



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y LA
FILIACIÓN A LA LUZ DE LAS NUEVAS TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

Autora:

María Elisa Ochoa Barrera

Director:

Carlos Santiago Jara Reyes

Cuenca – Ecuador

2022

DEDICATORIA

Dedico mi trabajo de titulación a mi familia, quienes son la manifestación del amor infinito de Dios en mi vida, y han estado a mi lado como un pilar fundamental para guiarme en el camino, impulsarme a seguir cuando he querido darme por vencida y levantarme cuando he caído. Con amor y agradecimiento para ustedes José Luis, Angy y Pedro.

AGRADECIMIENTO


Un especial agradecimiento a mi amigo y director de tesis, el Doctor Santiago Jara Reyes, de quien tuve el honor de haber sido alumna y haber aprendido de un gran profesional del derecho, quien además ha sido el mejor guía durante este proceso de titulación.

RESUMEN:

La temática del trabajo de titulación abordará algunos aspectos conceptuales, normativos, prácticos y también puntos de fricción y vacíos legales que se dan por la incidencia de este nuevo concepto de voluntad procreacional en las formas tradicionales de establecer la filiación, frente al uso y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; en un contexto de relaciones humanas cambiantes.

Estudiaremos como la concepción tradicional de las nociones de familia, paternidad, maternidad o filiación adquieren una relevancia trascendental al tener que adaptarse a ideas como: una paternidad o maternidad en solitario, la paternidad o maternidad de intención o socio afectiva, una paternidad o maternidad entre parejas del mismo sexo, la renuncia a la paternidad o maternidad biológica o genética, entre otras. Este estudio, será posible a través de una investigación explicativa, descriptiva, explorativa y comparativa de artículos científicos, doctrina y jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales.

Palabras clave: filiación, maternidad, paternidad, técnicas de reproducción humana asistida (THRA), voluntad procreacional.



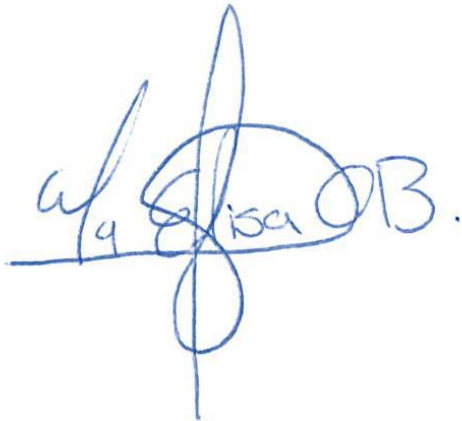
Aprobado 1-Junio-2022

ABSTRACT:

The theme of the degree work addressed some conceptual, normative, practical aspects and also points of friction and legal gaps that occur due to the incidence of this new concept of procreational will in the traditional ways of establishing filiation, facing the use and application of assisted human reproduction techniques, in a context of changing human relationships. We studied how the traditional conception of the notions of family, paternity, maternity, or filiation acquire a transcendental relevance when having to adapt to ideas such as: a solitary paternity or maternity, the paternity or maternity of intention or affective partner, a paternity or maternity between couples of the same sex, the renunciation of biological or genetic paternity or maternity, among others. This study was possible through an explanatory, descriptive, explorative, and comparative research of scientific articles, doctrine, and jurisprudence of national and international courts.

Keywords: filiation, maternity, paternity, procreational will, techniques of assisted human reproduction (THRA).

Translated by: María Elisa Ochoa Barrera



ÍNDICE

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
RESUMEN:	III
ABSTRACT:	IV
CAPÍTULO 1	8
LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO FORMA PARA ESTABLECER LA FILIACIÓN ...	8
1.1 ¿Qué es la Filiación?	8
1.2 Formas de Determinar la Filiación	11
1.3 ¿Qué es la Voluntad Procreacional?	17
1.4 Regulación Actual en la Legislación Ecuatoriana de la Filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida	20
1.5 Análisis de la Legislación Comparada sobre la Filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida	32
1.5.1 Contexto Argentino	35
1.5.2 Contexto Español	37
1.5.3 Contexto Mexicano	43
1.5.4 Contexto Chileno.....	49
1.6 Incidencia de la Voluntad Procreacional en las Formas de Establecer la Filiación y Desplazamiento de la Realidad Biológica	50
1.7 Permanencia en el Tiempo de la Voluntad Procreacional	55
CAPÍTULO 2	58
LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEAN	58
2.1 ¿Qué son las nuevas THRA?	58
2.2 ¿Cuáles son y en qué consiste cada una?	63
2.2.1 La Inseminación Artificial.....	63
2.2.2 La Fecundación In Vitro.....	66
2.2.3 La Gestación por Subrogación	69
2.2.4 La transferencia intrauterina o intratubárica de gametos (TIG)	76
2.2.5 La transferencia de cigotos a las trompas de falopio (ZIFT).....	76
2.2.6 La inyección intracitoplasmática (ICSI).....	77
2.3 Presencia, Vigencia y Regulación de las THRA en el Ecuador	78
2.4 Problemática Jurídica de la Filiación frente a las THRA y respuestas en la legislación comparada	98
CAPÍTULO 3	109
ANÁLISIS DE SENTENCIAS REFERIDAS A LAS THRA EN LA JURISDICCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL	109
3.1. Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica	110

3.1.1	Breve Narración de los Hechos	110
3.1.2	Puntos de Conflicto Relevantes a la Materia de Análisis	111
3.1.3	Análisis Realizado por los Jueces en torno a los Puntos de Conflicto	111
3.1.4	Comparación a la Realidad Ecuatoriana.....	115
3.1.5	Análisis Crítico de la Decisión Adoptada.....	116
3.2.	Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile	118
3.2.1	Breve Narración de los Hechos	118
3.2.2	Puntos de Conflicto	119
3.2.3	Análisis Realizado por los Jueces.....	119
3.2.4	Comparación a la Realidad Ecuatoriana.....	121
3.2.5	Análisis Crítico de la Decisión Adoptada.....	123
3.3.	Caso Fornerón e Hija vs. Argentina	123
3.3.1	Breve Narración de los Hechos	123
3.3.2	Puntos de Conflicto	125
3.3.3	Análisis Realizado por los Jueces.....	126
3.3.4	Comparación a la Realidad Ecuatoriana.....	128
3.3.5	Análisis Crítico de la Decisión Adoptada.....	129
3.4.	Caso de Amparo Directo en Revisión 2766/2015 / México	131
3.4.1	Breve Narración de los Hechos	131
3.4.2	Puntos de Conflicto	132
3.4.3	Análisis Realizado por los Jueces.....	133
3.4.4	Comparación a la Realidad Ecuatoriana.....	140
3.4.5	Análisis Crítico de la Decisión Adoptada.....	141
3.5.	Caso de Amparo Indirecto 1151/2015 / México (Morelia- Michoacán)	141
3.5.1	Breve Narración de los Hechos	141
3.5.2	Puntos de Conflicto	142
3.5.3	Análisis Realizado por los Jueces.....	143
3.5.4	Comparación a la Realidad Ecuatoriana.....	145
3.5.5	Análisis Crítico de la Decisión Adoptada.....	145
3.6.	Caso de Amparo Directo 553/2018 / México	146
3.6.1	Breve Narración de los Hechos	146
3.6.2	Puntos de Conflicto	147
3.6.3	Análisis Realizado por los Jueces.....	149
3.6.4	Comparación a la Realidad Ecuatoriana.....	152
3.6.5	Análisis Crítico de la Decisión Adoptada.....	152
3.7.	Caso Satya, Ecuador	153
3.7.1	Breve Narración de los Hechos	153
3.7.2	Puntos de Conflicto	154
3.7.3	Análisis Realizado por los Jueces.....	155
3.7.4	Análisis Crítico de la Decisión Adoptada.....	163
3.8.	Caso Baby M, Gestación por Sustitución- Nueva Jersey	164

3.8.1	Breve Narración de los Hechos	164
3.8.2	Puntos de Conflicto	165
3.8.3	Análisis Realizado por los Jueces.....	166
3.8.4	Comparación a la Realidad Ecuatoriana.....	167
3.8.5	Análisis Crítico de la Decisión Adoptada.....	168
CAPÍTULO 4.....		169
SUGERENCIAS JURÍDICAS PARA LOS PUNTOS DE CONTROVERSIAS QUE PUEDEN SER RECOGIDOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA		169
4.1	Determinación de la Problemática Jurídica y los Vacíos Legales en relación a las THRA y la Filiación por Voluntad Procreacional en la Legislación Ecuatoriana	169
4.2	Conclusiones	185
4.3	Sugerencias a la Legislación Ecuatoriana	191
4.3.1	Reforma al artículo 24 del Código Civil de Ecuador	192
4.3.2	Regulación de las Solemnidades de la Voluntad Procreacional y la Impugnación de este Vínculo Filial.....	193
4.3.3	Regulación de la Permanencia en el Tiempo de la Voluntad Procreacional como Causal Filial 194	
4.3.4	Sugerencia a la Posible Regulación de la Gestación Subrogada	195
4.3.5	Regulación y Articulación Normativa a las THRA.....	197
REFERENCIAS		199

CAPÍTULO 1

LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO FORMA PARA ESTABLECER LA FILIACIÓN

1.1 ¿Qué es la Filiación?

En términos generales, según Guillermo Cabanellas, por filiación debe entenderse al vínculo existente entre padres e hijos. (Cabanellas, 2012, pág. 410) Asimismo el concepto de filiación que ha sido dado por la doctrina española, señala que esta se refiere a la procedencia de los hijos e hijas respecto de sus padres o madres. Al unir estos dos conceptos, se consigue formar una definición más exacta y amplia, en razón de que la filiación debe ser entendida como la relación de procedencia y vinculación de una persona llamada hijo o hija, respecto de otra u otras conocidas como padre o madre. No obstante, es importante hacer hincapié en que uno de los puntos centrales de análisis en esta tesis, gira en torno a la evolución que han ido experimentando a lo largo de los años y que probablemente lo seguirán haciendo los conceptos tradicionales de familia, paternidad, maternidad; así como las variaciones y nuevas posibilidades de origen del vínculo llamado lazo filial y también un estudio sobre cuál es su naturaleza. (Frigerio, 2018, págs. 87-91)

Si bien en el párrafo precedente referimos unos conceptos doctrinarios respecto de la filiación, es importante saber que esta figura como una institución jurídica trascendental dentro de las legislaciones, puede ser abordada y definida desde algunos ángulos. Así, desde un punto de vista etimológico, la palabra filiación, proviene de la raíz latina “*filatio- onis*” que deriva a su vez del vocablo “*filius*” y hace alusión a la posición que ocupan los hijos e hijas respecto de sus padres o madres. Como una definición gramatical, la Real Academia de la Lengua Española, (RAE) define a la filiación como: “*la procedencia de los hijos respecto a los padres*”, concepto similar que fue dado en líneas anteriores, pues los doctrinarios españoles también han hecho suya esta definición. Es decir que la relación parento-filial se aborda desde el punto de vista del origen de los descendientes, en torno a quienes ocupan la calidad de padre o madre y se consideran como ascendientes. Asimismo, desde la perspectiva biológica, la filiación se entiende como un hecho de la naturaleza, que resulta de la fecundación,

cuya consecuencia es la concepción o procreación de un ser vivo, por lo tanto, se concluye desde este punto de vista, que se es siempre hijo o hija, de un padre y una madre, que son quienes dan origen a este hecho de la naturaleza. (López Faugier, 2016, pág. 1)

Por otro lado, y no menos importante, un ángulo de análisis de la filiación, es desde lo jurídico y aquí podemos encontrar unas definiciones dadas por las legislaciones de los Estados y otras dadas por un grupo de doctrinarios con conocimiento del tema. Una definición legal bastante completa es la que da el Código Civil para la Ciudad de México, en donde en su artículo pertinente, se señala de forma textual que: *“la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia (...)”* Esta definición aunque puede parecer sencilla, contempla en su redacción y acepción, que en este vínculo filial intervienen quienes deciden procrear a un hijo o hija, ya sea por medio de una relación sexual natural, exista o no algún vínculo legal entre la pareja; o por voluntad de quienes quieren llevar a cabo un proyecto parental por medio de la figura de la adopción o bien sea por la manifestación de la voluntad procreacional en aplicación de los métodos de reproducción humana asistida. (Diario Oficial de la Federación, 2020, pág. 69) Así también, desde la perspectiva de un doctrinario reconocido, Rafael De Pina, la filiación se puede entender en su doble faz como: *“un hecho y un vínculo jurídico”*, pues se trata de un acontecimiento de la naturaleza y de las personas, que genera consecuencias en derecho, para determinar la ascendencia de un ser humano y su origen respecto de quienes se consideran sus padres o madres. (López Faugier, 2016, pág. 3)

La idea originaria sobre la filiación y que estuvo presente en las legislaciones durante muchos años, era que esta deriva del nacimiento de un hijo o hija. Es decir, como la sola manifestación de un hecho biológico, como ya se mencionó anteriormente. Sin embargo, esta idea en cuestión, fue plenamente válida solo hasta los años setenta, pues es en esta época, en la que la aparición e inmediata aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida complicaron considerablemente la forma de fijar en lo jurídico la filiación en las instituciones del Registro Civil y el Derecho de Familia. Empero, vale mencionar que no solo las THRA pusieron de manifiesto posibles problemas y complicaciones que se suscitaban, sino que nace también de forma paralela, la figura de la adopción plena en la que en sus principios, únicamente las parejas heterosexuales que cumplían con ciertos requisitos y

características, establecidas en la legislación pertinente, podían tomar bajo su tuición y cuidado a niños, niñas o adolescentes que se encontraran en una situación de orfandad, dotándoles de un nombre, apellido y familia estable, en la que puedan crecer y desarrollarse. (Fernández Echegaray, 2017, págs. 1, 2, 3, 4, 5)

Por lo antes mencionado, es importante destacar que en la actualidad, este vínculo filial ya no solo responde a una realidad biológica o genética, las legislaciones de los Estados han adoptado un complejo entramado de presunciones que vienen desde el derecho romano, Es por ello que, también se puede fijar atendiendo a las llamadas presunciones de hecho o “*iuris tantum*”, es decir las que admiten prueba en contrario; o de forma legal por el simple reconocimiento voluntario realizado en el Registro Civil, es decir la inscripción del hijo o hija dotándole del apellido materno, paterno o ambos; o a través de la figura de la adopción plena o semiplena; y, aún más novedosa y conflictiva, es la fijación de la filiación por la manifestación de la llamada voluntad procreacional, dentro del contexto de aplicación de las THRA. Esta última implica que hombres o mujeres en solitario o parejas de igual o distinto sexo, expresen su consentimiento para dar inicio a un proyecto parental con la ayuda de una o varias técnicas de reproducción humana asistida. En este último escenario, es importante poner de manifiesto que se encuentran en juego y álgido debate una serie de derechos humanos que, con motivo de aplicación de dichos mecanismos, entran en conflicto unos con otros, llevando a contradicciones normativas, así como se evidencian un sin número de vacíos legales en torno al tema. (Fernández Echegaray, 2017, págs. 8, 9, 10)

Es una realidad en varios países alrededor del mundo, de que la aceptación y aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, de la mano de la voluntad procreacional constituyen ya, una nueva fuente filial, con reglas y principios propios. En donde la llamada verdad biológica ya no juega ningún rol protagónico ni tiene el mismo peso, como si lo tiene en la filiación por naturaleza; y es en torno a este tema que girará el análisis del trabajo de investigación en cada uno de los siguientes capítulos y subcapítulos, pues las circunstancias variadas y conflictivas que pueden presentarse y que deben además ser previstas por las legislaciones de los Estados, se desarrollan en torno a la vigencia de la voluntad procreacional, su irrevocabilidad una vez iniciado el procedimiento en cuestión, los derechos y obligaciones que nacen propiamente entre las partes con ocasión de la filiación, el tipo de procedimiento que

se utiliza para la gestación y la consideración de si este es homólogo u heterólogo. (Herrera, 2017, pág. 6)

1.2 Formas de Determinar la Filiación

De forma genérica, y como ya se mencionó en líneas anteriores, en la mayoría de países, ya sean de tradición romanista o anglosajona, la filiación de forma general, se puede establecer o determinar por tres maneras: primero atendiendo a una realidad natural (Filiación Biológica), en segundo lugar, con observancia a una realidad no biológica, es decir otorgando una identidad a niños, niñas o adolescentes en situación de orfandad (Filiación Adoptiva) y en tercer lugar, aquella que implica el reconocimiento voluntario de hijas e hijos en el registro correspondiente de datos públicos sin ser obligatoria la certeza plena de la paternidad o maternidad biológicas (Filiación Registral). Entre la filiación adoptiva y la filiación registral, existe un margen muy pequeño de distinción y este se refiere a que en la primera existe la certeza de que no hay ningún vínculo genético o biológico entre el adoptado y el o los adoptantes; mientras que, en la segunda, no hay tal certeza. Ahora bien, aparte de estas tres posibilidades, en la actualidad, la discusión se centra en la posibilidad de conformar o destruir un lazo filial, únicamente de la mano del elemento volitivo de la conciencia, que se expresa por medio de la llamada voluntad procreacional. Sin embargo, así como la filiación biológica, registral y adoptiva requieren cumplir con ciertos requisitos y supuestos para ser entendidas como tales; la filiación establecida o rechazada por medio de la voluntad procreacional también se rodea de elementos, características y principios específicos que la marcan y que deben manifestarse expresamente para que tenga plena validez.

Antes de entrar en un análisis profundo de esta nueva forma de establecer la filiación, hemos de hacer una referencia breve pero clara de las formas tradicionales de instaurarla. Por su lado, la filiación biológica, se refiere a la relación entre padres e hijos que viene dada por el mismo hecho biológico del nacimiento y la correspondencia del material genético de unos y otros. Esta definición en un momento determinado llegó a causar grandes complicaciones también, pues estaba concebida en un inicio, únicamente para las parejas heterosexuales que estuvieran unidas bajo la institución del matrimonio. Tiempo después este concepto tuvo que ser ampliado a la posibilidad de existencia de hijos o hijas fuera de matrimonio y a relaciones parentales no reconocidas

legalmente, ni formalizadas. Es aquí en donde se vuelve indispensable el establecimiento de un sistema de presunciones de hecho (es decir aquellas que admiten prueba en contrario y que pueden ser desvirtuadas) que permitan fijar dicha filiación.

Entre estas presunciones, tenemos las siguientes: en primer lugar, a aquella que dice en latín según el aforismo jurídico: *“pater vero is est quem nuptiae demostrant”* (padre es aquel que indican las nupcias), es decir que el cónyuge de la madre se presume que es el padre del hijo o hija nacido dentro de ese matrimonio. Al decir de esta primera presunción, la paternidad viene determinada por haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus progenitores, y esta idea con el paso de los años se hace extensiva a aquellas uniones de hecho estables y reconocidas por la ley. Asimismo, entorno a lo anterior, tenemos también a la presunción de que el hijo nacido dentro los 180 días o 6 meses después del matrimonio verdadero o putativo de sus progenitores, tiene también por padre al marido. En un tercer lugar, también existe aquella presunción de que si el nacimiento se produce hasta dentro de 10 meses posteriores a terminado el vínculo matrimonial ya sea por muerte o divorcio, se tiene por padre al marido igualmente. En cuarto y último lugar, pese a tener una naturaleza diferente a las anteriores y ser una máxima en derecho romano, que, en su naturaleza propia, no admite prueba en contrario, tenemos a aquella que dice: *“mater semper certa est”*, que quiere decir, en su traducción más exacta y difundida en los países de tradición romanista, que la madre es siempre conocida. A lo largo de la historia esta presunción se refiere a que la madre de un hijo o hija es la mujer que lo alumbró, y si bien es una presunción *“iure et de iure”* que no puede ser rebatida ni admite prueba en contrario, debemos dejar sentado que actualmente, esta presunción entró en crisis, frente a las THRA, más específicamente por la llamada figura de la maternidad o gestación por subrogación. De igual forma, las primeras tres presunciones con respecto a la paternidad, han presentado serios problemas a través de los años, pues hay que tener en cuenta que no siempre era el padre de los hijos, quien ocupaba el rol de marido o pareja en unión de hecho y es precisamente este particular el que marcó el hecho de que estas presunciones puedan ser rebatidas con prueba en contrario. (Duplá, 2019, págs. 1-10)

Todo lo descrito en el párrafo anterior, llevó a que sea indispensable dentro de la determinación de la filiación biológica, la comprobación de los vínculos sanguíneos de la mano de una prueba trascendente y revolucionaria que vino a facilitar, la posibilidad de confirmar o desvirtuar todo este complejo sistema de presunciones que nacieron en

Roma. Pues se ha constituido como una prueba importante y definitiva de la identidad biológica o genética de un individuo. Esta prueba a la que nos referimos, es conocida como el examen comparativo de bandas del ácido desoxirribonucleico o (ADN). El ADN se ha vuelto una práctica de gran fiabilidad que permite despejar la incógnita de la maternidad o paternidad biológicas con absoluta certeza. Científicamente hablando, su relevancia se encuentra en que las estructuras de los tejidos o fluidos humanos estudiados contienen las instrucciones genéticas necesarias para que los organismos vivos, en este caso, los seres humanos puedan nacer y desarrollarse desde sus primeras células existiendo entre ellos y quienes comparten su ADN un vínculo consanguíneo de parentesco.

Es esta información genética, la que transmiten las personas a su descendencia de generación en generación y es irrefutable cuando de verdad biológica hablamos. Por tal motivo, frente a este sistema de presunciones al cual se ha hecho mención, cabe dejar sentado que será el ADN, el que pueda desvirtuar aquellas que se refieren a la paternidad que se presume de una u otra circunstancia, porque la norma fundamental de los Estados y la ley, posibilitarán siempre la investigación científica de dicha paternidad, pues se consagra como un derecho humano, en el que una persona puede conocer sus orígenes biológicos verdaderos. Empero hay que dejar sentado que el tema de la realidad biológica o genética adquiere otro sentido visto desde la aplicación de las THRA y la llamada voluntad procreacional, y este aspecto será analizado a detalle cuando corresponda. Concluyendo el análisis en cuestión, vale mencionar que la investigación biológica de la paternidad como acción, también se ve envuelta en una presunción de hecho, pues resulta que si dentro de un proceso judicial donde se investiga la paternidad de una persona, el progenitor se negare a someterse a la prueba de ADN, dicha negativa es tomada como una confirmación de la paternidad y por lo tanto fija la filiación por medio de una resolución o sentencia de un juez competente que constituye cosa juzgada formal aunque no material. (Fernández Echegaray, 2017, págs. 7-10)

Refiriéndonos ahora a la segunda forma de establecer los lazos filiales, debemos hacer mención a la llamada filiación registral, en la cual la maternidad, paternidad o ambas, se fijan por el hecho de ser reconocidos los hijos e hijas, de manera voluntaria en las dependencias del Registro Civil o Registro de Datos Públicos, por uno de sus progenitores o por ambos. Concretamente, el reconocimiento implica que él o los

progenitores inscriben voluntariamente y sin ningún tipo de coerción, a su hijo o hijos bajo sus apellidos y les dan una identidad familiar. Hay que señalar que desde la perspectiva del progenitor masculino, no siempre se necesita tener la certeza de ser el padre de dicho menor para acudir a realizar el reconocimiento, sin embargo en la práctica previo a realizar aquello, muchos juristas y doctrinarios aconsejan que antes de reconocer legalmente a un descendiente, se debe cuando menos, tener la certeza por medio de un ADN de que dicho niño o niña es su hijo, pues una vez efectuado el reconocimiento este no puede ser revocado por quien reconoce, salvo que se ejerza una acción de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad como una acción de nulidad de dicho reconocimiento, para demostrar que al momento de realizar el mismo, existió algún vicio del consentimiento que llevó a efectuarlo de manera obligada y por lo tanto, lo nulita al estar viciado. Este impedimento al cual nos referimos al final, atiende al principio de derecho de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa, no obstante, existen desde lo jurídico y social, algunos criterios contrapuestos sobre esta cuestión, que seguramente serán objeto de análisis en otro trabajo. (Fernández Echegaray, 2017, págs. 123-124)

Por su lado, la filiación adoptiva se refiere al acto jurídico a través del cual se establece o determina un vínculo filial, materno o paterno, o los dos, con un niño, niña o adolescente que se encuentra en una situación de orfandad, cualquiera que fuere la causa. Esta filiación surte los mismos efectos que la filiación biológica o consanguínea. Empero se debe hacer alusión a que esta puede ser de dos tipos, en la mayor parte de países alrededor del mundo se regula la filiación adoptiva plena, en donde al realizarse el acto jurídico de la adopción, nacen entre adoptante, adoptado y familia del adoptante, una serie de derechos y obligaciones inherentes a dicho vínculo filial que se ha establecido. Por otro lado, existen algunos países que contemplan además la figura de la filiación adoptiva simple, y en este caso, debemos decir que es aquella que solo genera derechos y obligaciones entre adoptado y adoptante; y estos no se hacen extensivos ni comprenden a la familia del adoptante. Es importante destacar que solo la filiación plena garantiza una inclusión e identidad completa de una persona en una familia. Sin embargo, también es necesario dejar abierto el margen de acción para que el adoptado pueda investigar y conocer su verdadero origen, si en un momento determinado así lo decide. (López Faugier, 2016, págs. 10-11)

Una vez realizado el análisis de las formas tradicionales de establecer la filiación,

nos corresponde ahora hacer alusión a aquella filiación que proviene de la aplicación de los métodos de reproducción humana asistida. Como concepto, las THRA constituyen un conjunto de procedimientos médicos genéticos que permiten solventar las complicaciones u obstáculos de tipo orgánico o funcional que atraviesan las parejas que padecen de infertilidad o esterilidad, para formar una descendencia. Sin embargo, este concepto, se hace ahora extensivo a hombres y mujeres en solitario que requieren de estas técnicas para poder dar inicio a su proyecto parental individual. Estos procedimientos, su aplicación y efectos, están claros y completos desde la visión de la medicina y las ciencias, no obstante, es el mundo del derecho, el que no los ha regulado y determinado de forma clara, por ello es que se vuelve indispensable tratar el tema de las THRA como una forma de establecer vínculos filiales entre los seres humanos y analizar las consecuencias y complicaciones jurídicas que ello trae consigo. (López Faugier, 2016, pág. 11)

Desde el ámbito médico estas se clasifican en tres grandes grupos: por un lado, la inseminación artificial y la fecundación extrauterina in vitro. Por otro lado, la figura de la gestación por subrogación. Y un tercer grupo que gira en torno a la clonación. De estos grupos, se dividen algunas variantes posibles y técnicas secundarias y complementarias que pueden ser aplicadas para contribuir a la concepción y desarrollo embrionario. Por ello los efectos que se produzcan serán diversos en cada caso, pues también dependerá de si se trata de proyectos parentales en parejas homosexuales o heterosexuales o en este caso también de proyectos individuales de hombres y mujeres en solitario; y también de si la técnica aplicada es homóloga u heteróloga. Algunos supuestos generan mayor conflicto que otros, y serán analizados a profundidad cuando se aborden para el estudio cada uno de estos grupos, haciendo énfasis en factores externos que también pueden generar otras consecuencias diferentes. Pero lo importante de todo lo mencionado, es dejar sentado y conocer que en la actualidad la filiación también se establece por la voluntad procreacional de los seres humanos, dejando de lado conceptos de verdad biológica o genética. Y de la misma manera como se puede establecer la filiación por voluntad procreacional, también se puede renunciar a ella, manifestando una voluntad expresa de hacerlo, como en el caso de la gestación por subrogación o la donación anónima de óvulos o esperma. No obstante, se trata de una voluntad particular, que tiene unos elementos y requisitos especiales, y solo comprendidos a detalle los mismos y analizados en contextos prácticos específicos, se

ha logrado regular y prever en cierta forma sus amplios y variados efectos. (López Faugier, 2016, pág. 13)

Si bien lo concerniente a los elementos y a las características de la voluntad procreacional, serán abordados posteriormente cuando estos sean analizados a detalle en el acápite correspondiente, se debe dejar sentado a manera general y como breves rasgos, que dicha voluntad requiere ser actual, clara, forjada con conocimiento de causa o informada, consciente y manifestada expresamente en un soporte físico como: una escritura pública, un acta de consentimiento informado o un acuerdo privado de voluntades, entre otros; dependiendo de las formalidades específicas que cada legislación señale para garantizar su validez plena. Cumpliendo estos supuestos, de la mano de algunos elementos y principios adicionales que la rodean, una vez expresada en este sentido, dicha voluntad en algunos países es por sí sola y sin ningún otro requisito adicional, generadora de un vínculo filial con los mismos efectos, derechos y obligaciones que la filiación biológica, registral o la adoptiva. Su empleo de la mano de las THRA, en los proyectos parentales actuales, permite algunas posibilidades, que serán de igual forma abordadas a detalle en líneas siguientes y a las cuales haremos una mención genérica y enumerativa a continuación. Los diferentes supuestos posibles son:

- A. Una pareja heterosexual en la que ambos aportan su material genético (óvulos y espermia), para llevar a cabo una gestación con ayuda de una o varias THRA.
- B. Una pareja homosexual o heterosexual en la que solo un miembro de la pareja aporta su material genético y el otro proviene de una donación anónima y en principio altruista, para llevar a cabo una gestación con ayuda de una o varias THRA.
- C. Una pareja homosexual o heterosexual en la que ninguno aporta su material genético, es decir los gametos masculinos y femeninos son ajenos a dicha pareja, provenientes de una donación anónima y en principio altruista, que permite llevar a cabo una gestación con ayuda de una o varias THRA.
- D. Una persona en solitario, hombre o mujer, que con o sin aportación de su material genético, lleva a cabo una gestación con la ayuda de una o varias THRA y el aporte genético, anónimo y en principio altruista de una persona ajena al proyecto parental.

(Peña Vicente, 2012, págs. 131, 132, 133)

Cada uno de los supuestos antes referidos generan en las realidades legislativas de los países diversos conflictos frente al establecimiento de la filiación, pues cada caso atiende a circunstancias particulares de uso de las THRA y formas humanas de relacionarse muy variadas y cambiantes, que además no son aprobadas ni reconocidas legalmente en todos los Estados. Si bien la premisa en estos casos es que la filiación viene determinada por la voluntad procreacional, no obstante, existen algunos cabos sueltos que deben ser debatidos y respecto de los cuales debe existir una legislación clara, uniforme y general para todos los ciudadanos. Ello sin duda permitiría solventar con anticipación las inconsistencias que podrían ocasionarse, erradicar la clandestinidad de estas prácticas y dar pautas específicas y comprensibles a los funcionarios de los registros de datos públicos sobre cómo proceder en estas circunstancias para fijar la filiación, evitando así que la mayoría de casos deban ser judicializados, y que no solo sea un juez el único que solvete dichos vacíos, ya que este proceso puede demorar un tiempo importante.

1.3 ¿Qué es la Voluntad Procreacional?

Para comprender el significado y todos los aspectos que abarca la idea de voluntad procreacional, es importante hacer mención por separado a cada una de las palabras antes referidas, para poder entenderlas de forma autónoma y luego en conjunto. Por voluntad (elemento volitivo) ha de entenderse a la facultad, intención o propósito del alma y de la consciencia, que lleva a una persona natural a obrar de una determinada manera o abstenerse de hacerlo. (Cabanellas, 2012, pág. 1002) Por otro lado, la palabra procreacional viene derivada de procreación, entendida esta segunda en términos generales, como el acto de concebir o engendrar un ser humano. Empero, aquello que resulta ser de nuestro interés y objeto de estudio en este trabajo, está relacionado al significado conjunto que tienen las dos palabras antes referidas. Así pues, se entiende por voluntad procreacional, a la declaración, decisión o manifestación consiente de querer llevar a cabo un proyecto parental en conjunto ya sea heterosexual u homosexual; o de forma individual por hombres y mujeres en solitario. Dicho concepto adquiere connotaciones aún más particulares cuando se analiza en un contexto de aplicación de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (THRA). (Cabanellas, 2012, pág. 775)

Como ya se ha mencionado el concepto antes referido parece no causar mayor

problemática en cuanto a su comprensión y aplicación; no obstante, este denota una relevancia trascendental y genera problemas importantes y vacíos legales, cuando se articula con el uso de las THRA y además con la evolución constante de las relaciones humanas, que en la actualidad admiten un sin número de posibilidades y vínculos formales y no formales. En esta línea de ideas, es posible afirmar que esta voluntad en cuestión, será el elemento que siempre va a definir la filiación, cuando se vincule a la idea de querer ser progenitor con la ayuda de procedimientos de reproducción humana asistida. (Krasnow, 2016, págs. 71-73) Ahora bien, el concepto y explicación detallada de las THRA, será abordado a detalle en líneas próximas y en un apartado específico; sin embargo, a efectos de poder circunscribir la problemática y tema de análisis, hemos de decir en breves líneas que, estas técnicas consisten en un conjunto de procedimientos médicos y científicos encaminados a resolver los diferentes problemas o complicaciones que impiden o dificultan la procreación. En este contexto, la idea fundamental, es que las parejas homosexuales o heterosexuales u hombres y mujeres en solitario, según la situación particular que experimenten, ya sea infertilidad, esterilidad o imposibilidad funcional o anatómica, podrán recurrir a las THRA para dar inicio a un proyecto parental individual o conjunto, que se define únicamente por el elemento volitivo del querer ser padre o madre. (Brena Sesma, 2019, págs. 19-20)

De la mano del párrafo anterior, se debe dejar sentado que los autores del libro *“Bioética y Ley en Reproducción Humana Asistida”*, manifiestan que debe entenderse por esterilidad a aquella incapacidad que tiene una pareja para conseguir una gestación tras un año de relaciones sexuales frecuentes y sin utilización de métodos anticonceptivos. Por otro lado, el mismo libro refiere por infertilidad, a la imposibilidad de desarrollar una gestación que evolucione a un feto viable. Así también, por imposibilidad funcional o anatómica de concebir, entiéndase el hecho de que, según la fisionomía y anatomía de los seres humanos según su sexo, únicamente las mujeres por nacimiento son quienes pueden llevar a cabo una gestación atendiendo al órgano reproductor femenino dotado de un útero. Si bien lo común y tradicional, es que parejas heterosexuales afectadas por alguna de estas complicaciones de reproducción, pueden acceder a las THRA, lo más significativo, novedoso, problemático y en auge actualmente, en cuanto a sus efectos, es que parejas homosexuales u hombres y mujeres en solitario demandan también la aplicación y utilización de estos servicios en sus vidas privadas. Es precisamente el cambio en cada uno de estos aspectos relacionales y

médicos los que han revolucionado el panorama en torno a las formas de establecer la filiación en cada uno de los países, y los que han hecho indispensable la necesidad de regular las THRA en cuanto a su aplicación y a cada uno de los posibles efectos jurídicos que se produzcan. (Abellán & Sánchez-Caro, 2009)

Este nuevo concepto de voluntad procreacional se encuentra rodeado de algunos principios que enmarcan su aplicación cuando se emplean las THRA. Debe hacerse mención en primer lugar, al Principio de Autonomía de la Voluntad, entendido este como la capacidad que tiene todo ser humano, dentro de la relación paciente-médico, de decidir libremente someterse o no a un determinado tratamiento, después de haber recibido información clara y completa sobre la situación en la que se encuentra y sobre los beneficios y perjuicios que le causarían la aplicación de dichos métodos. Continuamos así con el Principio de Beneficencia y No Maleficencia, que implica por un lado la prevención o eliminación de un daño actual y por otro evitar causar intencionalmente un daño; sin duda este principio se ve relacionado estrechamente a la parte ética de la aplicación de la ciencia y la medicina en la vida humana. Finalmente, se habla del Principio de Justicia, en el que se busca brindar y distribuir equitativamente, sin discriminación alguna entre las personas, los beneficios que alcancen las ciencias médicas para satisfacer las necesidades de los seres humanos. En otras palabras, se refiere al libre acceso a los avances médicos, dejando los mismos a servicio y beneficio del hombre. (Krasnow, 2016, págs. 4, 5, 6)

En este contexto de ideas, la voluntad procreacional se manifiesta luego de que las parejas homosexuales o heterosexuales y los hombres y las mujeres en solitario, han tenido un acceso completo, claro, amplio y preciso de la información que requieren para su realidad familiar y sobre los beneficios y complicaciones del uso de las THRA, para poder así, decidir el aplicarlas o no, en su vida; y de aplicarlas, poder dar inicio a un proyecto parental en conjunto o en solitario, pero con un conocimiento amplio y transparente de la situación. Este nuevo concepto se articula con una serie de derechos humanos que van desde la igualdad y no discriminación; pasando por el de poder tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, la vida y la orientación sexual; el derecho a tomar decisiones sobre la vida sexual y reproductiva y la llamada planificación familiar, el derecho a formar una familia y la protección que el Estado le debe en sus diversos tipos, el derecho a la salud; hasta el derecho del ser humano a beneficiarse positiva y ampliamente de los avances de la ciencia y la

medicina en su salud y su vida. (González, 2016, pág. 3)

1.4 Regulación Actual en la Legislación Ecuatoriana de la Filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Algunas de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran reguladas en lo concerniente a sus efectos e implicaciones en una gran cantidad de Estados, que las han incluido en sus legislaciones y además las han dotado de algunas garantías y formalidades que se deben cumplir para evitar que se atente contra la dignidad humana. Por otro lado, existen muchos otros países en donde todas o algunas de estas prácticas están expresamente prohibidas en la legislación, por lo tanto, los derechos y obligaciones que deriven de estos acuerdos, contratos o consentimientos informados de carácter médico- jurídico, celebrados y firmados por quienes se someten a los mismos, no tienen ninguna validez por cuanto en dichas realidades normativas, estos constituyen objeto ilícito. Sin embargo, y no menos relevante, debemos mencionar que están también aquellos países que presentan una omisión legislativa a estas situaciones y posibilidades que vienen de la mano de las THRA. Sus legislaciones no contemplan ninguna prohibición expresa ni tampoco las autorizan directamente. Ya sea en el caso de la prohibición u omisión de regulación de las THRA, las consecuencias son directas y completamente perjudiciales al momento de establecer la filiación y tratar de ejercer los derechos y obligaciones que de ella se derivan. De hecho, si en alguno de estos Estados se llega a dar una de estas situaciones por parte de parejas homosexuales, heterosexuales u hombres y mujeres en solitario, ya sean nacionales o extranjeros, se generarán casos controvertidos, mediáticos y judicializados que seguramente deban esperar a un pronunciamiento de los más altos Tribunales de Justicia, para poder obtener una respuesta a sus requerimientos. En estos casos, se ponen en juego muchos derechos humanos y constitucionales y no siempre se obtiene por parte de los jueces una respuesta pro derechos humanos. (Bermúdez, 2016, págs. 44-52)

Todo lo mencionado en el párrafo precedente como un marco general introductorio, nos lleva a la difícil tarea de estudiar detenidamente la realidad normativa del Ecuador en torno a la voluntad procreacional de la mano de las THRA, porque solo así se podrá tener un conocimiento claro de aquello que permite, prohíbe u omite nuestra legislación y estar preparados para el futuro. Para ello hemos de realizar la siguiente afirmación y luego trataremos de demostrarla con evidencias fehacientes, respecto de que

posición es la que ha adoptado nuestro país. Así, en efecto, de entrada, podemos afirmar que el Ecuador no tiene una legislación que regule: ni el acceso, práctica y, peor aún, las consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción humana asistida. Como país, nos encontramos en aquel grupo de Estados que omiten la regulación de las THRA y ello antes que ser beneficioso, genera inseguridad jurídica para los habitantes. Años atrás por un caso trascendente y muy mediático en nuestro país, a la Función Legislativa, a través de la Asamblea Nacional, se le delegó obligatoriamente la tarea de elaborar una ley que regule el acceso y práctica de las THRA para todos los ecuatorianos. Empero, transcurridos ya algunos años desde el conocido caso Satya, aún no tenemos algo sólido sobre el tema y continuamos viviendo en la inseguridad jurídica y clandestinidad frente al tema. La Asamblea Nacional está en mora respecto de la emisión de una ley orgánica que aporte y recoja todos estos temas relevantes y que requieren una respuesta clara y concreta por parte del marco normativo de nuestro país.

Dentro de esta línea, debemos decir que existió desde el año 2016 hasta el año 2019, el Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador; sin embargo, esta propuesta después de su segundo debate se descartó y el tema aún continúa sin resolverse. La asambleísta de la Provincia del Guayas María Alejandra Vicuña en el año 2016, presentó un proyecto de ley para regular las THRA. Pues en el desarrollo de su función, se percató de la inseguridad que existe frente a la falta de regulación de estas técnicas. Dentro de la motivación de la propuesta se encontraban: la existencia de una alta demanda de casos en la realidad ecuatoriana, que se traducían en la necesidad de regularlas; la falta de un marco jurídico adecuado que proteja a los pacientes y personal médico en general que interviene en estas prácticas; así como también a la clandestinidad y abusos que se daban y se dan en este medio, por la falta de regulación. En aquella época, según la información oficial del Ministerio de Salud Pública, existían 11 Centros de Salud especializados en servicios de reproducción humana asistida, que contaban con un permiso de funcionamiento, otorgado por la autoridad competente, tras cumplir con los requisitos correspondientes; sin embargo, de la información de redes sociales e internet, se pudo verificar que existían muchos otros Centros no autorizados y al margen de la ley, que ofrecían dichos servicios y no estaban regulados por el ente competente. (Mosquera, 2016, págs. 1-3)

Ahora bien, sin duda, hay que hacer mención a algunos conceptos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para entender desde donde se debe partir con las

regulaciones que están pendientes. Si bien en líneas anteriores no hemos desarrollado el concepto de familia; no obstante, es indispensable hacerlo en este punto, porque de su estudio podremos sacar algunas conclusiones de la regulación existente sobre la filiación en nuestro país, ya que pese a ser dos conceptos autónomos, se entrecruzan en el camino y de una u otra forma, el uno influye en el otro. Según Guillermo Cabanellas, el concepto de familia tiene muchas definiciones, pues estas varían según el lugar y el momento histórico en el que nos encontremos. Así la familia hace referencia de forma genérica al parentesco existente entre un grupo de personas que están ligadas unas a otras por vínculos jurídicos. Este concepto general y poco detallado, es ampliado aún más por el catedrático Enrique Díaz de Guijarro en su obra titulada: *“Tratado de Derecho de Familia”*, quien nos dice que: *“se entiende por familia a aquella institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”*. Este concepto pone de manifiesto el punto de unión entre las nociones de familia y filiación, al indicar que los vínculos jurídicos existentes entre los miembros de una familia derivan de la filiación, llevándonos a la necesaria tarea de determinar, cómo es que se establece la filiación, pues de esta nacen las familias y los derechos y obligaciones que las acompañan y rodean dentro de la sociedad. (Cabanellas, 2012, pág. 407)

Por ello, en nuestro estudio del marco normativo ecuatoriano, hemos de hacer mención al concepto de familia que da la Constitución de la República del Ecuador. Analizando el artículo 67 de dicho cuerpo legal, tenemos que, en nuestro país, se reconoce a la familia en sus diversos tipos, y se indica que esta merece una protección amplia por parte del Estado, pues constituye el núcleo fundamental de la sociedad. Prevé, además, que esta puede constituirse por vínculos jurídicos o de hecho y debe fundarse y proteger siempre la igualdad de derechos de sus integrantes. Dada la lectura de la norma antes referida, tenemos que, para la legislación ecuatoriana, las familias se constituyen únicamente por una unión de hecho estable y monogámica o por la institución jurídica del matrimonio, por lo tanto, pese a que se habla de una protección en la diversidad, por omisión de la norma, no se podría considerar como familia aquellas formadas por hombres y mujeres en solitario, que deciden dar inicio a un proyecto parental individual. Si bien la institución jurídica del matrimonio, y la unión de hecho fueron reformadas y actualmente ya no se limitan a parejas de diferente sexo, lo que haría posible la filiación originada entre padres e hijos tanto de parejas heterosexuales como homosexuales; no

obstante, la noción de familia se estaría limitando a aquellos vínculos que nacen del matrimonio o de la unión de hecho, y esto sin duda excluye el pluralismo al cual la norma se refiere en sus primeras líneas. En otras palabras, el comienzo de una familia se verá circunscrito siempre a algún vínculo jurídico entre dos personas, que la originen. (Bermúdez, 2016, págs. 70-76)

Como otro punto de revisión paralelo, pese a no ser el tema central de estudio, tenemos que saber que el hablar de familia y filiación nos lleva a la realidad de que la filiación adoptiva no está permitida en el Ecuador para parejas del mismo sexo, sino de forma exclusiva para parejas heterosexuales u hombres y mujeres en solitario bajo especiales consideraciones y requisitos que se exigen. Algunos de los argumentos dados por quienes defienden esta primera postura, giran en torno al principio del interés superior del menor, indicando que, de permitirse la adopción de niños o niñas por parejas con orientación sexual diversa, se vería afectada su salud mental y física. Por otro lado, este mismo argumento es usado por quienes sostienen que de ninguna manera la adopción de menores por parejas del mismo sexo podría atentar contra el desarrollo integral de los menores, más bien les dota de una familia para crecer y desarrollarse a plenitud, es decir, un tipo de familia, que dentro de la diversidad de la que se habla en la Constitución, también estaría protegida por nuestro ordenamiento jurídico. En este caso hacen hincapié en la idea de que para regular la filiación adoptiva lo único que debería primar es el derecho de los menores en orfandad a tener una familia estable. (Bermúdez, 2016, págs. 60-66)

Vale decir que en Ecuador las posturas sobre el tema de la adopción por parejas homosexuales, son contrapuestas entre la población, ello atiende a criterios sociales, religiosos y morales que adoptan las personas, en determinados momentos históricos, culturales y sociales. Sin embargo, analizando las disposiciones normativas de manera objetiva, hay que considerar que este es uno de los casos en los que ciertos derechos, se han vuelto inalcanzables para las parejas homosexuales, tornándose en disposiciones que, a la luz de los derechos humanos, resultan ser discriminatorias. Este aspecto, también tiene una relevancia significativa desde el punto de vista de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y voluntad procreacional, porque los criterios empleados para limitar la adopción de niños, niñas y adolescentes, son los mismos que se utilizan para negar el acceso a estas técnicas a parejas homosexuales que se encuentren en los siguientes supuestos: 1. una pareja homosexual en la que obligatoriamente solo un

miembro de la pareja puede aportar su material genético y el otro proviene de una donación anónima y en principio altruista, para llevar a cabo una gestación con ayuda de una o varias THRA, 2. una pareja homosexual, en la que ninguno aporta su material genético, es decir los gametos masculinos y femeninos son ajenos a dicha pareja, provenientes de una donación anónima y en principio altruista, que permite llevar a cabo una gestación con ayuda de una o varias THRA. Por lo que, un gran grupo de personas en nuestro país desde el punto de vista de la filiación por voluntad procreacional no tendrían acceso a dar inicio a un proyecto parental. (Bermúdez, 2016, págs. 50-56)

Una vez que el modelo tradicional de familia ha cambiado con el tiempo y las relaciones humanas, la legislación ecuatoriana debería proteger en la realidad práctica los diversos modelos de familia a los que se hace mención en la Constitución. Pues las familias en sus numerosos tipos requieren sin duda una protección real e igualitaria de derechos de cada uno de sus integrantes. Entendida la familia como un vínculo jurídico que nace de las relaciones de filiación, debemos sin duda denotar que en el Ecuador existen tres tipos de filiaciones reguladas actualmente: la biológica, la registral y la adoptiva y como ya se ha ido analizando y se seguirá haciendo, cada una de estas figuras tradicionales sufre de ciertas limitaciones e inconsistencias en su realidad práctica y esto responde únicamente al hecho de que dichas figuras e instituciones protegidas por el ordenamiento jurídico, no han evolucionado desde el mundo del derecho hacia el mundo de los avances médicos, científicos y sociales, ni tampoco van de la mano de las relaciones interpersonales diversas o unipersonales actuales y por ello se quedan cortas cuando hay que dar una solución a problemas civiles o de derecho internacional privado. Lo referido en este párrafo nos lleva hacer mención a la existencia de una nueva forma de establecer la filiación, que se está dando en otros lugares del mundo, y se conoce como la filiación por métodos de reproducción humana asistida. En algunos párrafos atrás, se dijo ya que Ecuador todavía no ha regulado las técnicas de reproducción humana asistida y peor aún el acceso a las mismas ni sus efectos, empero estas ya se aplican y son utilizadas de manera recurrente por gran parte de la población, lo que trae como resultado la clandestinidad, abusos y conflictos frente a la omisión de disposiciones y a la inexistencia de normas claras que solventen los problemas que su aplicación podría llegar a ocasionar dependiendo de las circunstancias particulares en las que se den.

Esta nueva idea de filiación no se limita a los vínculos de procedencia genética o al hecho mismo de la gestión de los hijos e hijas respecto de sus padres o madres, como ya

se dijo antes, se basa en la voluntad de querer ser padres o madres. El elemento volitivo de la consciencia humana, adquiere una fuerza importante y generadora de derechos y obligaciones incluso en el ámbito familiar y el derecho de filiación, lo que lleva a la necesidad inmediata de su regulación en las normas. Empero, ello no ocurre en Ecuador, en dónde el Código Civil, es expreso al señalar en su artículo 24, que la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad, se pueden establecer por los siguientes supuestos nada más:

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

(Asamblea Nacional del Ecuador, 2021)

Por el artículo referido, es claro que nuestra norma protege y regula la filiación biológica y registral; así mismo, regula la llamada acción de investigación de la paternidad en la vía judicial, para que esta sea declarada por un juez. También en otras disposiciones, contempla la filiación adoptiva según los artículos 151, 284 y 285 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que se refieren a la finalidad de la adopción y el procedimiento vigente para llevarla a cabo. En términos generales la filiación es una figura que tiene por objeto dotar de una familia permanente y estable a niñas niños y adolescentes que estén en una situación de orfandad y se encuentren bajo la tuición de las Unidades Técnicas de Adopción Zonales a cargo del Ministerio de Inclusión Económica y Social. Dicha filiación se lleva a cabo por medio de un proceso judicial en el que aquellas parejas heterosexuales u hombres y mujeres en solitario que cumplen con determinados requisitos previstos por las normas, demandan la adopción de un menor, en lo que se conoce como juicio de adopción; garantizando que exista una familia idónea y definitiva que vele por el desarrollo de este niño, niña o adolescente y dándoles una identidad. Por otro lado, nuestra legislación no hace alusión a la filiación con observancia a la voluntad procreacional en los casos de aplicación de las THRA, heterólogas principalmente. Es por ello que confirmamos que el Ecuador solo se limita a omitir el tratamiento del tema y si bien no lo prohíbe expresamente, tampoco lo permite y peor aún

lo dota de garantías jurídicas y normativas suficientes para su desarrollo normal y efectivo. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021)

La doctrinaria Roncesvalles Barber Cárcamo, de forma textual en su obra titulada: *“La Filiación en España: Una visión crítica”*, sostiene que: *“la voluntad de generar un nuevo ser humano mediante la ayuda de las THRA, se equipara al componente biológico; y, en consecuencia, se trata del consentimiento o voluntad expresa de dar inicio a un proyecto parental, con el apoyo de los avances de la ciencia o la medicina; superando impedimentos genéticos, funcionales y sociales de concebir o gestar”*. Es decir, que se torna concluyente al momento de la determinación de la filiación, y pone de manifiesto una nueva forma de dar origen a vínculos filiales y de formar familias conscientemente. Y no solo eso, sino que va más allá y defiende la idea de que esta voluntad no solo se expresa por parejas heterosexuales sino por parejas con orientación sexual diversa y además por individuos solos que no forman parte de ninguna pareja, pero que pueden también tener o querer tener hijos e hijas. Y en esta última y novedosa posibilidad prima un compromiso de carácter socio-afectivo, que nos lleva a entender que actualmente y dada la realidad de muchas familias alrededor del mundo, se tiene por padre o madre a quienes previo a concebir, se comprometan de forma consiente y voluntaria con las obligaciones que derivan de esa paternidad o maternidad y ya no solo a quienes según una prueba de ADN llevan el mismo material genético que su descendencia. En este contexto, nuestra legislación requiere evolucionar para dar una protección íntegra a aquella paternidad o maternidad que nace del amor o afecto, con independencia del vínculo genético que une a los individuos. Una filiación de tipo eminentemente socio-afectiva, que necesita ser normada para no atentar contra los derechos humanos y constitucionales reconocidos en nuestra norma suprema y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de los cuales somos parte. (Bermúdez, 2016, págs. 77-79)

En Ecuador y en el mundo, aunque no todos, pero la mayoría de casos de aplicación de las THRA, por uno u otro motivo, se dan como prácticas heterólogas; es decir: casos en los que el material genético no corresponde en un 100% a los miembros de la pareja, por ejemplo en parejas heterosexuales con carencia de óvulos o esperma fértil, o casos de parejas homosexuales en donde se requiere obligatoriamente el aporte de ovocitos o esperma de un tercero; a su vez también aquellos casos en los que un individuo en solitario quiere dar inicio a un proyecto parental y forzosamente ha de recibir el aporte de un

donante anónimo; o el caso de la persona en solitario o las parejas homosexuales o heterosexuales, que no pueden gestar a su hijo o hija por si solos e interviene necesariamente una tercera persona mujer, que gestará al niño o niña de otros en su vientre. En este contexto, la doctrinaria chilena Maricruz Gómez de la Torre Vargas, en su obra titulada: *“Las técnicas de reproducción asistida en el siglo XXI: una mirada transdisciplinaria”*, señala que: *“En la aplicación de las THRA, serán madres o padres de hijos o hijas, aquellos que asuman voluntariamente esta función social, aunque genéticamente no lo sean, auto imponiéndose de forma consciente, el conjunto de funciones, derechos y obligaciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan, y que se derivan de esta relación filial originada”*. Aparece así la idea de los llamados *“padres sociales”* o *“padres de intención”* o *“socio-afectivos”*. (Gómez de la Torre Vargas, 2013, págs. 307-309)

Respecto a la normativa de nuestro país, como ya se dijo en líneas anteriores, el artículo 24 del Código Civil y el artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalan de forma clara cuáles son aquellas posibilidades para establecer la filiación que están previstas; y es claro que fuera de ellas no existe ninguna otra que se regule actualmente. Por lo tanto, es en este aspecto en dónde reposa la importancia de este proyecto de titulación, teniendo presente con certeza, que solo se regulan la filiación biológica, la registral y la adoptiva, más la llamada acción de investigación de las correspondientes maternidad o paternidad en la vía judicial. En nuestro sistema no se contempla en ninguna disposición la filiación voluntaria, empero las THRA se aplican en todo el país y esa ausencia que se genera por la falta de regulación, es lo que trae complicaciones como contradicciones normativas, inseguridad jurídica y vacíos legales que perjudican el ejercicio de los derechos humanos de quienes acceden a estos procedimientos y de quienes son concebidos bajo dichos métodos. Sin duda, la obligación de dotar de garantías y seguridad jurídica a la población es una tarea que le corresponde al poder legislativo, a través de la Asamblea Nacional y el problema es que el proyecto de ley que existía al respecto fue rechazado en segundo debate y este tema aún continúa en incertidumbre. Para destacar la importancia de esta regulación, analizaremos algunos conflictos que pueden presentarse y que, frente a la falta de normas al respecto, se convierten en casos tediosos y largos que se judicializan y en los cuales tiene incluso que intervenir la Corte Constitucional para dar una respuesta a los mismos. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021)

El primer caso de análisis nos lleva a plantear la siguiente situación: una pareja homosexual que da inicio al proyecto parental con aporte obligatorio de ovocitos o espermatozoides de un donante anónimo y que dependiendo del caso puede requerir incluso de la intervención de una mujer gestante. Al profundizar el ejemplo, debemos decir que, en esta posibilidad, sin duda tendremos la intervención de una THRA de carácter heterólogo por la naturaleza humana propiamente dicha de que en las parejas homosexuales se va a requerir siempre el material genético que proviene del sexo opuesto. Así las técnicas susceptibles de ser aplicadas son: la fecundación in vitro o la inseminación artificial, y en caso de que la pareja por algún tema funcional, genético o social, no pueda gestar, tendremos el apoyo de otra THRA, que se conoce como gestación por subrogación. Planteado el caso de análisis, cabe preguntarnos cuáles pueden ser los posibles problemas jurídicos que se originan del mismo y proponer una solución. En primer lugar, desde el marco normativo vigente, diremos que la Constitución de la República del Ecuador, al referirse a que tanto el matrimonio como la unión de hecho se dan entre dos personas, ya no se limitan estas dos figuras solo a parejas heterosexuales, por lo tanto, el derecho a fundar una familia ampara a las parejas homosexuales también y ello lleva a que dichas personas puedan dar inicio a su proyecto parental. En el caso de una pareja de hombres, para convertirse en padres, tendría, dependiendo el país, dos posibilidades, en algunos Estados pueden optar por la filiación adoptiva y la filiación por uso de las THRA, y en otros países solo con ayuda de una de las THRA.

