cuenca-1992
- Revista Chilena de derecho, Vol. 21, N° 2, Chile, 1994
- Revista Vistazo, diciembre de 2008, Quito- Ecuador
- Riveros., Marcos y Zepeda., Carlos, La fertilización asistida y la legislación Civil Chilena, Universidad de Chile, 1992.
- Rojas de Peláez., María Elisa, La Inseminación Artificial Frente al Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, año desconocido.
- Samaniego Tello., Jenny., Propuesta Para Legislar Los Métodos De Fecundación In Vitro En La República Del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, Cuenca, 2004.
- Suarez Franco, Roberto, Derecho de Sucesiones, editorial Temis, Bogotá,
- Suárez Franco., Roberto, La Filiación, Imprenta Departamental, Bogotá-1956.
- Vidal, Marciano., Moral Para profesionales de la salud, Publicaciones Universidad Javeriana, Año desconocido.
- Zannonii, Eduardo., Inseminación artificial y fecundación extrauterina, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978

Bibliografía Cibernética

- www.fecunditas.com.ar
- www.reproductiverights.org
- www.worldbook.com/wb/Home
- www.who.int

- www.uazuay.edu.ec
- www.unfpa.org
- www.dlh.lahora.com.ec
- www.alfinal.com
- www.revistapersona.com.ar
- www.uasb.edu.ec
- www.lachealthsys.org
- www.ambito-juridico.com
- www.iurisperu.com
- es.wikipedia.org
- web-sanac.org
- www.obserbatoriomujeres.org.ve
- www.hoy.com.ec
- www.gibioética.edunet.es
- www.derechos.org
- www.juridicas.unam.mx
- www.colbio.org.mx
- www.mingaonline.uach.cl
- www.unav.es
- www.fiestadelapasta.com
- www.urecentrogutenberg.es
- www.uia.mx
- web-sanac.org
- www.cemefes.com
- www.elcomercio.com.ec

• ANEXOS

**DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA
DONACION DE SEMEN**

El abajo firmante con cédula de identidad....., mayor de edad, y domiciliado en manifiesta:

1. Que de forma libre y voluntaria desea ser donante de semen.
2. Que con plena capacidad y habiendo estado informado de los fines y las consecuencias de este acto, de acuerdo con lo que dispone la legislación sobre técnicas de reproducción asistida, hace donación de espermatozoides al Instituto.....
3. Que conoce y acepta que su semen se utilizará o podrá utilizarse para técnicas de reproducción asistida.
4. Que esta donación se realiza de forma voluntaria, gratuita y secreta, teniendo este documento carácter de contrato entre él, como donante y el Instituto
5. Que ha estado suficientemente informado de los aspectos jurídicos, éticos y biológicos de este acto.
6. Que la donación se mantendrá anónima y que los datos referidos a los donantes serán custodiados en el máximo secreto, bajo llave, en el Instituto
7. Que se adoptarán las medidas oportunas y se velará para que de sus donaciones no nazcan más de seis hijos.
8. Que si por motivos o circunstancias extraordinarias en que estuviera en peligro la vida del hijo, hubiese que desvelarse la identidad del donante, esto no implicaría en ningún caso la determinación legal de la filiación.
9. Que no oculta ni cambia ninguna información solicitada por el banco de semen, y que por lo tanto certifica su veracidad.
10. Que se compromete a la donación de 12 muestras de semen en el plazo máximo de 6 meses a partir de la fecha, respetando la abstinencia sexual previa que se le indique.
11. Que se compromete a comunicar cualquier cambio en su estado de salud, especialmente si este le puede afectar como donante de semen.

12. Que se compromete a realizar los análisis solicitados por el banco hasta un mínimo de seis meses después de su última donación.

Fecha,

Firma del Donante:Firma del médico:

.....