Lo referido en las últimas líneas del párrafo anterior se presenta y permite de forma tácita en la legislación del Ecuador, tras la reforma del articulado concerniente a la institución del matrimonio y la figura de la unión de hecho. Es decir, que las parejas homosexuales unidas por uno de estos vínculos, solo podrán ser padres con ayuda de las THRA ya que la filiación adoptiva, se excluye de forma expresa para estas parejas en nuestra normativa. Así, una pareja homosexual podría formar una familia, con el apoyo de la fecundación in vitro (FIV), en la cual si es una pareja de hombres uno de ellos aportará el espermatozoides, se recibirá el ovocito de una tercera persona, que será la donante anónima; y adicionalmente se va a requerir el apoyo de una cuarta persona que es conocida como gestante subrogada. En total, se requiere el uso de dos THRA y son cuatro personas las que juegan un rol diferente en este caso y cuyos derechos y obligaciones deben estar debidamente resguardados y delimitados para evitar conflictos de intereses y vulneración de derechos. Pues la materia en cuestión es muy delicada y requiere una

especial atención por el hecho de vincularse a derechos humanos muy íntimos y sensibles. Empero, pese a que actualmente en el Ecuador, solo las THRA permitirían un proyecto parental a las parejas homosexuales en general, su falta de regulación en la legislación imposibilita el ejercicio de estos derechos por cuanto no existe normativa a la que los funcionarios competentes puedan apegarse para validar la filiación que nace por la voluntad procreacional.

Uno de los conflictos que puede ocasionarse, según el caso anterior, será para la gestante subrogada, pues en algunas legislaciones como la nuestra, rige aún el principio de “*mater semper certa est*”, y también prima para el establecimiento de la filiación, la llamada realidad biológica, lo que implica que las autoridades competentes del Registro Civil y de Datos Públicos, no van a registrar al niño o niña nacido en estas condiciones como hijo de dos padres. Sino que podría considerarse a la madre gestante como madre del menor o tratar de atribuirle en un futuro la maternidad a la donante anónima, pues el niño o niña llevará parte de su material genético. Ello, porque la información del certificado de nacido vivo señalará la identidad de quien dio a luz a esta persona o porque podría investigarse a futuro la maternidad con una prueba de ADN y atribuirle a la donante anónima dicha maternidad. Como resultado se encontrarán en conflicto los derechos de quienes en efecto e indiscutiblemente expresaron su voluntad de dar inicio al proyecto parental, pues a uno de los integrantes de la pareja se le va a excluir de su paternidad, así como de la mujer gestante subrogada que, pese a únicamente haberse comprometido a gestar, se le van a atribuir derechos y obligaciones derivados de la maternidad por dar a luz. Y no se diga, de la donante anónima a quien podrían también tratar de atribuirle una maternidad por medio de la acción de investigación de la maternidad prevista en nuestro Código Civil, en su artículo 255. (Bermúdez, 2016, pág. 80)

En este mismo sentido, ponemos el caso de una pareja de lesbianas, que desea dar inicio a su proyecto parental y para ello acuden a una clínica de servicios de reproducción asistida en donde les indicarán que por medio de una fecundación in vitro o una inseminación artificial pueden llevar a cabo el mismo, con el aporte biológico de esperma de un donante anónimo. En este particular, dependiendo de las circunstancias del caso, una de las mujeres puede aportar el ovocito, un donante el esperma y la otra mujer en la pareja, gestará al embrión; o por otro lado podría complicarse aún más el panorama y requerir de una tercera mujer que desempeñe el rol de gestante subrogada y que se

encargue de la tarea de la gestación, cuando ninguna de las mujeres en la pareja puede llevar a cabo dicho proceso, sea por el motivo que fuere. Como se observa cada uno de los casos de uso de las THRA tiene sus complicaciones propias y requiere ser analizado desde todas las aristas y variables posibles para poder contemplar una solución concreta y clara desde el ordenamiento jurídico. En el ejemplo propuesto en este párrafo, una vez que tenga lugar el parto, los problemas que seguramente se presentarán son que se va inscribir al recién nacido como hijo de quien lo dé a luz, por el ya mencionado principio de “*mater semper certa est*”, en el Registro Civil y de Datos Públicos los funcionarios no podrán inscribir a la persona como hijo o hija de dos madres, sino solo de una de ellas si es que alguna lo gestó, pero si recurrieron también a la gestación por subrogación, la pareja de lesbianas no tendrá ni desde la voluntad procreacional ni desde lo registral ningún reconocimiento filial con el menor. Así mismo, los derechos del donante anónimo se pueden ver vulnerados en un futuro, al tratar de atribuirle obligaciones propias de la paternidad si esta es investigada por el niño o niña por medio de quien ejerza su representación legal, en caso de que no sea mayor de edad, dejando de lado el anonimato que ampara a los donantes de gametos. Finalmente, la gestante subrogada también vería atribuidas obligaciones propias de la maternidad, por ser quien da a luz al menor. Todos estos problemas se presentan si el rol de cada una de las personas que intervienen en el proceso, no está debidamente resguardado y delimitado en cuanto a su alcance por medio de una ley competente.

Cabe también señalar, que existen otras situaciones que no son tan complicadas y enredadas y esto va a depender de si las técnicas empleadas son heterólogas u homólogas y si la pareja es homosexual o heterosexual. Por ello, los conflictos posibles deben ser estudiados en abstracto y de forma objetiva, como lo han hecho otras legislaciones que nos llevan ventaja en la materia. También en el supuesto de hombres y mujeres en solitario se dan conflictos dignos de estudio. Pongamos por ejemplo el caso de un hombre que quiere tener un hijo en solitario, en Ecuador tiene dos vías, optar por la adopción si cumple con los requisitos legales previstos; o podría acudir a una clínica de reproducción humana asistida, solicitar ovocitos donados por una mujer anónima y también conseguir una mujer que pueda gestar a su hijo, ni la mujer donante del ovocito ni la gestante manifiestan una voluntad de ser madres, solo el hombre lo hace por medio de su voluntad procreacional respecto de la intención de ser padre; y es exclusivamente a él a quien ha de atribuírsele una paternidad. En este caso puede ser que el hombre utilice su propio

esperma para la concepción de su hijo o incluso que sea esperma de un donante anónimo también, en este contexto el niño o niña, no tendría ninguna vinculación de tipo genética con este señor, que es el único quien de manera previa habrá sin duda alguna expresado su voluntad de ser padre y comprometerse con los derechos y obligaciones que ello implica, por lo que la vinculación filiatoria, será por voluntad procreacional. Pero, lastimosamente lo que en realidad ocurre nuestra legislación frente a la falta de normas sobre la materia, es que la filiación se determinará de forma tradicional, atendiendo al principio de *“mater semper certa est”* y de la idea de la verdad biológica, dejando de lado lo que, en otros países, se conoce como filiación derivada de la voluntad procreacional. Cabe dejar sentado que en el caso de una mujer que quiera dar inicio a su proyecto parental, también puede hacerlo según lo que señala nuestra Constitución, no obstante, se verá sometida a los mismos problemas antes mencionados.

Como ya se ha dicho, el supuesto de las líneas anteriores, puede ocurrir también en Ecuador, porque no hay nada que impida o prohíba aquello, sin embargo a la luz de ciertos principios constitucionales este tema se vuelve relevante pues al igual que en los ejemplos dados antes y otros que pueden surgir en este contexto de uso de las THRA, indudablemente las circunstancias se articulan con el derecho a la identidad de los niños y niñas que se conciben por medio de estas técnicas, el principio del interés superior del niño que busca garantizar el desarrollo integral de los menores en todos los sentidos (económico, social, afectivo, moral, salud, alimenticio, educación, etc.) independientemente de cómo hayan sido concebidos. Y de igual manera se vuelve relevante el principio de igualdad y no discriminación con relación a dichos menores, pues según nuestra Constitución de la República en su artículo 69, numerales 6 y 7, se dice que: *“6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción. Y “7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella”.* (Asamblea Constituyente , 2021) La norma citada denota un interés importante pues garantiza la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia absoluta del origen de su concepción, la norma de forma tácita señala que la filiación puede tener más de un origen y además señala que ello en nuestro país, no será motivo de discriminación.

Lo referido en este acápite, pone sobre la mesa el articulado vigente y existente a la fecha, con relación al tema de la filiación. Como puede verse y se ha demostrado a lo

largo de estas líneas, no hay una regulación específica sobre las técnicas de reproducción humana asistida en el Ecuador, y tampoco se regula la voluntad procreacional, sin embargo, con unos pocos ejemplos planteados, se ha evidenciado la necesidad de regular estos temas en nuestra legislación. Algunos países de Latinoamérica ya lo hacen y han generado importante doctrina y jurisprudencia sobre este tema, por ello en el siguiente punto a tratar, haremos mención de manera amplia a los avances más significativos que han hecho estos ordenamientos jurídicos, relacionado a esta temática, Así, podremos comparar, estudiar y determinar de forma clara cuales serían aquellas normas que deberán (imperativo) o que deberían (sugestivo), ser adoptadas también en el Ecuador y que nos permitirían avanzar en esta materia. Legislaciones como la chilena, argentina, mexicana, española, hindú, entre otras, aportan significativamente con soluciones más o menos efectivas para los diversos casos que pueden darse a la luz de la filiación que nace de la voluntad procreacional en el contexto de aplicación de las THRA.

1.5 Análisis de la Legislación Comparada sobre la Filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida

En este título debemos hacer mención a la legislación de algunos Estados que prevén en su ordenamiento jurídico ideas muy variadas sobre la filiación en torno a la voluntad procreacional. Es importante tener presente que incluso en un mismo país, pueden existir tendencias e ideas contrapuestas sobre una determinada situación en relación a las THRA, pero son precisamente todos estos argumentos y regulaciones, los que nos permitirán abordar desde varios puntos de vista este tema y así obtener conclusiones que sean válidas para la realidad del Ecuador. Una primera idea a tener presente sobre la filiación, es respecto a que una parte de la doctrina considera que la filiación adoptiva y la que deriva de la voluntad procreacional pueden tener un elemento en común que las abarque a las dos dentro de un mismo criterio productor de lazos filiales; sin embargo, otra parte, considera que pese a ser parecidas, están diferencias netamente por el uso de las THRA. La autora María Berenice Dias, se refiere en su obra titulada: *“Manual de direito das familias” (Manual de Derecho de Familia)*, a este tema y sostiene que: *“ambas paternidad o maternidad socioafectiva o adoptiva, se basan en un elemento común que es la libre voluntad de asumir el rol de padre o madre, obligándose voluntariamente a las tareas de alimentación, afecto, amparo y protección de los menores concebidos con ayuda de las THRA o adoptados a través del*

procedimiento judicial correspondiente”. No obstante, hay otros autores que sostienen que la paternidad o maternidad socioafectiva comprende la manifestación de la voluntad procreacional de parejas o individuos, como un hecho jurídico previo, que se rodea de elementos sociales, volitivos y afectivos que dan origen al vínculo filial. Ello implica querer de forma consciente procrear con la ayuda de estas técnicas de reproducción asistida. En cambio la filiación adoptiva no implica una manifestación de la voluntad previa a la concepción, aquí el querer ser padre o madre se manifiesta después de nacida la persona, y esta, por algún motivo, debió haber quedado en situación de orfandad, existiendo o no por parte de otros individuos la voluntad procreacional, esto último hace referencia mayoritariamente a los niños, niñas o adolescentes que se consideraron por parte de sus progenitores como hijos no deseados, que por obvias razones si nacen, serán en su mayoría, abandonados en la orfandad. También debemos incluir aquí, a aquellos menores que por muerte de sus padres y no teniendo familiar alguno que se haga cargo de ellos, hasta el cuarto grado de consanguinidad, también quedan en situación de orfandad. Así como también se incluye en este grupo a los menores que son separados de un núcleo familiar (biológico por lo general, pero no privativamente), por existir alguna medida de protección respecto de dicho niño, niña o adolescente, con el objetivo de resguardar su vida, salud a e integridad. En pocas palabras, la diferencia entre una y otra filiación, radica en el momento en el que se expresa dicho elemento volitivo. En la filiación adoptiva la voluntad es posterior al nacimiento de un menor, que además quedó en situación de orfandad y en la voluntad procreacional, la voluntad o consentimiento son anteriores a la concepción misma y su exteriorización lleva al inicio de la técnica de reproducción humana asistida. (Varsi Rospigliosi, Scielo: Determinación de la filiación en la procreación asistida, 2017, págs. 2-5)

De forma general, antes de iniciar un estudio detallado por país, debemos señalar que con relación al tema de la gestación por subrogación como una de las THRA posibles, es importante dejar sentado que, según la doctrina, en algunos países, esta práctica tiene connotaciones importantes y muy variadas. Ciertos Estados solo la permiten cuando no tiene implicaciones económicas sino únicamente se vincula a un tema altruista y afectivo en el que la madre, cuñada, hermana, sobrina, primas, o algún otro familiar cercano hasta el cuarto grado de consanguinidad y tercero de afinidad, ayudan a la mujer que no puede gestar a su propio hijo o hija por algún problema de

tipo funcional o médico en su organismo, y lo hacen sin fines de lucro. Este particular se permite en estas situaciones excepcionales y solo por parte de ciertas personas para evitar que se comercialice con el cuerpo humano y se denigre a la mujer. Por otro lado, generalmente son las legislaciones orientales las que permiten la celebración de contratos privados en donde una mujer se obliga a la tarea de gestar y dar a luz al niño o niña de otra pareja o persona, las condiciones y obligaciones de parte y parte se establecen con toda claridad, para evitar al máximo los problemas que puedan suscitarse, obviamente hay que tener claro que se siguen y seguirán presentando complicaciones en estos casos, porque se trata de una tarea delicada y de mucho cuidado, que implica sacrificio y esfuerzo para quien la desarrolla. Por ello es que incluso se pacta también, una contraprestación económica para quien asume dicha tarea. Por su lado, los países conservadores en donde están arraigadas las religiones del islam y católica, presentan un mayor rechazo a la gestación por subrogación, incluso algunos la prohíben expresamente en sus legislaciones.

Como ya se dijo, en este acápite también vamos a hacer mención a algunos casos que se pueden dar en el contexto de las THRA, pero que por la falta de regulación, como ya veremos, no reciben una respuesta por parte de ciertas legislaciones, y sin embargo en otras realidades normativas, como la chilena, argentina, mexicana, española y francesa, por mencionar algunas, ya tienen cuando menos un tratamiento y regulación primaria, orientada en su mayoría (aunque no en todos los casos), a proteger los derechos de todos los intervinientes y dar las seguridades necesarias tanto médicas como jurídicas, protegiendo la salud e integridad física y mental de los seres humanos. Analicemos así el caso de la pareja de lesbianas en la que con ayuda de la fecundación in vitro (FIV) o la inseminación artificial, el óvulo de una de ellas es fecundo con espermatozoides de un donante anónimo, y una de ellas lleva a cabo la gestación en su vientre, en este caso según la norma española por ejemplo, la filiación se puede establecer en torno a las siguientes posibilidades: para una de las mujeres de la pareja por el hecho de la gestación y parto del niño o niña y para la otra por el aporte del ovocito para ser fecundado e implantado y de forma global para las dos, por la manifestación de la voluntad procreacional de querer ser madres con ayuda de una THRA y la donación de espermatozoides de un hombre anónimo, quien además vale destacar que al ser donante anónimo, expresa su voluntad, en el sentido de que no se le atribuya ninguna paternidad posterior, renunciando así a los derechos y obligaciones que podrían querer atribuirle,

si estos aspectos no estuvieran regulados en la legislación de la que se trate.

1.5.1 Contexto Argentino

Respecto de Argentina podemos referir el siguiente análisis, existen dos leyes importantes que han marcado puntos de derecho muy significativos en este país. Por un lado, la Ley Número 26.629, conocida como Ley de Derechos del Paciente, misma que regula el consentimiento informado médico de los pacientes de los servicios de salud y señala que: *“se debe entender por consentimiento informado, aquella declaración de voluntad suficiente que efectúa el paciente o quien ejerza su representación legal, luego de haber recibido por parte del profesional o facultativo médico correspondiente, la información clara, precisa y adecuada sobre el tratamiento médico al cual ha de someterse”*. Este consentimiento informado de la mano del derecho a la salud, se desarrolla en la esfera de los derechos humanos personalísimos. Sin duda esto marca un importante reconocimiento al derecho de la libertad y autodeterminación de los seres humanos. Por otro lado, la ley referida se aplica y desenvuelve en conjunto con la Ley Número 26.862, mejor conocida como Ley de Cobertura de Tratamientos de Procreación Humana Asistida, misma que regula el acceso a los procedimientos de reproducción humana asistida y determina que: *“toda persona sin discriminación alguna tiene derecho a acceder a las técnicas o procedimientos de reproducción humana asistida, siempre que sea mayor de edad y haya expresado su consentimiento informado en la forma prevista en la Ley de Derechos del Paciente”*. (Krasnow, 2016, págs. 2-3)

Argentina genera un aporte importante porque tiene una ley específica para tratar temas relacionados a las THRA. En sus disposiciones no existe discriminación alguna hacia las personas que pueden acceder a estas técnicas y por lo tanto hombres y mujeres que no conforman ningún tipo de pareja o parejas homosexuales y heterosexuales unidas en matrimonio o unión de hecho, pueden acceder a los procedimientos en cuestión. Se destaca también que los servicios pueden basarse tanto en técnicas homólogas cuanto heterólogas, porque igualmente al final, el elemento volitivo, es decir la voluntad procreacional o intención clara y manifiesta de dar inicio a un proyecto parental, será el único criterio que prime para determinar la filiación entre dos personas. La legislación de este país latinoamericano va más allá todavía y se refiere a la permanencia en el tiempo que tiene esta voluntad. Señala que la misma podrá ser

revocada hasta antes de concebido ese ser humano o implantado el embrión, una vez que el procedimiento o técnica es puesto en marcha no hay forma de revocar dicha voluntad expresada y surgen para esta persona un conjunto de derechos y obligaciones derivados de la propia maternidad o paternidad. (Krasnow, 2016, págs. 3-4)

Con relación a la gestación por subrogación, el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la República de Argentina, señalaba que: “*Los nacidos por técnicas de reproducción asistida, son hijos de quien los dio a luz y del hombre y de la mujer que también han prestado su consentimiento previo, informado y libre para ello*” Es decir que para la legislación argentina, se consideraba que la maternidad le correspondía de forma exclusiva a la mujer que gestaba el embrión y lo daba a luz, independientemente de que después se demostrare que el ovulo fecundado era de otra persona distinta a quien gestó al embrión. Fue el 30 de diciembre del año 2015, cuando una Jueza de lo civil promueve la inconstitucionalidad del artículo referido del Código Civil, pues la “*ratio decidendi*” de la resolución, señalaba que la norma en cuestión, no consideraba que puede existir maternidad para quien pese a no haber gestado ni dado a luz al niño, si había manifestado su voluntad procreacional para autorizar ya sea por medio de un acuerdo de voluntades privado, un consentimiento informado, o algún otro medio válido, la intención de dar inicio al proyecto parental y convertirse en madre o padre para obligarse afectiva, económica y moralmente con la persona concebida a través de estas técnicas. En este sentido hubo un avance significativo en el reconocimiento de la filiación a través de las THRA y la voluntad procreacional. (Varsi Raspigliosi, 2017, pág. 11)

La Ley Argentina Número 26.862, hace una importante diferenciación entre maternidad subrogada tradicional y maternidad subrogada gestacional, (vale decir también que el término “maternidad” en la gestación por subrogación es incorrecto al referir este, la idea de una maternidad para quien gesta, cuando ello no es así), por cuanto implican según los doctrinarios y jueces de este país que se trata de dos figuras diferentes. En las cuales, una de ellas en caso de tener lugar, adolecería de objeto ilícito, porque se trataría de la gestación subrogada con aporte de gametos por parte de la gestante y ello se traduce en la idea de entregar al propio hijo a cambio de dinero. En el caso de la maternidad subrogada tradicional, Argentina según sus estudios, indica que se trataría de convenir la entrega de un hijo o hija propio de la gestante, situación que en efecto adolece de objeto ilícito, como ya lo mencionamos, pues los menores de

edad que genética y gestacionalmente le pertenecen a una persona, solo pueden ser dados en adopción y no entregados por un acuerdo entre privados. Respecto del caso de la maternidad subrogada gestacional, por el contrario, a la tradicional, la gestante no guarda ningún vínculo biológico o genético con el concebido, y por lo tanto es clara y válida la voluntad procreacional de la mujer. Pues únicamente va a gestar a esa persona y no mantendrá ningún vínculo filiatorio con ella, así como es completamente clara la voluntad procreacional de quienes contratan y pactan con la gestante esta situación. Los padres o madres socio-afectivos o de intención, son los únicos que en el marco del acuerdo de gestación manifiestan de forma expresa la voluntad de ser padres o madres con el apoyo de una o varias técnicas de reproducción humana asistida. (Krasnow, 2016, págs. 4-5)

Argentina ha demostrado avances significativos en la materia, bien sea por reformas legislativas, análisis en sentencias judiciales vinculantes, o fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre casos de nacionales de este país, se han dado importantes cambios y progresos sobre el tema de la filiación por voluntad procreacional, en el contexto de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. La mayor parte de las disposiciones legislativas respetan derechos y principios constitucionales, relacionados a la materia y que coexisten con la gran diversidad de modelos de familia que pueden existir, con las variadas formas de relacionarse de las parejas, así como también con: el principio de autonomía que ampara estas decisiones legítimas sobre la reproducción humana, la concepción y espaciamiento de los hijos, la libertad reproductiva, el derecho a formar una familia, el derecho a beneficiarse de los avances de las ciencia y de la medicina, entre otros. Existen algunos puntos y conflictos que potencialmente deberán ser subsanados por los jueces y legisladores en la marcha del proceso, pues las posibilidades de colisión y conflicto de normas, son tan dispersas y variadas que no pueden ser previstas de forma específica y en un cien por ciento, por los cuerpos normativos. (Krasnow, 2016, págs. 6-9)

1.5.2 Contexto Español

España también tiene algunas consideraciones relevantes con relación a las técnicas de reproducción humana asistida y por ello vamos hacer mención a algunas de ellas. Con el transcurso de los años el concepto tradicional de familia también ha evolucionado en la nación española, ello se debe a que actualmente existen: las uniones

de hecho no matrimoniales pero reconocidas legalmente, los matrimonios homosexuales y las llamadas familias monoparentales. Si bien en un principio la Constitución de este país no reconocía estas nuevas formas de convivencia de parejas, fue en el año de 1992 que, en sentencia del Tribunal Constitucional Español, se determinó que existen diversos tipos de familias que se conforman, porque a su vez existen diversos tipos de enlaces y formas de relacionarse entre los seres humanos; y todos estos grupos humanos, merecen sin duda una protección de la norma suprema. Años más tarde, el Código Civil español reguló el matrimonio entre parejas del mismo sexo y expresó que todas aquellas disposiciones referentes al matrimonio se aplicarán por igual y sin discriminación alguna tanto a los matrimonios heterosexuales como a los homosexuales. Sin duda fueron estos acontecimientos, los que llevaron a los legisladores a expedir la Ley 14 del año 2006, en la que se señala que los matrimonios homo y heterosexuales, las parejas de hecho heterosexuales y las mujeres solas pueden acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, sin discriminación alguna. En este contexto, es importante dejar sentado que, según la regulación española, solo quedan excluidas de las THRA las parejas de hecho homosexuales y los hombres solos.

Estas exclusiones referidas en las últimas líneas del párrafo anterior, implican que, en el caso de una pareja de lesbianas, unidas por un vínculo de hecho legalmente reconocido, pero no por matrimonio, en el caso de acceder a la concepción con ayuda de una THRA, una de las mujeres lo haría por fecundación in vitro con esperma de un donante y ella misma tendría que gestarlo y la otra mujer debería luego de nacido el hijo o hija, dar inicio a un proceso judicial de adopción de dicho menor. Pues al estar restringidas las THRA para parejas de hecho homosexuales en España, no se tiene en cuenta la voluntad procreacional de la pareja y se trata como un caso de una mujer que accede a la reproducción asistida en solitario, mientras que su pareja accede al proyecto parental por otro tipo de filiación, la adoptiva. Sin dudar, esto último también nos lleva a dejar sentado que, si se trataría de una pareja de hecho de hombres, tampoco pueden acceder a las THRA ni como pareja ni como hombres en solitario, porque estos dos supuestos, caen en las omisiones que hace la legislación de este país. En efecto, estamos frente a un caso discriminatorio, pues la ley olvida y restringe la voluntad procreacional que pueden tener los hombres en solitario o aquellas parejas homosexuales, que viven bajo un vínculo de unión de hecho y no de matrimonio. Tornando obligatorio que una pareja de hombres o de mujeres, deba casarse y estar

unida solo por un vínculo matrimonial para tener acceso libre a las THRA. (Enguer Gonsálbez & Ramón Fernandez, 2018, págs. 5-7)

Ahora bien, el panorama en principio, no se muestra tan desalentador, parecería que están avanzado significativamente en la regulación de las THRA y la voluntad procreacional. Sin embargo; España, prohíbe de forma expresa en su Ley 14 del año 2006 la figura de la gestación por subrogación, se rigen de forma absoluta por el principio de “*mater semper certa est*” que ya fue analizado en líneas anteriores. Es decir que, si la madre es siempre conocida, pues únicamente será madre, aquella que sufre el parto, quedando prohibido así de pleno derecho, que se celebre cualquier tipo de acuerdo privado, en donde una mujer se obliga a gestar el niño o niña de otras personas con o sin retribución económica, para luego renunciar a la filiación sobre dicho concebido. No existe ningún reconocimiento a esta figura, y ello trae complicaciones importantes que generan enormes contradicciones en la realidad práctica y jurídica de las THRA en este país. Ni las parejas homosexuales de hombres unidas por vínculo matrimonial o, de hecho, ni los hombres en solitario pueden acceder a la gestación por subrogación, en pocas palabras y traduciendo esto a la realidad, no pueden beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida para iniciar un proyecto parental, y se presenta una contradicción normativa discriminatoria. De forma obligatoria, por la propia anatomía del cuerpo humano, las parejas de hombres y los hombres en solitario solo pueden acceder de forma completa a las THRA, si estas técnicas incluyen a la gestación subrogada, caso contrario pese a que manifiesten su voluntad procreacional de querer ser padres, este derecho no puede materializarse por ninguna otra vía. Es un sin sentido que se autorice las THRA para las parejas homosexuales de hombres, unidos bajo matrimonio y que paralelamente se prohíba la gestación por subrogación, en todos los supuestos. (Enguer Gonsálbez & Ramón Fernandez, 2018, pág. 16)

Otro tema importante, que nos deja la legislación española, se refiere a la donación de óvulos y esperma. De forma general, el pensamiento de los países europeos concibe a la donación de gametos como un acto puramente altruista sin ningún tipo de beneficio económico como contraprestación para quien dona, pero si reciben aquello que algunos llaman un valor simbólico compensatorio, en atención a los inconvenientes y molestias que podría causar la donación. Así en España, estas compensaciones están entre los 500 y 1000 euros, volviéndose para algunas personas de imposible acceso por el monto que implican. Dicha compensación no incluye el costo de la técnica de

reproducción in vitro o inseminación artificial en cuestión, pues ello es un contrato aparte con la clínica. El tema del valor que tienen los gametos y las THRA, ha llevado a que, en algunos países, estos procedimientos se realicen de forma casera, con muchos riesgos de por medio y Ecuador no es la excepción. En la legislación española la donación se realiza mediante un contrato formal y escrito entre la persona que dona y el centro o clínica autorizada para llevar a cabo esos procedimientos. Previo a la firma del acuerdo privado, el donante también debe estar informado con exactitud y precisión de las implicaciones y consecuencias que se generan por dicha donación, sumándose al convenio de forma obligatoria la firma de un consentimiento informado médico. En este país existe una regulación particular y muy avanzada sobre el tema, dándose la posibilidad incluso de que el contrato de donación sea condicionado a ciertos particulares. Por ejemplo, podría él o la donante, decidir y condicionar el uso que se le va a dar a sus gametos y así seleccionar un tipo de modelo de familia autorizado a recibir dicho material genético. Así como también podría establecer que solo ciertas parejas que se hayan sometido a un examen psicológico previo y lo hayan aprobado, puedan recibir los gametos; entre muchas otras condiciones que podrían pactarse. (Enguer Gonsálbez & Ramón Fernandez, 2018, págs. 11-12)

Otro, aspecto sobre este tema que ha sido previsto y regulado de forma amplia en España, se refiere a la procreación post mortem, en este caso es el artículo 9 numeral 2 de la Ley 14 del año 2006, el que regula esta posibilidad. Por lo tanto, se permite el hecho de que la mujer viuda se someta a un procedimiento de fecundación in vitro con el esperma de su pareja difunta, siempre que este hubiere dado su consentimiento en vida y la THRA se realice en el período posterior de 12 meses de fallecido el causante. Aquí va a reconocerse la paternidad para dicho hombre, sin considerar si él y la mujer estuvieron o no casados El consentimiento que se requiere en este sentido es el que ha sido expresado en una escritura pública, un testamento o el consentimiento informado médico, firmados por dicha persona. La legislación también es clara, al señalar que ni la voluntad de un juez ni las declaraciones o testimonio de familiares del difunto pueden suplir estas formalidades que señala la norma española, pues de lo contrario se trataría de una procreación ilegal, bien sea porque falte el consentimiento expresado de la forma prevista por la norma o porque se realiza fuera del tiempo que señala la ley para el efecto. En este caso de la ilegalidad del procedimiento, no será reconocida para este hombre la paternidad sobre dicho o dichos menores y por lo tanto pese a existir un

vínculo genético no nacen a la vida jurídica derechos ni obligaciones en esta relación. (Enguer Gonsálbez & Ramón Fernandez, 2018, pág. 15)

Vale decir que la práctica de la procreación post mortem, se da en España únicamente en condiciones específicas que señala la ley; es decir, que esta no está prevista para parejas homosexuales sino de forma exclusiva para parejas heterosexuales que estén unidas en un vínculo matrimonial o, de hecho. Así también se permite solo cuando el que fallece es el varón de la pareja y la viuda puede ser fecundada con el material genético de su difunto marido, para poder procrear. Por lo tanto, queda fuera la posibilidad de que, si la mujer fallece, el hombre pueda llevar a cabo la técnica con el material genético de su pareja difunta en el útero de otra mujer, en calidad de gestante subrogada. El argumento en este sentido para limitar la técnica de la procreación post mortem, es que en efecto la mujer no podría autorizar que el procedimiento se dé en el vientre de otra mujer, pues ni siquiera se prevé el hecho material e indiscutible de que puede morir. También se sostiene que debería cuando menos poder decidir las condiciones, obligaciones y retribuciones que tendrá y recibirá la gestante para poder autorizar este uso particular de su material genético, para gestar a sus hijos en el vientre de otra, cuando ella ya no esté. Por ello, el tema de la gestación por subrogación no acompaña a la fecundación post mortem en ninguna vía. Excluyéndose también, según el texto de la norma la posibilidad de que, si la mujer viuda no puede gestar a su hijo o hija en su propio vientre con el material genético de su pareja que ha fallecido, tampoco podría llevarse a cabo la gestación subrogada en el vientre de otra, por las mismas razones que esta figura es restringida en el caso del hombre viudo. (Fernández Echegaray, 2017, págs. 15-16)

Sin duda alguna la legislación española, aporta considerablemente al desarrollo de esta materia, dota de un valor significativo al elemento volitivo, permitiendo que la filiación sea fijada por la manifestación del consentimiento escrito de querer ser padre o madre por medio de aplicación de las THRA. Prohíbe incluso la discriminación que pueda generarse en las inscripciones en el Registro Civil, al determinar que dicha inscripción no hará mención alguna al origen o carácter de la concepción de dicho ser humano. En España, la legislación también determina que la filiación de los niños o niñas nacidos con ayuda de las THRA de carácter heterólogo, es decir con el aporte de un donante de gametos femeninos o masculinos, puede establecerse por medio de dos criterios: uno de ellos es el genético o biológico que permitirá determinar la filiación

en favor de quienes aportan los gametos, y el otro es el criterio volitivo que se refiere a la filiación que se determina por quienes acceden a las THRA y manifiestan su consentimiento de dar inicio al proyecto parental, mediante su voluntad procreacional. Dicho consentimiento en este país se manifiesta únicamente por escrito y de forma expresa para tener validez y poder fijar la filiación legal, misma que no podrá impugnarse posteriormente una vez ejecutada la técnica en cuestión y en el supuesto caso, de que la descendencia descubra en el futuro, la identidad de los donantes del material biológico empleado para concebirlos, bajo ningún motivo se modificará la filiación derivada de la voluntad procreacional. Esto último lleva a tener presente que no es obligatorio según esta disposición, que la descendencia conozca su verdadero origen e identidad, pero tampoco existe una prohibición de que en algún momento lo conozcan. (Enguer Gonsálbez & Ramón Fernandez, 2018, págs. 12-13)

En España la Ley 3/2007, del 15 de marzo, es también la encargada de regular lo concerniente a la rectificación en los registros civiles y de datos públicos, de la mención que se realiza sobre el sexo de las personas. Y es la disposición adicional tercera la que se refiere a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida y señala que:

“1.- La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles [...]

2.- En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

3.- Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.”

En España, el matrimonio y la unión de hecho entre parejas de mismo sexo se permite y da además un paso adicional al considerar que estas parejas podrían dar inicio a un proyecto parental y lo regula a través de una ley, para que, al momento de la inscripción de los hijos e hijas concebidos con ayuda de las THRA, se inscriba al menor como hijo de dicha pareja homoparental que manifestó su voluntad procreacional.

España, como país está muy avanzado en esta materia y nos da algunas luces importantes sobre la misma. Regula y define algunos conceptos fundamentales en sus

disposiciones y trata de alguna manera de hacer realidad la igualdad formal y material de los seres humanos ante las leyes. Como bien hemos detallado en estas líneas, existen algunos temas puntuales que deben ser debatidos nuevamente y de ser posible hasta mejorados. Es contraproducente que la norma al tratar de ser garantista de derechos, olvide u omite regular algunos aspectos que se tornan discriminatorios para la población. La incertidumbre e inseguridad jurídica que dejan estos vacíos y contradicciones normativas, vulneran derechos y generan conflictos en la sociedad. Si bien poseen una Ley en su mayoría buena y amplia que regula las técnicas de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional y la filiación; empero, olvidan en el camino, la realidad de algunas personas y frustran de manera definitiva sus proyectos de vida. Ecuador puede aprender mucho de este país y encontrar respuestas y ejemplos importantes y claros en sus disposiciones, el hecho de provenir de una misma familia jurídica, la romano-germánica, contribuye enormemente a la posibilidad de adoptar y adaptar algunas ideas a la realidad socio-cultural y normativa ecuatoriana.

1.5.3 Contexto Mexicano

Vamos a realizar una referencia a la regulación que hacen las disposiciones civiles y familiares en México al tema de las THRA y la filiación por voluntad procreacional. En este país la rápida proliferación e incremento de clínicas y centros que realizan los procedimientos de procreación asistida, los orilló a tener que regularlos en un marco normativo más o menos homogéneo en ciertos Estados y muy diverso en otros. Para los mexicanos se volvió imprescindible regular los derechos y obligaciones de las personas que se someten a estas técnicas y de quienes intervienen dentro de la prestación del servicio para poder protegerlos antes, durante y después de acceder a los mismos. Vale señalar que, según las bases de datos en esta nación, muchas controversias originadas por el uso y aplicación de las THRA han sido resueltas por los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es decir que, frente a las lagunas y contradicciones normativas, ha sido la función judicial, la que ha debido regular por vía de sentencias algunos temas relevantes. Según la jerarquía normativa, en México la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida es de competencia federal y le corresponde a la Ley General de Salud establecer las bases respectivas para el acceso, uso y aplicación de las mismas. No obstante, pese a que en el país han incrementado considerablemente el número de niños o niñas que son

concebidos con ayuda de las THRA, actualmente existe una falta de regulación específica y general sobre el tema. La población se encuentra en una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica debido a esto. (Esparza Pérez, 2020, págs. 1-4)

A rango Constitucional las disposiciones aplicables a la reproducción humana asistida en México derivan del artículo 4 párrafo tercero, de dicho cuerpo normativo. En el mismo, se señala que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud y es la ley la llamada a determinar las bases y condiciones para el acceso a todos los servicios relacionados con el tema de la salud. Las THRA se incluyen dentro del derecho a la salud pues consisten en temas de infertilidad, esterilidad o imposibilidad anatómica de poder concebir y gestar, a más de la imposibilidad funcional que si bien no es un tema médico, también se beneficia de ellas. Este es el motivo principal por el que se requiere una política pública integral que regule este tema. Al reconocerse también que todas las personas gozarán sin discriminación alguna de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales, el acceso a las THRA no se le puede negar a ninguna persona, ya sean hombres o mujeres solteros o parejas homosexuales o heterosexuales, todos pueden beneficiarse de dichos procedimientos. Si bien a rango de la norma suprema, la regulación es clara, son las normas de inferior jerarquía las que generan conflicto en algunos temas e incluso contienen disposiciones contrarias a lo que señala la Constitución, siendo urgente que sean reformadas o retiradas del ordenamiento jurídico vigente. Tenemos así a la Ley General en Materia de Investigación para la Salud y su respectivo reglamento. Por ejemplo, esta ley dispone que, para poder acceder a la fertilización asistida, ya sea fecundación in vitro o inseminación artificial, la mujer debe contar con una carta de consentimiento informado, firmada por ella y su cónyuge o concubino, dicho consentimiento podrá ser subsanado en el caso del hombre, únicamente por incapacidad o imposibilidad fehaciente de no poder manifestarlo en las condiciones que señala la norma, caso contrario, no se podrá acceder a dicho procedimiento. En efecto, esta situación avoca la idea de que el derecho a la reproducción de la mujer se ve limitado a la voluntad de su pareja, condicionando su capacidad reproductiva a la voluntad de otra persona, que estaría ejerciendo dicha libertad en nombre de otro ser humano. Debemos dejar sentado que también la disposición es discriminatoria en el sentido que solo considera a las parejas heterosexuales y deja de lado a los hombres y mujeres en solitario y a las parejas del mismo sexo. Así como también, determina que la pareja

heterosexual debe estar unida obligatoriamente bajo el vínculo del matrimonio. (Esparza Pérez, 2020, pág. 5)

No es menos cierto, que la idea de la norma es evitar que la mujer casada o en concubinato pueda concebir hijos sin existir un proyecto parental conjunto con su cónyuge o concubino y busca proteger los derechos del hombre, en el sentido de que por la presunción de hecho vigente, los hijos o hijas nacidos dentro del matrimonio o concubinato de sus padres, se presumen hijos del marido, y se vulnerarían sus derechos al atribuirle obligaciones parentales propias de la filiación sin haber estado de acuerdo con dicho procedimiento o incluso sin tratarse de sus hijos de sangre. Para solucionar ambos problemas y proteger los derechos tanto de la mujer como del hombre, algunos doctrinarios y analistas jurídicos sostienen que una posible regulación para evitar este aspecto sería que, si el hombre no ha dado su consentimiento para el inicio de la técnica de reproducción asistida, no podrán atribuírsele derechos y obligaciones parentales con el niño o niña, pues la falta de voluntad procreacional, debería permitirle impugnar la paternidad en cualquier momento. Así la mujer que no cuente con el consentimiento de su cónyuge o concubino tampoco vería limitada su capacidad reproductiva y podría iniciar su proyecto parental de forma libre, conociendo que su hijo o hijos serán de ella nada más; protegiéndose así también los derechos del hombre que no ha consentido en este proceso y que por lo tanto no tendrá ningún vínculo filial con los menores, que lo obligue, moral, afectiva o económicamente con ellos. (Esparza Pérez, 2020, pág. 6)

Ahora bien, vale decir que el caso mexicano resulta mucho más conflictivo de lo que se señaló en líneas anteriores. Al ser un Estado Federal, está formado por varios Estados Federados que tienen una regulación autónoma en ciertos temas. Existen algunas entidades federativas que en sus Códigos de derecho civil y de familia ya han incorporado disposiciones concernientes a las THRA, ya sea para prohibirlas, permitir las o de alguna forma tratar de regularlas para evitar vacíos. Haremos mención a los casos más relevantes y que nos permiten y aportan para avanzar en el tema y la materia de estudio. Empecemos con el Código Civil para la Ciudad de México, en su artículo 162 segundo inciso y en el 326, señalan que los cónyuges pueden hacer uso de cualquier técnica de reproducción asistida que les permita lograr su descendencia propia, además señala que, una vez otorgado el consentimiento para ello, el hombre no podrá impugnar la paternidad de los hijos que conciba su cónyuge mientras dure el matrimonio. Nace un vínculo filial de parentesco consanguíneo entre los nacidos con

ayuda de una THRA y quienes accedieron a estas técnicas; y ello no hará diferencia alguna entre el origen de la filiación. Si bien estas disposiciones son relevantes, las mismas omiten hacer mención a las parejas unidas en unión de hecho legalmente reconocida y dejan de lado los proyectos parentales individuales. Así como tampoco mencionan a las parejas homosexuales y las garantías que deben tener para poder formar una descendencia con ayuda de las THRA. Este Código Civil, por omisión deja algunos vacíos evidentes en sus disposiciones. Sin embargo, debemos destacar que protege de manera correcta los derechos de los menores concebidos con apoyo de las THRA, pues en este sentido, pese a tener algunos puntos débiles sobre la filiación y la voluntad procreacional, protege el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes de manera amplia, garantizando su derecho a tener una identidad y una familia estables. (Esparza Pérez, 2020, pág. 8)

Otro punto válido de destacar es que el Estado de Coahuila, en la llamada Ley de Familia de Coahuila, en su artículo 268, determina que la donación de gametos no genera lazos de parentesco entre los concebidos con aporte de estos gametos y quienes los donaron. Es decir, que se reconoce la voluntad de renunciar a la filiación y la intención de donar óvulos o espermatozoides no se traduce en la intención de dar inicio a un proyecto parental. Señala además que antes de iniciar o ejecutar alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, se requiere la manifestación del consentimiento o voluntad procreacional en una escritura pública otorgada ante notario. Ello para formalizar la intención de ser padre o madre y garantizar que una vez iniciado dicho procedimiento no se va a retractar en su voluntad y tener la constancia de la filiación, pues luego no podrán impugnarse ni la paternidad o maternidad que se han originado con aplicación de estos procedimientos. Sin duda este Estado con sus normas de derecho de familia aporta en algunos puntos válidos en la materia y permite avanzar en el tema. Pese a tratarse de regulaciones generales ellas contribuyen con pautas válidas y objetivas para resolver ciertos problemas, como: la permanencia en el tiempo de la voluntad procreacional, la forma válida de manifestarla y la renuncia a la filiación en el caso de la donación de gametos, que limita los derechos y obligaciones que surgen entre los sujetos intervinientes. (Esparza Pérez, 2020, pág. 8)

Asimismo, el Código Familiar del Estado de Sonora establece que existe un parentesco voluntario cuando manifestándose un consentimiento previo y formal, se fija la filiación con absoluta independencia y autonomía del vínculo biológico o

genético que exista entre las personas. Pues al expresar la voluntad de concebir un hijo o hija con el apoyo de una THRA, se expresa la llamada voluntad procreacional, elemento suficiente para determinar la filiación entre dos personas. Añade también la posibilidad de que dicha voluntad sea expresada por medio de: un instrumento público otorgado ante notario, un acuerdo privado celebrado ante testigos o una autorización otorgada ante el director de la clínica u hospital en donde se lleva a cabo el procedimiento. En efecto, en este Estado la legislación si bien no es completa y perfecta, aporta también en algunos puntos relevantes, como la formalización de la voluntad procreacional para su validez, el reconocimiento de una nueva forma de establecer la filiación que es la voluntad procreacional y el predominio del elemento volitivo por sobre el elemento biológico o genético al momento de determinar la filiación. No resuelve todos los problemas, no se refiere a las técnicas de reproducción asistida aprobadas, no señala los efectos jurídicos que ello les genera, tampoco se refiere a si los proyectos parentales deben ser en parejas o también individuales o si las parejas pueden ser homosexuales también. Como bien hemos ejemplificado en líneas anteriores cada técnica genera determinados problemas dependiendo el contexto en el que se aplique y si bien algunos Estados de México contemplan ideas generales que resuelven y conceptualizan ciertos temas relevantes, ello no es suficiente frente a las necesidades que existen en la población. (Esparza Pérez, 2020, págs. 9-10)

Vale señalar que, únicamente dos Estados Mexicanos, Tabasco y Sinaloa regulan en cierta forma la figura de la gestación por subrogación. Así el Código Civil de Tabasco en su artículo 92, establece la posibilidad de registrar como propios los hijos nacidos con aplicación de estos acuerdos de gestación en la que otra mujer ajena a la relación de pareja, exclusivamente de tipo heterosexual, se obliga a gestar y dar a luz al hijo o hija de otras personas a cambio de una contraprestación y renunciado a los derechos y deslindándose de las obligaciones que le generaría el hecho biológico de dar a luz. Empero señala también que, para la validez de este acuerdo, el mismo debe encontrarse en un contrato notariado, autorizado previamente por una autoridad judicial con el cual las partes intervinientes deben acudir al Registro Civil para presentar el mismo junto con el certificado de nacimiento y poder registrar al menor como hijo suyo ratificando esta voluntad procreacional. No obstante, pese a que la regulación de esta figura es algo positivo e implica un avance significativo, la disposición de dicho artículo se torna insuficiente y discriminatoria cuando deja de lado por omisión a las

parejas homosexuales y a las personas solteras que quieran acceder a la misma, pues solo se refiere de forma expresa a la existencia de un padre y una madre contratantes y la persona gestante como contratada. Si bien ya hemos hecho referencia de forma general a lo que señala el articulado existente sobre este tema, vale destacar algo que es muy criticado por la doctrina; y es que existen en este Estado algunas otras disposiciones contradictorias que colisionan con lo ya manifestado, obligando a que una vez obtenido el contrato de gestación subrogada notariado y aprobado por un juez, se obligue según lo que señala el artículo 380 numeral 6 del mismo cuerpo normativo, a que la filiación en estos casos se asiente en la figura de la adopción plena demandada ante un juez de familia, porque solo por medio de un proceso judicial contencioso, se fijará y reconocerá el parentesco. Es evidente que la norma es útil en cuanto regula una figura muy importante dentro de las técnicas de reproducción asistida, empero; olvida y sepulta la idea de la voluntad procreacional como forma de establecer la filiación, desnaturalizando la misma y tratando de incluirla a la fuerza en la filiación adoptiva. (Esparza Pérez, 2020, pág. 11)

De la misma manera, Sinaloa también tiene algunas particularidades sobre este tema, mismas que fueron previstas en su Código Civil en el año 2013. En su artículo 287, este Código dispone que solo podrán celebrar contratos o acuerdos de gestación subrogada las parejas heterosexuales y las madres de intención en solitario, que tienen la voluntad procreacional de hacerlo. Deberá demostrarse que, por alguna contraindicación médica o algún tema funcional, no puede llevarse a término la gestación, requiriendo así el apoyo de una gestante. Se señala además que el acuerdo privado sea suscrito por los llamados padres de intención de intención y la mujer gestante y el notario público o el director de la clínica o centro en dónde se realizará el procedimiento en cuestión. Dicho documento con las firmas y aprobaciones de todos los intervinientes, de forma obligatoria, debe ser notificado a la Secretaría de Salud y a la Dirección del Registro Civil, pues una vez nacido, el niño o niña será registrado como hijo o hija de su padre y madre de intención, dejando de lado algún vínculo de tipo gestacional con la mujer gestante y el principio en latín de “*mater semper certa est*”, se torna inaplicable en torno al acuerdo existente. Pues es aquí, donde prima la voluntad procreacional y se respeta la renuncia expresa que hace la gestante a sus derechos y obligaciones sobre el recién nacido, por el hecho de la gestación. En efecto, como es evidente, podemos concluir que, en México, algo de aporte existe sobre la materia, pero

también existen algunos vacíos y omisiones que vulneran derechos. Por ejemplo, la disposición no se refiere a si esta técnica puede ser aplicada con ayuda de otras técnicas homólogas u heterólogas, lo que a la final genera inseguridad jurídica al ser un tema relevante pero no regulado. (Esparza Pérez, 2020, págs. 12-13)

1.5.4 Contexto Chileno

En este país la situación relativa a la regulación de las THRA y la filiación por voluntad procreacional es muy precaria al igual que en muchos países de la región. El artículo 182 del Código Civil de la República de Chile, una norma cerrada y arcaica, según consideraciones de algunos doctrinarios, se refiere a que la paternidad o maternidad se fija para quienes han consumado el hecho natural de la concepción y por ende reduce la filiación, a aquella que es determinada netamente por el elemento biológico o genético y no existe para los interesados la posibilidad de impugnación o reclamación de dicho vínculo. Vale señalar también que este lazo filial referido se demuestra de forma fehaciente por una prueba de comparación de patrones del ácido desoxirribonucleico o ADN y se constituye como verdad absoluta e indiscutible para la sociedad. En efecto, resulta evidente que esta disposición desconoce situaciones atinentes a donantes anónimos de óvulos o esperma que sin lugar a dudas, podrían verse reconocidos como padre o madre de un menor, en atención a la vinculación biológica que los une; ello sin considerar su voluntad de renunciar a dicha paternidad o maternidad por medio de la donación anónima de su material genético, mismo que con aplicación de las THRA es utilizado en procedimientos médicos de infertilidad para ayudar a parejas y a hombres y mujeres solos a formar una familia. Por ende, esta regulación excluye de su realidad socio-normativa aquellas filiaciones que responden al consentimiento y la voluntad. Cabe señalar que en Chile se desconoce la filiación para quienes han aceptado concebir con ayuda de las THRA, recibiendo donación de material genético total o parcial de donantes anónimos. Omitiendo que por parte de los donantes existe una voluntad de renuncia a dicha paternidad o maternidad, y de forma paralela por parte de las parejas homo u heterosexuales o personas solas, existe la voluntad de iniciar un proyecto parental dual o individual con ayuda de óvulos o esperma de terceros. Esta posibilidad se refiere a la inseminación artificial o fecundación in vitro empleadas como técnicas heterólogas. (Gómez de la Torre Vargas, 2013, págs. 1-2)

Existe un grupo de médicos chilenos que actualmente analizan y estudian la situación demográfica en este país; y tras la revisión de censos nacionales y encuestas médicas, se han determinado algunas consideraciones sociales y poblacionales, relacionadas con el envejecimiento ovárico de las mujeres. Que sin duda se ha convertido en un factor determinante para la proliferación de las técnicas de reproducción humana asistida en este medio. Según este grupo de profesionales de la salud, es de conocimiento de todos en las ciencias médicas que la fertilidad de una mujer disminuye con la edad. El avance en la edad fértil se traduce en la mayoría de casos en complicaciones en el embarazo, que pueden terminar incluso con la muerte materna y fetal. La realidad chilena, según este grupo de expertos, se traduce a una etapa de transición en la que por un lado han disminuido el número de hijos por mujer y por familia y, por otro lado, el hecho de que las mujeres empiezan a concebir en etapas muy avanzadas de su vida fértil. Por lo tanto, estos dos acontecimientos sociales de esta población en particular, se han traducido en que las THRA experimenten una alta demanda por parte de las mujeres con edad reproductiva avanzada. A esto debemos sumar el caso de otras parejas y personas que, por diversos motivos anatómicos, médicos, funcionales, sociales y físicos no pueden o incluso no quieren concebir sin el apoyo de las mismas, y que también se han sumado a su práctica. Siendo esta la realidad latente; no obstante, en este país latinoamericano no existe una regulación sobre la materia en cuestión, lo que ha llevado a que sean las propias clínicas de reproducción asistida las que emitan disposiciones y límites no vinculantes respecto al acceso y aplicación de dichas técnicas, en muchos casos vulnerando derechos humanos de la colectividad al limitar su ejercicio, disfrute y protección plena. Como por ejemplo, por disposición común de las clínicas de reproducción humana asistida, se ha determinado que en el caso de donación de gametos femeninos para la concepción por FIV o IA, la mujer que recibe no podrá tener más de 50 años de edad y como se observa, dichas clínicas en efecto se encuentran ofreciendo servicios de reproducción asistida, sin que exista una normativa clara sobre el tema. (Gómez de la Torre Vargas, 2013, pág. 3)

1.6 Incidencia de la Voluntad Procreacional en las Formas de Establecer la Filiación y Desplazamiento de la Realidad Biológica

Las THRA y su aplicación ya sea para el tratamiento de casos de infertilidad o esterilidad en parejas o en individuos solos, ya no se queda como un tema de estudio

netamente desde lo médico o científico, sino que se vuelve un asunto transdisciplinario que requiere ser analizado a la luz de otras ramas del conocimiento y una de ellas es el mundo del derecho. Hay que tener en cuenta que muchas son las implicaciones y problemas sociales, éticos, jurídicos y médicos que pueden ocasionarse, por lo que su uso y aplicación en los tiempos actuales requiere un control y regulación completa. En efecto, con relación a la voluntad procreacional se debe afirmar que, en un contexto de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, esta influye significativamente en las formas de establecer la filiación. Y aquellas formas tradicionales, que estaban reguladas por las legislaciones de los Estados, se quedan cortas frente a las nuevas necesidades humanas y sus relaciones cambiantes. El elemento volitivo en estas técnicas toma mucha fuerza y desplaza las formas comunes de establecer la filiación, pues la paternidad o maternidad ya no dependen de forma exclusiva de la vinculación biológica o genética que pueda existir entre dos personas, ascendiente y descendiente. Los proyectos parentales se pueden dar desde otro paradigma nuevo y que está en auge en muchos países, incluido el Ecuador, y se llama voluntad procreacional. (Bermúdez, 2016, págs. 74-77)

Según los doctrinarios Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves, en su obra titulada: *“Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”*, abordan bajo el nombre de socio-afectividad, esta problemática que se genera en la regulación del Derecho de Familia y el Derecho Civil, una vez que las consideraciones biológicas o genéticas quedan superadas al momento del nacimiento o determinación de nuevas relaciones filiales y familiares, por medio del amor, el afecto y la voluntad de ser progenitor; comprometiéndose de manera irrenunciable con los derechos y obligaciones que ello trae consigo. En palabras de estos dos autores, él, peruano, y ella, argentina respectivamente, se entiende por socio-afectividad: *“al elemento necesario de las relaciones familiares, que se basan en hechos entrelazados del deseo y la voluntad de las personas de ser progenitoras, y que con el tiempo afirman y reafirman vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo y la realidad biológica o genética. Dicho criterio socio-afectivo se ha convertido en la realidad actual, junto con los criterios jurídicos y biológicos preexistentes y tradicionales, en un nuevo criterio posible y válido para establecer la existencia de los llamados vínculos parentales.”* (Varsi Rospigliosi & Chaves, Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones

paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto, 2010, págs. 57-64)

Si en efecto aseguramos que la voluntad procreacional incide en las formas de establecer la filiación, una de las preguntas más importantes que deben ser contestadas en este apartado, se relaciona con descubrir, cuál es el rol de la llamada voluntad procreacional en las formas de establecer la filiación de la mano de aplicación de las THRA. Pues las técnicas de reproducción humana asistida han revolucionado los conceptos tradicionales de familia, paternidad y maternidad. El elemento biológico en la filiación es desplazado por el elemento volitivo que a su vez se constituye como el supuesto legal y válido para crear y definir vínculos filiatorios entre dos personas. El rol de la voluntad en estos casos se vuelve tan relevante, que por un lado es creadora de vínculos filiales protegidos por los mismos derechos y rodeados de las mismas obligaciones que los vínculos filiatorios tradicionales de tipo: biológico o genético, registral y adoptivo; y, por otro lado, esta misma voluntad es capaz de renunciar a cualquier tipo de vínculo filiatorio posible. Sobre esto último, nos referimos al caso de los donantes de semen y óvulos, pues existen personas, hombres y mujeres que, sin la voluntad o intención de convertirse en padres o madres, donan su material genético, para que otras parejas heterosexuales u homosexuales o personas solteras que por cualquier razón se encuentran imposibilitadas de concebir, pero que desean tener e iniciar un proyecto parental, puedan hacerlo. Según la doctrina, todos aquellos casos de donación a los que nos hemos referido, se encuentran amparados y regidos por dos principios importantes, el anonimato y la gratuidad. En torno a ello, consideran algunos que la ovo o espermia donación se realizan por un actuar benévolo y altruista para con otros. Por ello, para los donantes no nace ninguna paternidad o maternidad, pues estas nacerán únicamente para las parejas u hombres y mujeres en solitario, que dieron su consentimiento previo, pues a su vez requirieron la donación del material genético de un tercero para concebir y finalmente a través de la fecundación in vitro o la inseminación artificial acompañadas o no de la gestación por subrogación, hicieron posible su deseo de formar una familia. (Bermúdez, 2016, págs. 81-82)

Para la doctrinaria Eleonora Lamm en su obra titulada: “*Gestación por Sustitución. Ni Maternidad Subrogada Ni alquiler de Vientres*”, la voluntad procreacional es la manifestación del elemento volitivo que adquiere una importancia superlativa al momento de determinar la filiación que nace de las técnicas de

reproducción humana asistida. Para la autora la voluntad procreacional incide en las formas de establecer la filiación, a tal punto que en estos casos prevalece sobre la paternidad o maternidad biológica o genética, aquella paternidad o maternidad consentida y querida. Es importante determinar que esta voluntad procreacional implica un consentimiento prestado previamente, que debe haberse manifestado por medio de un soporte escrito válido que lo confirme y haga prueba plena de ello. Cuando hablamos de la incidencia de la voluntad procreacional en la forma de determinar la filiación, es importante destacar que este elemento volitivo del querer ser padre o madre y del querer concebir con ayuda de una THRA, está presente antes de la existencia de la persona misma, es decir en su origen. Pues quienes desempeñarán el rol de padre o madre quisieron y desearon serlo, expresando y materializando ese deseo al autorizar el inicio y ejecución de un procedimiento determinado de reproducción asistida. Por este motivo, para la doctrina, no existe incluso en la óptica de la reproducción asistida la cabida, para conceptos de hijos o hijas no deseados. Para la misma autora, los niños o niñas nacidos con apoyo de los procedimientos de reproducción humana asistida, son hijos o hijas de quienes realmente quisieron ser sus padres o madres desde antes que existieran y con su voluntad procreacional, dieron origen a su existencia. Ello sin duda marca un punto importante de análisis pues la filiación biológica se ve desplazada y prevalece la filiación de intención. (Lamm, 2013, págs. 5-6)

Respecto al desplazamiento de la realidad, debemos señalar que este punto resulta ser muy importante, y debemos afirmar fehacientemente que después de todo lo dicho y teniendo en cuenta todo este universo de posibilidades nuevas que surgen con las THRA, en efecto como ya se dijo antes, el resultado de estas técnicas conlleva al hecho material, de que la voluntad procreacional desplaza a la realidad biológica y determina que los lazos afectivos en la actualidad, no solo respondan a vínculos genéticos o de sangre, sino que ahora los vínculos son también en su gran mayoría de carácter socio-afectivos. No obstante, generan los mismos derechos y obligaciones filiales que los de origen biológico. Vale recalcar que el trabajo no se orienta a realizar una comparación para saber cuál debería primar sobre el otro, únicamente, hemos de hacer mención a las posibles complicaciones y beneficios que podría generar el cambio en la naturaleza del vínculo filial. En este contexto de ideas, resulta relevante proponer algunos casos prácticos de esta afirmación, para comprender su alcance y operatividad. Así, por ejemplo, cuando hablamos de la gestación por subrogación con la ayuda de la

fecundación in vitro o la inseminación artificial, que son algunas de las THRA que serán analizadas, podríamos tener los siguientes supuestos base: una pareja homosexual masculina u homosexual femenina, heterosexual u hombres y mujeres en solitario que desean llevar a cabo un proyecto parental. Es fundamental tener en cuenta que cada una de estas realidades, admite otras posibilidades más variadas aún y que tienen implicaciones en dicho desplazamiento, a las cuales ya nos hemos referido en algunas partes de este capítulo.

En el caso de una pareja homosexual femenina que quiere dar inicio a un proyecto parental con la ayuda de la gestación por subrogación de la mano de la inseminación artificial o la fecundación in vitro heterólogas, podemos tener los siguientes escenarios y personas intervinientes: la pareja de mujeres, en la que una de ellas donará el gameto femenino, un donante masculino anónimo y la mujer gestante que será a quien se le implante o insemine con el embrión o los gametos. A decir de este caso, tenemos cuatro personas que intervienen con diferentes voluntades en el proyecto parental. Por un lado, la pareja que ha manifestado su voluntad procreacional y ha decidido dar inicio a su proyecto parental sometiéndose a las THRA, para tener un hijo. Ellas son las únicas que van a entablar lazos filiales con el nacido de esa concepción. Pues en el caso del donante masculino anónimo, este ha manifestado de forma expresa no querer mantener ninguna relación filial con los niños o niñas concebidos con su aporte genético. Así, también en el caso de la mujer gestante, resulta que el concebido no tienen ningún vínculo genético o biológico, ni afectivo con ella, pues previo a llevar a cabo la implantación se manifiesta de forma expresa y por escrito, que ella renuncia a tener cualquier vinculación con el niño o niña que gestará. De esta manera, es evidente cómo la voluntad procreacional desplaza a la realidad biológica e incluso a la gestacional para determinar los vínculos de filiación. (Krasnow, 2016, pág. 5)

Algo similar ocurre con el supuesto de una pareja homosexual masculina, en donde existirá sin duda un número similar de intervinientes en el proceso gestacional, pero a la final será la voluntad procreacional, la que prime a la hora de establecer los vínculos filiatorios y dar origen a los derechos y obligaciones que de ello se desprenden. Frente a las THRA y las nuevas formas de vinculación humana que existen, las posibilidades son tan variadas y amplias que la naturaleza de este lazo casi nunca será biológica y en su mayoría será socio-afectiva, determinada eminentemente por la voluntad manifiesta de haber querido iniciar ese proyecto parental. En el caso de las

parejas heterosexuales si bien las posibilidades podrían verse más reducidas, ello no quita que puedan intervenir algunas personas como en los otros supuestos analizados. Y respecto de los hombres y mujeres en solitario, quienes emprenden el camino de ser padres o madres, el campo de posibilidades será igual, y primará siempre la voluntad. Es por todo lo descrito, que nos atrevemos a afirmar que la filiación no tiene solo un origen biológico, pues la maternidad o paternidad pueden no tener ninguna vinculación genética y seguir causando iguales efectos: sociales, afectivos, familiares y jurídicos entre los seres humanos.

1.7 Permanencia en el Tiempo de la Voluntad Procreacional

El análisis de este tema específico, nos lleva a abordar desde otra arista, el conflicto y la tensión histórica que existe entre la autonomía de la voluntad y el orden público. Es así que en este contexto relacionado a la permanencia de esta voluntad procreacional en el tiempo, debemos indiscutiblemente preguntarnos si en la realidad práctica todo aquello que es médica o científicamente posible, también es viable desde la perspectiva jurídica y no vulnera derechos. Cuando hablemos de un embarazo producido por técnicas de reproducción humana asistida, consideremos que la gran mayoría de los casos, contemplan como eje central y elemento definitorio de la filiación, a la voluntad procreacional, y por ello debemos detenernos y analizar sus efectos e implicaciones. Es decir, que esta voluntad, exteriorizada de forma concreta y expresa, es el punto clave de esta causal filial y por tal motivo uno de sus elementos más importantes a ser analizados, responde a su temporalidad, para poder tener plena vigencia y producir los efectos jurídicos que se buscan. La temporalidad está relacionada directamente a dos aspectos relevantes: el uno gira en torno a los derechos y obligaciones que se generan una vez expresada la voluntad procreacional y no habiéndose dejado sin efecto la misma, y el otro, está en torno a la posibilidad de dejar sin efecto dicha voluntad, dependiendo de la etapa del procedimiento de reproducción asistida, en el que nos encontremos.

En este punto, existen varias posiciones contrapuestas y otras similares, presentes en la doctrina y los criterios de los jueces respecto de la vigencia plena del consentimiento informado en el uso de las THRA, para dar inicio a un proyecto parental. Cada una de estas posiciones está en íntima relación al método de reproducción asistida empleado, y su análisis nos permitirá determinar algunas ideas

recurrentes y mayoritariamente aceptadas sobre el tema. Uno de los casos se relaciona a la fecundación in vitro, pues previo a realizar la transferencia del embrión al vientre de la progenitora o de su gestante, en el caso de un proyecto parental conjunto, ya sea homosexual o heterosexual o incluso un proyecto parental individual, el consentimiento informado de la pareja o de la persona debe ser actual; y previo a dar inicio el procedimiento, este debe haberse ratificado. Es decir que este puede ser revocado únicamente antes de que se realice la transferencia en cuestión, a un útero femenino, pues si se cambia de parecer después de realizada la misma, ello no modifica en nada la situación jurídica a la que se ha dado inicio y las responsabilidades filiales que surjan como consecuencia del proyecto parental puesto en marcha. Los derechos y obligaciones propios de la filiación, aun cuando esta sea solo una mera expectativa, serán protegidos por todas las leyes.

Asimismo, este tema también se analiza ampliamente desde la figura sui generis de la filiación post-mortem. Por filiación post-mortem, entendemos a la posibilidad de traer al mundo con ayuda de una THRA, un hijo o hija que lleve el material genético de la pareja que ha fallecido previo a iniciarse la concepción. Resulta que una parte de la doctrina sostiene que en el caso de muerte de la pareja cuyo consentimiento había sido otorgado para el empleo de una THRA para la concepción de un hijo a hija con su pareja supérstite; por un lado, estarán quienes consideran que no puede establecerse ningún vínculo filial entre el difunto y el concebido, si la implantación del embrión no ha sido realizada antes del fallecimiento. Uno de los argumentos empleados se refiere al hecho de que solo las leyes referentes al tema de ablaciones y trasplantes de órganos y tejidos otorgan una validez después de la muerte, al consentimiento expreso de una persona, otorgado en vida sobre su cuerpo, sus genes y sus fluidos. Por lo tanto, según esta corriente el consentimiento pierde eficacia con la muerte, si se trata de la aplicación en las THRA. (Herrera, 2017, págs. 2-4)

Empero, este no es el único escenario que se presenta sobre este tema, existen otros supuestos que deben ser analizados. Así, otro sector de la doctrina considera que existe otra salida para que pueda establecerse la filiación post mortem, y señala que en el caso de existir un documento privado legalmente reconocido o un testamento en donde se manifieste expresamente la autorización para que los gametos extraídos y preservados con ayuda de las THRA, sean transferidos a la pareja o gestante después del fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja, limitando el hecho de que la

transferencia del embrión sea realizada dentro del año siguiente a producido el deceso de esta persona, pues solo así quedaría establecida una relación de filiación entre el difunto y el concebido. Es decir que esta segunda corriente, limita la temporalidad y efectividad del consentimiento informado y la voluntad procreacional en el tiempo, estableciendo unos requisitos concretos que deben cumplirse, para poder señalar una filiación, en caso de optar por las THRA, en un escenario post mortem. (Herrera, 2017, págs. 5-7)

En el caso de la FIV o la inseminación artificial, también se habla en la doctrina alemana y española de la primacía del derecho de la mujer a la inviolabilidad de su cuerpo, y en este sentido se sostiene que el consentimiento otorgado previamente para dar inicio a la técnica seleccionada puede ser revocado en cualquier momento en ejercicio de esta autonomía de la voluntad. En efecto, revocado su consentimiento, no se llevará a cabo la técnica. Entonces con relación a la permanencia en el tiempo de la voluntad procreacional, esta se encuentra vigente, mientras no se haya revocado por la persona, previo a la implantación del embrión en el útero femenino propio al núcleo de la pareja o ajeno a él. En este sentido respecto de la FIV, entramos en una discusión importante, respecto de cuál es la situación de los embriones fecundados in vitro que no son implantados. Pueden estos ser donados a otras personas o parejas, o se da una criopreservación indefinida de los mismos, o pueden ser aprovechados para otros fines científicos de investigación humana. Todas estas preguntas nos llevan según la doctrina a poner sobre la mesa de discusión, el tema de hasta qué punto estas técnicas y la permanencia en el tiempo de la voluntad procreacional para dar inicio a un proyecto parental, pueden ser revocadas o suspendidas y como ello afecta la dignidad de las personas y la ética de las ciencias de la salud. Cabe preguntarse en este apartado también, sobre si existe en las técnicas de reproducción humana asistida la posibilidad de tener una concepción no deseada y de ser el caso como debería procederse con relación a ella. Respecto de este tema particular vale hacer mención a que la voluntad procreacional implica sin lugar a duda la manifestación de un consentimiento previo al inicio o con anterioridad a la puesta en marcha de una determinada técnica o técnicas de reproducción humana asistida. De ello se derivan elementos volitivos claros, concretos, informados y expresos que se articulan con elementos intencionales, sociales y afectivos, que forman parte de un proyecto parental individual o conjunto que ha sido deseado y por lo tanto no cabe hablar de hijos no deseados.

CAPÍTULO 2

LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEAN

2.1 ¿Qué son las nuevas THRA?

Con el transcurso de los años la ciencia y la medicina se unieron en una rama conocida actualmente como medicina reproductiva, a través de la cual tratan de resolver problemas de salud, como la infertilidad o la esterilidad. Adicionalmente, en esta época esta rama de la medicina se ha expandido también a brindar posibilidades de reproducción y concepción a parejas del mismo sexo o personas en solitario, que buscan iniciar un proyecto parental. En este sentido, ya no son exclusivas para el tratamiento de enfermedades o problemas reproductivos. Estos últimos avances y en general gran parte de la expansión en la aplicación de las THRA, ocurre debido a las nuevas formas de relacionarse entre los seres humanos, ya sea que estén o no reconocidas en las leyes y que estén o no legalizadas en un territorio determinado, han influido también en los avances de la ciencia en torno al tema, pues han empezado a aparecer diversidades sexo-genéricas que demandan la igualdad en cuanto al goce y materialización de derechos sexuales y reproductivos reconocidos a nivel internacional. A la raza humana, además de su necesidad innata de reproducirse como cualquier otro ser vivo, se le suman por el raciocinio aquellos anhelos y deseos de formar una familia y dar inicio a un proyecto parental. Una idea muy importante que pone de realce la medicina reproductiva, consiste en que para lograr una descendencia ya no todo depende de las relaciones sexuales de forma natural, pues esta se puede lograr por otras vías y es capaz, además, de generar los mismos derechos y obligaciones que surgen por la filiación y los lazos familiares entre las personas. (Ojeda Izquierdo, 2018, págs. 6-10)

En esta llamada medicina reproductiva, tenemos a las conocidas técnicas de reproducción humana asistida; un conjunto de procedimientos autónomos, pero también interdependientes unos con otros, que tienen un valor terapéutico propio y origen histórico importante y diferente dependiendo de la técnica de la que se trate. Por ejemplo, respecto de la técnica de la inseminación artificial, un primer acercamiento

que se tuvo hacia ella, ocurrió en el año de 1776 en Londres, en donde el médico cirujano John Hunter realizó la primera inseminación artificial conocida en la historia de la medicina reproductiva. De los datos recabados de aquel caso, el médico obtuvo el semen de un hombre y lo colocó en la cavidad cervical de su esposa con la ayuda de un instrumento esterilizado parecido a una probeta. Con este procedimiento ayudó a que los espermatozoides del líquido seminal, lleguen con mayor facilidad a la cavidad uterina para fecundar así al óvulo de la mujer y lograr la concepción. Medicamente hablando, una de las complicaciones de la concepción gira en torno a la baja calidad del semen de un hombre, por lo que mediante una relación sexual normal y natural, los espermatozoides no pueden atravesar el camino y llegar a su objetivo final de fecundar un óvulo, dando como resultado que la pareja después de mantener relaciones sexuales periódicas en un espacio de tiempo prolongado y sin el uso de métodos anticonceptivos, no logre concebir. Por ello, la inseminación artificial aporta beneficiosamente en el sentido de facilitar la llegada de dichos espermatozoides al óvulo y lograr la concepción. (Ojeda Izquierdo, 2018, págs. 12-13)

Así mismo, la llamada fecundación in vitro, tiene un antecedente histórico importante; pues dicha técnica empezó a realizarse y perfeccionarse por medio de experimentos llevados a cabo con algunos mamíferos. Este es el caso del doctor Walter Heape, quien obtuvo óvulos de una coneja y esperma de un conejo, y en un laboratorio, con la ayuda de un equipo médico y científico, fecundó los óvulos con el esperma, empleando unos pequeños platos de cristal. Este acto tiene la principal característica de ser extracorpóreo, es decir que se realiza fuera del cuerpo humano, en pequeñas láminas de vidrio en donde se colocan los gametos femeninos y masculinos, para que interaccionen entre sí, en un ambiente controlado. Estos embriones fecundados fueron implantados luego en el útero de otra coneja y se logró la concepción. Es en este contexto, que, de la mano de la experimentación, la ciencia y la medicina, en el año de 1960, todos estos procedimientos empezaron a perfeccionarse e incluso surgieron unos nuevos. Todo esto fue posible, en atención también a que en la actualidad, de la mano de estas relaciones humanas diversas y cambiantes, los problemas o complicaciones para poder tener hijos no son solo de tipo médico, es decir relacionados a la salud sexual o reproductiva, sino también relacionados a la propia anatomía humana que imposibilita que parejas del mismo sexo puedan tener hijos de manera natural o que hombres y mujeres en solitario pueden concebir, si no es con el apoyo del material

reproductor de otra persona, en calidad de donante. Por tal motivo, las técnicas de reproducción humana asistida (THRA) son conocidas en el ámbito de la salud y de la ciencia, como un conjunto de procedimientos que contribuyen, facilitan y permiten la interacción de gametos femeninos y masculinos con la meta de conseguir un embarazo viable y permitir la generación de descendencia. (Brena Sesma, 2019, pág. 1)

Asimismo, el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) por sus siglas y nombre en inglés, o Comité Internacional para el Seguimiento de la Tecnología de la Reproducción Asistida, por su traducción al español y la Organización Mundial de la Salud (OMS), definen a las THRA como: *“Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.”* Esto incluye, pero no está limitado sólo a la inseminación artificial o la fecundación in vitro. Se abarcan también procedimientos paralelos que contribuyen con las mismas técnicas genéricas, y que pueden ser por mencionar algunos: la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos, espermatozoides y embriones o pre embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado, entre otros. (ICMART - OMS, 2010, pág. 10) Según esta definición podemos darnos cuenta de que existen en la realidad muchos procedimientos y cada uno de ellos va de la mano de tecnologías conexas y un sin número de variantes posibles, y cada una está orientada, además, a solventar diversos problemas y necesidades comunes, por las que un embarazo no se puede llevar a cabo o no puede llegar a término en cada pareja o personas en solitario. Es por ello que existe una gran importancia en su regulación por parte de los Estados, para garantizar que los derechos de todos quienes intervienen en el proceso, independientemente del rol que ocupen, se vean protegidos y amparados por las normas. (Brena Sesma, 2019, pág. 2)

Como otro antecedente histórico sobre las THRA, vale decir que países como Inglaterra, Estados Unidos, España, Perú y Chile fueron los primeros en llevar a cabo procedimientos exitosos de fecundación in vitro que como ya se mencionó antes, es una técnica extracorpórea por excelencia. Respecto de la situación de Perú y Chile, estos marcaron una pauta y comienzo muy importante para los países latinoamericanos, que, frente al ejemplo de aquellos, también avanzaron significativamente en el uso y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, pero desde la perspectiva

médica principalmente, antes que desde la jurídica y la normativa. En el caso de Perú, existe a lo largo de la historia, un acontecimiento muy importante y desde ese entonces hasta la fecha ha causado mucha polémica e inconformidad en la sociedad peruana. El caso es que, en el año 2010, una pareja heterosexual con dificultades para concebir, accede a una Clínica de Servicios de Reproducción Asistida, específicamente para la fecundación in vitro. Mariana su hija, nace con síndrome de down y la pareja no dudó dos veces en demandar a la clínica y a los profesionales que intervinieron, por cuanto no habían obtenido los resultados esperados, y según su argumentación, los médicos al aplicar la técnica, estaban obligados a entregarles una hija o hijo sano. Los argumentos de los médicos especialistas en la materia, es que ellos no tenían posibilidad alguna en aquel momento frente a los avances científicos de la época, de prevenir dicha situación y mucho menos preverla. Pues el diagnóstico genético preimplantacional, es una técnica de reproducción asistida que nace después de unos años y empieza a aplicarse primero en países mucho más avanzados en la materia, por lo que, no era responsabilidad suya la herencia genética de la menor y tampoco podían alterarla en laboratorio para evitar que se presente en los genes del o la concebida. Según lo que hemos visto en el capítulo anterior, estos procedimientos, refiriéndonos a los originarios en un principio y también a los actuales y más modernos, no se regulan en todos los países, y en los que, si se regulan, el tratamiento no siempre es uniforme, pues existen diversos y variados criterios al respecto. Y al final, todo esto limita su acceso y aplicación y más grave aún, es el hecho de que pone en riesgo los derechos y garantías de quienes intervienen en los procedimientos, ya que se ven expuestos a la falta de regulación o a una regulación distinta y confusa.

De forma general podemos afirmar, que las técnicas tradicionales de reproducción humana asistida; es decir, las históricas de la fecundación in vitro y la inseminación artificial, que fueron las primeras en ser puestas en práctica por la ciencia, y en general, fueron las primeras en dar resultados, luces y esperanza para parejas que no podían concebir o llevar a término un embarazo; confluyen en la actualidad, con unas técnicas mucho más actuales, novedosas y mejoradas, que si bien derivan y son muy parecidas a las primeras, tienen sus particularidades y también se aplican a realidades diversas de los seres humanos y sus relaciones y proyectos de vida. Esto ocurre por cuanto, las THRA, ya no solo se consideran como una solución de carácter médico terapéutico para problemas de reproducción, sino que han sido adoptadas a

nivel mundial como procedimientos que permiten el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la planificación familiar de todas las personas. Ahora bien, a efectos de estudiar el tema que nos atañe, hagamos un recuento de estas técnicas que, partiendo de las originarias, han dado como resultado un sin número de variantes mucho más específicas y exactas para tratar las complicaciones y problemas en torno a la reproducción. Tenemos así, según una enumeración rápida y poco precisa que seguramente será ampliada en el desarrollo del tema en cuestión, a: la inseminación artificial homóloga (IAH), la inseminación artificial heteróloga (IAD), la inseminación artificial intraperitoneal (IAI), la fecundación in vitro con trasplante de embriones (FIVTE), la transferencia intrauterina de gametos (TIG), la transferencia de cigotos a las trompas de falopio (ZIFT) según las siglas en inglés, la inyección intracitoplasmática (ICSI), la colocación de ovocitos y espermatozoides en el útero (TOAST), la gestación por subrogación, entre otras. Como es de notar, en el siglo XVIII existían únicamente dos técnicas que estaban recién en fases de experimentación y desarrollo, pero es en la segunda mitad del siglo XX y durante todo el siglo XXI, que la ciencia y la medicina empiezan a desarrollar aquello que se conoce como las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y que son algunas a las que nos hemos referido en este párrafo. (Valdés Díaz, 2017, págs. 1-3)

Por último, según lo expresado en el párrafo anterior, podemos concebir y comprender a las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, como la: evolución, perfeccionamiento y fragmentación de las técnicas tradicionales de reproducción asistida, es decir fecundación in vitro e inseminación artificial; dando como resultado un conjunto de procedimientos nuevos que derivan de aquellas originarias y que se tornan mucho más específicos y precisos para tratar las diferentes problemáticas y complicaciones médicas y anatómicas que pueden tener las parejas homo y heterosexuales y las personas en solitario que desean iniciar un proyecto parental en conjunto o individual. Empero vale dejar sentado que nos vamos a referir también a la gestación por subrogación, una figura perteneciente a las THRA, nueva y autónoma que no deriva de las anteriores ni es una evolución de aquellas, pero que debe ser estudiada en cuanto a las polémicas morales, éticas, legales y jurídicas que ocasiona su aplicación en los diferentes países. Para referirse a dicha figura y a las personas que intervienen en ella, comúnmente se emplean varios términos de forma equívoca que complican su comprensión y uso, como: maternidad sustituta, maternidad subrogada,

madres sustitutas, vientre de alquiler, entre otros. Cuando el término correcto es gestación por subrogación o sustitución y las personas que intervienen en ella, son la gestante sustituta o subrogada y el o los padres o madres de intención o comitentes. (Valdés Díaz, 2017, págs. 3-4)

2.2 ¿Cuáles son y en qué consiste cada una?

En este acápite, nos vamos a referir a cada una de las técnicas que han sido descritas en el título anterior, y para ello analizaremos también las técnicas tradicionales. Pues de ellas han surgido todas aquellas variantes que hemos mencionado y su estudio permitirá también la comprensión de aquellas consideradas como las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. Como ya se dijo antes, estas no son más que derivaciones y variantes mucho más específicas de las técnicas originarias de la reproducción medicamente asistida. Y tenemos así:

2.2.1 La Inseminación Artificial

Históricamente, esta fue la primera que surgió en el mundo de las técnicas de reproducción humana asistida. Su funcionamiento consiste en colocar al interior del útero femenino el semen de un hombre, el cuál ha sido previamente preparado y estudiado, para poder ser utilizado con éxito. Su inicio y aplicación va a depender de los resultados del monitoreo que el médico tratante realice al ciclo reproductivo de dicha mujer que va a ser fecundada de manera artificial y no natural. Tradicionalmente fue utilizada para tratar problemas de infertilidad en las parejas heterosexuales que tras varios intentos periódicos no lograban concebir, pese a no utilizar métodos anticonceptivos. La idea de su aplicación es que busca tener óvulos disponibles en el útero femenino y acercar a los espermatozoides a ellos, a través de un aparato que permite su inserción al sistema reproductor femenino, de este modo se incrementa notablemente la fertilidad y efectividad de los espermatozoides. De forma general, podemos decir que este procedimiento se aplica indistintamente para tratar problemas reproductivos ya sea que el semen del hombre no tenga las condiciones necesarias para tener éxito en la fecundación del óvulo. También cuando el hombre sufre de algún problema anatómico- médico que le imposibilita el poder depositar su semen directamente en la cavidad uterina de la mujer. Asimismo, cuando el varón va a ser sometido a algún tratamiento médico complejo que pueda generar la alteración de sus

células reproductoras masculinas que son los espermatozoides. Sin lugar a duda, se lleva a cabo también, en el caso de parejas homosexuales de mujeres en las que se necesita el material reproductor masculino de un donante y que este sea depositado en el aparato reproductor femenino de una de ellas; así como también en el caso de una mujer sola que requiere ser inseminada para concebir. (ICMART - OMS, 2010)

Atendiendo a la zona del cuerpo humano en dónde se realice la inseminación artificial, en general como una de las técnicas originarias, esta toma diferentes nombres y admite una subclasificación que deriva en las llamadas nuevas técnicas de reproducción humana asistida y pueden ser: la inseminación artificial intrauterina, la inseminación artificial intracervical, la inseminación artificial intravaginal, la inseminación artificial tuboperitoneal intrauterina y la inseminación artificial intratubárica. La intrauterina se refiere a aquella técnica mucho más efectiva que la cervical, en la que el semen obtenido de un varón, ya sea la misma pareja de la mujer o de un donante anónimo, es depositado en la cavidad del útero en los días cercanos a la fecha en la que los ovarios, en conjunto con las trompas de falopio, expulsan uno más óvulos para ser fecundados. Para ello este procedimiento requiere un monitoreo constante de los ciclos reproductivos de la mujer en el caso de que en estos exista una regularidad que se repita y mantenga más o menos homogénea, dentro de los rangos previstos por las ciencias médicas ginecológicas. Empero, si la mujer presenta ciclos reproductivos irregulares, esta situación complica notablemente el proceso porque antes de realizar el procedimiento propiamente dicho de inseminación, deberá cuando menos existir un tratamiento hormonal previo que regule dicha periodicidad y la mantenga. En el caso de la inseminación artificial intracervical debemos decir que está mayoritaria pero no privativamente, es utilizada en los casos de parejas heterosexuales u homosexuales, o mujeres en solitario, en dónde el hombre tiene algún tipo de problema eyaculatorio que dificulta que el semen sea depositado de manera efectiva en la cavidad uterina o es una pareja de mujeres o una mujer en solitario y no hay un hombre que realice el acto sexual de forma natural. Y por ello, este procedimiento consiste en obtener el semen de la pareja de la mujer o de un donante anónimo en el caso de que se requiera y se lo deposita en el cuello uterino; es decir, aquel conducto que une la vagina con el cuello del útero. Con respecto a la inseminación artificial intravaginal es aquella mucho menos efectiva, aunque más sencilla y económica respecto de las anteriores, pues el semen es depositado en la cavidad vaginal. Respecto

de esta última, es muy poco probable garantizar el éxito de la técnica, pues los espermatozoides deben recorrer aún un largo camino para poder llegar a su objetivo. (FertilT Clínica de Fertilidad y Reproducción Asistida, 2017)

Respecto de la inseminación artificial tuboperitoneal intrauterina y la inseminación artificial intratubárica, su análisis lo desarrollaremos a continuación y de manera detallada en este párrafo. La primera resulta ser una variante mucho más evolucionada de la inseminación intrauterina, en este caso el material reproductor masculino es depositado en la cavidad del útero y también en las trompas de falopio, para garantizar su efectividad casi al cien por ciento, y reducir el margen de error. Es por ello que resulta económicamente mucho menos accesible para el común de las personas, pertenecientes en su mayoría a una clase social media baja. Respecto de la inseminación artificial intratubárica y todas aquellas que impliquen una cavidad de tipo tubárica para ser depositadas, debemos decir que estas responden a algún tipo de lesión grave o permanente de una de las dos trompas de falopio del aparato reproductor femenino, en donde el semen será depositado directamente en aquella trompa que no presente el daño, para así poder garantizar la fecundación y posterior embarazo. Cualquiera de estas técnicas es susceptible de ser aplicada con semen en sentido homólogo u heterólogo como lo veremos a continuación y ello es lo que va complicar algunos aspectos relacionados a la filiación como un vínculo familiar. Además, vale la pena destacar que en cada una de estas se puede utilizar una técnica paralela de selección y mejoramiento previo de los espermatozoides obtenidos para ser inseminados en alguna de las cavidades descritas y esta técnica que, si bien no la vamos a analizar, toma el nombre de análisis genético preimplantacional. (FertilT Clínica de Fertilidad y Reproducción Asistida, 2017)

De la misma manera, es importante destacar que esta técnica además de tener una subclasificación dependiendo de la zona del cuerpo humano en donde se aplique la misma, también ha experimentado algunas variaciones que han permitido que pueda ser empleada de manera más exacta, según las necesidades de las personas y que atiende al origen de la muestra para la inseminación. Y vamos a analizar a continuación cada una de ellas, que, sin lugar a duda, también entran a formar parte de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. Tenemos así a la inseminación artificial homóloga (IAH) y la inseminación artificial heteróloga (IAD). Entiéndase por inseminación artificial homóloga aquella en la que una mujer es inseminada con el semen de su pareja

sexual estable, por lo tanto, no aplica para aquellas parejas homosexuales sino de manera exclusiva para las parejas heterosexuales en las que por alguna complicación médica conocida no es posible para la pareja concebir y recurren a la inseminación homóloga. Procedimiento en el cual se recolecta previamente el semen del hombre en la pareja y tras el monitoreo del ciclo reproductivo de la mujer de la misma pareja, se deposita el material reproductor en alguna de las cavidades antes indicadas, dependiendo de la necesidad que se tenga y lo que esté al alcance de dichas personas. Por su lado, la inseminación artificial heteróloga se refiere a aquella técnica en la que una mujer es inseminada con el semen de un donante anónimo, ya sea que se trate de una pareja en la que el hombre no pueda aportar su material reproductor, o de una mujer en solitario que quiera iniciar un proyecto parental o de una pareja homosexual de lesbianas en la que se requiere de igual forma del material reproductor de un tercero para concebir. En este sentido la técnica toma el nombre de heteróloga y es la que generalmente produce mayores complicaciones jurídicas y legales al momento de determinar la filiación a diferencia de la técnica homóloga en donde el padre genético, el legal y el socio-afectivo o de voluntad procreacional, convergen en una misma persona, lo cual, lógicamente, no ocurre con la inseminación heteróloga. (ICMART - OMS, 2010)

2.2.2 La Fecundación In Vitro

Históricamente esta técnica ha recorrido un importante trayecto desde el año de 1978, cuando se realizaron las primeras pruebas y experimentos de la misma. Fueron los científicos e investigadores Patrick Christopher Steptoe y Robert Geoffrey Edwards, quienes realizaron las primeras prácticas de fertilización extracorpórea en la raza humana; y así después de 11 años, se obtiene el primer bebe nacido por esta técnica. Louise Brown, fue producto de la fecundación del óvulo de su madre con el esperma de su padre en un platillo de laboratorio y después el cigoto fue implantado en el vientre de su madre. Asimismo, esta técnica fue producto de varias experimentaciones en las que se obtuvieron resultados positivos, incluso cuando se trataba de embriones que fueron obtenidos en fecundación in vitro y se congelaron por algunos años (criopreservados) hasta ser implantados en un útero materno para ser gestados, y efectivamente se lograron los embarazos y posteriores nacimientos de la mano de esta técnica paralela y secundaria de la crioconservación. Respecto de su

definición, esta técnica puede ser entendida como la unión de un óvulo y de un espermatozoide en un laboratorio, dando como resultado un cigoto, que después de las divisiones celulares propias de la fecundación, se transforma en un embrión que debe ser transferido al útero materno, antes del décimo cuarto día contado a partir de la fecundación extracorpórea que se realiza en el laboratorio. (Valdés Díaz, 2017, pág. 4)

Medicamente hablando, esta técnica se aplica generalmente cuando existe en el caso de las mujeres una obstrucción o ausencia de las trompas de falopio y no hay forma de que los óvulos lleguen al útero para ser fecundados, por lo que deben ser extraídos para ser fecundados in vitro. Asimismo, esta técnica se aplica cuando existe en el caso del varón en la pareja, una esterilidad diagnosticada, por lo que se extrae su material reproductor y este se pone en contacto junto con el material reproductor de la mujer en un ambiente de laboratorio idóneo, apto y que propicie el encuentro de los espermatozoides con los óvulos para su fecundación. En este sentido vale dejar sentado que en un mismo procedimiento se fecundan varios óvulos y ello se realiza para garantizar la eficacia del procedimiento, ya que la mujer puede y debe ser fecundada con hasta cuatro embriones nada más, para garantizar que al menos uno de ellos resulte en un embarazo viable. En este punto, es muy importante dejar sentado que esta fecundación múltiple puede generar algunos problemas, científicamente hablando han existido casos en los que no solo uno de los embriones implantados dio un embarazo viable, sino dos o más de ellos y esto en efecto genera una complicación de trascendencia, pues podría una persona sola o con su pareja, sin haberlo previsto ni considerado, tener un embarazo de dos o más hijos; poniendo en riesgo su derecho a la planificación familiar. Existen en este sentido casos reales en los que aquello ha tenido lugar, complicando enormemente la planificación familiar y el espaciamiento con el que una persona o pareja proyectan su paternidad, maternidad o ambas. De la misma manera, vale dejar sentada la idea de que en este procedimiento se fecundan varios óvulos, pues estos generalmente van a ser tenidos como respaldo en un proceso de crioconservación para ser utilizados más adelante en nuevas gestaciones planificadas o si falla la técnica en la fecundación realizada. Sin embargo, nadie garantiza que vayan a ser utilizados en algún momento y ello genera algunos inconvenientes que, si bien no forman parte de nuestro tema de estudio, podemos dejarlos enunciados a breves rasgos y sobre ellos abordaremos algunas ideas más adelante también. Surgen en este sentido problemas sobre el desecho de los embriones crioconservados, asuntos respecto al

tiempo que pueden estar congelados y si los mismos pueden ser donados a otras personas o parejas, así como también el tema de si estos pueden ser donados a la ciencia para la investigación; y todas las implicaciones morales, éticas, normativas y jurídicas que aquello genera. Sin duda, hay que señalar que tampoco está prevista en todas las legislaciones de los Estados y de estarlo, existen sobre el tema, posturas diversas y controvertidas. (Brena Sesma, 2019, págs. 21-22)

Respecto del procedimiento en sí, de esta técnica, debemos decir que la misma se lleva a cabo con la ayuda de controles y monitoreos minuciosos y precisos, en los que a la mujer se le va a inyectar un estimulante de folículos por vía intravenosa o intramuscular, para que pueda producir óvulos y los mismos sean extraídos por medio de la aspiración a través de los aparatos correspondientes, en la vía vaginal. Es importante dejar sentado que la estimulación de folículos se puede realizar a la misma mujer que quiere ser madre o puede tratarse de folículos extraídos de otra mujer como donante anónima. Los folículos serán conservados en un ambiente idóneo, que imite las características del medio natural en el que normalmente están en una gestación y respecto del hombre, se obtienen de forma similar los espermatozoides para ser colocados en el mismo ambiente antes descrito, facilitando así: el encuentro con los óvulos, la fecundación y correspondiente división celular propia de un embarazo. Debemos dejar sentado en iguales términos, que los espermatozoides pueden ser de la misma pareja o de un donante anónimo de material reproductor masculino. Hacer alusión al origen de los óvulos y del esperma es relevante, frente al hecho de que esta técnica también puede ser homóloga u heteróloga y ello también, produce las mismas consecuencias y problemas que en el caso de la inseminación artificial. Respecto de parejas homosexuales, o de hombres y mujeres en solitario y de parejas heterosexuales en dónde debe usarse el material genético de un tercero o terceros para la fecundación. Es aquí en dónde se presentan las mayores complicaciones del empleo de esta técnica de reproducción asistida, en tanto y en cuanto se deben expedir reglas claras para el establecimiento de la filiación, que estará plenamente marcada por aquel concepto de la voluntad procreacional, con independencia absoluta de la procedencia del material genético respecto a los padres de intención, voluntad o afecto. Un último aspecto que debe tenerse en cuenta de forma general para las técnicas de reproducción asistida de carácter heterólogo, es que la necesidad de usar material genético donado encarece enormemente los procedimientos y ello se vuelve un obstáculo para todas aquellas

personas que tratan de acceder a las mismas y pone de manifiesto también una situación relevante respecto de la identidad del donante y el derecho de las personas concebidas por estos medios, de conocer su origen biológico verdadero en algún momento de su vida, así como el derecho de los donantes de mantener su anonimato. (Brena Sesma, 2019, págs. 23-24)

2.2.3 La Gestación por Subrogación

Esta figura conflictiva, compleja y sobre todo muy polémica en los países en los que se aplica, es la más actual en el mundo de las técnicas de la reproducción humana asistida y debe ser estudiada con mayor detenimiento que otras, por cuanto existen algunas confusiones terminológicas relacionadas a la misma. Para ello hemos de realizar un análisis claro, conciso y comprensible sobre el tema en cuestión, para dilucidar estas confusiones. Señalando una definición básica de la gestación por subrogación, debemos mencionar a aquella contenida en el diccionario terminológico elaborado por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) por sus siglas y nombre en inglés, o Comité Internacional para el Seguimiento de la Tecnología de la Reproducción Asistida, por su nombre en español y la Organización Mundial de la Salud (OMS), que definen a la gestación por subrogación como un procedimiento en el cual una mujer lleva a cabo un embarazo, habiendo acordado que ella entregará el bebé, a él o los padres o madres comitentes o de intención. En este sentido los gametos pueden originarse de él o los padres comitentes o de terceros donantes distintos a él o los padres comitentes. (ICMART - OMS, 2010, pág. 7) Sin duda, del concepto dado, se desprenden en nuestra mente un sin número de complicaciones y problemas jurídicos que deben ser subsanados para poder establecer la filiación de forma directa y sin impedimento alguno, con la sola atención al concepto de voluntad procreacional como creador de vínculos filiales. En esta figura, se ponen también de manifiesto tres grandes conceptos o calidades diferentes que consisten en: maternidad biológica o genética, maternidad gestacional y maternidad afectiva (derivada del elemento volitivo del querer ser madre). En efecto, son ideas diferentes y debemos desarrollar cada una de ellas, pues existirán casos y circunstancias en las que más de una de estas calidades, recaigan en una misma persona y casos en los que cada calidad recaerá en una persona diferente y el rol de cada una de ellas, debe estar debidamente definido y delimitado para evitar conflictos en cuanto a

sus obligaciones y derechos. (ICMART - OMS, 2010)

Remontándonos a sus raíces en la historia, podemos decir que el primer acuerdo de gestación por sustitución se dio en el año de 1976 en el Estado de Michigan, Estados Unidos de América, por medio del Surrogate Family Service Inc. a cargo del abogado Noel Keane, quien creó el primer acuerdo de gestación por sustitución, como también llaman algunos a esta figura. Es importante recalcar que, esta técnica en especial se debe llevar a cabo de la mano de una inseminación artificial o de una fecundación in vitro obligatoriamente, y en base a ello se dará una subclasificación en cuanto a su nomenclatura. Sin embargo, en sus principios, la gestación por sustitución se realizaba únicamente con el aporte de gametos por parte de la misma gestante, es decir que consistía en una inseminación artificial. Dos años más tarde en 1978 con la aparición y el perfeccionamiento de la técnica de la fecundación in vitro, se lleva a cabo la gestación por sustitución, sin el aporte de los gametos de la misma gestante, lo que en efecto genera una división y diferenciación entre estas dos posibilidades de gestación por sustitución. Tenemos así, escenarios en los que el niño o niña gestada, podía como no podía, tener un vínculo biológico o genético con la gestante. Pues en el año de 1978, los óvulos de una mujer sin útero fueron implantados junto con los gametos masculinos de su pareja, en el útero de otra mujer, que gestó al embrión y lo dio a luz. Este momento de la historia fue crucial en el incremento de casos de gestación por subrogación o sustitución, debido a que se permitía la posibilidad de que una mujer o un hombre o una pareja, que eran incapaces de gestar a sus propios hijos genéticos, lo hagan por medio de otra mujer. (Lamm, 2013, págs. 20- 21)

El doctrinario Gómez Sánchez, la define a lo largo de sus estudios para acercarse a la figura de la gestación por sustitución, de la siguiente manera: “*La maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero, es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño o niña gestada por una mujer que se sujeta a un pacto, compromiso o convenio, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otro hombre o mujer en solitario, o de otra pareja homosexual o heterosexual, quien o quienes figurarán como progenitores de este*”. Esta definición es muy completa; empero, se da de una forma genérica que no especifica ni diferencia los casos de gestación que pueden tener lugar, según el contexto concreto en que se requiera su aplicación y al hablar también, de una cesión de derechos sobre el recién nacido, surge el interrogante de que tipos de derechos son aquellos a los que se renuncia

y el momento específico en el que se renuncia a ellos. Por otro lado, el doctrinario Pérez Monge, buscando adoptar una definición que abarque y contemple las distintas clases de gestación, nos dice que: *“Se trata de aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes, quienes pueden ser una pareja unida legalmente o no, o incluso una persona sola, quien o quienes podrán aportar o no sus propios gametos, y en caso de que no los aporten, estos podrán proceder de un donante anónimo, masculino o femenino o ambos al mismo tiempo.”* En este sentido es evidente para nosotros, que si la inseminación artificial o la fecundación in vitro heterólogas, son complejas y generan conflictos en cuanto a la determinación de la filiación, unidas a la figura de la gestación por subrogación o sustitución, complican aún más el panorama, e incrementan los retos para los sistemas legales a nivel mundial, pues deben articular todas las posibilidades, roles y derechos de los seres humanos a la regulación normativa que existe sobre la materia, para evitar las lagunas legislativas o la contradicción de normas. En esta misma línea, se debe analizar los aspectos en cuanto al altruismo de esta figura y si debería ser o no, considerada como una figura de tipo oneroso o gratuito con una compensación, pues podría terminar comerciándose con el cuerpo humano y sometiendo a la explotación de quienes ostentan poder económico por sobre otros. (Lamm, 2013)

Con respecto a esta figura, una vez que conocemos su definición, y considerando que la misma forma parte de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y que se encuentra en auge actualmente a nivel de todos los países alrededor del mundo, expliquemos ahora sus variantes y denominaciones adoptadas, así como los roles de las personas que intervienen o pueden intervenir en un proceso de estos y de forma genérica las obligaciones que surgen entre los intervinientes respecto del proceso de gestación como tal. Tenemos así a la primera persona que interviene y quien desarrolla un rol fundamental, pues se trata de la mujer gestante, mal llamada madre subrogada o madre sustituta, pues esta no tiene ningún rol materno en el procedimiento. Esta mujer, es quien va a llevar a término el embarazo, gestando al embrión con la intención de darlo a luz y entregarlo a una tercera o terceras personas llamadas comitente o comitentes. El comitente o comitentes, una pareja homosexual o heterosexual, u hombres y mujeres en solitario, son quien o quienes encargan el embarazo a la gestante subrogada, para que este procedimiento se realice con el aporte de material genético de los comitentes

(parejas heterosexuales); material genético de uno de los comitentes y un donante anónimo masculino o femenino (parejas homosexuales y hombres y mujeres en solitario); o con el material genético de uno de los comitentes siempre que sea hombre y el óvulo de la propia gestante (diversos casos de personas o parejas posibles). Respecto a la terminología empleada para referirse a este procedimiento, debemos decir que esta es muy variada y diversa, en algunos países de habla hispana como Ensaña, se usa el término gestación por sustitución y por su lado en México, los Códigos Civiles de Coahuila y Tabasco, realizan una diferenciación de términos, refiriendo Coahuila el nombre de maternidad subrogada y Tabasco los nombres de maternidad subrogada y maternidad gestante sustituta, dependiendo del aporte o ausencia de aporte, de material genético por parte de la gestante. Empero el proyecto de ley para la Ciudad de México refiere el nombre de gestación subrogada para hacer alusión a esta figura. Por su lado los países anglosajones y de habla inglesa no tienen una forma unificada de referirse a esta técnica, pues la traducción específica de estos términos del inglés al español demuestra que esta no es uniforme, aunque en algunos coincide el término “*surrogate*”. (Lamm, 2013, págs. 24- 25)

Ahora bien, para explicar el tema atinente a las variantes debemos decir que la escritora y doctrinaria Eleonora Lamm en su obra titulada: “*Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, diferencia los siguientes aspectos para referirse de manera clara a las posibles formas en las que puede manifestarse la gestación por sustitución. Sostiene que la evolución de esta figura nos ha llevado a determinar que no es gramaticalmente correcto referirse al término subrogación, ya que aquella no abarca o engloba todas las formas de gestación por sustitución. Refiere que, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “*subrogar*” significa poner una persona o cosa en lugar de otra, y esta definición deja de lado aquella posibilidad de que no solo se sustituye a la gestante, sino también aquellos casos en los que la gestante es quien aporta su propio material genético (óvulos) para el proceso de gestación. Entonces, explica que el término correcto es gestación por sustitución, que implica ambas posibilidades de gestar para otro u otros (cuando gesta y aporta su material genético) o gestar por otro u otros (cuando solo gesta sin aportar su material genético propio). Adicionalmente, explica que en ninguno de los casos se puede utilizar la palabra maternidad o madre subrogada o sustituta, pues es completamente equívoco considerar a la gestante como madre; esta no lo es desde ninguna perspectiva médica

ni jurídica. El estado de ser madre concebido en el contexto de la voluntad procreacional con intervención de las THRA, comprende un panorama mucho más extenso y complejo que solo la idea de gestar (madre, que viene de matriz); pues en estos casos el ser madre es un proceso que inicia incluso antes de la fecundación artificial (el deseo o la intención clara y válida de querer ser madre) y se extiende al proceso de *“querer tener que ser madre en el transcurso del tiempo”*. Por ello, es que, para esta autora, lo correcto es referirse a gestación por sustitución. (Lamm, 2013, pág. 26)

Continuando con el tema de las variantes, debemos hacer un desarrollo mucho más minucioso y específico sobre las modalidades o tipos de gestación por sustitución que pueden existir, ya que en todas sus manifestaciones estas deberán ser reguladas y previstas por los ordenamientos normativos de todos los Estados. La clasificación se da entonces, de la siguiente manera: gestación por sustitución tradicional y gestación por sustitución gestacional, y el criterio clasificador atiende al aporte o no aporte de material genético por parte de la mujer gestante, como ya se dijo en líneas anteriores. La gestación por sustitución tradicional, se refiere a aquella gestación por sustitución, en donde la mujer gestante aporta no solo el factor de la gestación, sino también aporta sus gametos (óvulos). De esta forma, ya sea que el material genético masculino provenga del comitente en una pareja homo o heterosexual o se trate de un hombre solo, o incluso que los espermatozoides provengan de un tercero que será distinto al comitente y consiste en un donante anónimo de espermatozoides, en este último caso no existe ni siquiera una identidad genética entre el comitente masculino y el concebido. Para llevar a cabo esta técnica es imprescindible dejar sentado que en efecto la forma adecuada de practicarla es por medio de una inseminación artificial (IA) practicada de forma médica y asesorada; aunque vale dejar señalado que esta procedería incluso de forma natural cuando se mantiene entre el comitente y la gestante sustituta, relaciones sexuales comunes y corrientes, o se realiza una inseminación casera por parte de los interesados. Estas dos últimas son posibilidades importantes de análisis pues implican consideraciones éticas, morales, culturales y sociales de relevancia y sobre las cuales se adoptarán diferentes posturas en cada una de las legislaciones. (Lamm, 2013, págs. 27-28)

Con respecto a la gestación por sustitución gestacional, debemos señalar que en este caso la gestante, aporta solo la gestación propiamente dicha y no sus óvulos. Pues

el material genético femenino será aportado por la comitente en caso de haya una y que pueda hacerlo, caso contrario han de ser aportados por una tercera mujer que intervendrá en calidad de donante anónima. Respecto del material genético masculino hay que recalcar que este puede ser aportado por el comitente en caso de que lo haya y pueda hacerlo o por una tercera persona que interviene en calidad de donante anónimo masculino. Dada esta segunda figura, las variantes posibles son importantes y haríamos bien en dejarlas enunciadas una a una, para una mejor comprensión del tema. Uno de los casos podría ser que ambos comitentes (pareja heterosexual) aporten su material genético propio, para que este, mediante una fecundación in vitro (FIV) sea implantado en el útero de la mujer gestante. Otra posibilidad es que la gestante, geste a un embrión formado por el material genético de uno de los comitentes, por ejemplo, el caso del semen y se reciba el aporte de óvulos de una donante anónima, respecto de esta figura, debemos decir que el uso generalizado y más común lo tienen las parejas homosexuales de hombres en donde se reciben los óvulos de una donante anónima. Empero ello no quita que pueda ser utilizada también en el caso de una pareja heterosexual en la que la mujer no puede aportar sus gametos y recurren a la donación, o si se trata incluso de un hombre en solitario que quiere dar inicio a un proyecto parental individual. Ahora bien, por su lado tenemos el caso contrario al anterior en el que se trata de una fecundación al óvulo de la comitente con esperma de un donante anónimo, para ser implantado luego en el útero de la gestante. En este caso, tenemos la idea de una pareja homosexual de mujeres en las que una de ellas, aporta sus gametos para ser fecundados e implantados en la gestante, dejando claro que puede ser su misma pareja o una tercera mujer desvinculada a la pareja, quien lleve a cabo la gestación. De la misma manera, ello no quita que la técnica pueda ser utilizada en parejas heterosexuales, en donde los gametos del hombre no son viables para la fecundación o si se tratara de una mujer en solitario que quiere dar inicio a su proyecto parental de forma individual y no puede gestar por sí misma. El más complejo panorama posible, es que lleguen a intervenir cinco o más personas en el proceso, complicando los aspectos relacionados al establecimiento de la filiación, sino ha existido una regulación sobre la manifestación de la voluntad procreacional y dependiendo de la legislación del mundo en la que estemos, pues no todas contemplan soluciones claras para estos puntos de conflicto. (Lamm, 2013, págs. 29-30)

Resulta importante realizar un análisis de las consideraciones morales, éticas y

religiosas que existen en torno a esta figura compleja. Alrededor de los países católicos o con alguna religión predominante, se han generado muchas críticas sobre el tema. Pues existen posturas que, desde la religión, señalan que este procedimiento lejos de beneficiar a la población y tener un efecto positivo en la vida de las personas, atenta contra la dignidad de las mujeres y cosifica el cuerpo humano, extendiéndose hasta el límite de lucrar con él, de forma abierta, debiendo ofrecer partes de su cuerpo para prestar una especie de servicio a los demás. Desde esta óptica no todas las mujeres son gestantes subrogadas sino solo aquellas en situación de inferioridad económica y cultural evidente; y por su lado también, tampoco todas las personas o parejas acceden a este novedoso procedimiento, pues aquel no tiene un costo accesible para todo; y además por los riesgos que trae consigo, pues no es fácil obtener alguien que se preste a realizarlo sin considerar las exigencias y peligros evidentes de por medio, tanto médicos como jurídicos. Empero aquellos países anglosajones caracterizados por la libertad de creencias y pensamientos en torno a un sin número de temas, sostienen que en efecto no hay nada reprochable ni inmoral con relación a este procedimiento. Más bien, consideran que el mismo facilita y beneficia a una gran cantidad de parejas y personas que no pueden gestar por si mismas a sus hijos y esto además recae en el ejercicio del derecho a la libertad de decir sobre el cuerpo humano. Por su lado, han tratado de regular garantías para evitar abusos de todo tipo en relación a quienes gestan y a quienes se encarga la gestación. Por medio de contratos privados en donde se pacten las condiciones claras y detalladas de los derechos, obligaciones, retribuciones y multas que acompañan a cada uno de los intervinientes durante el proceso; para que todos de forma general, actúen con apego a lo señalado en este pacto entre privados que está dotado de validez jurídica. (Brena Sesma, 2019, págs. 5, 6)

En efecto, una vez analizadas las tres grandes figuras y sus variantes respecto de las técnicas de reproducción asistida; debemos también hacer mención a algunas otras técnicas más específicas que se han desarrollado a lo largo de los avances de la ciencia y la medicina, y que tienen una aplicación y beneficio concreto para determinados casos y patologías posibles. Empero, las mismas también se han vuelto de difícil acceso, por cuanto su aplicación genera en la mayoría de casos, costos elevados para desarrollarlas. Tenemos así a las siguientes:

2.2.4 La transferencia intrauterina o intratubárica de gametos (TIG)

Según los registros que existen sobre esta técnica, actualmente en la mayoría de países y clínicas que realiza la misma, esta se encuentra en desuso. Ello responde a que el procedimiento para su aplicación involucra una cirugía compleja en relación a una fecundación in vitro tradicional. Empero, fue desarrollada debido a que la fecundación in vitro comúnmente conocida y aplicada por las clínicas de reproducción asistida, no garantiza una efectividad al ciento por ciento respecto de ciertos riesgos. Aquella consiste en depositar los gametos, es decir los óvulos obtenidos por estimulación del ciclo reproductivo de la mujer y los espermatozoides capacitados en una muestra seminal obtenida, en una de las trompas de falopio de la mujer que gestará ese embarazo. En efecto, la cuestión aquí es que se busca que la fecundación ocurra en su medio natural y fisiológico y no de forma artificial en un laboratorio, pero los gametos han sido tratados previamente para aumentar su calidad. La inserción de los gametos femeninos y masculinos se realiza dependiendo de la necesidad específica del caso, por vía histeroscópica o por vía laparoscópica. En sí, esta técnica, tiene muchas implicaciones y efectos tanto positivos como negativos respecto de su utilización. Con relación a lo positivo, se ha determinado que sirve para tratar enfermedades de mujeres solas o en pareja, como la anovulación (ausencia de ovulación), infertilidad por anomalías presentes en el cuello del útero o el canal cervical y de forma amplia cualquier tipo de infertilidad por causa desconocida. En este sentido, la técnica puede ser utilizada tanto por parejas homosexuales como heterosexuales y por hombres o mujeres en solitario, y en definitiva puede ser homóloga o heteróloga. Empero, sus complicaciones estarían relacionadas al hecho de que la muestra seminal obtenida, en el caso del material reproductor masculino, debe ser de alta calidad para garantizar su efectividad y para ello en la gran mayoría de casos debe ser preparada para alcanzar condiciones ideales. Respecto de la mujer gestante, sea o no la dueña del material genético, debe garantizarse que sus trompas de falopio o cuando menos una de ellas, sea permeable para que pueda tener lugar la fecundación y posterior implantación en el útero, caso contrario se podrían desencadenar embarazos fuera del útero y de alto riesgo (embarazos ectópicos). (Rodríguez, 2022, págs. 1, 2, 3)

2.2.5 La transferencia de cigotos a las trompas de falopio (ZIFT)

Respecto de la técnica anterior, ésta muestra similitud en cuanto consiste en la

transferencia mediante vía laparoscópica o histeroscópica de los cigotos en una de las trompas de falopio, para la posterior implantación en el útero. Empero, se diferencia de aquella, debido a que en la anterior los gametos masculinos y femeninos son depositados por separado en una de las trompas y la fecundación ocurre en el laboratorio como una fecundación in vitro y una vez que han obtenido los cigotos propios del proceso de división celular, estos se depositan en una de las trompas. Las indicaciones para su aplicación son similares a las descritas en la técnica anterior y las implicaciones o complicaciones también se repiten; empero, esta garantiza mayor efectividad en cuanto a aquella, pues la fecundación se realiza en un ambiente controlado en el laboratorio y una vez conseguida se traslada a las trompas, para garantizar aún más su implantación en el vientre materno. Algo que recalcar en relación a este procedimiento, es que al igual que el anterior, se torna útil para parejas heterosexuales con padecimientos específicos que ya se han mencionado, pero también para parejas homosexuales y hombres y mujeres en solitario que padezcan las mismas complicaciones médicas o incluso que busquen aplicar estos procedimientos, solo para garantizar la efectividad de la técnica en cuestión. Por tal motivo, se vuelve de igual forma muy relevante su regulación en las legislaciones de los Estados. Respecto de la transferencia intratubárica de cigotos o de gametos, ambas técnicas representan costos más altos en cuanto a su acceso, debido a que implican una intervención laparoscópica o histeroscópica y ello encarece el procedimiento, lo que lleva a que sean utilizadas en situaciones muy particulares y puntuales. (Healthwise, 2021, pág. 1)

2.2.6 La inyección intracitoplasmática (ICSI)

Esta consiste en una técnica derivada de la fecundación in vitro (FIV), tiene sus especificaciones y particularidades propias que la caracterizan como una técnica de gran acogida en la actualidad. Pues permite resolver problemas de esterilidad masculina para la concepción, a más de ser un medio efectivo para analizar y estudiar posibles anomalías congénitas que pueden ser heredadas genéticamente en los gametos femeninos y masculinos. Catalogada como una de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, este procedimiento ha revolucionado el mundo de la reproducción asistida a nivel mundial, por gran su efectividad práctica. Desde lo médico esta técnica sirve para mejorar una de las fases de la fecundación in vitro tradicional y por ello se vuelve más efectiva, siendo además de uso paralelo con otras THRA para facilitar el

embarazo. Con el apoyo de una micro aguja se inyecta un espermatozoide preseleccionado en un óvulo para fecundarlo y luego este se coloca en el útero o trompas de falopio de la mujer que lo gestará. Como ya se ha mencionado en parejas heterosexuales sirve para resolver problemas relacionados con los espermatozoides del hombre, empero no se limitan únicamente a parejas de distinto sexo sino que también aplican para parejas homosexuales de hombres, en las que cualquiera de ellos o ambos, quieren aportar su material genético para la concepción y no pueden hacerlo, por complicaciones en cuanto a la calidad y cantidad de espermatozoides existentes en su líquido seminal, así como también es útil para hombres en solitario que tienen los mismos problemas y buscan tener un hijo, con su material genético propio y el de una donante anónima. En la práctica se diferencia y caracteriza en relación a las otras THRA y principalmente a la FIV, porque se fecunda con uno de dichos espermatozoides, un solo óvulo que será implantado en el aparato reproductor femenino, incluso su empleo trae consigo la posibilidad de estudiar enfermedades genéticas de quienes aportan el material genético, sean o no los padres de voluntad o intención, para prevenir las mismas en el concebido. Desde este punto de vista, su uso se complica en lo jurídico cuando es una técnica heteróloga y la filiación debe ser determinada en razón de la voluntad procreacional y existen dilemas éticos y morales sobre la preselección que se hace de los espermatozoides y óvulos para obtener seres humanos genéticamente modificados y libres de patologías. (Healthwise, 2021, págs. 1-3)

2.3 Presencia, Vigencia y Regulación de las THRA en el Ecuador

El Estado Ecuatoriano contempla, proclama y enmarca en su Constitución de la República del año 2008, una lista bastante amplia, novedosa y proteccionista de derechos humanos y fundamentales. Según el criterio de muchos doctrinarios y juristas de la región, se trata de un cuerpo normativo amplio que protege desde varios aspectos y perspectivas al ser humano, caracterizándose por ser incluso una de las normas fundamentales mejor estructurada entre los países de la región. Entre el conjunto de derechos que son de nuestro interés debemos señalar a los siguientes: respeto y cuidado a la vida; protección de la integridad de las personas; el derecho de las personas a la reproducción, a tener hijos y por lo tanto a formar una familia; derecho a la salud sexual y por ende está incluida en este, la salud reproductiva; derecho a la libertad y seguridad personal; derecho a decidir el número de hijos que se desea tener y el intervalo para

tener a los mismos, como parte de una completa autonomía reproductiva; derecho a contraer o no matrimonio así como el derecho a conocer y a ser informados oportunamente sobre los derechos y obligaciones que derivan de la sexualidad y la reproducción. Este marco general de derechos relacionados a nuestro tema de estudio, están previstos y resguardados en diferentes artículos de la norma fundamental del Ecuador y se entrelazan principalmente con los derechos marco, de la libertad e igualdad ante la ley y la no discriminación. (Salame, Pérez, Huera, & Viteri, 2018, págs. 1387-1388)

Respecto al marco normativo de nuestro país, también es importante hacer mención a artículos específicos que nos permitirán dar luces claras sobre el tema y revisar la realidad jurídica del Ecuador frente a la filiación derivada de la voluntad procreacional, en un contexto de aplicación de las THRA. Tenemos así al primer artículo que nos guiará para referirnos al tema de forma concreta y estructurada, y se trata del artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador, que se refiere a que: *“el Estado Ecuatoriano tiene la obligación de garantizar el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.”* Para el caso que nos atañe, se entiende por ende que, en nuestro país, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud como un derecho protegido en el mismo marco normativo nacional e internacional, y en este, se abarca también el derecho a la salud sexual y reproductiva. Asimismo, de la mano de este derecho tenemos aquel señalado en el artículo 25 del mismo cuerpo legal, que señala que: *“todas las personas sin ningún tipo de discriminación tienen derecho a beneficiarse de los avances de la ciencia y la medicina y acceder a ellos en igualdad de condiciones”*. De la mano de lo anterior, el artículo 32 reza lo siguiente: *“es el Estado el encargado de garantizar y promover el acceso oportuno e igualitario a los servicios, programas, acciones y en general todo tipo de actuación encaminada a la promoción y atención integral de la salud, la salud sexual y la salud reproductiva”*. Todo lo anterior se articula en nuestro orden normativo con un derecho de igual relevancia, contenido en el artículo 66 del cuerpo normativo en estudio, que señala que: *“toda persona, ya sea un hombre o una mujer tiene el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas respecto a su salud, salud sexual y su vida reproductiva, y a decidir cuántas o cuántos hijos tener en este contexto”*. (Asamblea Constituyente , 2021)

Si bien estos tópicos han sido tratados y protegidos en Ecuador desde una amplia Carta Magna que enuncia y declara derechos en esta rama, empero debemos tener presente, que existen aún, algunas situaciones que no están siendo previstas por las leyes y tampoco existen normas infraconstitucionales completas y directas que desarrollen el ejercicio de dichos derechos humanos y fundamentales relacionados a la salud sexual y reproductiva y el derecho a formar una familia, incluyendo las consecuencias filiatorias que indudablemente se relacionan con aquello. Todo ello se traduce en situaciones y actuaciones que se dan de forma clandestina y sin un control adecuado por parte de las autoridades médicas y sanitarias a cargo de vigilar en nuestro país todo lo relacionado a las técnicas de reproducción humana asistida, en el campo de la salud. Ello ha provocado vacíos legislativos importantes y contradicciones normativas causadas por la falta de regulación y desarrollo de normativa directa sobre el tema, que ponen en riesgo el ejercicio de dichos derechos protegidos. Empero pese a la falta de regulación completa y amplia sobre el tópico en cuestión, podemos considerar que, en la actualidad, sí encontramos algunas, aunque muy escasas, normas infraconstitucionales que en efecto hacen una referencia indirecta al tema y por lo tanto también tratan de normar de forma alejada y colateral, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de hombres y mujeres en el territorio ecuatoriano. Por lo que, haremos mención a cada una de ellas, en líneas siguientes. En el contexto que nos rodea, y según el tema de este acápite podemos decir que existe una visión clara sobre la realidad de las THRA en Ecuador y sobre el tema se han vertido algunas ideas importantes que las recaban en las Memorias del Congreso Internacional Universitario de Bioética (CIUB), llevado a cabo en la Universidad del Azuay, en la ciudad de Cuenca- Ecuador, en el año 2018. Mismo que recoge algunas de las ideas e intervenciones de dos de los ponentes más destacados y con un importante trayecto en relación al tema, como lo son la doctora María Cristina Serrano y el doctor Santiago Jara Reyes. Y respecto de sus aportes, desarrollaremos algunas ideas en líneas siguientes, a la par que analizaremos la regulación actual que existe, de forma crítica y cuál es la vigencia de las THRA dentro del territorio ecuatoriano.

Como primer punto que traemos a debate, tenemos que la Sociedad Ecuatoriana de Medicina indica que a la actualidad en Ecuador existen aproximadamente unos 18 a 25 Centros o Clínicas Especializadas en Reproducción Humana Asistida, los mismos se encuentran distribuidos principalmente en las ciudades de Quito, Cuenca y

Guayaquil, respectivamente. Asimismo, según las bases de datos existentes sobre la materia en nuestro país, aproximadamente han nacido entre 1400 a 2000 niños y niñas con ayuda de las THRA. Teniendo en cuenta que, en la realidad mundial, el factor común es que tienden a incrementar el uso y aplicación de estas técnicas, o que el camino se proyecta a permitir las mismas dentro de la realidad social de los Estados, de forma abierta y libre; y que, con seguridad, estas se pueden combinar unas con otras como ya hemos visto antes. Es imprescindible y de importancia fundamental, regular el acceso, uso, aplicación y efectos de estos procedimientos y esta afirmación aplica tanto para el caso de Ecuador como del mundo entero. Son muchos los aspectos que deben y que tienen que ser regulados, caso contrario el silencio al respecto o la prohibición, generarán clandestinidad e inseguridad para un sin número de actores que intervienen dentro de estos.

Otro punto importante, está relacionado a las causas por las que las personas requieren aplicar dichas técnicas en su vida. En primer lugar, situaciones de esterilidad o infertilidad de las parejas o individuos en solitario; vale volver a recordar en este punto, que, si bien la una y la otra tienen por resultado la imposibilidad de concebir y llevar a término el embarazo, empero son originadas por causas anatómicas y biológicas diferentes la una de la otra. Pero no solo estas son las causas de acceso o necesidad de las THRA por parte de los seres humanos, una de ellas actualmente viene dada también por la necesidad de las mujeres de retrasar la maternidad por cuestiones relacionadas a su crecimiento profesional y personal, accediendo a procedimientos como la criopreservación de embriones humanos o gametos. Asimismo, otra de las causas comunes en nuestros días es la posibilidad de erradicar enfermedades genéticas en la descendencia, por lo que las personas o parejas acceden a un proceso conocido como análisis genético preimplantacional, para eliminar de los genes de sus descendientes enfermedades congénitas que padecen ellos como ascendientes. Y no menos importante, pero si sujeto a mención como causa del incremento en uso de las THRA son los cambios en las relaciones humanas, pues su empleo y acceso ya no está limitado de forma exclusiva a parejas heterosexuales unidas en vínculo matrimonial, sino que puede aplicarse tanto a parejas homo como heterosexuales, ya sea que tengan o no, un vínculo legalmente reconocido, así como también pueden ser aplicadas a personas en solitario. Como es de notorio conocimiento, por la globalización todos estos particulares están igualmente presentes en la idiosincrasia de los ecuatorianos y

ecuatorianas, quienes también buscan las mismas aspiraciones y metas en sus vidas personales y de pareja y proyectan de igual forma objetivos parentales apoyados por las THRA, por ello su regulación y articulación lógica con las normas existentes, se vuelve indispensable, así como también requiere un análisis y reforma de normas arcaicas poco actualizadas que limitan su acceso y ejercicio.

Todo lo dicho se une a un importante contexto que inunda la realidad ecuatoriana desde el año 2018, pues tuvo lugar en nuestro país un caso trascendental e importante sobre la materia y que fue resuelto por los Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador. El conocido Caso Satya, resuelto en sentencia signada con el número 1692-12- EP, en el cual la Corte como parte de la garantía de no repetición y de la reparación integral, dispuso que la Asamblea Nacional, en el plazo no mayor a un año contado desde la fecha de notificación de la sentencia; adopte y expida las disposiciones legales y normativas necesarias y pertinentes para regular las técnicas y procedimientos de reproducción humana asistida en el país. A pesar de ello, el legislativo continúa en mora respecto al tema y el único acercamiento que ha existido hasta la fecha sobre la materia fue aquel llevado a cabo en el Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, propuesto por la asambleísta de aquel entonces, María Alejandra Vicuña, cuya finalidad consistía en regular todo lo concerniente al uso y aplicación de estos procedimientos, los derechos y obligaciones filiatorios y no filiatorios de quienes intervienen en el proceso médico y todo lo relacionado a estas prácticas propiamente dichas. No obstante, este proyecto de ley no fue aprobado y hasta la fecha no existe nada claro ni concreto en la materia en cuestión. Siendo este el bagaje histórico y la realidad de hoy en día de los requerimientos de los ecuatorianos, es fundamental hacernos la siguiente pregunta, que se resume así: ¿Cuál es la situación actual de las THRA en la legislación de Ecuador? Pues su respuesta nos va a permitir desarrollar gran parte del tema de este acápite y cumplir con nuestros objetivos planteados. (Jara Reyes & Serrano, 2018, págs. 4-5)

Dando respuesta al interrogante anterior, debemos decir que, la situación actual se resume, por un lado, en un marco constitucional base que incorpora la posibilidad del uso de las THRA en el Ecuador, en base a principios de equidad, solidaridad, interculturalidad, eficiencia, eficacia, universalidad y bioética. Y, por otro lado, también nos enfrentamos a dos problemas importantes: el un problema, respecto de que no existe normativa secundaria o infraconstitucional que desarrolle aspectos sobre la

materia; y el segundo problema, que las normas que existen relacionadas a este tópico, antes que permitir dichas técnicas, las prohíben o nulitan sin ningún tipo de consideración o interpretación adicional, o solo se limitan a entorpecer su práctica por ser amplias y muy poco desarrolladas. Lamentablemente, es indispensable que estos aspectos sean desarrollados desde la ilustración que otorga la norma constitucional y regulados mediante normativa secundaria directa que permita el ejercicio de derechos humanos y constitucionales reconocidos en el Ecuador. Es importante dejar sentado que, en gran parte, el desarrollo y regulación de estos aspectos, está en manos de la autoridad sanitaria nacional competente, que sería el Ministerio de Salud Pública, como entidad habilitada para regular y definir pautas importantes en el desarrollo y práctica de estas actividades; así como también, se requiere de un aporte de la sociedad civil en cuanto al desarrollo y debate de aspectos relevantes y controversiales que deben adaptarse a la realidad de nuestro país; y finalmente, se requiere también el aporte y trabajo oportuno de la Asamblea Nacional para llevar a cabo dicha labor legislativa. Pues es evidente, que no todo puede ni debe ser regulado vía sentencias, debido a que existe también el conocido principio de reserva legal, en favor del legislador. (Jara Reyes & Serrano, 2018, págs. 4-7)

Ecuador es uno más de los países alrededor del mundo que, requiere reformas importantes en materia de filiación y salud reproductiva, respecto de todos los temas relacionados a la reproducción humana asistida y la voluntad procreacional. Pues actualmente, técnicas como las desarrolladas en líneas anteriores, es decir: fecundación in vitro, inseminación artificial, gestación por subrogación y cada una de las variantes posibles en aquellas, ya se aplican en nuestro país, tanto por nacionales como por extranjeros y ello ha llevado a la necesidad imperiosa de regularlas para evitar: inseguridad jurídica, vulneración de derechos, explotaciones, abusos, clandestinidad y todos los problemas que surgen con la falta de regulación o prohibición infundada. Para ello hemos de referir un análisis partiendo de lo siguiente, en nuestro país la vida se protege desde la concepción, por ende, respecto de los embriones y su estatus jurídico y derechos, en el contexto ecuatoriano, nos llevan a entender que ellos se protegen de la siguiente manera: el artículo 45 de la Constitución, señala que: *“tanto niñas, niños y adolescentes gozan de los derechos comunes a todos los seres humanos y el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido su cuidado y protección, desde la concepción”*. Asimismo, el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 2, sostiene

que: “*las normas de dicho cuerpo legal son aplicables para todo ser humano desde su concepción hasta que cumpla 18 años de edad*”. Igualmente, el artículo 20 de la misma norma, indica que: “*niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a la vida desde su concepción*”. Y finalmente, el artículo 63 del Código Civil sostiene que: “*la ley protege la vida del que está por nacer, así como protege sus derechos mientras no haya nacido*”. Todo lo mencionado lo articulamos con la idea de que, las técnicas de reproducción humana asistida que van de la mano de la criopreservación de gametos, embriones o pre embriones humanos, como el caso de la fecundación in vitro y sus variantes o la gestación por subrogación más fecundación in vitro, requieren regular: el cuidado, manejo y protección de los embriones. Mismo que le corresponde a las Clínicas o Centros de Reproducción Humana Asistida, en los cuáles existe un banco de embriones de parejas que han decidido congelarlos por algún motivo legal en específico y dichos establecimientos se tornan en sus custodios y guardianes, hasta decidir, qué nuevo fin lícito se puede dar a los mismos. Si bien las normas en cuanto a la protección de la vida desde la concepción, son por lo menos claras en nuestra legislación, lo que no está claro, es el control y tutela a la que deben someterse los Centros o Clínicas que crioconservan los mismos, para protegerlos durante: todo el proceso previo a la fecundación, posterior congelamiento y su uso final y destino final. No existen parámetros de calidad ni responsabilidad señalados en ninguna ley, para regular dicha práctica; y, sin embargo, esta se lleva a cabo en nuestro país. Tampoco se ha hecho mención alguna al destino último que se puede dar a estos embriones o pre embriones y si estos pueden ser donados a otras parejas o personas solas, ni bajo qué parámetros filiatorios se haría aquello. Así como no se hace referencia al tiempo que se pueden congelar los mismos. Por tal motivo, respecto de la crioconservación de embriones o pre embriones, podemos concluir que en Ecuador no existe referencia alguna sobre la práctica y su ejecución propiamente dicha, empero existen disposiciones claras sobre la protección de la vida desde la concepción, y ello vuelve imperiosa la regulación de dicho procedimiento paralelo y secundario, que se aplica regularmente con algunas THRA en nuestro país. (Jara Reyes & Serrano, 2018, págs. 19-21)

Ahora bien, hagamos mención también a otro punto controvertido y relevante sobre el tema de las THRA en la legislación de Ecuador. Específicamente nos vamos a referir a los llamados Bancos de Óvulos y Semen, a la situación jurídica de los donantes y a la situación filial de él o los padres o madres de intención, en estos casos concretos.

Como primera idea debemos considerar que la situación de muchas parejas o personas en solitario, que buscan dar inicio a un proyecto parental con la ayuda de las THRA, tienen problema que no es únicamente frente al acto sexual para dar inicio a la concepción o a la posterior gestación como tal, en la gran mayoría de casos las parejas heterosexuales padecen de alguna complicación médica o biológica que se traduce en la mala calidad o inexistencia de material genético reproductor masculino, femenino o ambos. Así como también en el caso de parejas homosexuales es obvia la inexistencia de material genético reproductor, ya sea femenino a masculino, dependiendo que tipo de pareja homosexual que sea, o incluso puede tratarse de una pareja homosexual en la que se dé la inexistencia de una parte del material genético reproductor, y además la inexistencia o mala calidad de la otra parte del material genético reproductor, al mismo tiempo. Finalmente, otra de las realidades puede ser una persona en solitario, hombre o mujer, que frente al deseo de ser padre o madre, requiera el aporte de la otra parte del material genético reproductor, pues se trataría de una obvia inexistencia de una de las partes de dicho material, o incluso podría requerir ambas partes del material genético reproductor, pues existe la posibilidad de que la persona en solitario ya sea por inexistencia o mala calidad, tampoco pueda emplear su propio material genético. Como bien hemos dicho, tanto las unidades hetero parentales, como las homo parentales y monoparentales podrían requerir material genético de un tercero o terceros ajenos a la pareja, en el caso de las parejas o simplemente de una persona o personas ajenas a la mono parentalidad, en el caso de individuos solos. Para dar una respuesta médica y científica desde la reproducción humana asistida, se han creado ya desde hace algunos años atrás, los llamados bancos de óvulos y semen. Estos bancos consisten en establecimientos a donde acuden personas, hombres o mujeres, que después de someterse a un determinado procedimiento, donan sus óvulos o su semen para que este sea almacenado y congelado hasta que alguien lo requiera. Se trata de una técnica exactamente igual a la crioconservación de embriones referida en el párrafo anterior, lo que se diferencia en este caso, es que esta técnica, congela el material genético reproductor donado previamente por separado y no lo fecunda para conservarlo. Como ya se ha dicho, en una gran cantidad de países, estos establecimientos se nutren de donantes en su mayoría anónimos, que acuden de forma voluntaria y altruista, a dejar su muestra y luego de ser revisada según parámetros de calidad y viabilidad genética y anatómica, esta es almacenada para que pueda ser utilizada por parejas o personas que las requieran. (Jara Reyes & Serrano, 2018, pág. 22)

Es imprescindible dejar sentado, que, frente a la idea de la donación de óvulos y esperma, se considera que las personas que obran como donantes en estos casos, lo hacen de manera altruista y sin la intención de obtener algún tipo de retribución económica al respecto. Sin embargo, los entendidos en la materia, frente a varios datos recopilados y encuestas existentes en diferentes países, han concluido que esta práctica de la donación, es efectivamente en el caso de las mujeres con sus óvulos, una actividad altruista, pues la retribución económica que reciben por la donación no es suficiente ni representa una suma significativa frente a las molestias y padecimientos a los que se exponen, para poder extraer sus óvulos y donarlos. Por el contrario, en el caso de los hombres, la situación no es la misma, pues el proceso de extracción de semen no representa ningún camino arduo o procedimiento tortuoso que los exponga a padecimientos y molestias significativas, por lo que en todos los casos se torna en una actividad con fines de lucro netamente. Es una realidad que los donantes reciben una compensación por las molestias que genera dicha actividad de donación de óvulos y semen. Empero, también es una realidad que las clínicas o centros que dirigen un banco de este tipo, también lucran frente a dicha actividad como tal, pues su rol consiste en ser intermediarios entre el material donado y las parejas o personas que lo requieren. Sobre el tema en cuestión muy pocos países regulan algo al respecto y Ecuador lamentablemente, no es uno de ellos. En nuestro país, pese a que existen establecimientos de bancos de óvulos y esperma, las condiciones de la donación, el almacenamiento, posterior transferencia y derechos y obligaciones filiales de los donantes y de los donatarios, no están reguladas. Lo opuesto ocurre con España en donde si existe una regulación sobre el tema en cuestión; y aspectos como: la donación, las retribuciones y posteriores transferencias y derechos correlativos, están previstos sus normas; algo similar ocurre en algunos otros países europeos. Por tal motivo, este tema constituye otra de las aristas que con relación a las THRA deben ser reguladas en Ecuador y para ello haremos mención en el título siguiente a los avances de la legislación comparada. (Jara Reyes & Serrano, 2018, pág. 23)

Otro aspecto relevante con relación a la donación de óvulos y esperma, es aquel que se relaciona directamente con los efectos que estas técnicas heterólogas causan en el caso de la filiación. Y ello tampoco ha sido previsto en nuestra legislación, razón por la que es importante referir, cuál es la situación actual en relación a este tema en nuestras leyes. Para saber también sobre qué aspectos y puntos específicos, deberían

darse los debates y discusiones futuras para incorporar aquello en nuestro ordenamiento jurídico. Uno de los puntos importantes de discusión está encaminado a si respecto de los donantes por su parte, puede existir una renuncia a la maternidad o paternidad biológica o genética, que se da por la pertenencia del material genético que han donado y cómo se materializaría dicha voluntad de renuncia. Asimismo, otro de los puntos relevantes sobre el tema es, cómo en base a la fecundación in vitro o a la inseminación artificial heterólogas, nacen vínculos filiales para otra u otras personas o parejas que no tienen una correspondencia biológica o genética con el material, genético del concebido y respecto de aquellos, cómo ha de materializarse la voluntad de ser padres o madres de dichos niños o niñas concebidos en estas circunstancias y con aporte de otra persona ajena al proyecto parental, en pareja o individual. (Jara Reyes & Serrano, 2018, págs. 23-24)

En Ecuador, la filiación biológica o genética, la registral y la adoptiva están claramente definidas y normadas. Sobre ellas ya hemos hecho alusión en varias líneas, y hemos establecido algunos puntos relevantes que seguramente también deban ser reformados a futuro por los legisladores; hasta que las disposiciones existentes sobre la materia, no excluyan a ninguna persona en razón de su género, orientación sexual o estado civil, como en el caso de la filiación adoptiva, por ejemplo. No obstante, en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe regulación sobre la filiación o su determinación en el caso de los niños o niñas concebidos y nacidos con ayuda de estas técnicas y peor aún en los casos en los que existe la intervención de un tercero o terceros en calidad de donantes de gametos masculinos o femeninos, o de una mujer en calidad de gestante sustituta. La realidad de nuestro país es que, en ninguna disposición normativa, existente hasta la fecha, se encuentra prevista la voluntad procreacional como causante de vínculos filiales; ni tampoco está prevista la posibilidad de renunciar de forma abierta a la paternidad o maternidad de un ser humano cuando existe correspondencia biológica o genética con aquel. Motivo por el cual, en caso de darse un escenario de donación de gametos, para los donantes, se podría establecer una filiación posterior (en base a una acción de investigación de las correspondientes maternidad o paternidad de la mano de un examen de ADN). Y para los padres o madres de voluntad o socio-afectivos, no existiría la posibilidad de reclamar una filiación sin correspondencia de la verdad biológica que se ha tornado en una máxima del derecho filiatorio, en nuestra realidad socio-jurídica. Son taxativas las

normas respecto de la filiación en el Código Civil ecuatoriano y también lo son aquellas disposiciones concernientes a la acción de investigación de la paternidad o maternidad de una persona. Por ello, frente al tema no existe mayor aporte sobre el tópico de las THRA en el marco jurídico ecuatoriano. Finalmente, con relación a este punto, podemos decir que el tema del anonimato de los donantes, tampoco se encuentra regulado y entraría en conflicto en nuestro país, con el derecho constitucional que tenemos las personas a conocer nuestra identidad genética y cuál sería el alcance que este derecho podría tener frente a la determinación de la paternidad o maternidad biológicas, en el caso de conocerse en algún momento la identidad de los donantes. Este último punto se vuelve un problema porque tampoco existe regulación respecto a la obtención, almacenamiento, cuidado y usos que se le puede dar a los gametos donados, peor aún existe un pronunciamiento sobre los derechos y obligaciones que amparan y que corresponden a los donantes heterólogos y a los receptores de componentes anatómicos y biológicos, esta última idea ya fue desarrollada de manera más amplia en líneas anteriores y la volvemos a mencionar a efecto de destacar su importancia con este tema también. (Jara Reyes & Serrano, 2018, págs. 25-27)

Continuando con el análisis de la realidad jurídica del Ecuador frente a la regulación de las THRA, nos vamos a referir ahora, a la figura de la filiación propiamente dicha y los problemas que tendría que enfrentar. La legislación en el Código Civil, en su artículo 24 enumera de forma taxativa tres formas de establecer la filiación, entre ellas se atiende a: una filiación biológica matrimonial o no matrimonial, una filiación de tipo registral y a una filiación que la podríamos llamar judicial pero que propiamente dicha es una consecuencia de la acción de investigación de las correspondientes maternidad, paternidad o ambas en la vía judicial y habiendo obtenido una prueba de ADN compatible genéticamente, con el padre, la madre o ambos. Asimismo, es el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el que regula la filiación de tipo adoptiva y establece unas reglas para el efecto. Empero cuando hablamos de la filiación generada por la voluntad procreacional estamos frente a un problema relevante pues al no estar regulada aquella, entra en conflicto con las presunciones de hecho de la maternidad o paternidad que son un rezago y legado milenario importante del derecho romano en las legislaciones romano-germánicas. Entre ellas, debemos mencionar a la presunción de maternidad que se determina por el parto, es decir; se tendrá por madre de un recién nacido a quien lo dé a luz, independientemente de que

nos encontremos frente a una gestación por sustitución en la que no exista ningún vínculo genético ni biológico entre la persona gestante y el nacido, pues según esta presunción será el vínculo gestacional el que determine la filiación. Por otro lado, en el caso de una pareja heterosexual unida en matrimonio o por unión de hecho, puede darse que la pareja conciba un hijo o hija con aporte de material genético de un tercero ajeno a la pareja o compañero permanente. Si en este caso, atendemos a la presunción existente en nuestra legislación, tendríamos que en la pareja heterosexual que reciba el aporte genético de un donante masculino, el miembro masculino de la pareja, no compartiría la identidad biológica y la jurídica con el concebido, pero por la presunción de paternidad sobre el caso específico, al ser nacido en matrimonio o unión de hecho legalmente reconocida, tendrá por padre al marido o compañero permanente. Esta misma situación, pero en el caso de un donante de gametos femeninos, también encuentra respuesta en la presunción de maternidad dada por el parto, si bien puede ser que la madre genética y la madre jurídica no coinciden, por la presunción de maternidad en relación a quien da a luz al niño o niña, aparentemente se solventa este particular con dicha presunción. Empero, estos casos que superficialmente y haciendo un análisis extensivo de las normas, encontrarían respuesta en estas dos presunciones antes citadas y ejemplificadas; no obstante, generan conflictos grandes en el caso de parejas que no estén unidas por ningún vínculo legal, o en el caso de parejas que reciban el aporte de gametos femeninos junto con el aporte del vientre de una mujer gestante, o en el caso de hombres y mujeres en solitario que quieran iniciar un proyecto parental individual, entre muchos otros supuestos. Pues no debemos olvidar que las presunciones no se adaptan a todos los casos y variables posibles frente a la voluntad procreacional, a las THRA y a las necesidades propias de las personas, por lo que las preguntas frente al origen de los vínculos filiatorios, quedan sin ser contestadas. En relación a lo señalado a lo largo de este párrafo, debemos concluir que, dadas las existencias legales y normativas sobre la materia, en nuestro país la filiación por voluntad procreacional encuentra conflictos y problemas en nuestra realidad jurídica actual y en este contexto vulnera derechos de grupos poblacionales importantes. (Jara Reyes & Serrano, 2018)

En esta línea podemos también referir un análisis de la técnica de la gestación por sustitución o subrogación. En Ecuador la filiación se establece principal y fundamentalmente por la situación misma del alumbramiento o parto, por lo tanto, aquella posibilidad de que otra mujer sea la que geste en su vientre al hijo o hija de otra

u otras personas, no se presenta como un panorama viable en nuestra realidad social. En primer lugar, respecto de la gestante rige una presunción importante que es el alumbramiento y no podría renunciarse por escrito o de forma expresa, de ninguna manera válida según nuestras disposiciones normativas vigentes. Dicha práctica como tal, al estar prohibida tácitamente, se ve orillada a la clandestinidad y los casos de gestación subrogada no son conocidos por las autoridades médicas ni sanitarias para los controles respectivos. Como consecuencia de aquello, las personas involucradas tanto en la figura o rol de comitentes, que son quien o quienes encargan la gestación propiamente dicha, así como la persona que interviene como gestante, que será quien lleve en su vientre al concebido; se ven expuestas a abusos, injusticias y vulneraciones de derechos humanos. Para ambas partes existe la posibilidad de ser explotadas al someterse a este procedimiento de reproducción asistida, llegando a ser incluso extorsionados durante el proceso de gestación. En torno a la falta de regulación de esta figura, otro problema sustancial se genera con la determinación de la filiación. En este caso concreto, la ley ecuatoriana establece que en efecto la maternidad está determinada por el parto, y podrá constar como madre del menor únicamente quien lo gestó y lo dio a luz. La madre comitente en el caso de parejas heterosexuales o una mujer sola, no constará legalmente como madre y no tienen ningún vínculo válido ni legalmente reconocido con el recién nacido. Así como tampoco tendrán derecho los padres o madres comitentes en el caso de una pareja homosexual masculina o femenina que haya tenido que encargar la gestación a un tercero. De igual forma si un padre comitente solo, encargara la gestación a una sustituta, le quedaría nada más reclamar su paternidad por la vía de la acción de investigación de la paternidad, y esto cuando su material genético se haya empleado para la fecundación, caso contrario tampoco se da esta posibilidad. No debemos olvidar que en algunos de los casos expuestos, la gestante se verá en la obligación legal de asumir una maternidad que no le corresponde desde el punto de vista de la voluntad procreacional, por la ya mencionada presunción de maternidad por el parto, y aunque podría ésta, ser impugnada según lo previsto en el Código Civil, se dejaría en orfandad materna al recién nacido hasta que se pueda gestionar su adopción por parte de la madre comitente, en un procedimiento judicial largo y cansino; conociendo además que la adopción está limitada en nuestro país para ciertas personas. Sobre este tema concreto, de la adopción hemos de referir una especial atención en este punto específicamente, pues el artículo 163 inciso 1, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala que: *“se prohíbe dar en adopción a las*

criaturas que están por nacer” y esto merece especial atención por cuanto se prohíbe tácita y de forma indirecta que se celebre algún tipo de acuerdo de gestación subrogada que como consecuencia de nuestras leyes incurriría en la prohibición antes mencionada. Ahora bien, continuando con el tema de la gestación subrogada como tal, debemos decir que todo este complejo escenario descrito en las primeras líneas de este párrafo, de hecho, ya se está dando en la realidad práctica. Cuando estamos frente a una gestación subrogada sin aporte de material reproductor de la gestante, por ejemplo. Y no se diga en el caso de tratarse de aquella en donde la gestante aporta su material genético, misma que está permitida en algunas legislaciones como la de la India. En nuestro país estaríamos frente a una dificultad igual o más compleja a la anterior, porque los problemas no serían solo en torno a la determinación de la filiación, como ya se detalló en líneas anteriores, sino también en torno a la posibilidad científica de que la gestante quiera quedarse con el recién nacido, ello en atención a que durante la gestación se forman vínculos afectivos con el bebé, independientemente de que se tenga o no correspondencia biológica o genética con quien lo gesta.

Un punto muy importante que debemos considerar sobre esta base de ideas, es que existió la intención de regular la gestación por subrogación en el Proyecto de Ley del Código Orgánico de la Salud, en donde trató de hacerse alusión a esta figura y a su naturaleza de carácter altruista. La disposición en efecto prohibía cualquier tipo de contraprestación económica a la mujer gestante por la labor de llevar en su vientre el hijo o hija de otra persona o pareja. No obstante, la norma también hacía especial alusión a que, son él o los comitentes o padres o madres de intención, los que deben cubrir y afrontar los gastos correspondientes al aspecto médico ginecológico en general; temas de movilización y hospitalarios de forma amplia; así como los controles con el médico obstetra durante el embarazo; y, sobre todo, los gastos de alimentación y manutención involucrados directamente con el período de gestación y post parto. Dicho proyecto incluía la necesidad de exigir a los contratantes, la firma de consentimientos informados previos, en donde aceptan y asumen los riesgos del proceso implantacional y gestacional que se dan con la gestación subrogada. Empero, el proyecto de ley, no refería una mención adecuada de los derechos y obligaciones que deberían ser regulados por vía contractual, en el caso de él o los comitentes y de la gestante subrogada. Y, lamentablemente, dejar aquello al azar, implicaría vulneraciones y abusos que pueden originarse en ambas partes de la relación contractual, llevando a

problemas durante el proceso de gestación y posterior a este. Finalmente, en este contexto, es importante señalar que tampoco se desarrolla una regulación sobre el origen de la filiación, ni como ha de ser superada la presunción de que la maternidad se relaciona directamente con el parto, por ello, tampoco era una propuesta de ley adecuada ni completa en estricto sentido.

Dentro de otra idea a ser analizada, debemos decir que en Ecuador, como bien se ha mencionado antes, la posibilidad de dar origen a la filiación por medio de la voluntad procreacional no está prevista en nuestras leyes, llevándonos a la conclusión de que no podría determinarse la filiación en atención a este criterio del elemento volitivo (dado por quienes tienen la voluntad e intención clara de iniciar un proyecto parental con ayuda de las THRA heterólogas), sino que prevalecería el elemento genético o biológico (dado por quienes aportan los gametos masculinos y femeninos) aspecto este que, ocasiona algunas de las complicaciones descritas a lo largo de esta investigación y respecto de las cuales, en el título siguiente haremos alusión expresa a las posibles regulaciones y reformas que deberán adaptarse al Ecuador en base a la normativa comparada. Si bien este problema descrito tiene una importancia significativa para nuestro tema de estudio, existe otro tema paralelo y con la misma importancia que no se ha tenido en consideración por nuestra legislación tampoco. Este tema, gira en torno a la posibilidad que tendrían las personas solas o las parejas, de retirar su voluntad procreacional, una vez que esta ha sido otorgada válidamente por los medios que se exijan para su materialidad y validez. La pregunta aquí sería, hasta cuándo podrían retirar su voluntad procreacional, para dejarla sin efecto; sin que ello implique vulneración de derechos del concebido, pero no nacido, sabiendo que en nuestra legislación sus derechos y su vida se protegen desde la concepción.

Otro interrogante sería determinar si es posible la figura del aborto en los casos de gestaciones iniciadas con técnicas de reproducción humana asistida homólogas u heterólogas; tiempo y causas en las que podría darse. O si por el contrario la voluntad procreacional debería ser inmóvil y fija y no podría ser retirada una vez expresada y materializada en los soportes respectivos. En el caso de Ecuador nada se dice puntualmente respecto de la voluntad procreacional y su viabilidad para dar origen a un vínculo parento-filial, desde el ámbito legislativo principalmente. Así como tampoco se hace mención alguna, a la permanencia en el tiempo de dicha voluntad procreacional, y cuando y como puede ser revocada por quién o quienes la

manifestaron. Empero, vale dejar señalado que, desde el tema judicial, existen en la materia un par de sentencias que de forma indirecta se refieren a este particular y aportan para ello. Este escenario, ni del todo bueno ni del todo malo, sin duda trae como consecuencia algunos vacíos y complicaciones prácticas, pues de no regularse, se podría obrar en una libertad absoluta, perjudicando y vulnerando incluso derechos de terceros. Qué pasaría con los derechos del concebido si una vez llevada a cabo la fecundación in vitro o la inseminación artificial, él o los padres o madres socio afectivos o de intención, deciden en conjunto o unilateralmente ya no llevar a cabo la gestación y desean interrumpir el embarazo. En el caso de nuestro país, esta y muchas otras interrogantes en torno a la vigencia en el tiempo de la voluntad procreacional para gestar con ayuda de las THRA, no tienen una respuesta clara, y dichos cuestionamientos solo encuentran respuesta en la legislación comparada, que se ha adelantado positivamente en algunos aspectos de esta materia. (Jara Reyes & Serrano, 2018, pág. 29)

Este particular referido en el párrafo anterior tiene una trascendencia fundamental y está vinculado incluso con el tema de la filiación post mortem. Pues, qué ocurriría si en un momento determinado en el caso de una pareja homo o heterosexual que ha buscado ayuda en las THRA para llevar a cabo una gestación y han dado inicio a los procedimientos médicos y jurídicos necesarios para poder iniciar el proyecto parental, se da la muerte repentina de uno de los integrantes de la pareja. Podríamos tener dos escenarios, uno en el que la técnica en sí misma, ya haya sido llevada a cabo, y se haya confirmado o se tenga la sospecha de un embarazo exitoso, caso en el cual las consecuencias de tipo filial y sucesorio estarían medianamente claras, pues en principio se entiende, que habría existido por parte de la pareja una manifestación de voluntad procreacional evidente y válida al respecto del inicio de la técnica propiamente dicha y su desarrollo como tal. En definitiva, la filiación ha de señalarse en base a aquella voluntad existente y otorgada en vida. Ahora bien, este primer escenario de fecundación asistida, realizada con ayuda de alguna THRA, no debe ser considerado como una fecundación post mortem en estricto sentido, pues se da inicio a la técnica durante la vida de la pareja en conjunto, y por lo tanto, los efectos y consecuencias del nacimiento, después de la muerte de uno de los padres socio afectivos o volitivos, estarán regulados en base a las circunstancias propias en las que se llevó a cabo el procedimiento y a las regulaciones existentes sobre la materia filiatoria y sucesoria en el país del que se trate.

Sobre este primer escenario, debemos decir que sus regulaciones, se encuentran comprendidas mayoritariamente, en las reglas del Código Civil ecuatoriano, relativas los hijos póstumos. Y sobre estas volveremos más adelante, cuando analicemos algunas regulaciones existentes en la legislación comparada y también cuando expliquemos lo que podría ocurrir en Ecuador si alguno de estos casos tuviera lugar aquí.

Empero si analizamos el segundo escenario respecto de que la técnica propiamente dicha no haya sido iniciada durante la vida de la pareja; es decir para ser más específicos, deberíamos diferenciar dos momentos: un momento preparativo en donde se realizan una serie de evaluaciones y análisis médicos y se recolecta o estudia el material genético reproductor propio o donado para poder llevar a cabo una posterior implantación en el vientre materno. Y, un segundo momento, en el cual se realiza in vitro la fecundación de los gametos masculinos y femeninos y se implantan en el vientre o anexos de un aparato reproductor femenino, en el caso de una (FIV); o se insemina a la mujer con el material genético reproductor masculino, en el caso de una (IA). Esta diferencia dentro del procedimiento de una THRA tiene mucha relevancia a efectos jurídicos de la voluntad procreacional, porque marca dos momentos importantes. Y además en base a ellos, se señalan por las legislaciones de otros países, que, si contemplan normas relativas a estas técnicas, diferentes efectos y consecuencias de la filiación y de la sucesión. Pues el momento en el que nos encontremos es fundamental, para distinguir si se trata o no, de una filiación post mortem, o se trata por el contrario de una filiación de hijo o hijos póstumos.

Ahora bien, si este caso de la fecundación post mortem llegara a darse en Ecuador, tendríamos las siguientes complicaciones, pues al respecto es claro que nuestra legislación no se ha detenido a regular las técnicas de reproducción asistida sean o no post mortem y los vacíos son evidentes en cada uno de los casos analizados. Por ello, en el supuesto de una fecundación post mortem, llevada a cabo en nuestro país, a más de los problemas propios que causa en otras realidades jurídicas esta figura particular, tendríamos otras complicaciones adicionales en el caso ecuatoriano. Entre los problemas más comunes que se suscitan, están: por un lado, el determinar quién o quienes pueden acceder a estas técnicas post mortem; cuáles son los requisitos formales que deben observar las personas para expresar el consentimiento y voluntad de que sus gametos sean utilizados después de su muerte; es o no posible la existencia de una voluntad o consentimiento tácitos sobre el tema; cuáles son los derechos filiatorios y

sucesorios que nacen para el concebido y nacido; existe alguna limitación temporo-espacial para llevar a cabo dicha fecundación post mortem; y en general cuál es el presupuesto jurídico del que nace la filiación entre ascendientes y descendientes. Si bien lo descrito en líneas anteriores condensa algunos problemas macro sobre esta filiación que viene de la mano de las THRA, estos no serían los únicos problemas posibles frente a la filiación post mortem, pues sin duda uno de los problemas más actuales, que está en auge sobre este particular, se relaciona a si la filiación post mortem incluye o no incluye a técnicas de reproducción asistida de tipo heterólogo. Dicho esto, analicemos ahora dos posibles artículos que darían una luz sobre el tema en nuestro país; empero, ello solo es posible haciendo un análisis e interpretación extensiva, fuere del margen de previsión de la norma según su tenor literal. En principio el artículo 243 del Código Civil ecuatoriano, se refiere a: *“Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto. La denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes al día en que tuvo conocimiento de la muerte del marido.”* Y el artículo 244 del mismo cuerpo normativo, señala que: *“La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto. Y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no estará obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo no fue del marido.”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021) Podría creerse que, mediante un análisis extensivo de las dos disposiciones antes citadas, estas podrían llegar a suplir en cierta forma la falta de regulación de la filiación post mortem por medio de las THRA. Sin embargo, de ser ese el caso, su aplicación aún sería restringida y discriminatoria por cuanto quedaría limitada a parejas heterosexuales que estén unidas en matrimonio y esta idea se deriva, cuando la norma habla de la mujer y su marido difunto. Por otro lado, se limitaría solo a la posibilidad de que la cónyuge superviviente sea quien lleve a cabo una fecundación post mortem exclusivamente con los gametos del marido; empero, en el caso de que el marido, sea el cónyuge superviviente este no podría acceder a una fecundación post mortem con intervención de una gestante subrogada. Adicionalmente, vale dejar sentado que la disposición del artículo 243, solo se refiere a un embarazo natural de la mujer, que es conocido luego de los días del marido, cuando éste, está recién fallecido. No obstante, en ningún momento se refiere a que pueda la mujer buscar un embarazo con el material

genético reproductor del marido porque para ello, la norma debería ser expresa en señalar que hay esa posibilidad específica de un embarazo con los gametos crioconservados de la pareja. Por ende, de los términos de la norma, al hablar de embarazo se infiere que se trata de uno llevado a cabo por medios naturales. Finalmente, las disposiciones hacen referencia a temas de asignaciones hereditarias respecto de los bienes del marido para el concebido y no nacido y para la mujer embarazada, aunque este no nazca o si lo hace dentro del tiempo lógico de gestación después de la muerte del marido; y si la mujer efectivamente cumplió con informar de este particular a los que pudieren tener interés en ello, como causahabientes del causante. Si bien estas son disposiciones relativas a un hijo póstumo, y, es claro que no son regulaciones relativas a lo que debe estar normado sobre la filiación post mortem con uso de las THRA, es en estas disposiciones en las que algunos tratan de encontrar la respuesta de cómo es que la filiación se deriva para los hijos, con posterioridad a la muerte de uno de los progenitores, cuando se usan las THRA. (Vélazquez, 2018, págs. 10-11)

Un último tema a ser analizado en este título y que en párrafos anteriores se desarrolló desde otra perspectiva, se relaciona también a la forma en la que deberán garantizarse los derechos filiatorios en sí mismos, así como aquellos derechos y obligaciones que se derivan de los lazos filiales como tal, entre ascendientes y descendientes; después de la concepción, durante la gestación y después del nacimiento de los niños o niñas concebidos con ayuda de las THRA. Cuando hablamos de la forma en la que deberá regularse el acceso y posteriores efectos legales y jurídicos de la reproducción asistida en el Ecuador, nos referimos a un aspecto fundamental relacionado a la voluntad procreacional y surgen los siguientes puntos de estudio: forma en la que debe ser manifestada la voluntad procreacional; quien es la autoridad competente que debería dar validez a la manifestación de la voluntad procreacional, en caso de que requiera ser otorgada ante alguna autoridad; cuáles son los requisitos que deben ser observados para manifestar de forma válida dicha voluntad; qué tipo de instrumento debería contener dicha voluntad; y, cuáles son los términos y condiciones mínimas, que deberán regular los convenios que se suscriban entre privados para llevar a cabo una técnica de reproducción asistida de tipo heteróloga principalmente. Tratando de dar respuesta a estos interrogantes desde la legislación ecuatoriana, debemos decir que, en efecto, podría haber dos posibles caminos en este sentido. Y atendiendo por un lado al artículo 234 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su numeral 4

sostiene que: *“Los jueces y juezas de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia son los competentes para conocer todo lo relativo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes”*, según la Constitución de la República del Ecuador y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país. Con el fin y labor de garantizar a todos los menores que viven en el territorio, un desarrollo integral y el goce y disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, igualdad y dignidad humana. Por otro lado, atendiendo a lo que señala la Ley Notarial vigente en nuestro país, su artículo 6 señala que: *“Los notarios en el Ecuador son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de los solicitantes, determinados actos, contratos y documentos que señalan las leyes de la materia.”* En su labor, los notarios, son quienes receptan, interpretan y dan forma legal a la voluntad exteriorizada sobre algún asunto del fuero interno de las personas que requieren de su ministerio y control, para dar validez a los acuerdos que recaen en sus relaciones privadas y particulares con otros individuos. En este sentido algunos doctrinarios entendidos en la materia, señalan que la autoridad competente para conocer de la voluntad procreacional en medio de un proceso tendiente a la autorización judicial de la práctica en el caso de las THRA heterólogas en nuestro país, deberían ser los jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Ya que ellos al conocer de la materia velarán por los derechos del que está por nacer y de su familia; no obstante, existe otro grupo de doctrinarios que consideran que en efecto esta voluntad procreacional, debería ser materializada en un documento privado, de tipo negocio jurídico acto o contrato dependiendo la naturaleza del proyecto parental (bi o mono parental), en el que se exprese de forma clara esta voluntad procreacional; materializando el deseo de dar inicio a un proyecto parental individual o conjunto que será validado por un funcionario que dé fe pública al respecto, es decir el notario. Como se puede observar no existe un criterio uniforme al respecto de este tema puntual, que tiene trascendental importancia a la hora de determinar el origen de la filiación, si en efecto este aspecto se llegara a regular de forma correcta y amplia bajo alguno de los criterios antes analizados, permitiría cuando menos la posibilidad de que sea esta voluntad individual o conjunta, la que supla todos los problemas con respecto al origen filiatorio de los concebidos y nacidos con ayuda de estas técnicas. Ello en atención a que la voluntad procreacional otorgada ante un notario en instrumento privado u otorgada y autorizada por un juez, sería de obligatoria observancia para los funcionarios del Registro Civil. Permitiendo que efectivamente sean él o los padres o madres de intención o volitivos, los únicos

señalados como tales en la inscripción o partida de nacimiento de estos niños o niñas, dejando un camino claro en torno a las obligaciones, derechos y responsabilidades que nacen con el lazo de la filiación y quienes conforman este lazo. (Salame, Pérez, Huera, & Viteri, 2018, págs. 1390- 1391)

2.4 Problemática Jurídica de la Filiación frente a las THRA y respuestas en la legislación comparada

En relación a este punto del capítulo, hay que dejar sentada una idea importante y que ha alzado su voz en los tiempos modernos. Si bien durante muchos años, las legislaciones de los Estados buscaron que el parentesco que origina los lazos filiatorios, corresponda única y exclusivamente al de tipo biológico, salvo la excepcionalidad de la figura de la adopción. Hoy el parentesco ya no tiene relación o correspondencia única y exclusiva con los llamados vínculos de sangre, biológicos o genéticos. Aquí, en el caso en donde aquel o aquellos, que desempeñan el rol de padres o madres, ya no son quienes tienen un vínculo genético con quienes se tienen por hijas e hijos suyos, surge para la autora Eleonora Lamm, la idea de la parentalidad más allá de la realidad natural, pues ya no existe una verdad biológica absoluta que da origen a los vínculos filiatorios. Sino que son: la convivencia, la responsabilidad y la voluntad firme y clara de querer ser padre o madre, las que se traducen en una verdadera paternidad o maternidad y abarcan conceptos mucho más amplios en relación al tema, que solo la idea limitada y reducida, de aportar o suministrar material genético para dar origen a un ser humano. Empero en este punto es importante dejar sentado que la investigación de la verdad biológica o genética a lo largo de los años, fue relativa y utilizada a la conveniencia de quienes defendían la idea tradicional y limitada de familia. Muchos atropellos se dieron a lo largo de la historia, por cuanto con el objetivo de proteger a la familia como núcleo de la sociedad, existían vínculos filiatorios instaurados por obligación y mandato de la ley, antes que por corresponder a una verdad biológica propiamente dicha. El caso de los hijos o hijas extramatrimoniales que eran adoptados de forma obligatoria, por él o la cónyuge reconocida como tal por un vínculo matrimonial, la prohibición de investigar la maternidad con relación a una mujer casada, la prohibición que tenían los padres genéticos de impugnar la paternidad de sus hijos cuando estos habían nacido dentro de otro matrimonio; entre muchos otros casos, en los que sin duda la verdad biológica fue un ideal no cumplido o cumplido solo a conveniencia cuando de

establecer la filiación se trataba. Adicionalmente, vale decir que es recién en la actualidad, con la prueba del ADN que se puede investigar con certeza y apego a la ciencia la paternidad o maternidad en los tiempos modernos, pues es esta prueba, la que permite obtener la certeza de la procedencia genética o biológica de un individuo respecto a sus ascendientes. No obstante, antes de ella, la verdad biológica se basaba incluso en presunciones o en pruebas sin un alto grado de certeza. (Lamm, 2013, págs. 47- 49)

Ahora bien, una vez que es claro para nosotros que los lazos de parentesco sobrepasan los límites de una verdad biológica. Es fundamental, asimismo, tener presente que la filiación ya no solo es biológica, registral, o adoptiva, esta también es voluntaria o socioafectiva (atendiendo a la voluntad vocacional o de intención de los seres humanos para iniciar un proyecto parental individual o conjunto, independientemente de su estado civil). Esta última es posible, únicamente con la ayuda de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, que a la fecha son variadas y medicamente muy avanzadas, dotando de un sin número de posibilidades para tratar y subsanar problemas de infertilidad o esterilidad e incluso problemas propios de la anatomía humana, que no permiten a las parejas del mismo sexo o personas en solitario, procrear un hijo o hija por medios naturales. Como bien lo hemos dicho, estos procedimientos, tienen muchas ventajas y beneficios para los seres humanos, promueven el derecho a formar una familia, a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos, a tomar decisiones libres e informadas sobre el cuerpo humano, el derecho a dar inicio al proyecto de vida, el derecho a la salud, el derecho a beneficiarse positivamente de los avances de la ciencia y la medicina, entre muchos otros derechos humanos que se pueden ejercer y materializar para un sin número de personas, gracias a estas técnicas. Sin embargo; y no menos importante ni preocupante, es la problemática jurídica a nivel mundial, en materia de filiación, que se genera gracias a este fenómeno de la voluntad procreacional en un contexto de aplicación de las THRA.

Es por lo expuesto en el párrafo precedente, que en relación al contexto de Ecuador ya hemos hecho referencia a cada uno de los diversos problemas, vacíos y contradicciones jurídicas, entre otros; que se suscitan con relación a la filiación y a las técnicas de reproducción humana asistida. Y es por ello que vamos a referir un análisis de pequeños, pero significativos aportes sobre la filiación por voluntad procreacional en el uso de THRA, que han sido dados por legislaciones de otros Estados.

Adicionalmente debemos mencionar y analizar las respuestas jurídicas y legales, que otros países han dado para estos particulares. Empecemos diciendo que, debido a la falta de mayores controversias sobre el tema que se presenta y que existe con relación a las técnicas homólogas en parejas heterosexuales. Este será el tema que primero analizaremos en los supuestos de estudio; debido a que, en lo concerniente a su regulación, existen disposiciones más claras y aceptadas a nivel mundial. Empero, existen casos de técnicas de reproducción asistida heterólogas en parejas homo y heterosexuales y obviamente en casos de hombres y mujeres en solitario, que traerán mayor conflicto y polémica a nuestro estudio, debido a que participan en su desarrollo, muchas más personas y con diferentes móviles. Tenemos así que describir algunos temas que deben ser revisados a la luz de los aportes de la legislación comparada. Nos vamos a referir como primer punto de estudio, al tema de la donación de gametos femeninos o masculinos y a los pre embriones. Primero, entiéndase por gametos a las células sexuales reproductoras femeninas (óvulos) o masculinas (espermatozoides), que unidas, permiten dar origen a un ser vivo. Ambos gametos, femenino y masculino, al fusionarse en un proceso llamado fecundación, dan como resultado un embrión, es decir un producto de la concepción humana, una vez que han sido fusionados el gameto femenino y el masculino; bien sea por medios naturales o artificiales y asistidos. Asimismo, este embrión propiamente dicho, tendrá el nombre de pre embrión durante los primeros siete días de la fecundación y luego de la implantación en el endometrio del útero materno, comienza su estatus como embrión de la mano de su desarrollo en el vientre materno. (Clínica Universidad de Navarra, 2020)

Sobre el tema de la donación de gametos, de los embriones o pre embriones, de la técnica de la criopreservación, o de la situación jurídica de los donantes y de los padres y madres de voluntad o socio afectivos; han sido otras legislaciones de la región, como es el caso de Colombia, las que han realizado un aporte interesante y claro sobre uno de los temas mencionados, que corresponde a la donación de gametos, pre embriones y embriones. Este país vecino, a diferencia de Ecuador, en sus disposiciones regula todo lo concerniente a la obtención, almacenamiento, cuidado, custodia y posterior transferencia de dichos óvulos o espermatozoides congelados. En el artículo 2 del Decreto 1546 del año 1998, se introducen algunas definiciones importantes sobre la materia, como, por ejemplo: se habla de los donantes de gametos o pre embriones, los donantes homólogos y los heterólogos y los receptores de gametos, pre embriones o

embriones. Y en general, se hace alusión a los derechos y obligaciones de los intervinientes en el proceso de fecundación o implantación de carácter heterólogo. La legislación colombiana señala que, en el caso de los donantes, se permite mantener el anonimato y estos deben ser informados con amplitud y exactitud de todos y cada uno de los efectos legales, médicos y jurídicos que tiene la donación, especialmente en el caso de las mujeres, pues la donación de óvulos como ya se dijo en líneas anteriores genera mayores riesgos que el caso de la donación de esperma. De la misma manera, las disposiciones existentes en este país sobre el tema analizado, indican que, para él o los receptores de él o los gametos, en efecto, nacen derechos y obligaciones propios de la filiación pues se convierten en padres o madres y respecto de ellos y los concebidos y nacidos, se origina un vínculo jurídico parento filial igual al biológico, adoptivo o registral. (Jara Reyes & Serrano, 2018, págs. 25- 26)

Algo que queda determinado y establecido como una máxima en derecho y que surge con relación a esta problemática, se lo entiende por el análisis y aporte que realiza la autora Eleonora Lamm en su gran obra sobre las técnicas de reproducción humana asistida, en la que estudia al doctrinario Rivero Hernández, quien se refiere a que en el caso de aplicación de las THRA, para dar inicio a un proyecto parental, el elemento trascendental y determinante de la filiación es la voluntad procreacional, manifestada como una intención o decisión clara, concreta y expresa, de que ese niño o niña concebido con ayuda de la reproducción humana asistida, nazca por ese medio y sea registrado como hijo o hija suyo. Esta voluntad se convierte en una causa eficiente última e irremplazable que genera un vínculo filial entre los padres o madres volitivos o de intención y los hijos o hijas concebidos en estos términos. Sin lugar a duda, esta regulación solo es posible, si se deja de lado aquellos elementos biológicos o genéticos que pueden ser reemplazados en cualquier momento y no son la causa última ni única posible, de la procreación y el nacimiento. En este sentido, ya sea que se trate de una técnica homóloga o heteróloga entre parejas del mismo sexo o del sexo opuesto unidas o no por un vínculo reconocido por la legislación, o de personas en solitario: lo que no se puede sustituir bajo ningún motivo, es esa voluntad o intención de llevar a cabo esa fecundación, posterior implantación, concepción propiamente dicha y nacimiento de ese ser humano; respecto de quien sus padres o madres o ambos, tendrán derechos y obligaciones propios de la filiación. Concluyéndose que, en estos casos, los hijos o hijas nacen por aquella decisión que toman otra u otras personas, de que nazca con ayuda de

las THRA y sus técnicas complementarias, y ésta, se vuelve una causa irremplazable y eficiente de la filiación. En este contexto de ideas, debemos decir que, nace al mundo del derecho de familia y filiación, una realidad socio afectiva que adquiere la misma relevancia que las relaciones filiales basadas en el criterios biológicos o genetistas, adoptivos y judiciales. Este vínculo filial se establece en base a la voluntad procreacional con independencia absoluta, de a quién corresponde el material genético empleado para la concepción en el caso de las técnicas heterólogas que utilizan gametos masculinos o femeninos aportados por terceras personas en calidad de donantes anónimos y también con independencia de la técnica que se emplee. Es por este motivo que, en cada uno de los países que alrededor del mundo han decidido asertivamente regular las THRA, se ha colocado a la voluntad procreacional (hecho del consentimiento humano manifestado), como aquel elemento determinante y concluyente a efectos de señalar la filiación. (Lamm, 2013, págs. 50-54)

Continuando en esta línea, hay que recordar que en el título anterior, hicimos referencia a las formalidades y requisitos que debe observar la voluntad procreacional para ser considerada como creadora de vínculos filiales y poder reemplazar a la verdad biológica o genética a la hora de señalar la filiación, entre los padres o madres de intención o volitivos y los hijos o hijas concebidos con sustento en esta voluntad y con ayuda de las THRA, principalmente de tipo heterólogas, ya sea que las mismas se apliquen en parejas o en individuos solos. Para ello, sostuvimos que Ecuador no tiene un criterio uniforme al respecto y tampoco una regulación específica ni concluyente con relación a este particular; empero, la legislación de Argentina señala que para llevar a cabo cualquier tipo de técnica de reproducción humana asistida se requiere que las personas solas o parejas cuenten con una declaración juramentada en donde como información genérica desarrollen sus generales de ley e incluyan certificados de nacimiento validados por el Estado, así como información al respecto de los planes de cobertura médica o medicina prepagada a los que tengan acceso, y finalmente deberán demostrar que se encuentran residiendo en Buenos Aires por lo menos con dos años de antigüedad a la fecha de la declaración. Es en este documento en donde deberán además expresar su voluntad procreacional de llevar a cabo una técnica de reproducción humana asistida para concebir un hijo o hija con ayuda de las THRA de tipo heterólogas, y se comprometerán a su cuidado, protección y desarrollo integral desde la concepción misma, hasta el momento nacer, y durante toda la vida del nacido. No

existiendo la posibilidad de impugnar la paternidad o maternidad de este menor en ningún momento. Por otro lado, Francia también regula este particular señalando que las o los padres o madres de intención o ambos, que para procrear a sus hijos, deban acudir a una técnica de reproducción humana asistida de tipo heteróloga, tienen la obligación de poner en cocimiento de un juez o de un notario, este particular con relación al origen de la filiación; manifestando su voluntad procreacional de ser padres o madres por estos medios y comprometiéndose a que en ningún momento podrán impugnar dicha paternidad o maternidad, ni tratar de entablar algún vínculo filiatorio con los donantes de los gametos, a quienes se les mantendrá además en el anonimato con respecto a su identidad. (Salame, Pérez, Huera, & Viteri, 2018, págs. 1390-1395)

Continuando en esta línea, debemos decir que en relación al tema de la voluntad procreacional y su vigencia en el tiempo, este encuentra una respuesta más o menos completa en la legislación española y en algunas otras legislaciones que en principio tienen una regulación similar. El derecho español en la Ley 14 del año 2006, consagra que los padres o madres de intención o voluntad procreacional, ya sea que se trate de parejas homo o heterosexuales u hombres y mujeres en solitario que hayan decidido dar inicio a un proyecto parental y lo hayan hecho prestando su voluntad o consentimiento expreso, formal y previo, sobre el inicio de una determinada técnica de reproducción humana asistida de tipo heteróloga (es decir material genético reproductor masculino o femenino de un donante anónimo o no), no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de ese proceso de reproducción asistida que se ha llevado a cabo. Asimismo, la ley antes citada señala que la revelación de la identidad del donante, no implica en ningún caso, una determinación legal de la filiación para dicha persona; pues respecto de los donantes de gametos femeninos o masculinos existe una renuncia expresa a los lazos filiatorios de tipo genéticos que pudieren originarse con relación a ellos; y por ello ningún derecho u obligación, puede ni debe serle atribuida.

Con relación al tema de la identidad de los donantes, es por este motivo señalado en el párrafo anterior que muchas legislaciones regulan el anonimato de los donantes para tratar de disminuir considerablemente la posibilidad de que su identidad sea revelada y de ellos se busque obtener beneficios ilegítimos en torno a una filiación a la que se renunció. La acción propiamente dicha de donación de gametos en el caso de hombres y mujeres, aunque un poco más en las mujeres, es un proceso complicado y altamente desgastante como se ha venido sosteniendo; por ello es que pese a que

considera una actividad sin fines de lucro en donde lo único que mueve a estas personas a donar, es un interés altruista y de ayuda social, obviamente se reitera la necesidad de que reciban una retribución o compensación económica por su donación, con el único objeto de resarcir las complicaciones a las que pueden verse expuestos. Este tema del anonimato y del altruismo son los pilares fundamentales de la donación de gametos y ello debe sin duda alguna ser respetado y regulado en las legislaciones de los países. Según la regulación de nuestro país, en su artículo 76 numeral 28 de la Constitución de la República: “las personas tenemos derecho a conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, entre ellas la procedencia familiar”. Por tal motivo, en un momento determinado este derecho podría ser invocado en nuestro país con el objeto de prevalecer sobre el derecho de los donantes de gametos a su anonimato; y la institución de la filiación por voluntad procreacional podría incluso derrumbarse frente a una acción de investigación de las correspondientes paternidad o maternidad llevada cabo por el hijo o hija en cualquier momento de su vida. (Jara Reyes & Serrano, 2018, págs. 29-30)

En esta misma línea, tenemos el tema de la fecundación post mortem, cuya realidad normativa ya fue analizada en el contexto de Ecuador y ahora al revisar la normativa comparada podemos decir que en la legislación Española, en la Ley 14 del año 2006, en su artículo 9, se especifica que en el caso de premoriencia del marido, se consagra la necesidad del consentimiento previo de esta persona, para que su material reproductor, recolectado durante su vida, pueda ser utilizado durante los primeros 12 meses siguientes a su fallecimiento para inseminar a su mujer o fecundar in vitro sus gametos, y como tal este procedimiento produciría los mismos efectos legales derivados de la filiación matrimonial. Ahora bien, es evidente que, en este caso, la legislación española tampoco regula de forma amplia este espectro, lo limita al caso de una filiación post mortem solo entre parejas heterosexuales unidas por vínculo matrimonial (es decir un vínculo legalmente reconocido). Existe una discriminación manifiesta a las parejas heterosexuales y a las parejas en general, incluso del mismo sexo, que no hayan formalizado su vínculo de unión. Por lo tanto, se puede decir que este requisito previsto en la legislación española, en efecto ha limitado el ejercicio de la voluntad procreacional solo a un modelo de pareja y de familias. Por otro lado, el requisito de los 12 meses es una exigencia válida desde el punto de vista de la ética y el principio del interés superior del niño, pues de no limitarse de cierta forma en el

tiempo el ejercicio de la figura de la fecundación post mortem, estaríamos frente a la posibilidad de que en efecto ello pueda hacerse en cualquier momento y por lo tanto aquello provocaría que existan niños o niñas que nazcan sin conocer a su padre incluso muchos años después de que dicha persona hubiere fallecido. Asimismo, el determinar que este caso de filiación post mortem aplica para cuando el premoriente es el marido, es decir la muerte del cónyuge y no de la cónyuge, también torna discriminatoria la figura, por cuanto no podría ser aplicada para el cónyuge superviviente con ayuda de la FIV y la gestación subrogada. Esta última idea expresada en torno al cónyuge superviviente, así como el tema de la fecundación post mortem, que traemos a colación, en la normativa internacional, encuentra una respuesta similar a la de España, y es por ello que si en alguna de estas legislaciones incluida la de nuestro país, se dieran los supuestos antes mencionados de que parejas homosexuales o heterosexuales no unidas por un vínculo legalmente reconocido, llegaren a realizar una fecundación post mortem, existirá un vacío al momento de determinar la filiación y no podría establecerse la maternidad o paternidad respecto del padre o la madre premuertos que en efecto dejaron sus gametos en crioconservación, dichos menores nacidos no tendrían derecho a ningún lazo filiatorio reconocido con quienes aportaron su material genético en un momento determinado.

En esta misma línea, de forma general la doctrina existente sobre la materia, señala que cuando hablamos de métodos de reproducción humana asistida, sean o no estos de tipo post mortem debemos tener en consideración que dichas prácticas solo se pueden llevar a cabo con licitud únicamente si existe un consentimiento informado previo, otorgado por quienes van a dar inicio en un momento determinado de su vida como pareja o incluso después de ella, a un proyecto parental. Entonces al hablar específicamente de la figura de la fecundación post mortem, la licitud o ilicitud de la práctica se ve marcada según la doctrina, por la existencia o no del consentimiento informado de la pareja difunta y este procedimiento en concreto debe observar algunos aspectos importantes para su validez y principalmente para poder ser originario de lazos filiatorios entre ascendientes y descendientes. En primer lugar, tenemos aquel requisito de que la fecundación como tal, no debe provenir de relaciones sexuales por medios naturales en el caso de una pareja heterosexual, porque estaríamos frente a la figura del hijo póstumo como ya se mencionó en líneas anteriores. Este primer requisito aplica de forma exclusiva para el caso de parejas heterosexuales, ya que frente a otro tipo de

parejas o a personas en solitario, el mismo no tendría sentido por simple lógica. En el caso de las personas en solitario, es claro, que no requieren tener la aprobación de nadie más para una fecundación, ya que ésta se lleva a cabo con gametos de donantes y en el caso de parejas homosexuales es evidente que un embarazo no es posible por medios naturales y que se requiere la donación. Un segundo requisito, que, si aplica de forma general para todas las parejas, se relaciona a que el fallecido haya expresado su voluntad: clara, manifiesta y expresa de querer asumir las correspondientes maternidad o paternidad con relación al niño o niña que va a ser concebido con ayuda de la (IA) o de una (FIV). Vale decir que si esta voluntad no ha sido retractada en el momento oportuno por quien la otorgó, su validez seguirá intacta.

Por su lado, un tercer requisito que debe ser observado gira en torno a la inseminación o implantación del óvulo fecundado en el vientre de la mujer superviviente (caso de una pareja heterosexual donde muere el hombre o de una pareja homosexual de lesbianas, donde muere primero una de las dos mujeres) o en el vientre de una gestante subrogada ajena a la relación de pareja (caso de una pareja homosexual de hombres en donde uno de ellos muere con anterioridad a que la gestación inicie, con ayuda de la subrogación de vientre, o incluso si se trata de una pareja heterosexual en donde muere el marido y la mujer superviviente no puede estar en su propio vientre por alguna dificultad existente, así como también el caso de una pareja homosexual de lesbianas en donde una de las dos mujeres fallece con anterioridad al inicio de la fecundación, y la otra mujer superviviente, no puede gestar en su propio vientre por alguna complicación existente). Asimismo, otro requerimiento, es que no debe haberse realizado durante la vida de la pareja, sino que necesariamente será después de su fallecimiento, o estaríamos frente a otra figura aplicable, que es la del hijo póstumo, y no la de la fecundación post mortem. Y el cuarto y último requisito, aunque no menos importante y que debe ser observado también, se refiere a la voluntad de la pareja superviviente de tener un hijo o hija con el material genético reproductor de su pareja difunta. Tengamos también presente de que esta técnica respecto al material genético de la pareja fallecida es obligatoriamente homóloga únicamente respecto del o la fallecida y por ello la necesidad manifiesta de un consentimiento informado previo, pues solo si está otorgado de forma válida, daría origen a la filiación por voluntad procreacional del o la fallecida y del superviviente. (Vélazquez, 2018, págs. 40-42)

Finalmente, concluyendo el tratamiento de este último tema del Capítulo 2

debemos decir que son muy escasas y limitadas las disposiciones normativas que de forma indirecta regulan o se refieren a temas relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida en sí mismas. Y peor aún, está el escenario para el caso de la filiación que podría derivarse de la voluntad procreacional con el apoyo de estas técnicas antes descritas. Por ello, hemos de hacer una breve referencia final a lo que, en resumidas disposiciones, encontramos en nuestras leyes, con relación a la materia de estudio. En primer lugar, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 164 tipifica como conducta delictual a la inseminación no consentida a una mujer, y señala que: *“la persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de 5 a 7 años.”* Es claro que esta disposición, trata de darle una protección significativa, hasta el punto de sancionar con una pena privativa de libertad la ausencia de consentimiento de una mujer, para que se lleve a cabo en su aparato reproductor, la inseminación artificial o la implantación de un óvulo fecundado in vitro. En esta misma línea de ideas, tenemos lo que señala el Código de Ética Médica, publicado en el Registro Oficial No. 5 del año 1992, en el cual se hace alusión a algunos temas puntuales y escasos con relación a las THRA. En su Capítulo XVII, que se titula: *“De la Planificación Familiar y Esterilización”*, en el artículo 107 de dicho título, señala que: *“La inseminación artificial, sólo la realizarán los médicos especialistas previo consentimiento mutuo de los cónyuges y en los casos de esterilidad o impotencia del varón comprobado científicamente.”* Y en el artículo 109, señala que: *“La fecundación in vitro, será realizada por médicos especialistas en institutos o centros de investigación autorizados previo el consentimiento de los cónyuges y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales.”* Como es notorio, la inseminación artificial y la fecundación in vitro no están prohibidas en nuestra legislación, más bien, se hace referencia a aquellas, pero se las limita exclusivamente a casos de esterilidad o infertilidad del hombre dentro de una pareja heterosexual unida por vínculo matrimonial exclusivamente. Dejando de lado a los hombres y mujeres en solitario y a las parejas homo y heterosexuales que no están unidas en un vínculo matrimonial ni una unión de hecho legalmente reconocida, quienes en principio también deberían poder acceder a estas técnicas y no necesariamente por infertilidad o esterilidad de uno de los miembros de la pareja. Adicionalmente no señalan estas disposiciones si la práctica de estas dos THRA, se puede dar de forma homóloga exclusivamente o también puede ser heteróloga con aporte de donantes. Como bien se puede observar,

son escasos los aspectos a los que se refiere y en relación al tema de nuestro interés no se habla de la filiación por manifestación de voluntad procreacional en ninguna disposición existente a la fecha, quedando un enorme vacío frente al tema en cuestión y la correspondiente urgencia de regular estos aspectos en la legislación del Ecuador. (Vélazquez, 2018, págs. 23-24)

Para comprender lo mencionado en el párrafo anterior, que como se ha realizado la comparación correspondiente con otros países que, en efecto, es evidente que están más avanzados que nosotros; algunos autores sobre este tema en la realidad ecuatoriana, sostienen que entre las posibles causas de falta de regulación de las THRA y la filiación por voluntad procreacional, así como todo lo correspondiente al acceso, práctica y consecuencias del uso de estos procedimientos en general. Las razones, giran en torno, por un lado: a la falta de materialización práctica de los derechos sexuales y reproductivos reconocidos en la Constitución de nuestro país y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado. Así como de su aplicación y ejercicio por parte de las personas en sus vidas privadas. Por otro lado, está el vacío legislativo propio del temor a regular lo desconocido y a la crítica social por defender ideas nuevas que se han dado con intervención de la ciencia y los avances de la medicina; de la mano de una moral, ética y religión cerradas que no permiten el cuestionamiento de figuras tradicionalmente reguladas por muchos siglos de una cierta forma. Incluso algunos autores señalan que, la falta de reclamo en vía judicial y la clandestinidad en la que se dan estos procedimientos de reproducción asistida, se debe considerablemente al temor y vergüenza que genera en las personas solas o parejas homo o heterosexuales el dar a conocer en un proceso judicial público, las situaciones particulares de su realidad reproductiva, que les impide, limita, o complica el dar inicio a un embarazo por medios naturales. Y todo ello, lleva a que incluso sean muy pocos los casos en los que las personas se arriesgan a reclamar judicialmente sus derechos sexuales, y reproductivos y el de formar una familia, con la intención de dejar sentados precedentes constitucionales sobre el tema. Un claro ejemplo es que desde el caso Satya en Ecuador en el año 2018, mismo que será analizado a detalle en el siguiente capítulo, hasta la fecha no ha existido ningún otro caso relevante en torno al tema y menos aún que deje sentado algún precedente de rango constitucional o judicial significativo, que marque una diferencia en la regulación actual. Por último, otra de las posibles causas que señalan los autores al respecto es que existe una desconfianza generalizada por

parte de las personas en la justicia en general, por problemas rutinarios de falta de celeridad y corrupción, que son aquellos que, unidos a la causal anterior, limitan la judicialización de casos de filiación, no previstos en las leyes. (Vélazquez, 2018, págs. 20-22)

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE SENTENCIAS REFERIDAS A LAS THRA EN LA JURISDICCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

En este capítulo nuestro estudio va a centrarse en el análisis descriptivo, comparativo y crítico de casos trascendentales en la legislación nacional e internacional, relacionados a las técnicas de reproducción humana asistida tradicionales y modernas, con un enfoque en las complicaciones que han sido superadas o que deben ser superadas en torno a la voluntad procreacional como forma de establecer la filiación en un contexto de aplicación de las THRA, de relaciones humanas cambiantes y proyectos parentales que se planean en solitario y ya no únicamente en pareja. Con relación a cada uno de estos casos, que ha sido escogidos por su importancia frente al tema de estudio, realizaremos una breve narración de los hechos y particularidades del caso, puntos de conflicto respecto de los cuales se buscó un pronunciamiento judicial, descripción del análisis realizado por él o los jueces a la luz de la legislación que ampara su respectiva jurisdicción, así como la comparación de dicho pronunciamiento frente a lo que señala o debería señalar el Ecuador en sus leyes y jurisprudencia y finalmente una crítica doctrinaria frente a la resolución adoptada en cada caso y el análisis de su completitud con relación al desarrollo del tema requerido. Todos los casos objeto de estudio seguirán esta misma lógica descrita en líneas anteriores; no obstante, al respecto del conocido caso Satya, en Ecuador, la línea de estudio va a variar levemente, pues este será analizado y comparado en relación a casos, jurisprudencia y leyes de otros países. Una vez puntualizados estos aspectos podemos dar inicio al desarrollo de los casos señalados a continuación:

3.1. Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica

3.1.1 Breve Narración de los Hechos

En este caso de análisis, tenemos que considerar los siguientes hechos: por un lado, en Costa Rica en el año de 1995, un 03 de febrero, se expide un Decreto Ejecutivo signado con el número 24029-S, dictado por el Ministerio de Salud de este país. Este Decreto en su texto aprobaba y regulaba la práctica de la técnica de la reproducción asistida conocida como fecundación in vitro (FIV), con exclusividad de aplicación y aprovechamiento para parejas unidas bajo un vínculo matrimonial. No obstante, a este importante avance dado en aquella época, el 7 de abril del mismo año, cierto grupo de personas con influencias políticas en el país presentaron una acción de inconstitucionalidad frente al Decreto Ejecutivo en cuestión, alegando entre sus argumentos que por su aplicación se daban graves violaciones al derecho a la vida, entre otros temas que con o sin razón, utilizaron de argumento para atacar el Decreto. Y es así que un 15 de marzo del año siguiente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de aquel entonces, decide declarar la inconstitucionalidad de dicho Decreto y anula sus efectos. Frente al acontecer nacional, nueve parejas que alegaron verse afectadas por lo sucedido, presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición por los hechos sucedidos para que, en caso de verificarse la necesidad de intervención y análisis de dichos hechos, este caso, sea judicializado ante los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como parte de los perjuicios o afectaciones, cada uno de los actores evidenció dentro del proceso, primero, algunas causas o móviles importantes por las que habían accedido en un principio a esta técnica, y expusieron así luego, la forma en la que consideraban, que la declaración de inconstitucionalidad, había afectado su realidad de pareja, su vida privada y la forma en la que ejercían sus derechos sexuales y reproductivos, en el marco de la protección que el Estado le debe a la salud como tal. Algunos de los aspectos más destacados y recurrentes en este grupo de personas, giraron en torno a que cada pareja evidenciaba problemas de infertilidad propios del núcleo familiar. Habían por tal motivo, recurrido a un sin número de tratamientos diversos y complementarios para superar el problema propiamente dicho. Así también, expusieron los motivos concretos que los llevaron a acceder como último recurso a la (FIV) y finalmente se dieron a

conocer los problemas que ocurrieron por la interrupción del procedimiento o su inalcanzable acceso, debido a la resolución de la Corte Suprema; y los gastos y complicaciones en los que debieron incurrir obligatoriamente para poder acceder a la técnica en otro país que no la prohibía o incluso para poder continuar con la misma desde la fase en la que fue interrumpida. (Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

3.1.2 Puntos de Conflicto Relevantes a la Materia de Análisis

Uno de los puntos de conflicto gira en torno al alcance y protección que tiene el derecho a la vida, ya que ello ha de establecer aristas o ejes de los cuales se puede partir para comprender las complicaciones y vulneraciones de derechos humanos que se suscitaron y verificar que en efecto aquello haya ocurrido. Este tema sin duda se relaciona al derecho a la vida del embrión y al alcance que proyecta la protección del derecho a la vida propiamente dicho según las legislaciones de los Estados. Uno de los puntos críticos con relación al tema de la fecundación in vitro (FIV) es la vulneración del derecho a la vida de los embriones que se obtienen en la fecundación extracorpórea y ello se constituye en un argumento para rechazar la técnica en cuanto a la moral y a la ética que alegan ciertos grupos sociales y tiene relación directa con la idea en torno a desde cuando se entiende protegida la vida de los concebidos con estas técnicas.

Un segundo punto de conflicto está en relación a lo siguiente, es sabido que el Estado debe garantizar la protección de la familia como núcleo de la sociedad y ello lleva a que se le dé una importancia relevante a la vida privada y familiar, teniendo en consideración que la vida familiar implica el influjo de proyectos parentales que requieren en algunos casos el apoyo del Estado regulando el acceso al derecho a la salud y principalmente a la salud sexual y reproductiva. Por cuanto el derecho a formar una familia implica el poder reproducirse y ello no debe ser limitado únicamente a reproducirse de forma natural, sino que debe abarcar a la reproducción humana asistida, ya que no puede ser excluyente en este sentido y debe considerar las diferentes realidades de los individuos dentro de una sociedad diversa.

3.1.3 Análisis Realizado por los Jueces en torno a los Puntos de Conflicto

En principio con relación al derecho a la vida y su proyección por parte de las legislaciones de los Estados, la Corte hace un análisis del término “concepción” que de

forma general se entiende por el origen de todo, y para ello paralelamente también empieza señalando que el concepto de "persona" es un término jurídico que en la realidad práctica es analizado desde muchos sistemas jurídicos con connotaciones sociales, económicas, religiosas y culturales diferentes y cambiantes según la época. Empero existen dos aristas de este término que no se pueden abstraer de aquel, al momento de entender su materialidad y proyección en la vida real, y estas se refieren a la "concepción" y al "ser humano como tal", dos términos cuyo alcance debe ser valorado y limitado en atención a la literatura científica aplicable de forma objetiva, con independencia de culturas y religiones. Con relación a la concepción como tal, los magistrados señalan como un primer punto, que las técnicas de reproducción humana asistida y principalmente la FIV han revolucionado y cambiado la forma en la que se entendía este fenómeno de la naturaleza, por cuanto en la actualidad los procedimientos de reproducción asistida, que además se caracterizan por ser netamente artificiales en cuanto al procedimiento previo a la implantación y posterior desarrollo embrionario propio del embarazo, demuestran que la concepción puede ser separada de la implantación por el tiempo que se necesite y ello se da debido a que la técnica en análisis permite la posibilidad de realizar una fecundación extracorpórea, en la que ya no se requiere de forma exclusiva el cuerpo de la mujer para la fecundación. Y posteriormente a la primera parte de esta técnica, se implanta en el momento deseado, el embrión o preembrión en un vientre materno para el inicio del desarrollo embrionario característico del embarazo. (Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

En cierto sentido es importante saber que esta polémica descrita en el párrafo precedente, nace con la pregunta de cuándo comienza la vida humana. Y para responder a esta pregunta la literatura científica y los criterios que se adoptan en el Convención Americana de Derechos Humanos, señalan que este momento se ve marcado con la concepción. Por ello, saber en qué momento ocurre la concepción propiamente dicha, es relevante para poder dar respuesta a esta pregunta. Según lo analizado en la Convención, la concepción se divide en dos momentos claves: uno de ellos es la fecundación y el otro es la implantación; pero debemos destacar que el círculo que cierra la concepción de manera definitiva es la implantación y esta se da en el útero de una mujer que será en donde se gestará el embrión para su desarrollo y posterior nacimiento. Pues según el criterio que se utiliza para este análisis, la sola fecundación

no conlleva la viabilidad de un embarazo, pues sin la implantación, el desarrollo del embrión y su crecimiento para poder ser viable no es posible bajo ninguna consideración científica existente. Es decir, que la no implantación implicaría el no acceso a los nutrientes requeridos para que el embrión pueda crecer. Para la Corte en su análisis, así como lo que señala la Convención, el entendimiento de la concepción no se puede dar de forma aislada o excluyendo el cuerpo de la mujer que lo gestará, pues los embriones fecundados in vitro no tienen ninguna viabilidad posible si no se implantan en un útero y como resultado de ello se produce a nivel endocrinológico la hormona “gonadotropina coriónica”, que confirma que la fecundación llevada a cabo in vitro o en el mismo vientre femenino (en el caso de una fecundación natural) se ha unido al útero y está siguiendo el desarrollo normal que este proceso implica. Por tal motivo, la vida se protege desde la concepción y esta ocurre efectivamente cuando se da la fase de la implantación, ello lleva a la Corte a concluir que no existe una vulneración del derecho a la vida del o los embriones obtenidos en la fecundación in vitro, si estos no han sido implantados con éxito en un útero materno antes. Y es por ello que la existencia de embriones crioconservados en laboratorios y bancos de embriones, a la luz de una parte significativa de la normativa latinoamericana no constituye ninguna vulneración de derechos, así como tampoco su desecho en el caso de no uso, o el traspaso a otros fines distintos con autorización de sus titulares. Estas situaciones descritas, tampoco podrían ser consideradas como una vulneración de sus derechos, pero ello no implica que no deba existir una regulación sobre el almacenamiento, uso, transporte y conservación de dichos embriones, así como de los gametos antes de ser usados en la fecundación. No obstante, sí existe una vulneración del derecho a la vida y a la voluntad procreacional, si es que una vez dada la implantación se interrumpe el embarazo a raíz de la derogatoria o falta de regulación de la técnica en el Estado del que se trate, pues al haberse dado la implantación esa concepción está protegida bajo el espectro absoluto y amplio que comprende el derecho a la vida del concebido y la protección de la voluntad procreacional de sus padres o madres volitivos. (Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

En un segundo punto a considerar, respecto de los conflictos que se suscitaron en este caso, debemos referir el análisis que la Corte hace en torno al derecho a la protección de la familia, la vida privada y por ende la salud sexual y reproductiva en el marco del derecho a formar una familia. En su explicación la Corte Interamericana de

Derechos Humanos señala que en efecto es el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos el que protege y reconoce el papel central que juegan la familia y la vida familiar como tal, en el desarrollo de una persona y de una sociedad. Por ende, su protección abarca aspectos amplios que garantizan su desarrollo y fortalecimiento a lo largo del tiempo, pues como núcleo, será este el espacio en el que las personas se eduquen para luego formar parte de otras actividades dentro de la vida de la sociedad. En esta línea de ideas, sin duda está también protegido el derecho a fundar una familia como tal, entonces ello abarca sin duda, la facultad de procrear y dar inicio a un proyecto parental para ampliar la familia. De la mano de aquello, debemos considerar también el hecho de que la vida familiar, también comprende el desarrollo de la vida privada y ello lleva a que se busquen garantizar determinados puntos o ejes que guardan relación con este aspecto. Por un lado, la vida privada se relaciona directamente con: la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, el acceso a servicios médicos tecnológicos para ejercer el derecho a la reproducción, así como el derecho de poder decir el número y espaciamiento en el que se quiere tener a los hijos e hijas. (Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

Por tal motivo, la Corte considera que se vulneran los derechos mencionados en los dos párrafos precedentes, cuando en vez de regular la protección, el acceso y el ejercicio pleno de los mismos; estos derechos son por el contrario vulnerados, cuando se niegan o limitan los medios suficientes y necesarios para poder ejercerlos. Por ejemplo, cuando la falta de atención médica o diversos problemas de accesibilidad a los procedimientos de reproducción asistida en general, no están previstos en el marco normativo de un Estado y ocurren arbitrariedades y se presentan vacíos que no pueden ser superados ni por los ciudadanos ni por las autoridades para proteger dichos derechos. Aquí en este caso en particular se vulnera la estabilidad física y emocional de las personas que, ante la falta de previsión de las normas, no encuentran forma de superar los impedimentos anatómicos, médicos o físicos que les impiden iniciar un proyecto parental, por medio de una concepción natural o asistida con las técnicas correspondientes. Es competencia y facultad de cada Estado regular la prestación de los servicios básicos, en los que se incluye el servicio a la salud, y esta prestación debe ser realizada observando los más altos estándares de calidad, avance científico, celeridad y transparencia para que todos y cada uno de los sujetos que accedan a la red de salud puedan tener información clara sobre un determinado tratamiento o

procedimiento médico al que se vayan a someter, y conseguir así un estado de bienestar completo desde lo físico, lo psicológico, lo mental y social. (Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica, 2012)

3.1.4 Comparación a la Realidad Ecuatoriana

Respecto del caso analizado a la luz de lo que ocurre en Ecuador actualmente, es probable que estemos en circunstancias similares a las que existían en Costa Rica antes de la decisión de la CIDH, pues en el caso de nuestro país, si bien el ordenamiento jurídico prevé indirectamente en su normativa secundaria que se puede acceder a la (FIV), ello en estricto sentido, no está regulado en cuanto a su acceso, efectos y práctica en la realidad y como bien sabemos existen varios puntos conflictivos que deben ser regulados y previstos en las normas para evitar vacíos y vulneraciones de derechos. Y gracias a la sentencia, Costa Rica avanzó en la materia, a diferencia de Ecuador. El tema también hace eco desde el tipo de personas o parejas que pueden acceder a la técnica, pues nada se dice al respecto y el silencio podría llevar a una amplitud que en principio no ha sido contemplada en nuestro país, así como en el caso de Costa Rica, que directa e indirectamente excluía a quienes no tenían un vínculo matrimonial por un lado, y por otro, a las parejas homosexuales pues el matrimonio solo era para las parejas heterosexuales, recordando que incluso nada se decía de los hombres y mujeres en solitario que hubiesen querido iniciar un proyecto parental individual y por la prohibición indirecta o la ausencia de regulación tampoco podían. Si este caso llegara a darse en el Ecuador también tendríamos un problema similar al de Costa Rica.

Por otro lado, el tema de la protección del derecho a la vida tampoco ha sido detallado en nuestra normativa de la forma tan precisa y lógica que lo hace la Corte a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de San José, pues si bien nos referimos a la protección de la vida desde la concepción, no obstante no existe una determinación exacta del momento en el que se entiende que efectivamente ha tenido lugar la concepción, ya que atendiendo a los diversos criterios sobre el tema, para algunos la concepción se da incluso desde el procedimiento de fertilización in vitro, en un laboratorio y sin requerir que sea implantado el embrión en el vientre femenino; así como para otros, la concepción tiene lugar cuando él o los gametos obtenidos o el embrión fertilizado, se implantan en el aparato reproductor femenino, ya que solo ahí podrán acceder a los nutrientes, vitaminas y condiciones necesarias para

el desarrollo de un embarazo. Es por lo señalado, que esta sentencia llama nuestra atención, ya que se refiere a temas relacionados a la permanencia en el tiempo de la voluntad procreacional y la posibilidad de dejarla sin efecto. Si estos aspectos no tuvieran una regulación, se verían flotando en el vacío absoluto y no se conocería el momento preciso en que inicia la protección de la concepción. Así como tampoco sabríamos como proceder respecto de los embriones crio conservados, ni los gametos masculinos o femeninos que existen en este contexto. Temas de su conservación, traslado, custodia, destino, entre otros, quedarían igualmente sin respuesta alguna por parte de nuestro país. Mas bien podríamos concluir que los aportes de esta sentencia serían de gran ayuda y aplicabilidad práctica a nuestro entorno social y jurídico. Y siendo un país que pertenece a la Organización de los Estados Americanos y reconoce la jurisdicción y competencia de los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es lejana ni disparatada la idea de aceptar estas recomendaciones en nuestras normas y adaptarlas a nuestros cuerpos de leyes.

3.1.5 Análisis Crítico de la Decisión Adoptada

El caso en análisis tiene dos aportes importantes para nuestro tema de tesis, pues en efecto nos da la pauta clara, desde cuando puede y debe ser protegida una concepción. Es imperante saber que esta se protege desde la fase de implantación efectiva en un vientre materno que gestará a él o los embriones, pues sin ello no existe viabilidad en la concepción, es por eso que, cuando en una de las interrogantes que nosotros abordábamos a lo largo del proyecto de titulación, nos preguntábamos desde que momento se vuelve irrevocable la voluntad procreacional, cuando esta ha sido otorgada de forma válida en los instrumentos correspondientes; tendríamos una posible respuesta bastante clara y con sustento científico para el tema en cuestión. Pues una vez dada la implantación en el útero y cuando ésta efectivamente se haya anidado en las paredes uterinas, tendremos una concepción completa y viable desde el punto de vista de la ciencia, pues el embrión o pre embrión estarán desarrollándose en las fases propias del embarazo y recibiendo los nutrientes que requieren para ello y luego poder nacer. Sin duda, permitir que la filiación originada con una concepción por THRA y con voluntad procreacional, quiera ser dejada sin efecto mediante la interrupción del embarazo, porque ahora él o los integrantes de la pareja o la persona en solitario, que iniciaron su proyecto parental, ya no desean traer al mundo al niño o niña que se está

gestando, debido a que su voluntad ha cambiado; sería completamente inaudito, ética, jurídica y moralmente hablando. En un sin número de países y atendiendo a la regulación actual sobre el aborto en Ecuador, no estaríamos en la posibilidad de hacerlo, porque este aborto estaría prohibido y sancionado incluso por la norma penal. Jamás podría de un momento a otro permitirse que se le dé el tratamiento de una concepción no deseada a aquella en la que existe una voluntad procreacional previa y otorgada de forma válida por la pareja o personas en solitario, quien o quienes sin lugar a duda y con pruebas fehacientes otorgaron la misma en base a la información amplia y completa que se requiere en estos casos, pues todos consisten en tratamientos médicos que deben ser iniciados previo consentimiento informado. Por tal motivo, incluso el aborto estaría prohibido en estas circunstancias, o cuando menos limitado a ciertas causales taxativas como el riesgo de la vida de la madre o gestante o la prueba de vicios en el consentimiento otorgado para la procreación con ayuda de las THRA, entre otros supuestos muy particulares y excepcionales que se podrían regular. Dejando a salvo circunstancias en las que, por uno u otro motivo, exista un riesgo durante el embarazo, que requiera la ponderación del derecho a la vida de las partes o incluso cuando se llegare a demostrar que no existió nunca una voluntad procreacional en términos valederos, circunstancias que con relación al tema tratado deberán ser previstas y reguladas como excepciones a la vigencia irrevocable de la voluntad procreacional.

Un aporte adicional, que considero nos deja este caso, se da en relación a que las técnicas de reproducción humana asistida deben ser reguladas en igualdad de condiciones entre los individuos de un Estado, desde las consideraciones más amplias y proteccionistas posibles, a la luz de relaciones humanas cambiantes y diversas. Me refiero a ello porque si bien el Decreto Ejecutivo expedido en Costa Rica, se consideró en un momento determinado de la historia de ese país y de la humanidad como un avance significativo para la época; empero, no era del todo proteccionista y adolecía de tintes discriminatorios para otro tipo de parejas sin formalización de un vínculo matrimonial. Pues el Decreto en cuestión permitía la (FIV) únicamente para parejas unidas en matrimonio y además el matrimonio en aquel entonces, era una institución regulada únicamente para parejas heterosexuales y no homosexuales. Así como también excluía a las personas en solitario que querían iniciar un proyecto parental individual. Por lo que indirectamente tenía en su enunciado otro tinte discriminatorio adicional. Por ello, considero que la Corte actúa con sabiduría al ordenar en el marco

de la “*ratio decidendi*” de la sentencia, que al Estado le corresponde adoptar con celeridad: medidas y programas para que se garantice el acceso de las personas y parejas a la reproducción asistida por medio de la (FIV), permitiendo que por medio de capacitaciones, programas y sobre todo, normas claras y específicas, que los legisladores de este país regulen y permitan el procedimiento con todas las garantías legales, médicas y sanitarias requeridas. Todo ello es posible gracias al análisis que realizan los magistrados en torno al derecho a la vida privada y familiar, el derecho a formar una familia y por ende a procrear apoyado por medios naturales o artificiales, así como el ejercicio del derecho a la salud en general y la salud sexual y reproductiva específicamente.

3.2. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile

3.2.1 Breve Narración de los Hechos

Este caso tuvo lugar en el año de 2002, cuando la señora Karen Atala Riffo, en aquella fecha de estado civil casada, toma la decisión de finalizar su matrimonio con el señor Ricardo Jaime López Allendes. Como fruto de este matrimonio la pareja tuvo tres hijas. En aquel entonces los ex contrayentes acuerdan que la tuición y cuidado de las menores quedaba con su madre la señora Atala, quien las cuidaría en su domicilio ubicado en la ciudad de Villarrica, República de Chile. Tiempo después Atala inicia una relación sentimental con la señora Emma de Ramón, y junto con ella, y sus tres hijas, vivían juntas. Es en el mes de enero del año 2003, que el padre de las tres menores interpone una demanda en vía judicial reclamando la tuición y custodia de sus hijas, ante el Juzgado de Menores de Villarrica, alegando que el núcleo familiar conformado por la pareja homosexual de su ex cónyuge, era perjudicial para las niñas y que ese tipo de familias no estaban reconocidas por las leyes. El Juzgado de Instancia rechazó la demanda de tuición en el mes de octubre del año 2003. Asimismo, en marzo del siguiente año, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia del Juzgado de Instancia. No obstante, en el mes de mayo del mismo año, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile decide acoger y aceptar a trámite el recurso de queja presentado por el señor López y en sentencia, le conceden la tuición definitiva de sus hijas, retirándosela a su madre, la señora Riffo. (Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2011)

3.2.2 Puntos de Conflicto

En este caso de estudio los problemas que se suscitan son los siguientes: por un lado, tuvo lugar una controversia por el trato discriminatorio que se le dio a la señora Atala Riffo, al excluirla de la tuición y cuidado de sus tres hijas menores de edad, por el supuesto de un rechazo social a las menores, basado en la orientación sexual de su madre, quien, tenía una pareja del mismo sexo con quien ella y sus hijas convivían en su entorno familiar. Se señala por parte de los recurrentes, la existencia de una injerencia en la vida privada y familiar de estas personas, que se da de forma abusiva, arbitraria y sin fundamento en base a la decisión de la Corte Suprema de Chile. Adicionalmente se sostiene que existe una errónea interpretación del principio del interés superior de los niños y niñas, por cuanto en base a ello se desconocen otros derechos humanos igualmente sensibles y de cuidado, y se discrimina abiertamente a la madre de las menores y su pareja. En esta misma línea de ideas, como punto de conflicto derivado de los hechos del caso, tenemos el desconocimiento a la diversidad de familias, lazos familiares y orígenes que tienen los núcleos familiares propiamente dichos, pues las familias en la actualidad son diversas y ello trae como consecuencia que los lazos familiares sean diversos y cambiantes también.

3.2.3 Análisis Realizado por los Jueces

En este caso, el punto de conflicto existente, abarca algunas aristas respecto de las cuales la Corte realiza un análisis en cuestión y señala un criterio en atención a las mismas. En primer lugar, con relación al derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación, la Corte considera que, la justificación de la diferencia de trato o aún peor la restricción en el ejercicio de un derecho, no puede ni debe, bajo ningún parámetro, buscar sustento jurídico en un hecho incierto que únicamente se presume y del cual no existía ninguna prueba fehaciente en cuanto a su materialidad. Que en este caso se basaba en la discriminación social de la que potencialmente podían ser víctimas las menores de edad, atendiendo a la orientación sexual de su madre, la señora Atala Riffo. Para la Corte no es menos cierto que algunas sociedades pueden ser intolerantes a ciertas condiciones atinentes a la raza, el sexo, la nacionalidad o incluso la orientación sexual de una persona; empero, tales intolerancias, no pueden ser utilizadas bajo ningún argumento válido, por los Estados para justificar ni mucho menos perpetuar, tratos discriminatorios entre sus individuos.

Bajo la firma y ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados están internacionalmente comprometidos a la adopción continua y eficiente de todas aquellas medidas, herramientas y acciones que se consideren necesarias para poder materializar los derechos establecidos en dicha Convención. De forma global, la labor de los Estados parte, se debe enfocar en enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias dentro de las sociedades. Con relación al tema de la igualdad material a la que tenemos derecho las personas, el argumento del posible rechazo social de las niñas debido a la orientación sexual de su madre, se volvió incluso un argumento para ponderar el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al indicar que este se ve vulnerado por el ejemplo perjudicial que representa para sus vidas, la convivencia con una pareja de lesbianas. (Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2011)

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, la Corte determina que en cuanto a este forzado argumento de que el principio del interés superior del niño se puede ver menoscabado por el temor infundado e inexistente en la realidad material, de un posible rechazo por parte de la sociedad, solo se manifiesta como un estigma social emplea a la orientación sexual de la madre de las menores para darle una interpretación y ponderación alejada de la realidad a este llamado principio del interés superior del niño. En palabras textuales de los Jueces, en relación a este aspecto tenemos que: *“es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad”*. En relación al presente caso, los magistrados consideraron, que la señora Atala no tenía razón válida alguna para verse obligada a sufrir la pérdida de la tutela de sus hijas y el fraccionamiento de su núcleo familiar constituido. Quedaron atrás las supuestas consecuencias de que en la sociedad que la rodeaba presuntamente sus hijas hubieran podido ser discriminadas debido a la orientación sexual de ella como su madre. Por tal motivo, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no encajaba con la finalidad manifiesta de proteger el interés superior de las niñas. (Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2011)

Con relación al otro punto de conflicto, tenemos el tema del derecho a la protección de la vida privada y familiar, de la mano del reconocimiento, legitimación y protección que el Estado les debe a las familias como núcleo de la sociedad y con independencia absoluta de su origen o conformación. En el análisis de la CIDH, los magistrados señalan que del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se desprende que cualquier tipo de injerencia en la vida privada de las personas, está prohibida, más aún

cuando se trata de la vida privada de sus familias y a ello se suman intromisiones arbitrarias, abusivas e infundadas que se realizan en desmedro de los derechos de otros miembros de la sociedad, por parte de la misma sociedad o de las autoridades públicas. Y en el caso en cuestión existía conformado un núcleo familiar, por la señora Atala su pareja, sus tres hijas menores y el hijo menor de su pareja; quienes, con independencia del núcleo familiar de las niñas respecto de su padre, habían formado un hogar en el sentido normal y común de la palabra. Respecto de este núcleo familiar legítimo y legal, existía: una convivencia, un trato frecuente, incluso una cercanía entre sus miembros de tipo personal y afectiva, pues vivían bajo un mismo techo y en sus actividades cotidianas coordinaban su convivencia.

En razón de lo señalado, para la CIDH, lo actuado por la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile, constituye un acto de separación y fragmentación arbitraria, ilegítima y abusiva por parte de una autoridad pública al núcleo de una familia, dicha separación vulneró los derechos humanos de varios miembros de una familia, únicamente bajo argumentos discriminatorios y arcaicos que llevaron al punto de separar a una madre de sus hijas, exponiendo a las menores a un proceso de separación de su entorno familiar, de una forma dolorosa e irregular, que se vio forzada por la autoridad judicial. Para el Tribunal en cuestión. Es claro que, en la actualidad, en el contexto de sociedades más avanzadas y en constante evolución, se van dando cambios de tipo social, cultural e institucional, que están sin lugar a dudas direccionados a ideologías e idiosincrasias más incluyentes y radicalmente menos discriminatorias. En los diferentes modelos de vida de los ciudadanos del mundo, se manifiesta la aceptación social y cultural, de parejas interraciales, de madres o padres solteros o de las parejas divorciadas, de familias monoparentales, de familias biparentales homo y heterosexuales, entre otras. Las cuales, si bien en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad, en la actualidad son mucho más comunes y visibles en la realidad de los países alrededor del mundo. En este sentido, son las leyes y los mismos Estados, los llamados a propiciar y contribuir para el avance social, de lo contrario se continúan perpetuando diversas e incontrolables formas de discriminación que vulneran los derechos humanos. (Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2011)

3.2.4 Comparación a la Realidad Ecuatoriana

Si referimos una comparación de este caso particular en la realidad de nuestro

país, es evidente que, si aquello tuviera lugar bajo nuestra jurisdicción y ordenamientos jurídicos, no tendríamos respuesta alguna desde lo legal; empero, desde lo judicial, quedaría abierta la posibilidad de que los jueces en sus sentencias emitan criterios que respeten y hagan valer los derechos humanos consagrados en la Constitución. Si bien en el Ecuador se reconoce y protege a la familia como el núcleo de la sociedad y más beneficioso aún, se reconocen a las familias en sus diversos tipos y variables posibles, existen aún disposiciones de rango infra constitucional que impiden la existencia de esta diversidad. Y sin ir muy lejos en el tema en cuestión, una de estas disposiciones gira en torno a la figura de la filiación adoptiva, que está limitada en nuestro país para las parejas heterosexuales y bajo ciertos requisitos estrictos, para hombres y mujeres en solitario. Cuando hablamos de parejas homosexuales, la norma impide que estas puedan adoptar, y con relación a las personas o parejas que en teoría si pueden, la realidad tampoco es muy prometedora pues existen un sin número de trabas que se presentan en la realidad práctica, que vuelven inalcanzable esta filiación como tal. Asimismo, otro ejemplo son las disposiciones en cuanto al registro o inscripción de nacimiento de las niñas y niños, que no reconoce la diversidad de familias o lazos filiales y que tiene una tendencia marcada hacia la correspondencia biológica o genética. Por ello el aporte de la sentencia al reconocer la diversidad de lazos filiales, familias y vínculos familiares representa un modelo que podría ser acatado por nuestro país.

En razón de aquello, no es menos cierto que la filiación por voluntad procreacional con ayuda de las THRA, en el caso de parejas del mismo sexo, antes de lo resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador en el caso Satya, probablemente se hubiera visto sometida a los mismos impedimentos prácticos que la filiación adoptiva para parejas homosexuales en nuestro país, pues bajo la ponderación e interpretación del principio del interés superior del niño se han vulnerado histórica y abiertamente otros derechos humanos, sin existir un fundamento lógico o científico para aquello. Es por este motivo que en torno al tema de la filiación por voluntad procreacional en parejas del mismo sexo, la realidad se ha traducido en el desconocimiento y falta de protección de familias constituidas bajo estos supuestos y con relación a las inscripciones en el Registro Civil y de Datos Públicos, los funcionarios se han visto en la obligación práctica de inscribir a las personas bajo la maternidad y la paternidad de parejas o personas en solitario, bajo una idea predominante de heterosexualidad de los padres y madres. Empero como hemos dicho este particular ha experimentado ya, un criterio

distinto y garantista de derechos con la resolución del caso Satya, cuyos criterios deben ser adoptados a futuro en el Ecuador debido a que sientan un precedente importante en esta materia.

3.2.5 Análisis Crítico de la Decisión Adoptada

En base a lo estudiado en los capítulos previos y a la fundamentación propia de los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que conocieron del caso y lo resolvieron, considero que el Tribunal obra con lógica, coherencia y sabiduría. Su decisión para el tema de estudio en este proyecto de titulación, implica un aporte relevante y que señala un precedente claro para resolver algunos problemas relacionados a la filiación y a la familia. Sostengo esto último porque en efecto la Corte al reconocer que el concepto de una vida familiar no se reduce a la existencia de vínculos legalmente reconocidos, ni de correspondencia genética entre unos y otros miembros, así como tampoco se limita a relaciones heterosexuales; abre el espectro necesario que por un largo tiempo han buscado las familias diversas para que sus derechos filiatorios sean valorados en igualdad de condiciones y sean sometidos a un trato igualitario frente a los lazos tradicionales de la sociedad. Para mí, el criterio de la Corte en torno a la formación de núcleos familiares por el afecto, la convivencia y la voluntad, implica un avance significativo que podría ilustrar un debate fructífero, para el reconocimiento y regulación efectiva de la paternidad o maternidad bi o monoparental por medio de la voluntad procreacional con ayuda de las técnicas de reproducción humana asistida.

3.3. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina

3.3.1 Breve Narración de los Hechos

Respecto de este caso que tuvo lugar en Argentina, los hechos en cuestión inician un 16 de junio del año 2000, cuando nace la hija de Diana Elizabeth Enríquez y Leonardo Aníbal Javier Fornerón. Al día siguiente del nacimiento de la niña, la señora Enríquez decide entregar a su hija bajo la figura de guarda provisoria con fines de adopción, para que sea adoptada por un matrimonio heterosexual que en aquel entonces tenía interés en adoptar. De este acto antes descrito, se dejó la constancia respectiva por parte del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, Argentina,

quien además levantó un acta formal de los hechos. Respecto del señor Leonardo Fornerón, vale dejar sentado que él no tuvo conocimiento del embarazo de su cónyuge, sino mucho tiempo después cuando ya estaba muy avanzado el mismo. A partir de aquel entonces el señor Fornerón, en reiteradas ocasiones preguntó a la señora Enríquez respecto de si él era o no era el padre de la niña que estaba por nacer. Empero, varias veces, la madre de la niña que además era quien la gestaba, negó que el señor fuera el padre, pese a haber estado unidos en matrimonio y dejando de lado el hecho de que la menor había nacido dentro del matrimonio de sus padres, por concepción natural. Tiempo después del nacimiento de la niña, en un ambiente de constantes dudas e interrogantes sobre el paradero de la menor y sobre su paternidad en relación a ella, el señor Leonardo decide asesorarse con la Defensoría de Pobres y Menores de la ciudad, y ante dicha autoridad pública, manifiesta con total convencimiento y decisión, que él quería hacerse cargo de la niña; es así que un mes después, ya la había reconocido como su hija, dándole su apellido. (Ficha Técnica: Fornerón e Hija Vs. Argentina, 11)

En este panorama más o menos claro y alentador, el matrimonio adoptante, al cual nos referimos en líneas anteriores, decide solicitar la guarda de la menor por la vía judicial y un 1 de agosto del año 2000, el señor Fornerón es llamado a comparecer en el proceso ante el Juez competente del caso. Durante todas y cada una de sus intervenciones a lo largo del proceso judicial, él manifestó su total oposición a la guarda y custodia que era demandada por el matrimonio que pretendía adoptar a la niña; y es por ello que dentro del proceso judicial se practicó una prueba de ADN, en la que se confirmó su paternidad en la relación a la recién nacida. Sin embargo, pese a la relación biológica con la menor, que había quedado plenamente evidenciada durante la tramitación de la causa, el Juez de Primera Instancia de la ciudad de Victoria, decide un 17 de mayo del año 2001, conceder u otorgar la guarda judicial de la niña al matrimonio en cuestión. En su sentencia el juzgador señala que en un futuro próximo dentro de la misma causa se podría llevar a cabo una acción judicial para regular y calendarizar un posible régimen de visitas en torno a la niña y al señor Fornerón, para que él pueda convivir con ella. Esta decisión fue apelada por el señor Fornerón y dos años después durante la tramitación del recurso de apelación, dicha sentencia del Juez de Instancia fue revocada y quedó sin efecto. No obstante, el matrimonio también decide interponer un recurso en contra de la decisión del Juez de Segunda Instancia, mediante un recurso conocido como de inaplicabilidad de ley contra la decisión judicial

material. Al corresponderle la decisión y tramitación de dicho recurso al Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Entre Ríos, los Magistrados de la Corte deciden un 20 de noviembre del año 2003, revocar la decisión de la Cámara y, como efecto de aquello, se confirmó la sentencia de primera instancia, otorgándose la guarda y custodia de la menor al matrimonio heterosexual un 23 de diciembre del año 2005. (Ficha Técnica: Fornerón e Hija Vs. Argentina, 11)

3.3.2 Puntos de Conflicto

El primer punto de conflicto en este caso se refiere a la inobservancia y afectación que sufrió el señor Fornerón respecto de su proyecto parental. Su cónyuge decide no informarle sobre su embarazo, luego tampoco le informa del alumbramiento y da en adopción a la hija en común concebida y nacida dentro del matrimonio, a un matrimonio heterosexual con el que había existido un convenio unilateral previo de dar en adopción a la hija común, cuando ella naciera. En efecto, dados los hechos del caso, la menor tuvo que pasar a la custodia de la Defensoría de Pobres y Menores de la ciudad de Victoria, para que puedan darse inicio a los trámites de adopción por la vía judicial. El punto central del conflicto radica en que el señor Fornerón era el padre biológico de la menor y ella había sido concebida de forma natural durante el matrimonio de sus progenitores, sin embargo, él no pudo tener acceso a esta información sino hasta después de su nacimiento y cuando ya se había dado en adopción a su hija, sin su consentimiento. (Ficha Técnica: Fornerón e Hija Vs. Argentina, 11)

No obstante de aquello, el señor Fornerón busca reconocer a su hija y darle su apellido y frente a este hecho la pareja con quienes se había pactado la adopción de la niña, inicia acciones judiciales en perjuicio del padre biológico de la menor y toda esta historia se convierte en contantes peleas judiciales que duraron alrededor de 12 años, en las que el señor Adolfo Fornerón no pudo ni siquiera, tener acceso a la menor por medio de un supuesto régimen de visitas que se había planteado por uno de los Jueces que conoció del caso en diferentes instancias. Por estos acontecimientos narrados, se abren al análisis también otros puntos de conflicto como el respeto y protección de la familia y el reconocimiento, respeto y protección material de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Sin lugar a duda, hemos de referir también una especial mención, a la obligación de proteger a la familia que tiene la sociedad en general y más aún las autoridades públicas como las judiciales que son quienes en el ejercicio de sus

funciones y competencias, están llamadas a garantizar los derechos de las personas. Sale a relucir una importante arista de estudio, que es el reconocimiento de la diversidad de familias, que pueden sin lugar a duda estar basadas en la mono parentalidad o bi parentalidad hetero u homosexual y no por ello deberían enfrentar acciones o decisiones discriminatorias sin un sustento legal. (Ficha Técnica: Fornerón e Hija Vs. Argentina, 11)

3.3.3 Análisis Realizado por los Jueces

Respecto del punto en conflicto relacionado a la protección de la familia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiere que este derecho consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos condensa bajo el espectro de derechos y obligaciones que abarca, aquella relacionada al fomento, promoción y fortalecimiento más amplio del desarrollo del núcleo familiar. Asimismo, señala, como ya lo hemos visto en casos de análisis anterior, que están radicalmente prohibidas cualquier tipo de injerencias por parte de las autoridades estatales en el desarrollo y desenvolvimiento de las relaciones de familia; más aún, cuando dichas intervenciones no se encuentren válidamente justificadas en la necesidad de proteger algún derecho vulnerado de los miembros del núcleo familiar. Y, por el contrario, se tornen en abusos de poder y acciones arbitrarias que tienen por resultado menoscabar los núcleos familiares y dividirlos. Es en este contexto, que el separar a los niños o niñas de su núcleo familiar, es sin lugar a duda una violación del derecho de protección a la familia, que le corresponde como una obligación al Estado y a sus funcionarios públicos. Es imperante señalar que las separaciones de los menores de su núcleo familiar, ya sea que se trate de un núcleo: biológico, adoptivo, o socio-afectivo; deben estar debidamente justificadas y amparadas en la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en casos muy puntuales y excepcionales. Por tal motivo, deben ser ponderados y probados los casos en los que procede dicha separación, pues sus efectos en el desarrollo integral de los menores, pueden ser desastrosos si no se lleva a cabo un seguimiento de la situación.

Con relación a otro de los puntos en conflicto, vale destacar que la Corte en su análisis e interpretación de los hechos y las normas existentes, ha determinado que respecto al vínculo filial del padre biológico, este se vio vulnerado en varias formas, que desde el actuar de la madre pusieron en riesgo sus derechos a: formar una familia,

a decir cuándo y cuantos hijos tener, y de forma general, a decidir si quería o no iniciar un proyecto parental o si quería dar o no, en adopción a su hija.

Por ello, al conceder los Jueces de instancia, al matrimonio heterosexual, la adopción de la hija del señor Fornerón, omitiendo su voluntad de ser padre y reconocer a la niña como suya, siendo además biológicamente suya, no se debía proceder a autorizar dicha adopción, por cuanto era una voluntad unilateral de la madre biológica que omitió la del padre biológico y además le negó el derecho a conocer sobre la existencia de su hija y sobre su concepción misma, que había sido por medios naturales. Para los magistrados de la CIDH, por parte de la madre biológica existe una decisión unilateral de dar en adopción a su hija biológica por no considerarse apta para asumir dicha maternidad ni funciones de madre en general. No por ello, se justifica que los Jueces de instancia que conocieron del caso decidan negarle la paternidad al padre biológico de la menor sin atender a su voluntad en torno al tema. La situación que el señor Fornerón se ve obligado a padecer hasta obtener la guarda y custodia de su hija mediante una paternidad plena, responde netamente a ideas y estereotipos que se tienen frente a la maternidad o paternidad dual estables, como ideas concebidas previamente sobre los roles de padre o madre. Para la Corte, son estas percepciones tradicionales, las que no permiten concebir diferentes tipos de familia y critican arduamente las maternidades o paternidades diversas que pueden exigir dentro de las sociedades modernas. Una de las ideas principales a las que se deja de lado y se trata de evitar es la paternidad monoparental. Al señor Fornerón se le cuestionó y puso en tela de duda, sin motivo alguno, su capacidad de ser padre único de su hija frente al hecho de renuncia de su cónyuge. Su estado de padre solo, se interpretó por algunos Jueces como la ausencia absoluta de un núcleo familiar estable y apto, para la recién nacida y esto fue lo que llevó a los Jueces a conceder la paternidad o maternidad a otras personas. Empero, la Corte Interamericana, actúa con sabiduría frente al caso, y reconoce la paternidad al padre biológico de la menor, el señor Fornerón. Y señala además que, son válidas e idóneas para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes las familias monoparentales también. En el caso particular el actuar diligente de la Corte, se manifiesta en la medida de hacer respetar un vínculo filial monoparental, pues además se evidencia de forma certera, que nunca se renunció a dicho vínculo de origen biológico y de que además era precisamente este vínculo, el que prevalecía en el caso concreto.

3.3.4 Comparación a la Realidad Ecuatoriana

Respecto del Ecuador, no existe la posibilidad de acudir directamente a alguna institución pública especializada para dar en adopción a los niños o niñas que no son queridos por sus padres o madres biológicos o ambos, pues en nuestro país las obligaciones alimentarias y de manutención y cuidado en general no se pueden dejar de lado como un acto públicamente permitido, es por ello que la declaratoria de abandono o el establecimiento de una medida de protección a los niños y niñas, que se encuentran en condiciones no aptas de desarrollo infantil y familiar, se da en nuestro país, con un estricto seguimiento y búsqueda de lazos sanguíneos y consanguíneos exhaustivos para que solo en ausencia de estos, el juez declare su adoptabilidad. Y es éste, un primer punto de diferencia con la realidad de Costa Rica, en donde el abandono se realiza como un acto guiado e intermediado con una institución pública. Los niños, niñas o adolescentes que se encuentran en las Oficinas Técnicas del Ministerio de Inclusión Económica y Social, y que han obtenido una declaratoria de adoptabilidad, están en dicha institución después de haber existido un proceso judicial, en el cuál, mediante alguna medida de protección específica, fueron separados de su núcleo familiar biológico o adoptivo; y no fue posible realizar el proceso de reinserción de dichos menores en estos núcleos. También ocurre cuando los menores son abandonados en la calle o en instituciones de beneficencia sin dejar ningún tipo de información sobre su familia biológica y después de las acciones investigativas por parte de la oficina especializada de Policía Nacional, no ha sido posible ubicar a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Por tal motivo, es que, si en Ecuador se hubiera dado el caso de que la madre biológica de una recién nacida quiera dar en adopción unilateral a su hija, no habría podido hacerlo con intervención de una institución pública y solo se hubiera dado en el anonimato, desencadenando este acto responsabilidad penal para la madre por una conducta de ocultamiento de menores y el abandono premeditado de una niña que no tenía las posibilidades de valerse por sí misma. Y es así, que incluso existe una norma que refiere esta prohibición y está contenida en el artículo 163 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su numeral primero. Finalmente, con relación al tema de la paternidad deseada por parte del padre biológico, en el caso de Ecuador, se tendría que haber reconocido a la menor como hija suya pues a más de la correspondencia biológica con ella y de que él, le dio sus apellidos en el Registro Civil, el padre tenía la

intención de serlo, pues pese a no haber conocido del embarazo, ello no le priva de su proyecto parental.

3.3.5 Análisis Crítico de la Decisión Adoptada

No obstante, lo señalado, en el párrafo anterior, es imperioso aportar algunos criterios sobre el tema. Desde nuestra perspectiva el rol de la CIDH es fundamental a la hora de analizar y realizar la interpretación vinculante de las normas interamericanas que protegen a la familia y a los núcleos familiares. Y en el caso de estudio, la Corte protege de manera efectiva los derechos del señor Fornerón sobre la paternidad de su hija y le da valor a su vínculo filial biológico, y a su voluntad de ser padre, por cuanto este es indispensable en el hecho de determinar los lazos familiares de un padre o una madre con sus hijos. Desde el principio, la madre biológica incurre en una arbitrariedad al mantener al padre biológico fuera del embarazo de su hija común; y con la posterior entrega en adopción, materializa un perjuicio significativo para el señor Fornerón. Si el caso en cuestión se hubiera dado en otro contexto, el análisis de seguro sería distinto, pero aquí el factor determinante, es el hecho de que la pareja estaba formalmente casada y que la menor fue concebida de forma natural por haber mantenido los cónyuges relaciones sexuales por medios naturales.

Empero la madre una vez que tuvo conocimiento de su embarazo, decidió mantener a su cónyuge fuera de este relevante acontecimiento y adicionalmente decide de forma unilateral dar en adopción a su hija, sin consultar previamente con su padre. Resulta que esto en efecto es arbitrario y pese a que debe respetarse el derecho de los hombres y de las mujeres decidir cómo, cuándo y cuántos hijos e hijas tener, la señora Elizabeth Enríquez debía discutir sobre la posible interrupción del embarazo o entregar en adopción a la menor junto con la voluntad de su cónyuge, en un contexto de ejercicio del derecho a la planificación familiar y en atención a las normas existentes sobre el aborto o sobre la adopción en su país. Si bien de los hechos de análisis, se desprende la idea de que los mismos nada tienen que ver con las técnicas de reproducción humana asistida; no obstante, destacamos otros temas relevantes a la filiación y a la voluntad de ser padres y al reconocimiento que se da a las familias en su diversidad, pues del caso propiamente dicho y del análisis de los magistrados se aportan luces respecto de la protección e idoneidad que también existe en las familias monoparentales para criar a sus hijos.

Atendiendo a lo expuesto en líneas anteriores, destaco que los Jueces en su análisis del caso, explican una vez más la importancia de la protección de la familia y la protección del núcleo familiar, teniendo claro el hecho de que las familias no son todas como el modelo tradicional que se conocía antes y tampoco están legitimadas como tales, solo si existe un vínculo legalmente reconocido entre quienes ejercen la maternidad o paternidad. Las familias pueden ser monoparentales o biparentales y los padres o madres o pueden estar o no unidos bajo un vínculo legal y además las parejas pueden ser homo u heterosexuales y estas variantes no afectan bajo ninguna perspectiva el ejercicio de derechos filiatorios respecto de su hijos e hijas adoptivos, socio afectivos o biológicos de ser el caso. Siempre que dichos lazos hayan sido instituidos de forma válida, ya sea: por la adopción, por la correspondencia genética, por la voluntad procreacional o por una declaratoria judicial. Dejando sentada también, la idea de que, en algunos casos, el origen de los lazos filiales puede ser múltiple, como en el caso de análisis, en el que el señor Fornerón era el padre biológico de su hija concebida dentro del matrimonio verdadero con la madre de la menor, y por las circunstancias propias del caso la madre genera una situación tortuosa para el padre al privarle de la decisión de su paternidad sobre la niña. Y, no obstante, de la paternidad biológica, a lo largo del proceso el señor Fornerón trata de llevar a cabo una paternidad registral al intentar reconocer a la niña como suya y darle su apellido, situación que es limitada por los Jueces de Costa Rica, quienes además omiten la voluntad procreacional manifestada por este individuo, quien, en reiteradas ocasiones, expresa su intención de querer ser padre de la menor.

Los Jueces de instancia al momento de ponderar el vínculo filial que debía primar en atención a los hechos de la causa, sin lógica alguna, declaran la adoptabilidad de la niña, y la entregan a un matrimonio heterosexual, que, según su percepción, siendo un matrimonio, es decir dos personas, garantizaba mayor estabilidad a la menor, y conformaba una familia en estricto sentido. En este actuar discriminan y desconocen abiertamente la existencia de familias conformadas solo por un padre o una madre, en la que cualquiera de los dos, de probarse su idoneidad, pueden tener a cargo el desarrollo y cuidado de sus hijos e hijas sin la necesidad de tener una pareja. Y estos son dos puntos relevantes que también resultan valederos y aportan a la idea de que la voluntad procreacional o una voluntad filiatoria propiamente dicha, tiene una trascendencia fundamental a la hora de determinar los lazos que unen a los padres o

madres, o ambos con sus hijos e hijas. Y esta voluntad, es un argumento válido y suficiente para la filiación siempre que se otorgue de forma valedera. En su ejercicio, genera entre padres e hijos, los mismos derechos y obligaciones que otro tipo de filiaciones reconocidas por la ley, y debe por lo tanto ser protegida y respetada en las mismas condiciones pues su efecto es crear un vínculo familiar como cualquier otro.

3.4. Caso de Amparo Directo en Revisión 2766/2015 / México

3.4.1 Breve Narración de los Hechos

Como una breve introducción del contexto jurídico en el que se dio el presente caso, debemos señalar que los hechos de la resolución, giran en torno a un Recurso de Revisión en Amparo Directo, tramitado ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los Estados Unidos Mexicanos. Y en el caso concreto existen derechos humanos y fundamentales respecto de los cuales han existido controversias, en torno a las diversas interpretaciones que los Jueces y Tribunales de instancia les han otorgado, durante el desarrollo propio del proceso. Tenemos así, derechos como: el derecho a la identidad; el derecho a conocer el origen biológico; derecho a conocer el origen de la filiación, derechos y obligaciones que nacen en torno a la filiación; el acceso y efectos de las técnicas de reproducción humana asistida y su aplicación por parte de: personas en solitario, parejas homo u heterosexuales y parejas con o sin formalización del vínculo legal que los une; y finalmente aspectos relacionados al ejercicio de la llamada voluntad procreacional y su rol como causa originaria de lazos filiales entre ascendientes y descendientes.

Vale destacar que los Jueces y Tribunales de instancia que conocieron de los hechos del presente caso, han interpretado y dotado de una acepción específica, al alcance y expresión material de ciertos derechos humanos; derechos de los niños, niñas y adolescentes; derechos filiatorios y derechos fundamentales en general. Son estas contradicciones propias de la interpretación individual de cada juez y tribunal, las que han llevado a la falta de congruencia lógica sobre el alcance y entendimiento de normas tan importantes, que ya sea que estén previstas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, su Código Civil u otras normas de inferior jerarquía, no debe existir una contradicción entre ellas y más bien, los criterios deberían estar unificados y en total armonía, para proteger los

derechos de todos los integrantes de una nación bajo preceptos de libertad e igualdad formal y material ante la ley. Es en torno al hecho, de que se requiere un criterio claro y en general un pronunciamiento relevante y novedoso frente a un tema controvertido, que el presente recurso, fue aceptado para su tramitación ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 1-20)

Debemos sin lugar a dudas, narrar brevemente los hechos del caso para conocer los puntos sobre los que versa y comprender los diferentes conflictos jurídicos que se originaron en torno al mismo. Tenemos así el caso de un matrimonio heterosexual en el cual, durante su duración y plena vigencia, la cónyuge decide fecundarse in vitro con los gametos masculinos de un tercero ajeno a la relación matrimonial, en calidad de donante anónimo. Producto de la fecundación nace un niño respecto del cual, el cónyuge pese a conocer su origen y que no tenía vinculación genética o biológica con él, lo lleva al Registro Civil a que lo inscriban como hijo suyo. Previo al embarazo por este medio, durante el embarazo propiamente dicho y después del nacimiento, el cónyuge expresó su voluntad de consentir expresamente dicha fecundación in vitro de tipo heteróloga y la paternidad que le fue atribuida posteriormente en este contexto. De los hechos se deriva que tiempo después debido a un divorcio de la pareja en cuestión, la cónyuge, además de la disolución del vínculo matrimonial, demanda en sede judicial, el desconocimiento de la paternidad del menor. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 1-20)

3.4.2 Puntos de Conflicto

En torno a esto, los Jueces determinan que, de los hechos suscitados en la tramitación de esta causa, existen los siguientes puntos de conflicto, los mismos que además fueron dilucidados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y se refieren a:

1) La filiación, como un elemento del derecho a la identidad, puede o no puede ser obtenida a través de un acuerdo de voluntades privado o la paternidad únicamente es posible con el reconocimiento voluntario de tintes meramente registrales o con una prueba de ADN como verdad absoluta, pues de permitirse el acuerdo de voluntades ello iría en contra de los principios morales y legales que rigen la filiación;

2) A él o los menores (niños o niñas) que son producto de una inseminación artificial o una fecundación in vitro con la donación de gametos masculinos de un tercero anónimo, se le estaría negando el derecho de conocer su verdadera identidad, la de sus homólogos genéticos y su origen biológico propiamente dicho;

3) Se realizó o no, una interpretación errónea de los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, pues el derecho a la identidad debe ser siempre interpretado en conjunto con el Principio del Interés Superior del Menor. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, pág. 23)

Cabe señalar también que, en torno a estos tres puntos de conflicto, la Corte determina que existe un problema jurídico central, que se articula con cada uno de ellos y este problema se ve plasmado en la siguiente pregunta: ¿De qué forma se respeta, en un juicio por desconocimiento de paternidad, el derecho a la identidad de un menor, nacido dentro de un matrimonio y que fue producto de un proceso de inseminación artificial o fecundación in vitro de carácter heterólogo? Para dar respuesta a esta pregunta y sobre todo para tratar cada uno de los puntos de conflicto identificados por los Jueces en el presente caso que fue de su conocimiento; ellos plantearon una línea de estudio y análisis metodológico a través del cual, abordaron el tema en cuestión. Es así que los Jueces de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los Estados Unidos Mexicanos, empiezan en su análisis de fondo exponiendo sobre los siguientes temas: análisis teórico breve del principio del interés superior de los menores; un pronunciamiento sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes; análisis y estudio de las técnicas de reproducción humana asistida en la realidad social de México; y, finalmente resuelven el caso concreto, en base a los fundamentos de hecho y de derecho alegados e invocados por la recurrente. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 23-25)

3.4.3 Análisis Realizado por los Jueces

Con relación al interés superior del menor, este consiste en un principio forzoso que orienta e irradia los ordenamientos jurídicos de un Estado, pues de su interpretación y entendimiento por parte de los legisladores, los jueces y los funcionarios públicos en general, depende que el mismo sea respetado y garantizado de la forma correcta en la realidad formal y material. Este principio tan importante que se encuentra previsto en la mayoría de las legislaciones de los países del mundo, implica de forma general que

todas las autoridades públicas dentro del normal ejercicio de sus competencias, deben proteger y salvaguardar los derechos de los menores, como parte de la protección propia que existe para los niños, niñas y adolescentes. Entonces, siendo las cosas de este modo, es imperativo que los jueces dentro del desarrollo de un proceso judicial en el que se discuten y debaten derechos de los menores, deban dotarle de un blindaje especial a sus derechos e intereses en relación a los de otros. Por tal motivo, la situación es mucho más compleja que solo darles una favorabilidad a los derechos de los niños, pues se requiere un análisis del caso concreto para conocer cuáles son aquellos derechos que están en conflicto en el caso particular y cuales podrían ir apareciendo en el desarrollo de la causa.

Determinados o delimitados los derechos en cuestión, los jueces deben darles una garantía de materialidad y protección de la manera que más favorezca a un determinado menor, en el caso concreto. Señalado este particular por parte de la Corte, se procedió a estudiar el resto de puntos en conflicto, pues el principio del interés superior del niño está protegido por la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos y con relación al mismo, solo se requiere su interpretación y ponderación de la mano de las circunstancias que aparezcan y los derechos e interés de terceros que intervengan en el litigio. Es decir que la Corte, no se detiene a realizar un análisis más profundo del tema porque todo lo concerniente a aquel y su comprensión ha sido desarrollado ya en múltiples jurisprudencias nacionales e internacionales y por la misma doctrina. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 27-28)

Encadenado al tema del párrafo anterior, debemos señalar que los magistrados realizan en el caso concreto, el estudio, interpretación y ponderación de los derechos que entran en conflicto y requieren que, a la luz del principio del interés superior del niño, se defina su alcance y aplicación propiamente dicha. Y nos referimos al derecho a la identidad y más específicamente al derecho a la identidad de los menores de edad. Al respecto los magistrados refieren una idea en relación a lo que ha sido señalado en casos parecidos y anteriores por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha referido que, de forma concreta y expresa el derecho a la identidad no está regulado y reconocido en cuanto a su alcance y contenido específico, en la Convención Americana de Derechos Humanos, empero este contenido y alcance como tal, se desprenden sin lugar a duda de los artículos 17 y 18 de dicha Convención, siendo el uno, el derecho al nombre y el otro, el derecho a la protección a la familia, en relación al artículo 1 del

Pacto de San José de Costa Rica. Adicionalmente este derecho se considera como uno de esfera dinámica en el cual convergen por un lado el derecho a la identidad personal en el plano individual y privado de la persona en sí misma y otro relacionado a como se vincula y como convive la persona con los demás y su entorno social, en atención a lazos familiares que le pertenecen a dicho ser humano en particular. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 29-30)

Según casos anteriores que se han dado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado lo siguiente en torno a los aspectos que comprenden a la identidad como derecho humano. Estos aspectos a los que hacemos mención, son aquellos que distinguen a una persona de otra y esta distinción viene marcada por elementos como un nombre, la posibilidad de conocer y estar al tanto de una propia historia filial que me antecede, así como al conocimiento de la nacionalidad que me ampara. Para concluir el análisis de la Primera Sala sobre este caso, en torno al derecho a la identidad de los menores, los magistrados hicieron referencia en el fondo de la resolución, a unas ideas, que ya fueron abordadas por su autoridad cuando les tocó resolver también la llamada contradicción de tesis, signada con el número 430/2013. En aquel entonces, esta Primera Sala estableció que el derecho a la identidad y el derecho a la filiación, constituyen derechos que les pertenecen a los niños, niñas y adolescentes, más no representan una facultad que ampare a los padres para demandar el desconocimiento de la paternidad que ha sido entablada de una u otra forma. La Corte señala también que, en la actualidad a la luz de la aplicación de las THRA, la tendencia y el panorama práctico del tema de la filiación, determina que la filiación jurídica, no siempre debe o va a coincidir con la filiación biológica o genética. Este particular encuentra respuesta en aquello que es materia de nuestro tema del trabajo de titulación, debido a que la filiación no se establece de forma biológica únicamente, sino que el ordenamiento jurídico de algunos Estados y el ordenamiento jurídico internacional, hace prevalecer algunos otros intereses, que se consideran jurídicamente igual de relevantes que la filiación de tipo biológica. Este es el caso de: la filiación adoptiva; la filiación registral; la filiación judicial y la filiación por voluntad procreacional, esta última en la que la o las personas en sus proyectos parentales emplean las técnicas de reproducción humana asistida para procrear, y en el inicio y desarrollo del procedimiento, manifiestan su voluntad de llevar a cabo tal o cual técnica y además autorizan en algunos casos el uso de material genético ajeno a su núcleo de pareja

(heterólogo), y es precisamente este supuesto, el que se convierte en verdadero supuesto de hecho, para la determinación de la filiación, como un lazo de familia. En torno a esta idea, lo que demos tener presente según lo que señala la Corte es que, en torno al establecimiento de lazos filiales entre ascendientes y descendientes, no se debe agotar siempre el tema del origen biológico, pues existen en la actualidad otros criterios igualmente valederos y suficientes para determinar la filiación y que deben ser protegidos para la preservación en beneficio del o los menores y sus derechos, así como de los vínculos familiares que les pertenecen. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 30-31)

Un último tema a ser tratado aquí, se refiere a las técnicas de reproducción humana asistida y su tratamiento a la luz del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos Mexicanos, sabiendo sin duda que cada Estado Federado tiene una postura diversa sobre el tema y algunas son en extremo contradictorias con otras. Con relación a este tema, la Corte señala, que ya en el año de 1994, en la Conferencia Nacional de Población y Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en el Cairo, Egipto, se manifestó de forma enfática y pública que los derechos reproductivos en general incluido la reproducción natural y la reproducción artificial o asistida, constituyen un nuevo marco de normatividad que requiere ser desarrollado a la luz de las normas nacionales e internacionales relacionadas con los derechos humanos y derechos constitucionales. Un año más tarde en Beijín, en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, de la Organización de las Naciones Unidas, se enfatizó nuevamente en los derechos reproductivos; y los ponentes en aquella conferencia de talla internacional, ya desarrollaron el concepto de las técnicas de reproducción humana asistida, indicando que consisten en una serie de procedimientos que de forma individual o concatenada, facilitan a una pareja o a las personas en solitario a llevar a cabo la concepción, desarrollo y nacimiento de un ser humano. Es así que en dicha conferencia se realizó una lista a modo enumerativa- ejemplificativa, no taxativa, de algunas técnicas que se consideran dentro de las THRA. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 32-33)

En este contexto los Jueces de la Primera Sala, refieren un análisis en torno a la clasificación que pueden tener las técnicas base o madre, que serían la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Respecto de estas dos, sostienen que pueden ser de tipo homólogo, heterólogo, a una mujer sola y post mortem, es decir realizan una

clasificación poco común de las posibilidades de aplicación de estas técnicas, empero resultan ser válidas para poder entender el panorama y resolver el caso sometido a su conocimiento, un Recurso de Revisión en Amparo Directo.

En torno a este último tema que la Corte ha decidido analizar de forma previa a pronunciarse sobre los fundamentos de hecho y de derecho del recurso en sí mismo, debemos señalar lo que los Jueces manifiestan en torno a las consecuencias jurídicas de las THRA en relación a su influencia respecto de la filiación. Por ello, determina que ya sea que se trate de una inseminación artificial o de una fecundación in vitro, lo relevante de su aplicación en el caso recurrido, está en torno a la aceptación de los cónyuges (cuando existe un matrimonio válido ante la ley y vigente) de someterse a un determinado tratamiento de reproducción asistida, y esta aceptación como tal, es de la mayor relevancia jurídica en el caso, pues va a depender de la forma cómo se haya materializado la misma. Por ejemplo, un acto voluntario unilateral de uno de los cónyuges o un consentimiento conjunto de la pareja; y es este particular, el que determinará el cómo se producirán las consecuencias en derecho respectivamente. Ya sea que se trate de derecho filiatorio, sucesorio y de familia, niñez y adolescencia. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 34-38)

Ya con relación al caso específico que fue de conocimiento de la Primera Sala, una vez que estos tres conceptos e ideas se han dilucidado a la luz de la doctrina y los conocimientos científicos que existen sobre ellos. Debemos ahora analizar los hechos y normas que tuvieron lugar y se aplicaron en el caso por el que se presenta el Recurso de Revisión en Amparo Directo. Los magistrados señalan que cuando nos encontramos frente a un tratamiento por inseminación artificial o la fecundación in vitro de tipo heteróloga, entendidas cualquiera de ellas como una técnica a través de la cual: las personas individualmente consideradas, así como en parejas, tienen la posibilidad de materializar su derecho a formar una familia. Y al momento de ejercer este derecho en cuestión, hay que sin duda determinar la dimensión en la que se ejerce el mismo, y aquello es determinante a la hora de entender quién o quienes intervienen y los derechos y obligaciones correlativas, que surgen para ellos en este sentido. Las dimensiones posibles son la individual y la de pareja; es decir, el tratamiento o técnica fue aceptado de forma individual por el hombre o la mujer que accedió al procedimiento; o se realizó el tratamiento por el consentimiento mutuo con el otro miembro de la pareja. El tema del consentimiento individual o dual es relevante porque para la filiación tiene que

verificarse esta voluntad procreacional expresada en forma válida por quien corresponde. Una vez determinada la dimensión del acto en cuestión, el juez tendrá la posibilidad de determinar las connotaciones jurídicas del mismo y las personas a las que dichos efectos alcanzan y afectan. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 39-41)

En México el legislador federal no ha incorporado nada al respecto de las técnicas de reproducción humana asistida y sus consecuencias jurídicas. Sin embargo, ha sido el legislador local el que en algunos casos puntuales ha generado importantes disposiciones al respecto. Tenemos así que hacer mención a las siguientes, que además son las que influyeron enormemente en la decisión del caso, pues sirvieron de inspiración y base a los Jueces de la Primera Sala, para desarrollar la jurisprudencia objeto de estudio:

Algunas de estas contenidas en el Código Civil del Estado de México, resultan incluso relevantes para el caso que se sometió a conocimiento de la Corte y para el tema de esta tesis, ya que, de forma directa, aunque no completa en estricto sentido, contemplan la respuesta a algunos interrogantes sobre la filiación por voluntad procreacional cuando se emplean técnicas de reproducción humana asistida. Así su artículo 4112 señala de forma textual que: *“La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.”* De la misma manera su artículo 4115, señala que: *“En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermatozoides provenientes de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad.”* y el artículo 4116, sobre el consentimiento, señala que: *“El consentimiento a que se refiere este capítulo deberá otorgarse judicialmente”*.

Si bien estas disposiciones únicamente se refieren a la inseminación artificial y no a la fecundación in vitro, sostienen la importancia del consentimiento como requisito previo al inicio del procedimiento en cuestión y respecto de esta voluntad la limitan también en el caso de un matrimonio, ya que requiere ser consentida por la pareja y no puede una vez desarrollada la técnica, dejarse sin efecto dicha voluntad y decidir la entrega en adopción del concebido con ayuda de la THRA. Asimismo, señalan que en

el caso de la investigación de la paternidad cuando la técnica es heteróloga, esta no será posible por cuanto se protege la identidad del donante de gametos. Finalmente, de este Código destacan los Jueces, que se establece una formalidad para otorgar el consentimiento o la voluntad procreacional y se señala que estos deben ser otorgados judicialmente para tener la validez de generar derechos y obligaciones. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 42-54)

Otras se encuentran contenidas, en el Código Familiar para el Estado de Michoacán, y contemplan algo muy útil sobre el parentesco que se genera en relación a la voluntad procreacional de la mano de las THRA y señalan en su artículo 301, que: *“El parentesco de consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.”* Es decir que esta norma citada le da el carácter de parentesco consanguíneo incluso a aquel que deriva de la reproducción asistida sin diferenciar, si ésta es heteróloga u homóloga y por lo tanto reconoce esta filiación para quien o quienes han consentido en ella, dotándole de la misma protección que el parentesco biológico o genético propiamente dichos.

Citadas estas disposiciones y para concluir con la decisión de la Corte en torno al caso, tenemos que cuando en un contexto de relación de pareja homo u heterosexual (con unión matrimonial o sin ella) se consciente en el uso de una THRA sea esta homóloga u heteróloga, el factor determinante para el establecimiento de la filiación será la voluntad procreacional de los progenitores o padres o madres. Esta voluntad procreacional mutua se exige por cuanto se requiere que aquella sea consensuada por ambos integrantes de la pareja en el marco del derecho a la libertad, responsabilidad y a formar una familia. En este caso concreto que tuvo lugar en México, la Corte como es evidente empieza a desarrollar por primera vez el concepto de voluntad procreacional, puntualmente lo hace porque en el caso de análisis, la pareja decide someterse a una fecundación in vitro heteróloga con donación de gametos masculinos de un tercero anónimo y conciben así un hijo. Tiempo después a raíz de las condiciones del embarazo, es la madre, la que decide plantear un juicio de desconocimiento de paternidad en el caso de su ex cónyuge, por cuanto él no era el padre biológico el menor. Es en este punto y en torno a esta alegación en particular que los magistrados señalan que el concepto de voluntad procreacional implica querer asumir a un hijo o hija como propio, aunque biológicamente no lo sea, pues en los casos de las THRA de la mano de

la voluntad procreacional, la filiación no se determina en razón de la verdad biológica sino por esta voluntad procreacional expresada por ambos miembros de la pareja y ello genera una relación filial indisoluble entre quienes consienten en esta paternidad y el hijo o hija nacida en este contexto. Y una vez que la técnica ha sido llevada a cabo no existe posibilidad alguna de interrumpir la misma por el cambio repentino de dicha voluntad. Por otro lado, en torno a lo alegado por la madre respecto de que el derecho a conocer su verdadera identidad y origen está siendo vulnerado para su hijo al tener por padre a quien no lo es genéticamente, la Corte señala que no debe confundirse la impugnación de paternidad con el derecho a conocer la identidad y origen biológico, pues nada tiene que ver lo uno con lo otro e incluso se consideran temas de controversias separadas y distintas. Ello queda demostrado en el hecho de que por impugnarse la paternidad del padre que no aportó los gametos, no es que vaya a establecerse como consecuencia de dicha impugnación una filiación con el donante anónimo de los gametos, ello no está legalmente contemplado y no sería caso de una acumulación de procesos o pretensiones tampoco. Al hablar de la acción de conocimiento de la identidad y origen biológico, esta solo tiene por objeto el establecimiento de la verdad biológica exclusivamente y no la determinación de derechos filiatorios. La decisión de la Corte concluyó indicando que en protección al derecho de la identidad del menor y en atención al principio del interés superior del niño, se garantiza que el niño conserve la filiación con respecto del padre que manifestó su voluntad procreacional para que la madre se sometiera a la fecundación heteróloga y consintió en los efectos jurídicos que de ello se generarían entre él y el concebido y nacido por esta técnica. (Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2014, págs. 54-66)

3.4.4 Comparación a la Realidad Ecuatoriana

Si analizamos este caso a la luz de la realidad ecuatoriana, debemos limitarnos en señalar que no existe un aporte ni legislativo ni jurisprudencial muy amplio o concreto en torno a la voluntad procreacional, sin embargo, judicialmente, algo se ha dicho sobre el tema. De ser el caso en nuestro país podría incluso haberse impugnado la paternidad del padre no biológico y haberse tratado de investigar la paternidad biológica al mismo tiempo, para determinar derechos y obligaciones en torno a ella, ya que las leyes nada dicen al respecto y son precisamente estos vacíos los que generan incertidumbre e inseguridad jurídica sobre temas tan relevantes en relación a: la filiación; el principio

del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y en general sobre el ejercicio de los derechos humanos en torno a la familia y a la salud sexual y reproductiva.

3.4.5 Análisis Crítico de la Decisión Adoptada

Desde nuestro estudio, este caso constituye un importante avance sobre el tema, su fijación como jurisprudencia vinculante y de obligatoria observación en los Estados Unidos Mexicanos, es un aporte significativo para este país que tuvo que esperar que sea la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que otorgue un pronunciamiento concreto y bastante claro sobre la materia. El inicio del desarrollo del concepto de voluntad procreacional, su alcance y efectos jurídicos respecto de la filiación como tal, lo vuelve un caso de estudio significativo y muy trascendente para otros países que podrían seguir su ejemplo y avanzar notablemente en la materia. Si bien este fallo no abarca todas las problemáticas sobre el tema de las THRA y la voluntad procreacional como causa directa de filiación; no obstante, aporta notablemente en la materia y en mi opinión personal, los fallos jurisprudenciales o disposiciones legislativas siguientes, que tengan lugar en este país, seguramente irán ampliando esta decisión a otras áreas y otros puntos de conflicto, que también encontrarán una respuesta a la luz de los avances de la ciencia y de las relaciones humanas cambiantes.

3.5. Caso de Amparo Indirecto 1151/2015 / México (Morelia-Michoacán)

3.5.1 Breve Narración de los Hechos

Este caso se tramita ante el Juzgado Noveno del Distrito, en el Estado de Morelia-Michoacán, de forma general versa sobre la necesidad de reconocimiento de la maternidad dual en los Estados Unidos Mexicanos. Las recurrentes son dos mujeres que forman una pareja homosexual de lesbianas, sin vínculo legalmente reconocido pero que se encuentran en una relación amorosa. Y presentan un Recurso de Revisión en Amparo Directo respecto de la decisión que habían recibido por parte del director del Registro Civil en el Estado de Morelia, Michoacán. Resulta que esta pareja con apoyo de las THRA y expresando una voluntad procreacional para ello, llevan a cabo mediante una fecundación in vitro de los óvulos de una de ellas con espermatozoides de un donante anónimo masculino, una gestación que se desarrolla en el vientre de la otra. Es

decir que una de ellas aporta los óvulos para ser fecundados in vitro y la otra aporta su útero para la gestación de sus dos hijas. Y bajo este contexto, una vez nacidas las menores, acuden al Registro Civil, para que ellas sean reconocidas como hijas de dos madres, tanto la que aportó los óvulos y la que las gestó en su vientre. No obstante, la respuesta frente a estos acontecimientos, se torna desfavorable para la pareja al indicarles que la legislación federal no contemplaba la posibilidad de que figuren en el registro correspondiente, dos mujeres como madres, pues el acta de registro permite una figura materna y una paterna nada más; la maternidad viene dada por el parto y la paternidad puede ser de tipo biológico o genética y la de tipo registral y la adoptiva exclusivamente. (Esparza Pérez, 2020, pág. 18)

3.5.2 Puntos de Conflicto

Una vez narrados los hechos del caso en análisis, resultan evidentes los puntos de conflicto que se suscitaron en torno al mismo. En primer lugar, tenemos que se discute la posibilidad de una maternidad dual, considerando que bajo las THRA una pareja homosexual de lesbianas puede concebir y ello no debería ser limitado por las disposiciones o falta injustificada de normatividad interna del Estado o de dicha institución para regular esta posibilidad.

Al mismo tiempo se señala como un tema de conflicto el hecho de que se está vulnerando y desconociendo la voluntad procreacional de las mujeres que consintieron en la concepción por estos medios. Pues en efecto, ambas en pareja, expresaron su intención de tener dos hijas con el material genético de una de ellas y de un tercero en calidad de donante anónimo y con la gestación de la otra en su vientre. Siendo incluso imperioso que respecto del donante anónimo no trate de establecerse ningún vínculo filial a efectos de señalar la paternidad en torno a aquel.

Otro aspecto relevante es que si bien, por un lado, debemos hacer énfasis en que en torno al principio de igualdad y no discriminación, no es posible que se incluya en el acta de registro de las menores ninguna referencia a la naturaleza de su origen, pues aquello se tornaría en criterios discriminatorios que menoscabarían sus derechos al señalar diferencias e información, que no es relevante que conste en dicho documento en cuestión. Pues lo único que debería constar, es quién o quienes se constituyen como sus progenitores ya sean personas en solitario o parejas homo o heterosexuales. Empero aquello tampoco quiere decir que por tal motivo sus derechos a: la identidad, al nombre,

a conocer su origen biológico y principalmente a una filiación legamente reconocida, puedan ser vulnerados.

(Esparza Pérez, 2020, pág. 19)

3.5.3 Análisis Realizado por los Jueces

En relación al caso, el Juez que resolvió este Recurso de Revisión en Amparo Directo, fragmentó el problema, para su facilidad de comprensión y estudio, en tres partes que son las siguientes: por un lado realizó un análisis de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en general, que se articulan con el principio del interés superior de los menores y señaló que estos se refieren en el caso de estudio: al derecho a la identidad, al nombre, a conocer su origen e identidad biológica, a una filiación reconocida legalmente y por lo tanto válida en cuanto a los derechos y obligaciones que genera. En una segunda parte, se refiere desde la perspectiva de la doble maternidad o la maternidad dual, a los derechos de ambas mujeres, quienes, teniendo una relación de pareja reconocida o no reconocida, expresaron su voluntad procreacional y dieron inicio a una gestación de dos niñas con los óvulos de una de ellas y gametos masculinos de un tercero donante, y además llevaron a cabo dicha gestación en el vientre de la otra.

Este es el motivo por el cual, sin lugar a dudas, el Juez en su fallo, llama a visualizar y entender, que derechos tan importantes como la igualdad ante la ley, la protección a la familia, y la libertad procreacional en un contexto de salud sexual y reproductiva, son, sin embargo, vulnerados o lesionados abiertamente por las legislaciones existentes y sobre ello no se toma acción alguna para mejorar la situación y contribuir al progreso. Como punto final la Corte señaló que el problema puede también ser abordado, desde la perspectiva de prácticas y disposiciones discriminatorias en torno a la maternidad dual en un apareja homosexual cuando para poder gestar acceden a las THRA, como tal el acto discriminatorio que nos ocupa en la negativa del registro de las menores como hijas de dos madres, que a la final, son quienes accedieron al procedimiento manifestado una voluntad procreacional válida, en un documento privado legalmente reconocido y se suscribió adicional a ello, un consentimiento informado médico, en cuestión. (Esparza Pérez, 2020, págs. 19-20)

La decisión del magistrado en este sentido y abordando estas tres grandes aristas del conflicto, fue conceder el Recurso de Revisión en Amparo Directo y se dispuso al

Estado y al Registro Civil a nivel federal, lo siguiente: 1. Se debía restituir los derechos que les habían sido negados a las recurrentes, en torno a formar una familia y en el caso particular una familia homoparental; a decidir sobre el inicio de un proyecto parental; a decidir de forma libre, informada y consciente sobre su libertad sexual y reproductiva en torno a su derecho a la salud de forma amplia; a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida para poder concebir y el derecho a la libertad propiamente dicho. 2. En esta restitución mencionada, se vuelven inaplicables para las recurrentes, aquellas disposiciones discriminatorias según las cuales dos mujeres no pueden constar como madres de un menor, porque el formato del acta de registro de nacimiento no lo permite o no lo prevé. En este mismo contexto, ninguna medida discriminatoria será tomada por el Registro Civil ni ninguna institución pública en la que se requiere registrar información en torno a la maternidad de las dos menores, quienes sin ningún tipo de complicación constarán como hijas de dos madres, y respecto de la información de un padre, estos datos serán borrados del formato en cuestión, y reemplazados por la posibilidad de una doble maternidad originada en el caso por el parentesco biológico y genético con la una madre además de voluntad procreacional; y por el hecho de la gestación y el parto en el otro caso, además de la conocida voluntad procreacional. No obstante de lo señalado, vale sin duda destacar que la voluntad procreacional, es el elemento determinante y más importante para el establecimiento de la filiación de las dos menores respecto de sus dos madres. Es decir que la maternidad dual constará en el acta de registro de forma simple, sin la necesidad de hacer mención a otro tipo de datos concernientes a la naturaleza de su origen o procedimiento de concepción y gestación, en razón de que esta información no es relevante y en otros casos tampoco se solicita por cuanto en nada influye para el ejercicio y goce de los derechos reconocidos en las leyes. 3. Finalmente, el Director del Registro Civil del Estado de Morelia, Michoacán, dejará sin efecto su oficio de negativa a la inscripción requerida por las recurrentes, a quienes se les hará llegar un oficio en donde se autorice el registro en las condiciones requeridas que además serán vistas como normales y sin ningún tipo de menoscabo o discriminación en cuanto a su previsión y regulación en las normas futuras de dicha institución, esto último con el objetivo fundamental de garantizar el goce pleno del derecho a la identidad de las menores en cuestión. (Esparza Pérez, 2020, págs. 19-20)

3.5.4 Comparación a la Realidad Ecuatoriana

El caso en análisis, tiene muchas similitudes con un caso de igual trascendencia y que fue muy sonado en el Ecuador. Entorno a ello el análisis en este punto deberá esperar a que hagamos referencia en los siguientes apartados al caso de la niña Satya Amani Bicknell Rothern, hija de dos madres de nacionalidad inglesa, que tuvieron una lucha similar a este caso suscitado en el Estado de Morelia, Michoacán y que, por medio de las figuras y garantías de protección de derechos en nuestra legislación, pudieron conseguir una sentencia favorable que además tuvo efectos “*ad hominem*” y no solo “*inter partes*”. A esto último hacemos mención porque la sentencia del Juez Noveno del Distrito del Estado de Morelia, Michoacán, al no ser expedido por una de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no tuvo efectos para todos los Estados Unidos Mexicanos, pese a que el Juez en su fallo hace alusión a efectos globales y que deben ser considerados por las instituciones del Registro Civil e instituciones públicas en general y que sus conceptos y desarrollo de su análisis. lo hace sobre la base de una comparación de normas de los diferentes Estados Federados.

No obstante de aquello, los efectos de su fallo no conforman jurisprudencia vinculante de obligatorio cumplimiento. Esto último es un punto favorable en el contexto de Ecuador, ya que en el caso Satya, la sentencia la emite la llamada Corte Constitucional de nuestro país, órgano administrador de justicia en materia constitucional y de derechos humanos y fundamentales, que además se instaura como la guardiana de nuestra Norma Suprema. En el caso de nuestro país, la sentencia en la acción extraordinaria de protección en el juicio de Satya tiene efectos “*ad hominem*” e incluso contempla un mandato directo para la autoridad legislativa de nuestro país, en relación al tema de análisis de los magistrados y a temas vinculados. Sobre este particular y como tal, el estudio de dicho fallo en materia constitucional, volveremos más adelante cuando analicemos el caso referido.

3.5.5 Análisis Crítico de la Decisión Adoptada

En este punto la crítica viene un poco desde la aplicación de los efectos del fallo, resulta que como bien se dijo en el apartado anterior la resolución del Juzgado Noveno será aplicable únicamente con efecto “*inter partes*”, es decir que solo reporta un beneficio, protección y reivindicación de derechos para quienes fueron parte del caso

como recurrentes (las dos madres y las dos hijas) respecto de la respuesta del Director del Registro Civil del Estado de Morelia, Michoacán, en este caso concreto, en el que se les negaba la posibilidad de inscribir a sus dos hijas como hijas de dos madres. Si bien el análisis del Juez es el correcto y genera un importante aporte en la materia, que, si bien no es vinculante ni de obligatoria observancia, empero se vuelve un caso de trascendencia porque tiene un criterio válido y proteccionista de derechos, a la luz de los derechos humanos y fundamentales de las personas. Sus aportes podrán ser revisados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y aplicados posiblemente a un criterio similar en otros casos que lo requieran, incluso podrían estas previsiones ser adoptadas por otros países y por otros Estados Federados de los Estados Unidos Mexicanos, si no los adopta antes la misma legislación federal que aplica para todos. Pese a todo lo señalado, vale dejar sentado que, el hecho de que los efectos de este caso sean “*inter partes*” y no “*ad hominem*” o “*inter pares*” para caso homólogos, cuando menos, no es responsabilidad del juzgador, sino que este particular responde a la normativa sobre jurisprudencia vinculante y de obligatoria observancia, existente en este país.

3.6. Caso de Amparo Directo 553/2018 / México

3.6.1 Breve Narración de los Hechos

En este caso como en los analizados tanto en Ecuador y el Estado de Morelia, Michoacán, en los Estados Unidos Mexicanos, tenemos algunos hechos y situaciones parecidas unas con otras, a este respecto, vale destacar que los acontecimientos materia del conflicto, inician con una solicitud realizada al Registro Civil del Estado de Yucatán en los Estados Unidos Mexicanos, por parte de un matrimonio homosexual quienes requerían que el nacimiento de su hijo menor sea registrado en el mismo. El niño había sido concebido con ayuda de la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada, respecto de la fecundación, esta tuvo lugar con el óvulo de una donante anónima, que había depositado su material reproductor en un Banco de Gametos y el gameto masculino lo aportó uno de los dos hombres de la pareja- Como es evidente, una pareja homosexual de hombres no puede anatómicamente hablando, gestar a un bebé, pues su naturaleza biológica no se lo permite y la única forma en la que podrían hacerlo, es mediante la gestación subrogada en el vientre de una tercera persona, en calidad de mujer gestante.

Dados estos hechos, la directora del Registro Civil en aquel entonces, dio respuesta a este requerimiento expresando la negativa de dicho registro, pues en sus argumentos exponía la falta de existencia de legislación para llevar a cabo un registro en el que dos hombres consten como padres de un menor. En este contexto, la funcionaria va más allá de la negativa y les proporciona una asesoría en cuanto a las posibilidades de registro que sí podrían tener lugar. Por un lado, les indica que el menor podría quedar registrado como hijo de los dos padres biológicos, que en el caso serían el hombre de la pareja que aportó el gameto masculino y la donante anónima que aportó el gameto femenino; y serían los apellidos de estas dos personas los que constarían en el acta de nacimiento. Por otro lado, indica que si bien quieren los dos constar como padres del menor, quien no tiene correspondencia genética con él, debe, para poder constar como su padre en los registros, someterse previamente a un proceso de adopción plena en la vía judicial. En definidas cuentas, estas eran las dos únicas posibilidades que al parecer de la funcionaria y de lo que señalaban las leyes, se permitían para llevar a cabo el registro del menor y que se genere una relación jurídica de filiación entre ellos. Inconformes con el acto administrativo en cuestión, la pareja decide acudir a la vía del recurso de revisión en amparo indirecto para conseguir que sus derechos sean reconocidos y materializados. (Matrimonios entre personas del mismo sexo. Derecho a acudir a técnicas de reproducción asistida para convertirse en padres y que la filiación del producto se establezca en relación con ambos cónyuges, 2018, pág. 1)

3.6.2 Puntos de Conflicto

Con relación a los puntos de conflicto alegados en el presente caso y que serán resueltos por la Corte, tenemos a los siguientes:

Por un lado, los recurrentes señalan que la respuesta dada por el Registro Civil del Estado de Yucatán, vulneró a prima facie el derecho que ellos tienen a la igualdad y no discriminación, y en este contexto el derecho a la protección de la familia y su núcleo familiar también fue vulnerando abiertamente, pues se desconoció en dicha respuesta adoptada, que la Constitución Federal no protege únicamente a un tipo de familia, sino a todos los modelos de familia posibles, en la diversidad que caracteriza a las sociedades y las relaciones cambiantes entre los seres humanos, así como a todas sus manifestaciones. De forma vinculada, la pareja sostuvo que su derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad que en este contexto tienen de decidir si

desean o no tener hijos y la forma en la que han de lograr esta descendencia, el número y espaciamiento de los mismos, se vulneró en el contexto de una libertad sexual y salud sexual y reproductiva, que fue dejada de lado por las autoridades.

Por otro lado, independientemente de las causas o razones que motivaron los hechos, las parejas homo y heterosexuales, así como las personas en solitario, tienen el derecho de acceder a métodos de reproducción asistida sin ningún tipo de limitación, pues estas técnicas pertenecen a la salud sexual y reproductiva y están además contempladas en un derecho humano macro que es el derecho a la salud y a beneficiarse de forma positiva de los avances de la ciencia y de la medicina. Empero, del criterio empujado por el Registro Civil, se desprendería la errónea idea, de que exclusivamente aquellas parejas heterosexuales son las que pueden acceder a estos procedimientos y además beneficiarse de los derechos y obligaciones que de ellos se generarían en relación a la filiación con los niños o niñas concebidos en estos términos. En esta misma línea de ideas, al tratarse de parejas heterosexuales, estas no deben acreditar la naturaleza del origen de dichos vínculos para el registro de sus hijos e hijas como suyos, pues solo se requiere presentar un documento que acredite que tienen una relación formalizada ya sea matrimonio o unión de hecho reconocida, esto último, sin lugar a dudas, es un criterio que podría ser considerado discriminatorio y deja abierta una discrecionalidad en las leyes.

Finalmente, el punto de conflicto que también es invocado por los recurrentes, está en torno a la vulneración del principio del interés superior de la infancia, pues al no querer registrar al menor de forma inmediata como hijo de sus dos padres, quienes manifestaron su voluntad procreacional de forma previa al inicio de la técnica de fecundación in vitro y a la gestación subrogada, voluntad que además es suficiente para crear lazos filiatorios entre ascendientes y descendientes; pues ésta es, efectivamente, una forma de establecer la filiación y genera así como: la adopción, la verdad biológica y el registro; los mismos derechos y obligaciones derivados de la maternidad, paternidad o ambas, entre los interesados. (Matrimonios entre personas del mismo sexo. Derecho a acudir a técnicas de reproducción asistida para convertirse en padres y que la filiación del producto se establezca en relación con ambos cónyuges, 2018, págs. 2- 3)

3.6.3 Análisis Realizado por los Jueces

Uno de los puntos que la Corte aborda es respecto de si el derecho a la procreación mediante técnicas de reproducción asistida también puede y debe ser considerado para las parejas homosexuales. En este sentido los magistrados señalan que la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4, protege la organización y el desarrollo de las familias y en relación al tipo de familias susceptibles de protección, no se establece un modelo de familia, pues esta idea, se entiende en su diversidad. En este sentido para la Corte, el concepto de familia es amplio y comprende un sin número de posibilidades, por tal motivo las familias formadas por parejas homosexuales o por personas en solitario que buscan una monoparentalidad, tienen por el derecho a la igualdad y no discriminación, la protección del Estado y sus Instituciones Públicas; pues no es posible excluirlas del goce de ningún derecho. Es así que, la procreación por reproducción asistida aplica para las parejas del mismo sexo, porque en efecto dependiendo del tipo de pareja, faltará uno de los componentes biológicos para concebir. Y éste, en efecto, deberá ser donado por un tercero ajeno a la relación de pareja. Obviamente, esto incluye a las personas en solitario que quieren concebir, pues van a requerir el apoyo de material genético de un donante anónimo y en algunos casos hasta el vientre de una mujer que gestó a su hijo o hija. (Matrimonios entre personas del mismo sexo. Derecho a acudir a técnicas de reproducción asistida para convertirse en padres y que la filiación del producto se establezca en relación con ambos cónyuges, 2018, pág. 4)

Por otro lado, un importante punto que es solventado por los Jueces en atención a este caso, se refiere a la forma en la que opera la institución jurídica de la filiación en los casos de la reproducción asistida y específicamente, cómo opera la filiación en el caso de las técnicas heterólogas y de la gestación subrogada. La Sala se centró en el estudio de la forma de establecer la filiación para los niños o niñas que son concebidos bajo esta modalidad de técnicas de reproducción humana asistida. Que son mecanismos que se encuentran disponibles para todas las personas sin discriminación alguna. Al usar estas nuevas tecnologías para concebir a un hijo, es imprescindible tener en cuenta que para fijar el vínculo filial entre los concebidos, con ayuda de estas técnicas y quien o quienes serán sus progenitores, lo único importante es la voluntad procreacional, es decir que, serán los padres o madres o ambos, quienes hayan expresado esta voluntad de serlo y para ello en efecto, acudieron, por el motivo que haya sido, al apoyo de estas

técnicas, bien sea que se hubieren aplicado de forma heteróloga u homóloga o incluso que se hayan utilizado más de una técnica a la vez. Para la Corte esta voluntad procreacional consiste en la voluntad de aceptar a un hijo o hija como propio, aunque biológicamente no lo sea y con independencia de la forma en la que haya sido concebido, pues la premisa de que se utilizaron las THRA para su gestación, no es necesario que conste en el registro de su nacimiento. Por su lado, el aceptar esta maternidad o paternidad o ambas, implica aceptar todos los derechos y obligaciones que derivan de ellas y así nacen vínculos filiales que unirán a ascendientes y descendientes bajo los lazos de una verdadera familia, en el amplio y normal sentido de la palabra. A su vez señala la Corte que esta paternidad está tutelada por el artículo 4 de la Constitución Federal y se constituye en fundamento suficiente y válido para entablar lazos filiales entre padres e hijos.

Con relación al párrafo precedente, se tiene que esta voluntad procreacional a su vez goza de una garantía para quienes son concebidos en torno a ella, pues los padres o madres o ambos, una vez que hayan otorgado esta voluntad y que con efecto de ella se haya dado efectivamente un embarazo, no existirá la posibilidad de interrumpir dicha gestación ni tampoco de dejar sin efecto esta voluntad impugnando la paternidad o maternidad. Bien sea invocando la falta de correspondencia biológica o genética con el hijo o la hija o por cualquier otro motivo, no previsto como causa taxativa de impugnación y que además sea declarado válido por un juez. Y en este contexto, jamás podrán desconocer sus obligaciones contraídas con estos menores, por el simple cambio en la voluntad. Para los Jueces también es claro que no existe a nivel federal y mucho, menos estatal, respecto de Yucatán, una normativa clara sobre los derechos filiatorios de los productos concebidos con ayuda de las THRA. Empero, en este mismo sentido, señala que ello no es motivo suficiente para que, por la falta de regulación, se les prive a ellos o a sus progenitores de los derechos fundamentales que les corresponden. Lo que la Corte aporta en este tema, es que esta voluntad procreacional solo puede ser válida cuando haya sido otorgada por personas capaces de otorgarla, de manera libre y previo conocimiento a profundidad de los efectos y consecuencias que de ello se derivan. (Matrimonios entre personas del mismo sexo. Derecho a acudir a técnicas de reproducción asistida para convertirse en padres y que la filiación del producto se establezca en relación con ambos cónyuges, 2018, pág. 5)

En base a lo que se señala en el párrafo precedente, es importante destacar que la

verdad biológica no es el único presupuesto posible o válido para que se establezca la filiación. Pues el establecimiento de lazos filiatorios responde a particulares mucho más diversos, que únicamente la correspondencia genética entre ascendientes y descendientes, tal es el caso de: la filiación por adopción, la filiación registral y en el caso de nos compete, la filiación por voluntad procreacional, debido a que en efecto se pueden establecer lazos filiatorios por la intención y el consentimiento de una o dos personas, hombres o mujeres, que así lo manifiesten y quieran pues, llevar a efecto una concepción y posterior embarazo y nacimiento de una persona respecto de la cual tienen la voluntad clara de querer ser padres o madres o ambos, y por lo tanto asumir los derechos y obligaciones que de ello derivan. Es así que el tema de los lazos biológicos entre las personas ya no tiene la misma relevancia de hace años atrás, en donde tenían un poder determinante y excluyente para establecer la filiación en base al parentesco genético, resulta que incluso ahora con el tema de los donantes anónimos de gametos masculinos y femeninos, se puede renunciar abiertamente a ella y se vuelve subjetiva la relevancia que tienen los lazos biológicos o genéticos, para la filiación.

La decisión de la Corte, concluyó indicando que es en efecto y sin lugar a dudas, procedente establecer en el acta de nacimiento del menor, que existen lazos filiatorios respecto de los dos recurrentes. Pues en el caso del padre de quién se obtuvo el esperma, existía un parentesco biológico y una voluntad procreacional de gestar con apoyo de gametos femeninos de una donante anónima y del útero de una mujer gestante; y respecto del otro padre, existía la voluntad procreacional de que él y su pareja concibieran un hijo, con gametos de una donante anónima y el vientre de una mujer gestante, y para ambos en general, la filiación también venía dada por el acto mismo del reconocimiento, motivo por el cual la Corte considera que incluso la voluntad procreacional como causa de la filiación no es incompatible con otras causas de filiación y pueden concurrir al mismo tiempo siendo cada una de ellas, por sí solas o en conjunto, suficientes para la determinación de la filiación; aunque en algunos casos una de ellas puede primar por sobre las otras, dependiendo del contexto de la concepción.

Consecuencia de todo esto, y para precautelar el interés superior del menor, el niño concebido y nacido en estas condiciones, debía ser cuidado y protegido por las personas que desde el primer momento previo a su concepción desearon y planificaron ser sus padres y hacerse cargo de él. El niño tiene efectivamente, acceso y goce de todos los derechos que derivan de la filiación y en el caso concreto, el derecho a la identidad

y a ser inscrito en el Registro Civil como hijo de sus dos padres, dejando a salvo la posibilidad de que en algún momento pueda conocer su origen biológico, únicamente a modo informativo, pues nada podrá impugnarse ni alterarse en relación a la filiación, por el hecho de conocer esta verdad. (Matrimonios entre personas del mismo sexo. Derecho a acudir a técnicas de reproducción asistida para convertirse en padres y que la filiación del producto se establezca en relación con ambos cónyuges, 2018, págs. 6-8)

3.6.4 Comparación a la Realidad Ecuatoriana

Este caso objeto de análisis en este apartado, guarda similitud con el caso Satya en Ecuador, tiene algunas connotaciones importantes en torno a la filiación y a la voluntad procreacional, similares a las que tiene el caso ecuatoriano. Lo importante de este caso es que este Recurso de Revisión en Amparo Indirecto, fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su jurisprudencia es vinculante y con efectos “*ad hominem*”, algo positivo que también se dio en la resolución de nuestro país. Es evidente que en ambos países se dieron dos casos con hechos muy similares y aunque el desarrollo de los mismos en el trayecto de cada uno, tuvo unas connotaciones específicas y particulares propias de los hechos y de las entidades públicas registrales y judiciales que intervinieron, las Cortes que realizaron la revisión y juzgamiento final de los mismos, tuvieron una conclusión y fallo similar que denota la necesidad de regulación sobre la materia.

3.6.5 Análisis Crítico de la Decisión Adoptada

No obstante de lo señalado en el párrafo anterior, a mi parecer la sentencia de Ecuador en el fallo de la acción extraordinaria de protección, tiene una parte motiva mucho más amplia que la del fallo de la Corte Mexicana en el caso del Recurso de Revisión en Amparo Directo. Nuestros Jueces analizan los derechos en juego desde su colisión e interdependencia con otros derechos protegidos en el ordenamiento jurídico y tal análisis lo hacen especificando cuales son los llamados núcleos duros de los derechos fundamentales y hasta dónde, cada uno estos pueden ser limitados para que el derecho que colisiona con otro de igual importancia y protección, no sea vea lesionado, pues en algunos casos unos derechos priman sobre otros, pero ello no quiere decir que los derechos pueden ser vulnerados o inobservados por este motivo ni en todos los casos

por igual. Por esto sostengo que nuestra Corte analiza el principio del interés superior del niño a la luz de derechos de terceros y en el contexto de igualdad y no discriminación, dentro de una sociedad con alcances y avances científicos desorbitantes y rápidos, que demanda normas cada vez más actualizadas. El análisis de México es muy bueno y aporta significativamente, pero no es minucioso en la parte motiva y de fundamentación de la decisión.

3.7. Caso Satya, Ecuador

3.7.1 Breve Narración de los Hechos

El caso de análisis se desarrolla en Ecuador, y en cuanto a su defensa técnica, este fue tramitado y defendido por la Defensoría del Pueblo, quienes el 10 de septiembre del año 2012 presentaron una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, para que el caso en cuestión sea conocido y resuelto por los magistrados especialistas en derechos humanos y derechos fundamentales. Particularmente los hechos de este caso se asemejan a aquel caso analizado en los Estados Unidos Mexicanos, en el Estado de Morelia, Michoacán, y el del Yucatán, en líneas anteriores. Aquí se trata de dos mujeres de nacionalidad inglesa que se encontraban viviendo en Ecuador desde el año 2007, y quienes mantienen una relación de pareja, como una pareja homosexual de lesbianas que viven bajo un régimen de unión de hecho no reconocida. Dentro de su relación, decidieron concebir una hija con ayuda de la inseminación artificial y la bebé fue gestada por una de ellas, quien además fue la persona que recibió la inseminación con gametos masculinos de un donante anónimo. El 8 de diciembre del año 2011 nace en Ecuador la niña Satya Amani Bicknell Rotheron quien tiene por madres a Nicola Rotheron (quien se inseminó y quien la gestó y dio a luz posteriormente), y su pareja, Helen Bicknell (pareja de Nicola y quien consintió expresamente en esta técnica). (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

Respecto del motivo por cual se presenta una acción extraordinaria de protección, como último recurso existente a nivel estatal para la protección de derechos, es porque la sentencia dictada el 9 de agosto del año 2012 y notificada posteriormente por escrito el 13 de agosto del mismo año, por los Jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, vulneraba derechos, al existir la

negativa a la inscripción de la menor, manteniendo sus nombres y los apellidos de sus dos madres. Quienes pedían que se reconozca su filiación respecto de Satya, como hija de dos personas del mismo sexo y que ello conste sin ningún tipo de impedimento y tampoco para temas discriminatorios, en el acta de inscripción de su nacimiento, por cuanto ambas independientemente de quien aportó los gametos femeninos y masculinos y quien la gestó; habían consentido mediante voluntad procreacional, concebir utilizando la técnica de la inseminación artificial y así dar inicio a su familia. Por los motivos expuestos, el doctor Patricio Benalcázar Alarcón, en su calidad de Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; la abogada Carla Patiño Carreño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza; y, el abogado José Luis Guerra Mayorga, Coordinador Nacional de Protección Prioritaria, presentaron en conjunto y por corresponderles, en virtud de los cargos que ostentaban en aquel entonces, una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional en contra de la sentencia ante dicha, misma que resolvía una acción de protección signada con el número: 0223-2012-VC y que se presentó respecto del fallo de un Juez de instancia. (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

3.7.2 Puntos de Conflicto

En este caso que como bien hemos dicho, los hechos tienen similitud con dos de los casos que fueron analizados previamente. Y así, se destaca el siguiente punto global, como punto de conflicto, y se refiere a la vulneración de los derechos a: la igualdad formal y material, así como la no discriminación; el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre temas atinentes a la sexualidad, la salud, la vida y la orientación sexual; el derecho a la identidad personal, que barca el derecho al nombre y apellido y a conocer el origen biológico y el derecho a tener una familia; por su lado también, el derecho a formar una familia y dar inicio a un proyecto parental; y la tan conocida protección que el Estado, sus instituciones, dependencias y demás funcionarios que actúen en virtud de una potestad estatal, le deben a la familia como el núcleo más importante de la sociedad; y en esta misma línea, la protección y el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos; finalmente, los derechos de las niñas, niños y adolescentes que por la falta de protección de los citados derechos entraron en riesgo y fueron puestos en peligro en relación a Satya y el principio del interés superior de la infancia.

Como bien podemos evidenciar, el punto de conflicto radica en que tanto Satya como sus madres Nicola y Helen, alegaban la vulneración de los derechos que hemos descrito, debido a la negativa del Registro Civil, Identificación y Datos Públicos, como institución pública encargada de llevar un registro de los temas relacionados al estado civil, al nombre y a la filiación, de inscribir a Satya como hija de sus dos madres, y sobre esta decisión, se presenta una acción de protección que es conocida por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y resulta desfavorable para las recurrentes, quienes luego deben acudir a la acción extraordinaria de protección, en un juicio que demoró poco más de 6 años en resolverse. El punto central de análisis de la Corte Constitucional recaerá en determinar si en efecto existió la vulneración de dichos derechos, y de ser el caso, determinar la forma en la que dichos derechos deberán ser resarcidos de la mano de una garantía de no repetición. (Defensoría del Pueblo, 2018)

3.7.3 Análisis Realizado por los Jueces

En el presente caso, la Corte empieza señalando que la Constitución de la República del Ecuador desde el año 2008 que fue promulgada por la Asamblea Constituyente, consagra y contempla una larga lista de derechos humanos y fundamentales que están reconocidos a lo largo del cuerpo normativo en cuestión. Estos derechos reconocidos están directamente relacionados con la dignidad humana y requieren ser además de reconocidos, respetados y materializados en todos los ámbitos. Previo al análisis de cada uno de los puntos requeridos, los Jueces señalan que las normas que se invoquen, serán analizadas e interpretadas a la luz del llamado principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Y para esta Corte Constitucional existe una obligación fundamental de respetar los postulados de la Norma Suprema, pues es precisamente en ellos, que se sostiene el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social. Enunciado este importante contexto, debemos citar al artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que señala que: *“Se reconoce y garantizará a las personas: 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.”* En el sentido del

texto de la ley, el derecho a la identidad tiene múltiples dimensiones y su satisfacción y materialización, permite como consecuencia directa, la materialización de otros derechos que se vinculan. La identidad se vincula con la personalidad de un individuo y tiene consecuencias directas en la percepción propia y conjunta que tiene un ser humano de su vida y su existencia dentro una familia y de la sociedad en general. Asimismo, según diversos Instrumentos Internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica, que han sido ratificados por el Ecuador y que por tal motivo, se entienden parte integrante de las normas que son aplicables para los ecuatorianos y la población en general, señalan que la identidad comprende: el registro de nombre, apellidos, lazos filiales existentes y una nacionalidad en el acta de inscripción de nacimiento; ya que solo así se pueden efectivamente materializar los derechos de las personas y más aún de las niñas, niños y adolescentes, que además pertenecen a un grupo de atención prioritaria. En el caso en cuestión para la Corte Constitucional el derecho a la identidad de Satya Amani Bicknell Rotheron, fue vulnerado al negarse su inscripción como hija de sus dos madres y efectivamente con el apellido de cada una ellas; y como efecto de la negativa de su inscripción, se vulneró el derecho a tener una nacionalidad y en el caso puntual, a tener una nacionalidad ecuatoriana que le permita ejercer todos los derechos y contraer obligaciones. (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

Relacionado a lo anterior, abordemos de forma textual la respuesta que recibieron Satya y sus madres frente a la solicitud de inscripción y a la negativa recibida del Registro Civil, Identificación y Datos Públicos, la misma que dice: *“En relación a su solicitud realizada, tendiente a que se inscriba el nacimiento de la menor SATYA AMANI BICKNELL ROTHON, con una doble filiación materna, cúpleme manifestar lo siguiente: procurando precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor Satya Amani en los términos solicitados”*. No obstante de aquello, la Corte verificó que la niña Satya Amani Bicknell Rotheron, consta en su documento de identidad, como hija de Rotheron Nicola Susan (en calidad de madre) y Bicknell Helen Louise (en calidad de padre) y la nacionalidad que se le reconoce es la británica, por cuanto, solo en este país, por medio de su embajada

en el Ecuador, se pudo llevar a cabo la inscripción de los datos de Helen en la información filiatoria de Satya. En cierta forma, la Corte considera que este país reconoce la naturaleza diferente pero no menos importante de este núcleo familiar y permite su inscripción. No obstante, resulta que, al haber nacido dentro del territorio ecuatoriano, Satya, tiene por derecho, una nacionalidad ecuatoriana; pero por el desconocimiento de sus lazos filiatorios, se ve obligada a acudir a la legislación de otro país para registrar una nacionalidad. Siendo esta negativa infundada y discriminatoria, además vulneró sus derechos y la dejó en desprotección absoluta. Para este Tribunal la nacionalidad y su reconocimiento en el marco del derecho a la identidad, permiten a las niñas, niños y adolescentes, beneficiarse del marco jurídico normativo vigente. (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

En otro punto de análisis tenemos al derecho a la igualdad formal y material y la no discriminación, de la mano del reconocimiento y protección de la familia y lazos filiales existentes entre Satya y sus dos madres, en un contexto de familias diversas y que por mandato constitucional deben ser reconocidas y protegidas por el Estado y sus organismos, dependencias, y todo aquel que actúe en virtud de una potestad estatal. De esta manera, la familia y el núcleo familiar que se había conformado entre Nicola Rothon, Helen Bicknell y su hija Satya Amani, en aquel entonces, gozaba y goza a la actualidad, de reconocimiento y protección constitucional. En particular por el caso analizado, y en general por todos los vínculos familiares posibles y existentes en otros casos, sean del tipo que sean, éstos, deben ser garantizados en forma igualitaria a aquella protección que se otorga a las mal llamadas familias tradicionales, y que están constituidas por un vínculo matrimonial o una unión de hecho legalmente reconocida, entre parejas heterosexuales exclusivamente. Ello en atención a que su protección y reconocimiento no está vinculada a ningún tipo de criterio de formalización de los vínculos conyugales en el caso de las parejas, ni a la orientación sexual de los miembros de la pareja. Pues ello sería exigir condiciones y requisitos no previstos en la norma para el acceso, goce y ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos y que les pertenecen a todas las personas, únicamente por el hecho de serlo. En esta misma línea de ideas, los Magistrados consideraron menester revisar la regulación infraconstitucional que existe al respecto del establecimiento de la filiación en el Ecuador; así, el artículo 24 del Código Civil dispone: “*Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida*

una persona dentro del matrimonio verdadero, o putativo de sus padres, o de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarado judicialmente hijo de determinado padre o madre”. Asimismo, la Ley del Registro Civil, Identificación y Cedulación, en sus artículos pertinentes, hace alusión a lo siguiente, el artículo 32 señala que: *“Requisitos de Inscripción. - El acta inscripción de un nacimiento deberá contener los siguientes datos: los nombres, apellidos y nacionalidad del padre y de la madre del nacido, y los números de sus cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía o de sus pasaportes en el caso de que fueren extranjeros no residentes”.* Por su lado el artículo 33 señala que: *“Prueba sobre Filiación. - Cuando la inscripción de un nacimiento no fuere solicitada personalmente, por ambos padres o por su mandatario, se probará su filiación respecto de dichos padres con la presentación de la partida de matrimonio de ellos o de sus respectivas cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía en las que conste el estado civil de los casados entre sí.”* Y el artículo 80, señala que: *“Hijo reconocido. - El hijo reconocido por uno de sus padres, llevará los apellidos paterno y materno, del padre o la madre que le hubieren reconocido. Si con posterioridad le reconocen el padre o la madre que no lo hubieran hecho, se marginará el nuevo reconocimiento en la respectiva partida, a la presentación del instrumento que contenga el reconocimiento en la respectiva partida, asignándole los dos apellidos que por esta razón le correspondan al inscrito.”* (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

Las normas referidas, tanto las del Código Civil como las normas que regulan las funciones, competencias y trámites que se llevan a cabo en el Registro Civil y que fueron citadas textualmente en el párrafo precedente, denotan la inclinación absoluta e inmutable que existía y aún existe en el Ecuador en torno al origen de la filiación, pues a lo largo de sus disposiciones, se revela su tendencia a la verdad biológica o genética como único mecanismo válido para la determinación de la filiación y para los Jueces, este tema lleva además a que no se reconozcan como núcleos parentales aquellos de tipo homoparental, pues únicamente se reconocen los heteroparentales, y peor aún hablar de núcleos parentales de tipo individual. En esta línea de ideas, vale dejar sentado que la mayoría de casos de uso y aplicación de técnicas de reproducción humana asistida está presente en los casos de parejas homoparentales o de individuos en

solitario que son quienes de forma exclusiva pueden planificar su núcleos familiares con ayuda de estas técnicas, puesto que si quieren una descendencia o poder concebir, la respuesta solo la encuentran en estos procedimientos, dejando a salvo la posibilidad de adoptar pero este es un tema que requiere un análisis independiente y propio, pues se consolida como otra forma de establecer la filiación y al respecto del cual ya hemos mencionado los problemas que trae consigo.

Para la Corte, se evidencia de forma clara que no existe normativa infraconstitucional que regule estas realidades familiares diversas, pero no menos importantes, y ello tampoco justifica la falta de protección jurídica y judicial que se dio en el caso, pues en base a la igualdad formal y material y la no discriminación, los preceptos y derechos fundamentales reconocidos en el Carta Magna, deben ser aplicados a todos. En este sentido, se determina que la unión homoparental de las señoras Helen y Nicola, pese a ser una unión de hecho no reconocida legalmente, tiene la misma protección que los vínculos matrimoniales o de hecho reconocidos, y también los mismos derechos que los vínculos heteroparentales y los casos de familias monoparentales. Pues respecto de sus hijos, sus padres o madres tienen el derecho a registrarlos y constar como tal en sus actas de nacimiento, sin que, por la naturaleza del vínculo filiatorio, se pueda hacer algún tipo de distinción que menoscabe los derechos.

Esto concluye en que cada familia debe ser considerada como igual ante las leyes, dentro de las diversas y especiales condiciones en las que se pueden originar o constituir y haciendo alusión al artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, la discriminación por la orientación sexual de una persona, se considera como uno de los criterios sospechosos por los cuales se limita el goce y ejercicio de los derechos consagrados en un país, en las diferentes esferas de la vida: social, política, económica, cultural, civil, entre otras. Es indispensable que se respeten los derechos de las diversidades sexo-genéricas, que a lo largo de la historia de nuestro país y del mundo entero, han existido siempre. Y de la respuesta del Registro Civil, que fue citada en líneas anteriores, se desprende que existió una diferenciación en el trato que se le dio a una familia, por las condiciones de su constitución especial y diversa, basada en la homoparentalidad y se evidencia la aplicación de una de las categorías sospechosas, para discriminar a estas personas. (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

No es menos cierto, que en efecto el Registro Civil, sostiene un punto valedero

desde lo legal, pero no desde lo constitucional, al motivar la respuesta indicado que no existe una normativa legal para llevar a cabo la inscripción en las condiciones requeridas por las recurrentes, pues de las normas citadas con anterioridad, se desprende cual en efecto es la realidad normativa del Ecuador respecto de la filiación por voluntad procreacional, en un contexto de aplicación de las THRA y de relaciones humanas cambiantes. No obstante, si bien no hay normas sobre el tema y si bien las normas que existen, fueron y además siguen siendo contrarias a los preceptos constitucionales que están por sobre todas ellas, resulta que el personal del Registro Civil y los Jueces de la Corte Provincial de Pichincha, realizaron una interpretación y aplicación errada de las mismas, pues en atención a la manifiesta discriminación, de las que estas eran y son autoras, debían no ser aplicadas en el caso en cuestión, ni en ningún otro. El deber de los funcionarios públicos recaía, en el abstenerse de aplicar estos criterios discriminatorios que además son vistos por nuestra constitución como criterios sospechosos, por medio de los cuales se ha vulnerado los derechos detallados en el punto de conflicto, de todos los intervinientes, Satya y sus dos madres. Es imperioso entender que, la resolución del Registro Civil, está motivada en normas infraconstitucionales que además son contrarias a lo que señala la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, y ello jamás debió haberse dado y menos aún, considerando que el caso pasó por el análisis de una Corte Provincial. Respecto de este punto, para la Corte Constitucional es evidente que estos funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones tanto de registro como judiciales, vulneraron los derechos a la igualdad y la prohibición de discriminación que existe al respecto. (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

Otro de los aspectos que deben ser mencionados en este análisis y que lo realizan los magistrados, se relaciona a la protección que el Estado le debe a la familia y sobre todo la protección que tiene esta en sus diversos tipos. Para la Corte, esta diversidad comprende también, y sin lugar a dudas, una diversidad en la forma de concepción de los descendientes que pueden tener los núcleos familiares, ya sean estos homo, hetero o monoparentales, pues no existe un modelo único de familia, y es además imperioso el reconocimiento y regulación de la voluntad procreacional como forma para la creación de vínculos filiales. Este aspecto ha sido destacado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción y competencia nosotros nos acogemos y la

misma señala que: *“El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, homoparentales o casos de madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación y violaciones de los derechos humanos.”* (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

Y es en esta diversidad, en la que efectivamente existen diferentes deseos, proyectos individuales o conjuntos, planes e ideas que las personas proyectan para sus vidas en base a la dignidad humana, para establecer una familia en base al proyecto de vida que quieren para su realidad, proyectándose en cada caso y de una manera distinta, familias cuyos núcleos no son los tradicionales y en las cuales no siempre existen hijos o no siempre los vínculos con los descendientes tienen una correspondencia biológica o genética, pues la diversidad se radica también en las nuevas formas de establecer la filiación respecto de las personas. En este sentido ninguna persona y peor aún las leyes o los funcionarios públicos podrían llegar a determinar modelos familiares excluyentes, en los que discriminen a los grupos sociales. Y es la misma Corte Interamericana, la que, citada por los Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, señala que nadie tiene la competencia ni el rol de determinar la valía de unos vínculos familiares por sobre otros, pues para ambas Cortes, bajo su criterio, los núcleos familiares sean homo o heteroparentales tienen igual protección ante las leyes y las instituciones. (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

Para los Jueces es evidente que el Registro Civil, toma una decisión errada, al querer dotarle de una seguridad jurídica a la filiación paterna, cuando en el caso de análisis esta ni siquiera existía, pues se trataba de una donación de gametos masculinos, realizada de forma anónima por un hombre que de manera expresa y clara renunciaba a la paternidad que ese material genético pudiera concebir. Y a la par, la respuesta del Registro, desconocía la maternidad doble, en atención a la falta de normativa registral, cuando es en estas dos maternidades, en las únicas que existía esta voluntad clara, expresa y concreta de entablar lazos filiatorios con Satya y asumir las obligaciones y los derechos que esta maternidad homoparental trae consigo. A breves rasgos estos han

sido los puntos más relevantes que los Jueces de la Corte Constitucional aportan sobre el caso que fue sometido a su conocimiento. No obstante, resulta fundamental destacar que la resolución de los jueces dictó algunas medidas de reparación integral a las cuales haremos mención de forma sucinta y destacando las más importantes en relación al trabajo de titulación. (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

Evidenciadas las vulneraciones de derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, tanto en el acto administrativo del Registro Civil, cuanto en las sentencias de primera y de segunda instancia, le corresponde a la Corte, determinar las medidas más adecuadas de la reparación integral. La primera de las medidas constituye la restitución y por lo tanto la Corte decide dejar sin efecto el acto administrativo en cuestión, así como las sentencias de primera y segunda instancia en la acción de protección y esta medida entra en vigencia, a la fecha de emisión de la resolución como tal. Como parte de las medidas de restitución, se dispone también, que el Registro Civil, registre a Satya Amani Bicknell Rotheron como hija de Helen Louise Bicknell y Nicola Susan Rotheron, quienes en el acta de nacimiento constarán como madres de Satya y los lazos filiatorios quedarán claramente definidos y establecidos en razón de la voluntad procreacional. Es importante destacar que no se va a dejar constancia de los datos de las madres, en un apartado que indique “datos de la madre” y otro que diga “datos del padre”, pues a efectos de la igualdad y no discriminación y de que el núcleo de esta familia no es de los tradicionales, se va a dejar constancia que tiene dos madres y ellas constarán como tales; y la información respecto a un padre, en efecto debe ser omitida del acta de nacimiento, por cuanto Satya no tiene padre. En esta misma línea la Corte manda a publicar en las páginas oficiales del Registro Civil dicha sentencia y adiciona una medida de satisfacción en la que deben emitirse disculpas públicas a las personas que sufrieron la vulneración. (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

Finalmente, la medida más importante, que considero existe en este contexto, es la medida y garantía de no repetición, en la cual la Corte Constitucional dispone que la Asamblea Nacional, en el plazo no mayor a un año, contado desde la fecha de notificación de la sentencia, adopte las disposiciones legislativas correspondientes al reconocimiento y regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en el

Ecuador; así como los efectos y consecuencias jurídicas, que la aplicación de dichos procedimientos tienen en la creación y origen de los lazos filiales. Pues, el acceso a los mismos y las diversas formas de relacionarse de las personas, implica que deban ser reformadas algunas instituciones que mantienen regulaciones poco aplicables a la realidad social, como es el caso de: la filiación y las normas existentes sobre las formas de establecer la misma; los diversos modelos familiares existentes y posibles; los temas relacionados a la verdad biológica y las presunciones de maternidad y paternidad; y los temas relacionados a los formatos administrativos que existen en las instituciones públicas para ciertos trámites en los que se involucran los registros civiles de una persona y su identidad propiamente dicha. En este contexto, y citando textualmente la decisión de la Corte, en sentencia señala que: *“El Registro Civil no podrá negar la inscripción de niños o niñas cuyos padres y/o madres han realizado un proceso de procreación a través de métodos de reproducción humana asistida, sea con material genético homólogo o heterólogo, para lo cual, únicamente se requerirá el certificado del Centro Médico que haya realizado dicho procedimiento. Asimismo, en procura del derecho a la identidad, el registro de los apellidos se realizará en función de lo determinado por los padres y/o madres o persona monoparental, en el momento de la inscripción de los menores.”* (Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 2017)

3.7.4 Análisis Crítico de la Decisión Adoptada

Sin lugar a duda, en este punto podemos señalar que esta resolución fija un precedente importante en la legislación ecuatoriana, pues se realiza un análisis de algunos derechos constitucionales y su alcance en relación a las técnicas de reproducción humana asistida y a la luz de las relaciones humanas cambiantes. Se determina que en efecto la realidad normativa ecuatoriana y sobre todo la infraconstitucional vulnera derechos de rango constitucional al no regular ciertas realidades y procedimientos médicos relacionados a la reproducción y a la sexualidad, así como al regular ciertas figuras e instituciones en contrario a los preceptos constitucionales. Todo esto se ha traducido en vulneraciones derechos humanos y deja la realidad normativa de Ecuador atrasada en relación a los avances que existen en otros países de la región y del mundo. Para evitar la clandestinidad, los abusos y demás controversias originadas por la no regulación o la regulación contradictoria que existe,

debe avanzarse legislativamente, en estos temas.

No obstante, si bien el aporte realizado por la Corte Constitucional es muy relevante, la Asamblea Nacional ha incumplido en el mandato de la Corte y se encuentra en mora en la expedición de las normas que le correspondían en relación a las THRA. Y por ello tenemos un problema jurídico- social persistente en el Ecuador. Por otro lado, lo que si debemos destacar es que, en esta resolución, a diferencia de una de las de México en un caso similar, los efectos tienen aplicación “*ad hominem*” y no como el Estado de Morelia, Michoacán que solo tuvo efectos “*inter partes*” y no se constituyó en jurisprudencia vinculante. Por su lado, desde mi perspectiva, la disposición de la Corte adolece de un error, pues solo manifiesta que se requiere un certificado del procedimiento emitido por el Centro Médico que llevó a cabo el procedimiento, pero deja un vacío, en cuanto a la forma en la que debe manifestarse o expresarse de forma válida el consentimiento informado de una persona; que debe expresar su voluntad procreacional de dar inicio a un proyecto parental individual o conjunto con su pareja homo o heterosexual; y esto en efecto resulta un vacío importante que debe ser solventado.

3.8. Caso Baby M, Gestación por Sustitución- Nueva Jersey

3.8.1 Breve Narración de los Hechos

Este caso es conocido como el primer caso de gestación por sustitución o gestación subrogada en el mundo. Melisa Stern o Baby (M) como es conocido el caso por la publicidad que le dieron los medios de comunicación en aquel entonces, se refiere a una niña que fue concebida en estas condiciones por primera vez en la historia de la ciencia. Este resulta ser un caso con algunas particularidades y problemas evidentes de fondo que no fueron previstos por las personas de aquel entonces, sino hasta que suscitaron. Melisa fue concebida en la figura de una gestación por sustitución con aporte de esperma de William Stern y los óvulos de la gestante sustituta. Pues la señora Elizabeth Stern no tenía material reproductor fértil para llevar a cabo esta gestación y su útero tampoco presentaba las condiciones idóneas para llevar a término el embarazo. Todo este contexto, lleva a que la pareja, formada por William y Elizabeth Stern, unidos bajo matrimonio en el Estado de Nueva Jersey, Estados Unidos de América, contrate los servicios de Mary Beth Withehead, quien gestaría a la bebé en calidad de sustituta

aportando sus óvulos y luego entregaría a la menor cuando naciera, al matrimonio de los Stern.

El problema se suscita cuando una vez nacida la menor, la señora Whitehead, decide no entregar a la niña a la pareja y opta por quedarse con ella, pues alegaba ser su madre biológica y además haberla dado a luz, hechos que en aquel entonces se demostraban con un ADN y con un certificado de nacido vivo otorgado por el facultativo médico que atendió el parto. En donde se daba fe de la persona que dio a luz a la bebé. No tranquilos con estos acontecimientos y esperando recibir a su hija, los Stern se vieron obligados a acudir a los tribunales de justicia de Nueva Jersey, para pelear el caso. El contrato de gestación por sustitución fue declarado nulo, pero respecto de la situación de Melisa, el Tribunal, analizó y ponderó sus derechos a la luz de la teoría del interés superior de los niños, y ello llevó a que concedan la custodia de la niña al matrimonio Stern, pero señalaron un régimen de visitas entre la gestante subrogada y la niña. (Surrogacy 365, 2016)

3.8.2 Puntos de Conflicto

Uno de los principales puntos de conflicto gira en torno al contrato entre privados que fue celebrado entre el matrimonio Stern y la señora Whitehead, pues en efecto se dejó por escrito que ella sería inseminada artificialmente con el espermatozoides del señor Stern y gestaría al bebé una vez que la concepción se hubiere dado con éxito. Por la gestión, la señora Whitehead recibiría la cantidad de USD \$10 000,00 de los Estados Unidos de América, más todos los gastos médicos que la pareja se comprometía a asumir para el nacimiento de su hija. Una vez que diera a luz, ella se comprometía a entregar al bebé a los Stern y renunciaba a todos los derechos de la maternidad por correspondencia biológica y por gestación, que en ese entonces las leyes podrían haberle impuesto. Para todo esto, se convino que el matrimonio Stern aparecería en el acta de nacimiento del bebé como sus padres. Finalmente, cuando nace Melisa, un 27 de marzo de 1986, los Stern permiten que la señora Whitehead permanezca con ella unos días más antes de la entrega, pero después de este tiempo ella se negó a entregar a la bebé y tampoco quiso renunciar a la maternidad sobre ella. No siendo posible para la señora Stern, ni siquiera, llevar a cabo un proceso de adopción de Melisa pues su madre biológica y quien la había gestado no iba a renunciar a esta maternidad. (Lamm, 2013, pág. 21)

Resulta evidente que según los Stern, en este contrato se habían pactado todas las

posibilidades y acuerdos que eran necesarios para poder llevar a cabo su proyecto parental; no obstante de aquello, el contrato pese a ser un acuerdo de voluntades entre particulares resulta que para la época tenía un punto de conflicto también relevante y es que no solo sus acuerdos no eran completos y visionarios, sino que estos iban en contra del orden público y de las leyes vigentes adoleciendo de un mal llamado como objeto ilícito. Pues lo que se había pactado en sus líneas contravenía e inobservaba normas expresas, que estaban vigentes en el Estado de Nueva Jersey. Resulta que, al llevar a cabo estos pactos, se aventuraron a un contrato que tendría imposibilidad de ser demandado en vía judicial por incumplimiento, en caso de que una de las partes inobserve lo pactado y además alteraba figuras como la filiación, la adopción, la renuncia a la filiación y otras cuyos fundamentos tradicionales se vieron afectados sin que exista un desarrollo legislativo y de reforma previo que oriente aquello. (Lamm, 2013, pág. 21)

Finalmente, otro conflicto que se suscita en atención a la gestación por sustitución o gestación subrogada, es que los particulares en sus acuerdos dispusieron sobre derechos humanos y fundamentales como lo son el derecho a tener una familia; el derecho a conocer los orígenes biológicos; el derecho a la filiación; el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; entre otros, sin un sustento para ello. Ello lleva a que cuando una de las partes incumplió los acuerdos pactados, la otra se viera en la dificultad e imposibilidad material de demandarle algo concreto, pues entraban en juego derechos de un rango muy alto que debían en principio ser tutelados por un tribunal de justicia para poder ampararlos y garantizar su goce y materialización para todas las partes involucradas en los acontecimientos, adoptando una resolución concreta al respecto, que permita avanzar en el conflicto. (Lamm, 2013, pág. 21)

3.8.3 Análisis Realizado por los Jueces

El análisis de los Jueces, fue sucinto en lo que respecta al contrato celebrado entre privados, mismo respecto del cual se determinó su nulidad de forma directa por contener acuerdos que no eran lícitos. Adolecía de un objeto ilícito evidentemente, porque gestar un niño con la intención previa de entregarlo a otra u otras personas, renunciando a los derechos filiatorios sobre él en el caso de que hubiera gestado con material genético propio o sin él, estaba prohibido en el Estado de Nueva Jersey y por lo tanto aquello que se pactó, no podía haberse pactado y declarando su nulidad se dejó

sin efecto este contrato y todos los acuerdos en él contenidos.

Con relación a los derechos de Melisa, la bebé concebida, la Corte entró al análisis de sus derechos en torno al principio del interés superior del niño y determinó en base a peritajes, testimonios y pruebas documentales, que lo que más le convenía a ella, era vivir con el matrimonio Stern por cuanto contaban con el soporte económico y estabilidad familiar (por ser un matrimonio legalmente reconocido), para cuidar de la niña y ocuparse del rol de padres. No obstante, de esta decisión, de entregar la tuición y cuidado de Melisa a los Stern, la Corte tuteló para la señora Whitehead sus derechos en cuanto a la filiación sobre ella, por tal motivo señaló un régimen de visitas que ella podría hacerle a Melisa, para consolidar un vínculo materno filial con su hija, pues cuando tuviera la edad suficiente, era obligación de los padres darle a conocer su origen biológico.

3.8.4 Comparación a la Realidad Ecuatoriana

Ecuador es uno de los países en donde esta posibilidad no está prevista aunque tampoco existe una prohibición sobre la figura en cuestión, resulta imperativo considerar que, si un caso de esta magnitud hubiera tenido lugar en nuestro ordenamiento jurídico, la decisión adoptada estaría en total dependencia del hecho material de la gestación y sería madre quien dé a luz a él o los menores, pues rige en nuestra legislación el principio de *“mater semper certa est”*, y este no podría ser inobservado pues el certificado de nacido vivo se otorgaría indicando los nombres de quien dé a luz al niño o niña. Respecto de la paternidad, incluso ésta, estaría fijada en atención a las presunciones de paternidad vigentes en nuestro ordenamiento jurídico y si no aplica ninguna de ellas, ésta se señalará con una acción de investigación de la paternidad mediante una prueba de ADN. Es decir que, siendo más concretos y específicos sobre esta cuestión, el tema de la voluntad procreacional y la posibilidad de pactar entre privados una gestación por sustitución o subrogada, no estaría permitido y también adolecería de objeto ilícito, lo cual nulificaría el pacto y la maternidad y paternidad serían señaladas en atención a lo descrito en líneas anteriores, teniendo en cuenta que, además se va a buscar que se fijen una maternidad y una paternidad, porque tampoco se posibilita desde lo legal señalar una doble maternidad o una doble paternidad o estas individualmente, ya que si bien tenemos el caso Satya como jurisprudencia vinculante, empero aún no se ha cumplido con expedir normativa que

regule el tema de las THRA y sus efectos jurídicos (familiares y registrales, entre otros) en torno a la filiación.

3.8.5 Análisis Crítico de la Decisión Adoptada

Según nuestro estudio en la materia, señalo que el análisis realizado por la Corte y la decisión adoptada son escuetas, se limitan a señalar la nulidad de un contrato respecto del cual se pudieron haber analizado los pactos alcanzados y su viabilidad práctica. Pudieron verificar además que las prestaciones y contraprestaciones sean mutuas y que ninguna esté en detrimento de las otras. Se pudo asimismo realizar un análisis de los casos en los que estos contratos tendrían o no fines de lucro para determinar cómo debe fijarse el valor comercial de los mismos, evitando que, por la falta de regulación, se llegue al extremo de comerciar con el cuerpo humano y, sobre todo, tratando de que prevalezcan intereses altruistas y de apoyo a las personas o parejas que, por cualquier motivo, no pueden gestar a su propio hijo. Es fundamental destacar que en efecto la Corte se pudo pronunciar sobre algunos requisitos mínimos que deben cumplir estos contratos, para ser completamente claros en cuanto a lo que le corresponde cumplir a cada parte y en torno a eso determinar lo que es necesario para la validez de dicho contrato, en cuanto a las solemnidades que debe cumplir para hacer prueba plena de la filiación que le corresponde a él o los comitentes y a la renuncia que le compete a la gestante sustituta o subrogada.

Para mí la resolución en torno al régimen de visitas es innecesaria y fuera de lo legal, pues en principio este tipo de contratos debe garantizar que las partes cumplan con sus obligaciones contraídas y que luego no se generen abusos o inobservancias de los pactos por cambios repentinos de parecer o voluntad. Lo que sí sostengo, es que el caso en cuestión presenta una complicación particular por el hecho de que la gestante fue inseminada con el esperma del señor Stern y fueron sus óvulos los que dieron paso a la fecundación, por lo que en este caso los lazos entre ella y la bebé no solo eran de tipo gestacional por llevarla en su vientre, sino que también eran de tipo genético pues se trataba de un gestación por sustitución con aporte de material biológico de la gestante. Por tal motivo, en lo que a mí respecta, es imprescindible que esta práctica se regule en los países, en cuanto a la forma en la que puede llevarse a cabo y que exista incluso una preparación mental y psicológica de los intervinientes para poder comprender y estar preparados para lo que comprende este proceso. Es evidente que,

hablando desde la ciencia, y esto lo mencionamos en líneas anteriores, que entre la gestante y el gestado nacen vínculos de afecto con independencia de si hay o no un parentesco genético, por el simple hecho de llevar en su vientre por alrededor de nueve meses a ese bebé. Por tal motivo hay que evitar al máximo afectar emocionalmente a las partes, pues todos tienen interés y derechos de alto rango en juego cuando se llevan a cabo estos contratos en base a la técnica de reproducción asistida conocida como gestación por sustitución o subrogada.

CAPÍTULO 4

SUGERENCIAS JURÍDICAS PARA LOS PUNTOS DE CONTROVERSIAS QUE PUEDEN SER RECOGIDOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

4.1 Determinación de la Problemática Jurídica y los Vacíos Legales en relación a las THRA y la Filiación por Voluntad Procreacional en la Legislación Ecuatoriana

Al hablar de la problemática jurídica y vacíos legales, en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, nos referimos muy puntualmente a la necesidad de reformar, crear y principalmente actualizar instituciones jurídicas que han estado vigentes durante mucho tiempo y que en la actualidad necesitan contemplar otros supuestos de aplicación. Nos referimos en forma muy específica también a aquella figura de la filiación que es la causa y origen de las relaciones familiares, pues su finalidad es el señalamiento de lazos de parentesco o filiales entre los miembros de un núcleo familiar. Como bien se ha dicho a lo largo de toda la investigación y en los casos de jurisprudencia que han sido analizados en el capítulo precedente, la familia es un concepto amplio y que está sujeto a constantes cambios, lo que implica que no puede verse limitado a un modelo tradicional o una configuración específica que siga un patrón determinado, pues las familias al día de hoy pueden estar constituidas de diversas maneras. A modo ejemplificativo tendríamos familias conformadas por: dos madres, dos padres, una madre sola, un padre solo, una madre y un padre, y con o sin formalización de un vínculo conyugal. Y esta diversidad en los núcleos familiares atiende a la realidad de unas relaciones humanas cambiantes, en donde existen diversidades sexo-genéricas que demandan el reconocimiento y respeto de sus

relaciones humanas. Asimismo, es en esta diversidad, en la que nosotros debemos considerar que surgen múltiples problemáticas jurídicas que deben encontrar una respuesta clara, concreta y específica en las legislaciones de cada país. Si bien con esto último se evitarían una serie de problemas en cuanto a los abusos, la inseguridad jurídica, y la discriminación en la aplicación de las disposiciones de la ley, ello no quiere decir que exista un imperativo en la regulación que deben ir implementado los Estados. La realidad social, cultural, política y económica de cada país tiene unas características propias y se ve iluminada por la idiosincrasia de sus miembros en un momento histórico determinado. Por ello, aunque si bien es necesaria la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en los Estados y para ello es paralelamente necesaria la actualización y reforma de ciertas instituciones tradicionales, debemos tener presente que este progreso dependerá de la forma en la que cada país vaya forjando su camino en el mundo. Es evidente incluso en la legislación comparada, que no todos los países tienen la misma regulación y apertura a todas las THRA, en algunas realidades normativas solo se permiten y regulan ciertas técnicas, así como se prohíben otras e incluso se omiten otras también.

La consecución de derechos, y principalmente la consecución de derechos humanos dentro de un territorio, así como el reconocimiento, respeto, goce y materialización de los mismos, es una lucha que no termina. Si bien en el caso ecuatoriano, al tener una norma fundamental que contempla un amplio catálogo de derechos fundamentales protegidos, y al ser parte ratificante de múltiples tratados internacionales de derechos humanos, se podría decir que se contemplan los más amplios estándares de bienestar social y goce de derechos, pero ello en la realidad práctica no ocurre de ese modo. En este sentido debemos considerar que si bien el hecho de tener una Constitución como la de Ecuador que en su parte dogmática es muy sólida e innovadora a nivel de la región e incluso del mundo, la materialización de los derechos reconocidos en esta parte dogmática no se da por sí sola, requiere de instituciones públicas, funcionarios públicos, políticas públicas y estrategias de desarrollo, que permitan el funcionamiento sincronizado de los poderes del Estado para llevar a la realidad tangible todos estos derechos. En esta misma línea de ideas, es en donde debemos plantear el hecho de que pese a que existen Tratados Internacionales garantes de derechos y derechos reconocidos en el Constitución, estos entran en conflicto la mayor parte del tiempo con normas de menor jerarquía que

contemplan situaciones contrarias a dichos derechos o contradictorias entre sí, que por un lado impiden conocer y determinar la forma en la que han de ser aplicados dichos derechos o de plano, nulitan estos derechos en toda su manifestación. Esta es la problemática jurídica genéricamente hablando, que existe en relación a las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país y en muchos otros que están en una condición similar, o incluso peor.

Ahora bien, detellemos de forma más específica la problemática a la que nos referimos y esboceemos sobre ella, posibles ideas de reforma y actualización, y en último caso sugerir la derogación de algunas disposiciones como tal. Partiendo de la Constitución de la República del Ecuador, esta norma en sus artículos 67 y 68 trae, unos derechos clave y muy importantes a la hora de empezar a analizar las contradicciones normativas y los posibles vacíos legales que hay en la legislación. Partimos citando a los mismos y sobre ellos haremos las críticas oportunas, en un estudio que nos permitirá visualizar de lo más a lo menos, dónde podrían estar los potenciales puntos de conflicto. El artículo 67 señala textualmente que: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.” (Asamblea Constituyente , 2021) Sobre el texto del citado artículo, debemos hacer algunas consideraciones y aportes, el primer inciso contiene una disposición fundamental para nuestro estudio, pues se reconoce a la familia en sus diversos tipos, y la familia, además, ha de ser protegida como núcleo fundamental de las sociedades y se debe garantizar el derecho a la igualdad formal y material de todos quienes la integran, sin discriminación alguna posible. Como es evidente, la Norma Suprema, no realiza distinción alguna entre los tipos de familia que encuentran protección en la ley, pues al ser abierta, se reconocen las familias en su diversidad y en esa diversidad se protegen. Diversidad en cuanto a la calidad de las personas que integran una familia, en cuanto al origen de los vínculos que unen a los integrantes de esa familia, en cuanto al número de personas que conforman una familia y a los roles que desempeñan en ella cada uno, en fin, diversidad en cuanto a la conformación misma de las familias.

Y es en esta idea central, en la que encuentran protección otras ideas como la filiación por voluntad procreacional, la descendencia que se consigue con apoyo de las técnicas de reproducción humana asistida y las relaciones humanas y familiares que no siempre son constituidas legalmente, a veces son de hecho por la convivencia misma y no siempre son heterosexuales, a veces son homosexuales y a veces también no son relaciones de pareja sino proyectos individuales de personas solas que quieren y buscan también formar una familia en la monoparentalidad. Como es evidente, en mayor o menor medida y en algunos, pero no en todos los procedimientos de reproducción, la familia en sus diversos tipos. está protegida por el Estado, sus organismos, dependencias e instituciones públicas y todos quienes actúen en virtud de una potestad estatal. Motivo por el que el inciso de este artículo, según nuestro criterio y en base a los parámetros internacionales de derechos humanos, está bien y tutela los derechos en forma correcta.

Con relación al segundo inciso del artículo 67, debemos realizar las siguientes consideraciones, al expedirse en el año 2008, la norma señala que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, dejando fuera la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan estar unidas bajo un vínculo matrimonial, pues esta es una figura cuyo alcance históricamente no estaba a la disposición de todos por igual. No obstante de aquello, la Corte Constitucional del Ecuador, en sus sentencias 10-18- CN y 11-18- CN, interpretó la norma antedicha y en la actualidad el matrimonio, se reconoce para parejas homo y heterosexuales, pese a que no ha existido un proceso de reforma legislativa de la citada disposición. Esto último nos lleva a pensar en lo siguiente, si el matrimonio está permitido para todos por igual, los fines que puede perseguir y proteger la institución del matrimonio también se proyectan a estos nuevos supuestos. Y aunque si bien el matrimonio ya no tiene como fin último ni obligatorio la procreación; no se descarta la posibilidad de que dos personas que se unen en matrimonio (ya sea un pareja homo o heterosexual) podrían tener como fin, procrear. Y con ello buscar: formar una familia, tener descendientes y materializar un proyecto parental en este núcleo familiar que han formado. Si la realidad es la descrita, y los matrimonios son diversos en cuanto a la orientación sexo genérica de los contrayentes, atendiendo al hecho de los impedimentos médicos, físicos, funcionales, sociales y anatómicos, que pueden presentarse en todas las parejas por igual, es imprescindible regular las técnicas de reproducción humana asistida y la voluntad procreacional, por

cuanto en ciertos casos y realidades, estas son las únicas opciones, que permitirían a algunas parejas, iniciar sus proyectos parentales y tener o concebir a sus hijos e hijas.

En relación a lo expresado en el párrafo anterior, también el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador, señala en torno a la unión de hecho, que esta debe ser entendida como: “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. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.” (Asamblea Constituyente , 2021) Hacemos notar que la unión de hecho tampoco es excluyente frente a parejas homosexuales y además de aquello, se le reconocen los mismos derechos y obligaciones que existen para las familias en donde las parejas están unidas bajo el vínculo del matrimonio. Dadas estas consideraciones, en esta primera parte de análisis y comentarios sobre el marco normativo del Ecuador, debemos continuar nuestro estudio hasta llegar al tema central de esta tesis, pues solo de esta manera será posible emitir un criterio respecto a posibles sugerencias que puedan darse a la legislación ecuatoriana en cuestión.

Abordemos ahora, la regulación existente en el Código Civil sobre la filiación, el artículo 24 del mentado cuerpo legal, señala que: “se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.” Asimismo, debemos señalar que el artículo 151 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en torno a las finalidades de la figura de la filiación adoptiva, señala que: “la adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021) Como es evidente, tenemos en este sentido una posible primera clasificación de la filiación, en torno al criterio del origen del vínculo filial en nuestro país, y en este sentido, tendríamos, por un lado, a la filiación biológica o genética, así como la filiación de tipo registral; por otro lado, lo que podría llamarse una filiación judicial,

en el caso de la acción de investigación de las correspondientes maternidad o paternidad, y finalmente, una filiación adoptiva.

Empero debemos señalar que en nuestras leyes se regulan también algunas presunciones de hecho o “*iuris tantum*”, que admiten prueba en contrario y giran en torno a la maternidad y a la paternidad, estas serían las siguientes: respecto de la maternidad tenemos la conocida como “*mater semper certa est*” o la madre siempre es conocida, ésta en torno a la maternidad en el caso del hecho material del alumbramiento de los hijos; y, respecto de la paternidad, tenemos concretamente las siguientes: la primera se encuentra citada en el artículo 233 del Código Civil y señala que: “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.(...)” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021) En el texto citado de la disposición a la que hemos hecho referencia, se tiene que, en efecto existe una presunción de paternidad para el caso del hijo nacido dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres y cuando este nacimiento, se produce dentro de un tiempo determinado contado a partir de dicha unión, pues si nace antes de este tiempo, la presunción no aplicaría debido a que antes de esa fecha aún no habrían sido marido y mujer y nada garantiza que el marido sea el padre. En este caso la norma contempla la posibilidad de un matrimonio heterosexual puramente dicho y no evidencia otros escenarios, manifestando que, si un hijo nace dentro de la vigencia de un matrimonio heterosexual, este tendrá una madre cierta y un padre por presunción de paternidad, en el sentido de que, al estar casada esta mujer, el padre de su hijo será su marido nada más.

Como es claro, tenemos una norma que genera conflictos legales y jurídicos en muchos sentidos y eso es lo que debe cambiarse y adaptarse a las necesidades actuales, contemplando otros escenarios que surgen cuando se aplican las THRA y cuando el matrimonio responde a la unión de diversidades sexo genéricas. Uno de los ejemplos en este sentido, es el siguiente: puede tratarse de un matrimonio heterosexual en el que la pareja o solo la mujer, dependiendo de lo que la ley exija al respecto, ha consentido o han consentido en gestar al hijo de otra pareja que puede ser homo o heterosexual o incluso de hombres y mujeres en solitario que han decidido encargar la gestación de su hijo o hija, a una gestante sustituta. Una vez que el embarazo llegue a término, el momento de dar a la luz la mujer, por el hecho de estar casada y de que esta norma en cuestión es incompleta, pues no regula esta excepción a la regla general; por la

mentada presunción de paternidad del artículo 233, él o la gestada, serán considerados como hijos del marido de la gestante. Por lo que, de ser el caso, en la norma debe existir una excepción que impida que se aplique la presunción de paternidad respecto del cónyuge de la gestante, pues ella nada más habría intervenido como parte dentro de un contrato de gestación subrogada; y ni su esposo ni ella tienen que constar como padre ni madre del menor que nazca, pues este rol le corresponde a él o los comitentes nada más. Empero como bien decimos, la norma contempla un vacío legal al no hacer referencia a las excepciones de aplicación de la regla general en cuanto a la presunción de paternidad, por el hecho material de nacer después de 180 días posteriores al matrimonio, considerando además que esta norma se haría extensiva a los casos de uniones de hecho legalmente reconocidas también y que en este sentido es discriminatoria pues resulta que solo considera casos de parejas heterosexuales y no homosexuales al hablar de presunción de paternidad, cuando bien debería hacerse extensiva a la idea de una pareja de lesbianas en donde no exista paternidad que presumir, sino una maternidad por ejemplo.

En esta misma línea, tenemos otra presunción de paternidad, que viene del latín y dice “*pater vero is est quem nuptiae demostrant*”, su traducción al español es que el padre es aquel que indican las nupcias, esta presunción si bien no da un tiempo como la regla contenida en el artículo analizado en el párrafo precedente, no obstante de aquello, se refiere a una situación similar y contempla los mismos problemas que ya fueron mencionados antes. En un tercer lugar, también existe aquella presunción de que si el nacimiento se produce hasta dentro de los 10 meses posteriores a terminado el vínculo matrimonial ya sea por muerte o divorcio, se tiene por padre al marido igualmente. En este caso, estamos frente al mismo problema de la gestación subrogada consentida por la gestante y su pareja o solo por ella, dependiendo del caso particular, y del hecho de que va a atribuírsele la paternidad al ex cónyuge o conviviente en el caso de un divorcio y al “*de cuius*” o causante, en el caso de que haya fallecido el cónyuge o conviviente. Por lo tanto, en ambos escenarios tampoco se van a respetar los roles de quienes son él o los comitentes y quien es la gestante sustituta, ya sea que ella tenga o no pareja. Finalmente concluyendo este punto en relación a las presunciones de, maternidad y paternidad en nuestra legislación, debemos señalar que las excepciones a estas presunciones, contenidas en el mismo Código Civil, no versan sobre temas atinentes a la voluntad procreacional de las personas o parejas, de querer

gestar con ayuda de otro vientre y a la voluntad correlativa de quien gesta, para que no se le atribuya una maternidad por este hecho, ni a ella ni a su pareja, en caso de que la tenga. Ni tampoco contemplan excepciones relativas a la misma voluntad procreacional como tal. Y este sin duda es un punto de vacío legal en nuestra norma y debe ser subsanado para evitar problemas jurídicos. Algo que también puede ocasionar problemas es el hecho de que no se limite o establezca, el estado civil de las mujeres que podrían llevar a cabo el rol de gestantes sustitutas para una pareja o persona en calidad de comitente o comitentes, el número de veces que se podría llevar a cabo esta gestión subrogada, para evitar que se comercialice con el cuerpo humano, ni se lo denigre, y el tipo de técnica que podría emplearse, es decir ya sea con aporte de gametos de la misma gestante o sin aporte. Pues regulando estas cuestiones en particular, la realidad jurídica mejoraría. Sobre estos puntos volveremos más adelante, cuando hagamos las recomendaciones a la legislación ecuatoriana, pues en este apartado nada más, nos limitaremos a especificar con el mayor detalle posible los puntos de conflicto y vacíos legales, que surgen en relación a este tema de la voluntad procreacional y las THRA.

No teniendo más puntualizaciones que realizar en torno a la regulación de la figura de la filiación en el Ecuador, hemos podido demostrar que según las normas actuales no existe dentro de las causas de la filiación, aquella que deriva de la voluntad procreacional cuando se aplican las técnicas de reproducción humana asistida, y es por ello que cuando se quiera hacer valer esta causa como originaria de un lazo filiatorio, se van a dar problemas similares a los que ocurrieron en el caso de Satya Amani, pues las personas encargadas de los registros filiales y familiares en el Registro Civil y de Datos Públicos, van a alegar la falta de norma expresa y clara que determine que la filiación pueda constar de forma exclusiva como de un solo padre o de una sola madre, o que se hagan constar una maternidad o paternidad duales en el caso de parejas homosexuales, o que se rompan las presunciones de paternidad y maternidad vigentes, pues se establecerían excepciones claras y directas sobre ellas; así como que se permitiría a los donantes anónimos o no de gametos, ya sean estos femeninos o masculinos, realizar dicha donación renunciando a que en un futuro se les pueda o quiera atribuir algún tipo de obligación derivada de la filiación. Pues es evidente que la acción de investigación de las correspondientes maternidad o paternidad deben estar limitadas en el tiempo. Es así que en cualquiera de los casos antes descritos, los

funcionarios encargados indicarán que la filiación solo responde a las siguientes posibilidades: una maternidad o paternidad biológica o genética, demostrada con una prueba de ADN que determine la correspondencia consanguínea entre dos personas; o una de tipo registral cuando voluntariamente se reconoce a un hijo como suyo, pero solo en el caso de que sea una filiación heterosexual y que se vaya a hacer constar información de un padre y una madre de forma exclusiva; o finalmente, cuando se trate de una filiación adoptiva, en donde la causa de la filiación monoparental o biparental heterosexual, será la adopción propiamente dicha de un niño, niña o adolescente con una declaratoria favorable de adoptabilidad por parte de un juez. Por tal motivo cuando se alegue alguna otra causa de determinación de la filiación, como es el caso de la voluntad procreacional, ello va a generar un problema de orden legal, práctico y jurídico, no existiendo la posibilidad de contemplar otras ideas al respecto y limitando en este sentido, la consecución de lazos filiatorios válidos.

Habiendo referido un análisis sistémico de las normas existentes en relación directa o indirecta con el tema de tesis, esto es: matrimonio, unión de hecho, protección de familias diversas, formas de establecer la filiación y presunciones de maternidad o paternidad. Nos queda un concepto e idea por referir en este sentido, previo a analizar la regulación normativa de las THRA en las leyes de Ecuador. Y nos referimos a la voluntad procreacional propiamente dicha; para algunos doctrinarios instruidos en la materia, ha sido la llamada biotecnología o ciencia médico reproductiva, la que ha dado lugar a una nueva, o si se quiere ser más específico, en nuestro ordenamiento jurídico sería una cuarta fuente del derecho filiatorio, la misma que está fundada en el llamado principio de la voluntad procreacional y cuya exteriorización o materialización debe darse por medio de un consentimiento informado. Si nosotros pensamos en la filiación biológica, sabemos que el vínculo jurídico en que se funda aquella, resulta ser el elemento genético, mientras que, si pensamos en la filiación que se deriva de las técnicas de reproducción humana asistida sean de tipo homólogo u heterólogo, el vínculo en el que se funda es el conocido como elemento volitivo. (Kemelmajer, Herrera, & Lamm, 2011)

En este contexto, cuando hablamos de la voluntad procreacional, debemos saber que en Ecuador no existe ninguna referencia normativa a la misma, pese a que algo se dice en ciertas sentencias. Siendo un principio tan importante y, sobre todo, con la capacidad de originar lazos filiales cuando se aplican las técnicas de reproducción

humana asistida por parte de las personas o las parejas, debemos considerar que es una omisión y un vacío legal grave y con efectos de amplio espectro en nuestra legislación, pues deja a la deriva muchas relaciones filiales o familiares cuyo único origen y sustento de creación, es la llamada voluntad procreacional. Con relación a ello, hemos de determinar unos elementos claves que deben ser considerados sobre la regulación de esta. En primer lugar, debemos saber que la voluntad procreacional en términos generales es el deseo de tener un hijo o una hija y un concepto cercano y más o menos exacto que existe sobre ella se encuentra previsto en el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la República de Argentina, mismo que señala que: “Los nacidos por técnicas de reproducción asistida, son hijos de quien los dio a luz y del hombre y de la mujer que también han prestado su consentimiento previo, informado y libre para ello”. Dentro de estos conceptos tan importantes y novedosos, que se han dado, y que deberían ser regulados por nuestra legislación y la de todos los países, se incluyen una serie de elementos que determinan de una forma bastante clara y concreta su significado. Tenemos así por un lado, la idea de “Amor Filial”, que no es sino el deseo de querer tener hijos o hijas; por otro lado, tenemos el conocido como “Acto Volitivo”, mismo que implica el tener la voluntad, la intención o el ánimo de ser padre o madre; y en tercer y último lugar, tenemos la idea de “Autonomía”, misma que implica una decisión independiente e inherente al fuero interior de las personas individualmente consideradas o de cada pareja sean homo o heterosexuales, sin que exista la influencia de alguna causa externa. Finalmente, con relación a este tema, es relevante mencionar también que algunos doctrinarios señalan que la teoría o principio de la voluntad procreacional, debe ser entendida como una herramienta o mecanismo que permite una claridad legal y jurídica, para dar cuenta de la nueva realidad filiatoria, que se introduce con las técnicas de fertilización asistida, y es esta teoría o principio, el que debe ser regulado en Ecuador, pues al momento los conflictos que se generan en relación al tema, atienden a la falta de previsión y regulación del ordenamiento jurídico, considerando incluso que después del caso Satya, existía un mandato expreso de la Corte Constitucional para ello.

Ahora bien, hagamos una revisión de algunos otros derechos de rango constitucional, que también están vinculados al tema de tesis, tenemos así al derecho a la salud, que está regulado en el artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador y señala que: “la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización

se vincula al ejercicio de otros derechos (...). El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.” (Asamblea Constituyente , 2021) Desde la perspectiva de este derecho, el espectro de protección que incluye el mismo, abarca la expresión de la salud en su más amplia dimensión, por ello sostiene que se incluye la salud sexual y la salud reproductiva. Por tal motivo, desde el tema médico la protección de las técnicas de reproducción humana asistida, se incluyen en el derecho a la salud y al ser este derecho aplicado con normas infraconstitucionales y políticas públicas que se deriven de principios como la universalidad, solidaridad, equidad, calidad, entre otros, se materializaría una verdadera igualdad formal y material, en la que todas las personas y parejas desde su diversidad, puedan acceder a las mismas, con las garantías necesarias y sin ser discriminados en el intento.

Cuando hacemos referencia a la Constitución de la República del Ecuador, sabemos que cada uno de los derechos en ella contenidos son interdependientes entre sí, por lo que la limitación o privación en el goce de alguno de ellos, en una forma que no esté permitida por el mismo ordenamiento jurídico, trae sin lugar a dudas, consecuencias importantes en el menoscabo de otros derechos. En esta línea, una vez que hemos partido del derecho a la salud, también debemos señalar que el artículo 25 del mismo cuerpo legal, señala que: “todas las personas sin ningún tipo de discriminación tienen derecho a beneficiarse de los avances de la ciencia y la medicina y acceder a ellos en igualdad de condiciones”. Con relación a este derecho vale señalar que no se puede generalizar el hecho de que todos los avances de las ciencias sean buenos para la vida de los seres humanos y este tema en particular denota la importancia de los debates éticos y jurídicos que deben darse a la luz de los avances tecnológicos. La idea principal radica en el hecho de que incluso para llegar a regular algunas o todas las THRA y los supuestos de regulación y alcance de las mismas; el contexto social, cultural, ético, jurídico y legal ecuatoriano, debe ser analizado con detalle y en este sentido se deberán dar las reformas legislativas. (Asamblea Constituyente , 2021). De la misma manera, todo lo anterior se articula en nuestro

orden normativo, con un derecho de igual relevancia, contenido en el artículo 66 del cuerpo normativo en estudio, que señala desde la concepción y espectro del derecho a la libertad que: “se reconoce y garantizará a las personas: (en este sentido haremos mención a las disposiciones expresas contenidas en este artículo que tienen relación directa con el tema de tesis), tenemos así, los numerales siguientes: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás; 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual (...);10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener; 20. El derecho a la intimidad personal y familiar; 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.” (Asamblea Constituyente , 2021)

Como es evidente los numerales citados en las líneas precedentes, tienen una relevancia directa con el tema en cuestión, pues partiendo desde la igualdad formal y material a la que tenemos derecho los seres humanos diversos; dentro de esas diferencias que nos caracterizan, se enmarcan también algunos otros derechos de análisis, a los que haremos mención. El ser humano tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y esta personalidad incluye la idea de una identidad personal, forjada con un nombre y apellidos debidamente registrados, que permitan definir y conocer la procedencia familiar de un individuo y forjar asimismo su identidad dentro de la colectividad. Así también, dentro de esta libertad, se enmarca la idea de una persona que llegado el momento determinado de su madurez de consciencia tenga asimismo la libertad de tomar decisiones libres e informadas de forma voluntaria y responsable sobre su vida y sexualidad y su orientación sexual. Finalmente, para ejercer estos derechos, puntualmente se requiere poder hacerlo dentro de la intimidad personal y familiar que requiere una persona para vivir su vida tomando decisiones sobre ella que no impliquen el desmedro o menoscabo de los derechos de los demás. El punto clave que debemos tener presente y dejar sentado, es que no se requiere desde la regulación de la Constitución de la República del Ecuador, realizar mayores

cambios, en realidad la norma fundamental en nuestro país goza de claridad y de un amplio catálogo de derechos que se protegen y reconocen para las personas, el problema central surge respecto de las normas y regulaciones infraconstitucionales, así como de las políticas públicas, que no siempre reflejan aquello que protege la Constitución y sobre estos aspectos se debe trabajar para evitar puntos de conflicto, contradicciones normativas y vacíos legales.

Con respecto a los temas registrales y de gestión administrativa y control poblacional, tenemos algunas observaciones que realizar también. Y para ello debemos asimismo citar algunas normas de la Ley del Registro Civil, Identificación y Cedulación. El artículo 32 del mencionado cuerpo legal, señala que: “El acta inscripción de un nacimiento deberá contener los siguientes datos: los nombres, apellidos y nacionalidad del padre y de la madre del nacido, y los números de sus cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía o de sus pasaportes en el caso de que fueren extranjeros no residentes”. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021) Resulta que la disposición en sí misma excluye los derechos de las personas, al establecer de forma taxativa que el acta de inscripción de nacimiento de una persona, debe contener obligatoriamente los nombres, apellidos y nacionalidad del padre y de la madre del niño o niña cuyos datos se inscriben, y respecto de esta información la misma no podrá ser omitida y mucho menos excluida en el caso de que se conozca, pues obligatoriamente se debe hacer constar la misma, situación que acepta excepciones solo en el caso de los niños o niñas huérfanas de padre o madre y que desconozcan la identidad de estas personas, así como también en el caso de niños o niñas no reconocidos por sus padres o madres biológicos, situación que se solventa con una acción de investigación de las correspondientes maternidad y paternidad, prevista en el Código Civil. Empero es evidente que el requerimiento de hacer constar la información de un padre y una madre, no debe existir ni desde lo legal ni en lo práctico, por cuanto se pueden dar casos de monoparentalidad masculina o femenina que se inició así desde antes de la concepción, casos de parejas homosexuales en las que no hay un hombre y una mujer en el rol de padre y madre, como señala la regla general, sino que existen dos madres o dos padres y el acta de inscripción de nacimiento debe prever y contemplar estas posibilidades también. Pues la filiación en estos casos, vendrá determinada por la voluntad procreacional de quien o quienes buscaron tener hijos con ayuda de las THRA homólogas u heterólogas. Una puntualización al

respecto, nada más refiere y requiere que contemplemos que cuando se trata de THRA homólogas, esto quiere decir aquellas que se aplican en parejas heterosexuales donde cada integrante aporta su material reproductor y se apoyan en las técnicas que facilitan la concepción, la filiación por voluntad procreacional coincide siempre con la filiación biológica y también con la registral en la mayoría de casos, por lo que no representan un conflicto real, si lo comparamos con los casos de las técnicas heterólogas, que requieren la intervención de un tercero en calidad de donante o incluso también, aquellos casos cuando se requiere el apoyo de una mujer gestante para llevar a término el embarazo, es en estos escenarios en los que confluyen los conflictos de maternidades y paternidades, pues unas deben prevalecer sobre otras y excluirlas para siempre y de forma tajante, para tener claridad en el tema.

Por otro lado, hagamos mención a la acción de investigación de la maternidad o la paternidad contenidas en el Código Civil, en su artículo 255, que, con relación a estas acciones, señala que: “La acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales. Quien tenga a su cargo la patria potestad del hijo menor de edad, representará sus derechos para exigir dicha investigación, garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia y de manera supletoria este Código. Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad serán imprescriptibles.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021) El temor y la crítica que recae sobre esta disposición está vinculada al hecho de que no establece excepciones ni limitaciones en cuanto a su aplicación, resulta que existen casos concretos en donde un hombre o una mujer de forma individual, deciden dar inicio a un proyecto parental, de tipo monoparental exclusivamente, y en esta situación particular no existe en efecto una de las figuras, ya sea la paterna o la materna, por cuanto solo existió la voluntad de un hombre o de una mujer, de concebir un hijo o hija con ayuda de las THRA. Este caso es una situación taxativa de excepcionalidad a la investigación imprescriptible de paternidad o maternidad, porque desde el principio, se concibe, se gesta y se lleva a término el embarazo, con la ausencia deseada de una pareja; motivo por el cual, en un futuro no se puede buscar establecer una figura en este sentido y muchos menos señalar vínculos filiatorios con terceros ajenos al núcleo familiar. Asimismo, consideramos que esta norma debe delimitar el concepto y

alcance que se entiende como investigación de la paternidad o maternidad, pues en la realidad funcional de los procesos judiciales esta se emplea por medio de la práctica de una prueba de ADN, y está, en efecto encaminada a encontrar una verdad biológica que permita señalar la maternidad o paternidad de tipo genética. Pero ello, sin lugar a dudas es un atropello a los demás vínculos filiatorios que no tienen un origen biológico, sino que su naturaleza responde a otro tipo de vínculo propiamente dicho, como es el caso de la filiación registral, filiación adoptiva y la filiación por voluntad procreacional. Si en el caso mencionado, esta acción referida no se limita o encausa respecto de: sus alcances, sus objetivos y sus efectos, llega a ser un problema de contradicción normativa con la idea de la existencia de otras causas de filiación que no sean las genéticas y otros tipos de familias que no son las tradicionales, sino que presentan otra estructura y realidad.

Como ya lo mencionamos en apartados anteriores, nuestra Constitución regula y protege el derecho a la salud de forma amplia y válida, empero el problema radica en normas de rango jerárquico inferior en donde su goce y materialización, no ocurren según lo señalado en la norma fundamental. Citamos así, a la conocida, polémica y muy debatida, Ley Orgánica de la Salud, reformada al 29 de abril de este año 2022, la misma que señala en su artículo 259 de las Definiciones, que: “se entiende por salud reproductiva al 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, sus funciones y procesos e implica el derecho de las personas a tomar decisiones respecto a ella.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022) No obstante, a más de lo citado, no existe ninguna otra disposición en este Código que se refiera a las técnicas de reproducción humana asistida, sus implicaciones, procedimientos, funcionamiento, acceso, el control de los establecimientos y centros públicos y privados que presten estos servicios, ni tampoco una referencia al tema de los bancos de gametos y embriones; es decir, que, en definitiva, no existe una regulación sobre el tema en cuestión y ello lo deja en el escenario de vacío legal. Porque desde la rama del derecho médico, o el filial, no existe una disposición que refiera una regulación al respecto. En razón de aquello ya en el año 2020 el Comité Internacional de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (CODEHU), señaló en un comunicado referente al Proyecto de Ley de la Salud en Ecuador, que las normas relacionadas a este tema, deben garantizar la igualdad de acceso a la atención de la

salud para mujeres, niños y niñas, así como para personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales; haciendo especial énfasis en la atención de la salud sexual y reproductiva de esta comunidad LGBTIQ. No obstante, esta ley que viene debatiéndose desde el año 2020 por parte de la Asamblea Nacional, y que si bien en definitiva se aprobó el 29 de abril del año en curso, junto con algunos cambios, vetos y objeciones, diferentes al espíritu del proyecto inicial; habría sido un amplio marco de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como de las mujeres y de las personas que pertenecen a la comunidad LGBTIQ, si conservaba algunos de los artículos propuestos en el proyecto inicial. Hacemos mención a estos grupos porque se consideran como grupos de atención prioritaria, que dentro y fuera del sistema sanitario y de salud, han sufrido y sufren, una discriminación histórica. No obstante, según lo que tenemos actualmente, la Ley Orgánica de Salud, no contiene ninguna referencia sobre las técnicas de reproducción humana asistida, mucho menos los procesos, efectos y connotaciones médicas, sociales y jurídicas de las mismas, por lo que en relación al tema que estamos tratando, existe un vacío legal absoluto, dejando a salvo pronunciamientos aislados y muy puntuales, que desde lo judicial se han dado en torno al tema. (Noticias ONU, 2020)

Finalmente, debemos recordar que, en el año de 2016, el 22 de septiembre, la asambleísta de aquel entonces María Alejandra Vicuña Muñoz, propuso el llamado: “Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador”, en cuanto al proyecto referido el mismo se encuentra archivado actualmente y no existen indicios de tratamiento del tema por parte de la Comisión del Derecho a la Salud y el Deporte en la Asamblea Nacional. Sin embargo, pese a los vacíos legales existentes, a las contradicciones normativas, y principalmente, pese a que la norma constitucional no cuenta con normas orgánicas, ordinarias, reglamentos, entre otros, que desarrollen los derechos en ella contenidos y consagrados, las técnicas de reproducción asistida se ofertan como servicios, en un sin número de centros médicos y establecimientos privados de salud en general, que por medio de la fecundación in vitro, la inseminación artificial y sus técnicas derivadas o complementarias, han permitido a todas las personas acceder a estos procedimientos, y en algunos casos incluso, por medio de bancos de gametos y embriones existentes, dando como resultado: la concepción, el desarrollo embrionario y el posterior nacimiento de niños y niñas cuya existencia solo fue posible únicamente

con el apoyo de dichas técnicas. A diario, las personas se someten a abusos y conflictos en general, que, por la inseguridad jurídica producto de la falta de control y regulación, se ven obligados a tolerar para poder iniciar un proyecto parental y es precisamente en este contexto normativo, que nos hemos tomado el trabajo de analizar con detalle, cada uno de los aspectos en los que debemos trabajar actualmente, sobre la base de lo que ya se tiene y en efecto debe o puede mejorarse; debemos avanzar cumpliendo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en el llamado caso Satya.

4.2 Conclusiones

Las ciencias médicas y las ciencias en general evolucionan a una velocidad desorbitante, empero el mundo de lo jurídico y las leyes, desde las ciencias sociales, no lo hacen a la misma velocidad y ello se traduce en un problema a la hora de requerir o reclamar leyes actuales y que se apliquen a la realidad social de las personas. Por cuánto cuesta alcanzar los pasos del desarrollo acelerado que lleva el mundo de las ciencias. Si bien este campo, se encuentra avanzando, en la mayoría de aspectos para beneficio de los seres humanos, no se puede decir lo mismo del mundo del derecho que a veces se estanca y retrocede en perjuicio de los seres humanos. Incluso los deja desprotegidos por la inseguridad jurídica e incertidumbre a la que los expone, con leyes anticuadas y poco aplicables a la realidad y necesidades sociales, como en el caso de nuestro país, al cual incluso ya lo estudiamos desde esta temática y nos encontramos con un gran problema que requiere una respuesta urgente y rápida. La falta de regulación sobre la materia, expone a las personas, a los abusos de otros actores de la sociedad y de las mismas autoridades públicas. Vale decir en esta línea, que algunas de las legislaciones analizadas como derecho comparado y la nuestra misma como la realidad jurídica más cercana que tenemos para referirnos al tema, no contemplan más que aproximaciones a la utópica regulación que las técnicas de reproducción humana asistida deberían tener. Si bien algunos países están más avanzados que otros en estos temas, después del análisis llevado a cabo, podemos concluir que lo que sus respectivas legislaciones contienen con relación a las THRA, no agota el amplio universo de posibilidades y situaciones prácticas relevantes que pueden tener lugar al aplicarlas. Así, los casos planteados como ejemplo de la autora de este trabajo de titulación y los que han sido analizados por haberse presentado en la realidad judicial de algún país que fue estudiado, no demuestran otra cosa, sino que

se requiere una regulación integral desde lo legal, lo médico y lo jurídico, para proteger los derechos e intereses, de las partes intervinientes que a la final son los que se verán limitados o entrarán en conflicto si este tema no se encuentra debidamente legislado en los ordenamientos jurídicos de cada Estado.

Como lo hemos venido sostenido a lo largo del trabajo, al hablar de la reproducción humana asistida, hablamos de una técnica presente y afianzada en la realidad social y práctica cotidiana de los países. Pues por su parte, en un gran número de países se permite el matrimonio o la unión de hecho, para todas las parejas, con una independencia absoluta respecto de su orientación sexual. Estas circunstancias, adicionadas a otras como la posibilidad de emprender proyectos parentales individuales, son los hechos materiales de la realidad que imponen que los legisladores deban acortar la brecha existente entre el derecho y sus normas y la realidad de las necesidades de la sociedad sobre la que rigen las mismas. Por su lado también es importante dejar sentado que el uso y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida no han puesto en crisis los principios del derecho de la filiación, ni los fines de cubrir la necesidad de formar una familia y dejar descendientes, pues el efecto que tienen nada más es ampliar las causas de la filiación, en relación a la existencia de una fuente filial nueva, que igual a la demás, contiene sus reglas propias, que la diferencian de las demás, y ello no la hace ni mejor ni peor que las tradicionalmente conocidas y aplicadas, sino que solo es una causa adicional que necesita ser regulada a la luz de su contexto de origen y nacimiento como causa nueva de la filiación, y asimismo, debe ser respetada en su independencia y en el poder amplio y común que tiene, al igual que las otras, por ser una causa adicional con efectos determinantes de la filiación entre las personas.

Figuras como la filiación y la familia, instituciones jurídicas como el matrimonio o la unión de hecho, así como los servicios públicos y privados de salud, se ven irradiados con un concepto nuevo que responde al nombre de voluntad procreacional, y en la realidad práctica, esta es considerada como una de las bases fundamentales de las THRA. Su manifestación y empleo de la mano de las técnicas antedichas, posibilita el desarrollo de la identidad de las personas, de una manera distinta al vínculo biológico o genético, o al registral o adoptivo, pues se sustenta en la filiación afectiva y desarrollo social del hijo o hija. En otras palabras, aquel concepto nuevo, conocido como elemento volitivo o voluntad procreacional, posibilita determinar la filiación de

un hijo o hija, concebido mediante el uso de las THRA, con la aplicación de una idea trascendental que se traduce como: “el anhelo o el deseo de procrear” que tienen las personas o las parejas en el marco de su vida privada, íntima y familiar. Será este llamado “deseo de procrear” el que se constituya como la base del éxito y punto clave para la determinación de la filiación en estos casos, cuando en efecto se cumplan o verifiquen los requisitos y presupuestos necesarios para su validez. Este concepto resulta ser de gran importancia, principalmente en aquellos casos de maternidad subrogada o sustituta, o cuando en la técnica de fecundación in vitro, inseminación artificial o sus derivadas, se ha presentado el aporte e intervención del material genético de un donante, masculino o femenino, dentro del proceso de concepción. Y pese a esta particularidad, y evidente apoyo en principio altruista de los donantes, el fin último de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, ya sean homólogas u heterólogas, es que, él o los “padres” o “madres” que desearon tener al hijo o hija por medio de la manifestación de su voluntad procreacional, sean los únicos que lo puedan y deban inscribir como hijo o hija suyo, pese a que desde lo biológico o genético, evidentemente, puede no corresponder al ciento por ciento con él o ellos, e incluso a veces ni siquiera corresponde en ningún porcentaje, por el hecho de que todo el material genético proviene de donantes; y, no obstante de aquello, la filiación por voluntad procreacional se va a forjar igualmente sobre la base del compromiso y deseo firme de querer tener un hijo o hija con ayuda de las THRA. Y esta es una voluntad que se manifiesta incluso antes de la concepción misma y que se va a traducir en la intención y obligación, de forjar un ambiente familiar, que en todos los sentidos sea adecuado para el niño o la niña. Respecto de la filiación propiamente dicha, recordemos que esta corresponderá en cuanto a su inscripción a los progenitores que tienen un vínculo volitivo o de voluntad procreacional con ese menor o menores y nada tendrá que objetar el Registro Civil para ello, pues en la diversidad de los núcleos familiares, se verá protegido este vínculo que nace en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida, relaciones humanas cambiantes y diversas, y una voluntad procreacional, traducida en el “querer ser padre o madre”.

Para nosotros, luego del desarrollo de este trabajo de titulación y sus diferentes capítulos, es fundamental, saber que se tiene como un imperativo: ético, moral, social y jurídico, que reconocer y considerar a la voluntad procreacional como una fuente de filiación autónoma, con iguales efectos que la adoptiva, la biológica, la registral y la

de tipo judicial que coincide con la biológica. Al negarnos a su regulación como ciudadanos y como país en general, estaríamos sin lugar a dudas, negando de forma tácita la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Como ya lo hemos dicho, sin la correcta regulación y conocimiento de este elemento volitivo en la filiación, las personas en general y las parejas dentro de la diversidad posible que les ampara, no podrían someterse a las THRA, pues de hacerlo sus derechos filiatorios quedarían desprotegidos y completamente desamparados con el riesgo de continuar siendo desconocidos y vulnerados en todos los niveles por parte de la sociedad y de los mismos funcionarios públicos. La inseguridad puede radicar en algunos puntos débiles que tienen las THRA y la filiación volitiva si no están debidamente reguladas y contempladas en todas sus expresiones y consecuencias jurídicas, en las respectivas legislaciones de los Estados. Ya que, por ejemplo, puede darse el caso de que en un futuro por parte de los padres volitivos o de intención, exista la negativa frente a asumir los derechos filiatorios que nacen con la voluntad procreacional, y querer alegar desde lo biológico o genético que en efecto no existe una correspondencia consanguínea con él o los menores, para evitar asumir las obligaciones que derivan de la paternidad o maternidad. En esta línea, tenemos dos escenarios posibles: el uno en que una tercera persona ajena al vínculo filial inicial y al núcleo familiar primitivo, intente reclamar un vínculo filial, ya sea materno o paterno, respecto a un hijo o hija concebido por medio de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida; el otro escenario, en cambio sería, que a una tercera persona, se intente reclamarle un vínculo filial materno o paterno de forma posterior, respecto del niño o niña que fue concebido con ayuda de estas técnicas antedichas. Este segundo escenario, nos lleva a que los donantes dejarían o evitarían al máximo posible, dar su material genético para los bancos de esperma o de óvulos, porque en un futuro incierto, existiría el riesgo, si se quiere decir así, o una alta posibilidad de que las propias personas concebidas en este contexto o quienes ejerzan la representación legal de los niños o niñas, intenten acciones de investigación de la paternidad o la maternidad respecto de ellos. Amparados quizá en el derecho a la identidad que implica el tener un nombre y apellido debidamente registrados, así como la posibilidad de conocer los orígenes biológicos con relación a su existencia.

Por tal motivo, es imprescindible que estos aspectos se regulen de forma clara, articulada y precisa, en los ordenamientos jurídicos de los países, pues quienes

intervienen en estos casos, tienen en juego un gran entramado de derechos humanos que por su naturaleza atañen directamente al: fuero interno de las personas, a sus más íntimos anhelos y a su dignidad como seres humanos. Con relación a este tema que lo mencionamos en líneas anteriores, en torno a los dos escenarios descritos, que además se vincula con la permanencia y estabilidad en el tiempo de la voluntad procreacional de los padres y madres de intención o socio afectivos; así como el tema del carácter definitivo e irrevocable de la renuncia a la maternidad o paternidad por parte de los donantes de gametos, y así como el tema de las gestantes subrogadas o sustitutas; debemos finalmente concluir que esto debe ser regulado de esta forma y de ninguna otra. Pues los unos (padres o madres de intención o socio afectivos) no pueden de un momento a otro y por el simple cambio de voluntad o intención querer dejar sin efecto los derechos y obligaciones que derivan de la filiación por voluntad procreacional, en el contexto de ampliación de las THRA, ni mucho menos ver menoscabados sus derechos porque en un momento determinado un tercero quiera hacer valer otro vínculo filiatorio respecto de sus hijos o hijas. Por su lado, también los otros, donantes de gametos masculinos o femeninos o las gestantes sustitutas o subrogadas, tampoco podrían ser quienes después de haber renunciado a la maternidad o paternidad por medio de una donación anónima y con fines altruistas, querer hacer valer derechos filiatorios sobre esos menores. Así como tampoco, se puede respecto de ellos querer reclamarles derechos filiatorios en base a un vínculo de filiación de otra naturaleza distinta, pues es evidente que al donar su material genético lo hacen con el único objetivo de ser solidarios y no de procrear.

Según lo detallado en el párrafo precedente y en atención a lo que hemos desarrollado a lo largo del trabajo de titulación en sus diferentes capítulos, es evidente que el uso de las técnicas de reproducción humana asistida de la mano de la voluntad procreacional, genera mayor conflicto cuando se requiere aplicar las mismas de forma heteróloga, es decir que esto ocurre cuando se trata de parejas homosexuales, parejas heterosexuales en las que ninguno o solo uno de los miembros de la pareja puede aportar su material reproductor o en los casos de hombres y mujeres en solitario que quieren iniciar un proyecto parental individual. En estos casos, el elemento volitivo pasa a jugar un rol fundamental y determinante para el establecimiento de la filiación y no es posible que las legislaciones de los Estados lo omitan o lo vulneren únicamente por no reconocerlo y regularlo en sus normas fundamentales, orgánicas, ordinarias,

reglamentos, y en general toda norma o ley, que, de forma directa o indirecta pueda estar relacionada con este tema. Se necesitan reformas, se requieren personas capacitadas en la materia para que redacten y reformen las leyes de un tema tan sensible, actual y trascendental como es el de la filiación por voluntad procreacional en el contexto de aplicación de las THRA. Pues son muchos los derechos y garantías constitucionales en juego, como confiar esta tarea a personas sin la preparación suficiente para llevarla a cabo. Es menester, que en el caso ecuatoriano se delimiten: cuántas y cuáles son las técnicas que se permiten; los supuestos de aplicación de cada una; las garantías, derechos y obligaciones para acceder las mismas; y que, las disposiciones sobre esto sean completamente claras en cuanto a lo que permiten y a lo que prohíben, sin dejar cabos sueltos ni vacíos que puedan ser interpretados de otra forma diversa, a la que demanda la realidad jurídica del país; una vez, claro está, que los temas hayan sido analizados desde lo ético, legal y social.

Debemos concluir que existen en las legislaciones de todo el mundo y en la nuestra aspectos como: la definición y delimitación de cada una de las técnicas de reproducción humana asistida; su acceso; su procedimiento antes, durante y después del mismo; sus riesgos; sus efectos médicos y jurídicos; las personas del sistema de salud y las personas naturales que intervienen en las mismas como usuarios del servicio; la regulación de los establecimientos públicos y privados que prestan estos servicios; así como la calidad de prestación de este servicio; el consentimiento informado previo que debe ser suscrito por los usuarios que accedan a las mismas; el control del anonimato de los bancos de gametos y embriones; la retribución o compensación económica que reciben los donantes por su solidaridad; el control de los precios y costos en general de los servicios de reproducción asistida; las consecuencias filiatorias de aplicación de estas técnicas; la permanencia en el tiempo de la voluntad procreacional y la posibilidad de retractarse; la regulación del aborto en el caso de concepciones por voluntad procreacional; la filiación post mortem; la gestación subrogada con o sin aporte de material genético por parte de la gestante; la o las personas que pueden acceder a estas técnicas en atención a su estado civil; la renuncia de los donantes de gametos y gestantes subrogadas a la filiación; y en fin, un sin número de aristas y temas específicos, que con sus propias connotaciones, excepciones, y circunstancias particulares; deben ser lógicamente articulados con las normas que existen previamente sobre la materia o por el contrario, regulados incluso

desde cero sin tener ningún punto de partida.

A efectos de conseguir lo señalado en la parte final del párrafo precedente, es que se llevó a cabo este proyecto de titulación, que desde un análisis exploratorio, descriptivo, comparativo y crítico, ha estudiado: definiciones, conceptos, criterios doctrinarios y casos jurisprudenciales nacionales e internacionales de trascendencia, que nos han permitido detallar criterios válidos para mejorar las legislaciones de los Estados en torno a la materia; tomando como base la delimitación del alcance de los derechos humanos. Para ello no ha sido menos importante, realizar el estudio y revisión del marco normativo nacional vigente, pues esta tarea que se ha constituido en una labor enteramente productiva y válida, nos ha permitido señalar e identificar los puntos de conflicto, los vacíos legales y las contradicciones normativas que perjudican o limitan un avance sobre el tema. Es relevante tener presente que, solo mediante el conocimiento de la realidad normativa actual podemos saber el punto de partida desde el que en un futuro inmediato se tiene que empezar a trabajar, esta temática de actualidad y de materialización de derechos humanos. El derecho a tener y formar una familia y el hecho de que esta se encuentre protegida por el Estado; el que se establezcan los lazos filiatorios de una persona de forma clara para proteger el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes; el que el estado integral de salud y vida plena y sana sea alcanzado por todos los habitantes; el que la igualdad y la no discriminación no sean solo palabras vacías en sociedades en las que unas personas tienen privilegios por sobre otras; el que la libertad de orientación sexual y reproductiva sean ejercidas sin prejuicios ni rechazos; y, en definitiva, el que la seguridad jurídica sea la garantía más importante dentro de los Estados democráticos, generan la obligación de que los legisladores y autoridades públicas en general, dotadas de facultades normativas o reglamentarias, no dejen cabos sueltos respecto de las consecuencias y efectos que generan los actos de las personas. Pues se ponen en juego aspectos relevantes de la vida de un ser humano en sociedad.

4.3 Sugerencias a la Legislación Ecuatoriana

Una vez que hemos abordado sistémicamente los temas planteados en el esquema del trabajo de titulación y que pudimos evidenciar cuales son los puntos de conflicto existentes en la legislación ecuatoriana, así como los vacíos que, sobre el tema, se presentan en nuestro ordenamiento jurídico. Sin lugar a dudas, una vez que hemos

realizado un estudio, exploratorio, comparativo, analítico y descriptivo de: la doctrina, de casos jurisprudenciales de otros países y de los avances normativos que existen en los mismos; nos corresponde ahora, como parte integral y de gran peso, según los objetivos planteados para el trabajo de titulación, desarrollar una serie de sugerencias en torno al tema. Pues solo así dejaremos un cimiento inicial o base para que, en un futuro no lejano, se puedan contemplar dichas recomendaciones y consejos y se emitan nuevas leyes sobre la materia o las leyes existentes sean reformadas en pro de los cambios médicos, científicos y jurídicos, que inundan la realidad de las ciencias reproductivas y en pro también de las necesidades de una sociedad cambiante y de relaciones humanas diversas. Considerando este antecedente previo, y como aporte propio del trabajo de titulación, hacemos las siguientes sugerencias para nuestro entorno jurídico social:

4.3.1 Reforma al artículo 24 del Código Civil de Ecuador

En primer lugar, el Ecuador debe empezar por reformar aquella figura contenida en el artículo 24 del Código Civil, en donde la institución jurídica de la filiación, debe incluir un inciso adicional en el que indique que la filiación también se deriva de la voluntad procreacional, pues es evidente y queda demostrado que en un contexto de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, principalmente de tipo heterólogo, ya que está de por medio esta voluntad de “haber querido ser padre o madre” (al momento previo de decisión y aceptación consiente de las THRA y sus efectos) y el “querer ser padre o madre”(deseo o intención que perdura en el tiempo y que implica que iniciado el proceso en cuestión, se quiere en el presente y futuro esta paternidad o maternidad). En fin, de esta voluntad, que se puede decir que tiene dos momentos claves y claramente diferenciados, surgen lazos o vínculos filiatorios entre padres, madres y los hijos e hijas, por ella concebidos y nacidos. Consideramos en definitiva que, la voluntad procreacional debe ser considerada como un tipo de filiación adicional a las formas ya previstas en la norma, ya que, por medio de esta voluntad propiamente dicha, surgen vínculos filiatorios reales y con un enorme potencial socio-afectivo y volitivo, entre ascendientes y descendientes. Mismos lazos o vínculos, que no se encuentran enmarcados dentro de ninguna de las formas ya contempladas en el mencionado artículo 24, ni en ninguna otra disposición existente y ello ha sido evidenciado en el marco de nuestra explicación y desarrollo del tema de tesis, señalando

que, principalmente abordamos estos temas en el Capítulo 2 y en el estudio del caso Satya en el Capítulo 3.

4.3.2 Regulación de las Solemnidades de la Voluntad Procreacional y la Impugnación de este Vínculo Filial

Sobre este punto en específico, una vez revisados los avances y aportes de otras legislaciones, a la luz de nuestra normativa nacional, se recomienda que esta causa de la filiación, se incluya o contemple desde el modelo de una filiación contractual o convencional, en donde prime y se destaque la voluntad de conciencia. Respecto de esta voluntad, existen también otros parámetros que se sugieren para su vigencia y valía, y es que la misma debe tener una protección en el tiempo y al ser el elemento constituyente de la filiación, debe garantizarse que haya sido expresada con plena validez, para que pueda primar por sobre otras causas de filiación y ser excluyente a la hora de establecer un vínculo filial entre padres o madres y los hijos e hijas. Para ello desde el estudio del consentimiento (cuando es mutuo entre dos personas o en parejas) o la voluntad sola (cuando es unilateral o de un solo individuo), desde sus orígenes históricos y que derivan del derecho romano, ambas deben ser expresadas libres de vicios y en el caso que nos atañe, debe expresarse previo a un conocimiento amplio y claro de las consecuencias médicas, jurídicas y sociales que rodean a la realidad de convertirse en padres o madres con ayuda de las técnicas de reproducción humana asistida. En definitiva, debe regularse y principalmente resguardarse desde la ley, que únicamente en los casos en los que, este consentimiento o esta voluntad, no hayan sido expresados en forma válida, se pueda impugnar la paternidad o la maternidad que pueden tener origen en una falsa o viciada voluntad procreacional, caso contrario estos se volverían inimpugnables y atribuirían derechos y obligaciones a quien o quienes no tuvieron una voluntad real y clara de convertirse en padres o madres o ambos.

Para la validez a la que hacemos mención, además de la ausencia de los llamados vicios del consentimiento, se recomienda por parte de la autora del trabajo de titulación, que la misma sea expresada por escrito, en un soporte que permita conocer a cabalidad y con exactitud, que una persona (hombres o mujeres solos con voluntad de iniciar un proyecto parental individual) o que una pareja (homo o heterosexual con voluntad de iniciar un proyecto parental conjunto), accedieron a las THRA, para procrear a sus hijos e hijas; y que respecto del producto de esa concepción, tuvieron, tienen y tendrán

irrevocablemente en el tiempo, la intención clara e irretroactiva, por un lado de “haber querido ser sus padres o madres” y por otro de “querer ser sus padres o madres en el futuro”. Para ello existen dos soportes, el uno llamado consentimiento informado médico, que versa sobre el procedimiento o técnica médica propiamente dicha, de reproducción humana asistida, en donde se debe tener una información clara: del proceso, sus riesgos, fases, costos y complicaciones y demás aspectos médicos vinculados. Y el otro, consiste en un soporte que, desde mi perspectiva personal, debería ser un acto o contrato (dependiendo si es uni o bilateral) con reconocimiento de firmas ante un notario público, pues a mi parecer es él, quien dará fe de esta voluntad procreacional de la pareja o de la persona en solitario y verificará cuando menos que no existan vicios del consentimiento. Para mí, el regular de forma correcta esta institución jurídica de la filiación en torno a la nueva causal que se presenta, tendrá efectos positivos para temas registrales, de nexos familiares y de derecho sucesorio, evitando conflictos en estas ramas. Ello, debido que, al contar con un documento por escrito dotado de validez plena por la fe pública de un notario, implicaría derechos y obligaciones irrevocables, suficientes, irrenunciables y ciertas, que determinarán la naturaleza del lazo filial y su reconocimiento, respeto y protección por los mismos padres o madres de intención, la sociedad y las autoridades públicas en general.

4.3.3 Regulación de la Permanencia en el Tiempo de la Voluntad Procreacional como Causal Filial

Un aspecto adicional a la voluntad procreacional y que es de vital importancia, es su regulación como una nueva forma de establecer la filiación, dotada de características como la irrevocabilidad, irretroactividad e irrenunciabilidad. Para ello me voy a referir nuevamente a aquella diferenciación en la que se sostiene que la concepción ocurre desde el momento de la implantación en el vientre materno, solo así se diferencia la protección y momento mismo en que la vida de los embriones y gametos debe ser protegida. Una vez implantados en el útero o cualquier parte del aparato reproductor femenino que se hubiere escogido para llevar a cabo el procedimiento, ya sea que dicha implantación sea el resultado de una fecundación in vitro o de una inseminación artificial, no hay vuelta atrás con el procedimiento; y quién o quienes dieron su voluntad o consentimiento para ello no podrán alegar posterior a ello que su voluntad ha cambiado y que prefieren optar por el aborto. Esta protección e

inalterabilidad de la voluntad procreacional, no aplica solo para el momento o período propio de la gestación sino para toda la vida que queda por delante, ya que los derechos y obligaciones para con el o los menores concebidos por este medio, no podrán ser desconocidos ni impugnados; mucho menos se podrá alegar la inexistencia de vínculos genéticos o biológicos para desconocer la paternidad o maternidad surgida. Este tema está vinculado íntimamente al hecho de que la voluntad procreacional es anterior al inicio de la técnica de reproducción asistida y por lo tanto implica un pleno y consciente ejercicio del derecho a la planificación familiar, que luego no podrá ser empañado por la idea de un hijo o hija o deseado para poder inducir o provocar un aborto. En este sentido debe ser regulado este aspecto con total claridad y rigidez, por la protección de la vida desde la concepción que existe en nuestro país y delimitar también que la concepción se da con la implantación en el vientre materno para poder determinar efectivamente cuando se vuelve irretroactiva e irrevocable esta voluntad procreacional. No obstante de lo señalado, ello no quiere decir que se debe dejar de lado la protección, seguimiento y trato digno que merecen los embriones o gametos que se encuentran en criopreservación, pues deben regularse los protocolos pertinentes y claros para que sean resguardados, conservados, trasladados, empleados y en último caso, desechados con dignidad. Adicionalmente en este punto, debo decir que esta seguridad y sobre todo estabilidad que se busca para la voluntad procreacional debe darse en torno al principio del interés superior de los niños y niñas que van a ser concebidos por ella y que son quienes deben tener un entorno de desarrollo afectivo, responsable y armónico, evitando que en algún momento los padres o madres volitivos quieran dejar de serlo y busquen así desentenderse de sus obligaciones respecto de ellos.

4.3.4 Sugerencia a la Posible Regulación de la Gestación Subrogada

En esta misma línea, en atención a la figura de la gestación subrogada o sustituta, dependiendo del nombre que se le quiera dar en el país del que se trate, de ser regulado este procedimiento en el Ecuador, considero que el numeral 1 del artículo 163 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, debe ser reformado, en el sentido de que actualmente señala que se prohíbe la adopción de las criaturas que están por nacer; no obstante de ello, según mi criterio, debe puntualizarse la excepcionalidad de que en el caso de gestaciones o embarazos que sean llevados a término por una mujer en calidad de gestante subrogada o sustituta, para otra u otras personas en calidad de comitente o

comitentes, la mujer renuncia a la maternidad derivada de la presunción de “mater semper certa est”, cuando solo gesta y también renuncia a la maternidad biológica cuando gesta y aporta sus gametos; esto, desde el momento mismo en el que acuerda por contrato privado y con reconocimiento de firmas que acepta gestar el hijo o hija de otra u otras personas. Motivo por el cual este caso particular dejaría de estar inmerso en el numeral 1 del artículo mencionado, pues, no se trataría de un supuesto de dar en adopción a la criatura que está por nacer, sino un caso aparte y completamente distinto. Y finalmente en este sentido, se debería señalar, que no se trata de una adopción de la criatura que esta por nacer, sino de una filiación determinada por voluntad procreacional como tal, con apoyo de la gestación subrogada.

En línea con lo anterior, recomiendo que, de ser el caso, la regulación de la gestación por subrogación en el Ecuador, sea definida en cuanto a sus alcances, así como también, se determine si puede o no ser con aporte de gametos de la misma gestante o solo puede ser la gestación propiamente dicha, lo que se pacte en el contrato entre gestante y comitente o comitentes. Sería para mí, muy importante que se regule el acceso a la técnica para que se evite la explotación laboral y la subordinación de las clases menos pudientes respecto de las clases pudientes, protegiendo al ser humano y a su cuerpo, como una entidad que trasciende lo jurídico y respecto del cuál no se podría comerciar ni atentar contra su dignidad, pues no puede ser considerado un objeto dentro del comercio. En este sentido específicamente, también habría que definir los parámetros respecto de la compensación económica, pues ello se vuelve un punto relevante que debe ser claro en la norma, pues habría que definir un monto determinado o cuando menos unas reglas para cuantificarlo, sin que la cuantificación de este valor conlleve la idea de un contrato oneroso. Con relación a esta figura y a la filiación en sí misma, para mí es claro que se requiere que aquella sea pactada en un contrato por escrito con reconocimiento de firmas, en donde las obligaciones y los derechos de las partes, tanto del comitente o los comitentes y de la gestante, estén definidas con total exactitud y previendo siempre los posibles puntos de conflicto que se puedan generar en el futuro, dependiendo del contexto de los interesados. Debería para ello, dejarse un margen de libre actuación en torno a ciertas obligaciones particulares que se puedan pactar entre las partes, para garantizar la correcta ejecución de los acuerdos, ello sin que se trate de obligaciones contrarias a la ley. Como bien se dijo antes, esta es una figura conflictiva, porque a diferencia de las otras, utiliza un conjunto de técnicas de

reproducción asistida secundarias, que se requieren de forma previa para su ejecución. Y en la realidad práctica, es susceptible de que las personas contratantes, principalmente la gestante cambie de opinión sobre el acto en sí mismo y quiera abortar al bebé o quedarse con él, alegando un vínculo afectivo generado durante los nueve meses de gestación; entre otros factores que, siendo o no emocionales, pueden incluso traducirse en una explotación de ambas partes para recibir más dinero por un lado o para forzar la gestación con compensaciones insignificantes por otro.

4.3.5 Regulación y Articulación Normativa a las THRA

Con relación a lo señalado en esta última parte del capítulo, los puntos de conflicto o de especial énfasis que se han destacado en líneas precedentes, se solventarían en gran medida, desde mi perspectiva y análisis, con una ley orgánica que regule todo lo concerniente a las técnicas de reproducción humana asistida, enfocadas desde la visión de un servicio a la salud que tiene efectos jurídicos sobre la filiación y los lazos familiares y la identidad de niñas, niños y adolescentes. Vinculada a esta ley autónoma sobre la materia, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, debe hacerse constar de forma expresa un capítulo íntegro, completo y claro, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, en donde desde la perspectiva del principio del interés superior de la niñez y adolescencia, se puntualicen los requerimientos, derechos y obligaciones que corresponden a quienes accedan a estas técnicas, cuando estén interesados en concebir a sus hijos por medio de las mismas, ya sea por temas de salud, anatómicos propiamente dichos, o por la razón que fuere. Sin lugar a dudas se deberán detallar los requerimientos para acceder a las técnicas en cuestión y otorgar una voluntad procreacional válida y suficiente. En este sentido se debe tener presente siempre, que se busca precautelar los derechos del futuro ser humano que va a nacer y quien tendrá derechos desde la concepción misma. Todo ello será posible en una interpretación integral del principio del interés superior de la niñez y adolescencia, pues cuando se da una filiación por voluntad procreacional, no solo deben resguardarse los derechos y obligaciones de las personas que acceden a estas técnicas y del personal médico que las proporciona y monitorea; sino que también y fundamentalmente de las niñas y niños producto de estas concepciones. Finalmente, debo decir que con relación a la Constitución de la República del Ecuador, sabemos y estamos claros en que los derechos respecto de la diversidad de las familias, y la salud sexual y reproductiva, así

como el derecho a formar una familia, la igualdad material, entre otros; están ya contemplados en nuestra legislación, y nada debe hacerse al respecto, debido a que nuestra norma fundamental en ese sentido, se encuentra a la par de lo que señalan los ordenamientos y tratados jurídicos internacionales sobre derechos humanos vigentes. Empero, lo que sin lugar a dudas sí es de relevancia y urgencia, es el poder contar con los medios, mecanismos y herramientas desde las normas de inferior jerarquía para que se hagan efectivos dichos derechos.

REFERENCIAS

- Abellán, F., & Sánchez-Caro, J. (2009). *Bioética y Ley en Reproducción Humana Asistida*. Granada: Comares.
- Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 2766/2015 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 11 de Diciembre de 2014).
- Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de Septiembre de 2012).
- Asamblea Constituyente . (2021). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2021). *Código Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2021). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). *Ley Orgánica de Salud*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Agosto de 2011).
- Bermúdez, V. (2016). *El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Brena Sesma, I. (2019). Técnicas de Reproducción Asistida. En I. Brena Sesma, *La fecundación in vitro en el Sistema Interamericano de Justicia. Implicaciones para México* (págs. 19-20). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Científicas.
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Clínica Universidad de Navarra. (2020). *Diccionario Médico*. Obtenido de <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/preembrion>
- Defensoría del Pueblo. (26 de Junio de 2018). *Defensoría del Pueblo*. Obtenido de Defensoría del Pueblo: <https://www.dpe.gob.ec/sentencia-de-la-corte-constitucional-en-favor-de-satya-bicknell-rothon-constituye-un-logro-para-la-igualdad-en-derechos/>
- Diario Oficial de la Federación. (2020). *Código Civil para el Distrito Federal*. Distrito Federal: Gaceta Oficial de la Ciudad de México.

- Duplá, T. (2019). El Presente del Pasado: El Principio Mater Semper Certa Est y su Reflejo en la Actual Legislación sobre Reproducción Humana Asistida. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1-10.
- Enguer Gonsálbez, P., & Ramón Fernández, F. (2018). Dilemas Bioéticos y Jurídicos de la Reproducción Asistida en la Sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 5-7.
- Esparza Pérez, R. V. (2020). Voluntad Procreacional: Presupuesto para la Filiación Derivada de Procedimientos de Reproducción Humana Asistida en el Contexto Mexicano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1-4.
- Fernández Echegaray, L. (2017). La Filiación Natural y la Libre Investigación de la Paternidad: El Avance Científico como Factor Exigente de Cambios Jurídicos. *Revista de Derecho UNED*, 1, 2, 3, 4, 5.
- FertilT Clínica de Fertilidad y Reproducción Asistida. (12 de Diciembre de 2017). *FertilT*. Obtenido de <https://www.fertilt.com/inseminacion-artificial/>
- Ficha Técnica: Fornerón e Hija Vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 11 de 10 de 11).
- Frigerio, C. (2018). La Filiación. *Revista Chilena de Derecho*, 87-91.
- Gómez de la Torre Vargas, M. (2013). *Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*. Santiago: Scielo.
- González, A. C. (02 de 11 de 2016). *Scielo*. Obtenido de Scielo: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2016000200009>
- Healthwise. (16 de Junio de 2021). *Cigna*. Obtenido de <https://www.cigna.com/es-us/individuals-families/health-wellness/hw/temas-de-salud/transferencia-intratubrica-de-gametos-y-de-hw202763>
- Healthwise. (16 de Junio de 2021). *Cigna*. Obtenido de <https://www.cigna.com/es-us/individuals-families/health-wellness/hw/temas-de-salud/inyeccion-intracitoplasmica-de-espermatozoides-para-tn8214>
- Herrera, M. (2017). Un debate complejo la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada. *Revista IUS*, 4-6.
- ICMART - OMS. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Jara Reyes, S., & Serrano, M. C. (2018). Apuntes sobre la reproducción asistida una mirada desde la bioética a la situación normativa en Ecuador. *Congreso*

- Internacional Universitario de Bioética* (págs. 4-7). Cuenca: Universidad del Azuay.
- Kemelmajer, A., Herrera, M., & Lamm, E. (20 de 09 de 2011). *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*. Obtenido de <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/KEMELMAJER-HERRERA-Y-LAMM.-Ampliando-el-campo-del-derecho-filial-en-el-derecho-argentino.-Texto-y-contexto-de-las-te%CC%81nicas-de-reproduccio%CC%81n-humana-asistida.pdf>
- Krasnow, A. (2016). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por subrogación y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial. *Revista de Bioética y Derecho*, 71-73.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por Sustitución, Ni Maternidad Subrogada Ni Alquiler de Vientres*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- López Faugier, I. (2016). *Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Matrimonios entre personas del mismo sexo. Derecho a acudir a técnicas de reproducción asistida para convertirse en padres y que la filiación del producto se establezca en relación con ambos cónyuges, 553/2018 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2018). Obtenido de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-07/res-JRCD-0553-18.pdf
- Mosquera, D. (28 de Septiembre de 2016). Reproducción Humana Asistida será regulada en Ecuador. *Edición Médica*, págs. 1-3.
- Noticias ONU. (21 de 10 de 2020). *Organización de las Naciones Unidas*. Obtenido de <https://news.un.org/es/story/2020/10/1482742>
- Ojeda Izquierdo, M. F. (2018). *Falta de regulación de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador: tratamiento y criopreservación de embriones*. Guayaquil : Repositorio de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Peña Vicente, M. (2012). Autonomía de la Voluntad y Filiación: los desafíos del Siglo XXI. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 131, 132, 133.

- Rodríguez, D. (27 de Febrero de 2022). *Instituto Bernabeu: Medicina Reproductiva*. Obtenido de <https://www.institutobernabeu.com/es/foro/transferencia-intratubarica-de-gametos-gift/>
- Salame, M., Pérez, B., Huera, D., & Viteri, T. (2018). Las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador ¿Hecho o Acto Jurídico? *Revista Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, 1384- 1399.
- Sentencia No. 184-18-SEP-CC Acción Extraordinaria de Protección, 184-18-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 29 de Mayo de 2017).
- Surrogacy 365. (15 de Julio de 2016). *Surrogacy 365*. Obtenido de <https://www.surrogacy365.com/es/el-primer-caso-de-gestacion-por-sustitucion-en-el-mundo/#:~:text=Ocurri%C3%B3%20en%201986%20con%20el,UU.>)
- Valdés Díaz, C. d. (2017). *El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada"*. La Habana: Revista Ius.
- Varsi Raspigliosi, E. (2017). Determinación de la Filiación en la Procreación Asistida. *Revista IUS*, 11.
- Varsi Rospigliosi, E. (13 de Junio de 2017). *Scielo: Determinación de la filiación en la procreación asistida*. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006
- Varsi Rospigliosi, E., & Chaves, M. (2010). *Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto*. Lima: Actualidad Jurídica.
- Vélazquez, G. (2018). *La Filiación por Consentimiento Paterno Otorgado para la Realización de Técnicas de Reproducción Asistida Post- Mortem* . Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.