



*Asesorías y Tutorías para la Investigación Científica en la Educación Puig-Salabarría S.C.
José María Pino Suárez 400-2 esq a Lerdo de Tejada. Toluca, Estado de México. 7223898475*

RFC: ATI120618V12

Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores.

<http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/>

Año: XII Número: 1 Artículo no.:61 Período: 1 de septiembre al 31 de diciembre del 2024

TÍTULO: Embriones humanos implantados post mortem mediante fecundación in vitro.

AUTORES:

1. Máster. Juan Carlos Manjarrés Buenaño.
2. Abg. Taihre Milagros Karolys Romero.

RESUMEN: En el actual trabajo investigativo se estudia la legalidad, permisibilidad y regulación normativa de la fecundación in vitro post mortem en la legislación ecuatoriana; esto debido al vacío jurídico existente respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en general, lo cual hace que coexistan varios dilemas tanto en el ámbito del derecho como de la bioética, como es el caso de la filiación en situaciones de nacimientos posterior a la muerte de uno de los progenitores mediante procreación asistida, en consecuencia, el derecho a la identidad en este tipo de procedimientos médicos se ve vulnerado, por tal razón, se analiza el ordenamiento jurídico español para intentar responder a estas dudas en base al derecho comparado.

PALABRAS CLAVES: reproducción asistida, fecundación in vitro post mortem, filiación post mortem, identidad biológica.

TITLE: Human embryos implanted post-mortem through in vitro fertilization.

AUTHORS:

1. Master. Juan Carlos Manjarrés Buenaño.
2. Atty. Taihre Milagros Karolys Romero.

ABSTRACT: In the current investigative work, the legality, permissibility and regulatory regulation of post-mortem in vitro fertilization in Ecuadorian legislation is studied, due to the existing legal vacuum regarding Assisted Human Reproduction Techniques in general, which causes several coexistence dilemmas both in the field of law and bioethics, as is the case of filiation in situations of birth after the death of one of the parents, through assisted procreation, consequently, the right to identity in this type of procedures doctors is violated, for this reason, the legal system of Spanish regulations is analyzed to try to answer these doubts based on comparative law.

KEY WORDS: assisted reproduction, post-mortem in vitro fertilization, post-mortem filiation, biological identity.

INTRODUCCIÓN.

El presente documento investigativo tiene como punto de partida el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos determinados en el marco normativo ecuatoriano a favor de los seres humanos sin exclusión alguna; por ello, el objetivo principal de este tipo de garantías es avalar una vida digna, con decisiones libres y responsables dirigida al derecho a una vida privada o familiar de las personas.

Estos derechos al ser denominados como fundamentales se encuentran presentes en la Constitución de la República del Ecuador, y es menester mencionar, que el Estado ecuatoriano será objeto de estudio principal en esta investigación conforme al tema expuesto, ya que éste requiere tanto de un profundo análisis teórico normativo como de posibles respuestas acertadas a los vacíos o interrogantes que existen actualmente en relación con los derechos sexuales y reproductivos.

Cabe aclarar, que el Ecuador según su Constitución instaurada en el año 2008, se caracteriza por ser un país totalmente progresista y garantista en derechos, al ser estos inherentes a las personas, buscándose que no exista ninguna vulneración o retroactividad sobre los mismos; es así, como los seres humanos con el paso del tiempo han hecho ejercicio de sus garantías jurídicas respaldados por la ley; sin embargo,

concurren ciertos espacios en los que la normativa no ofrece una cobertura completa con respecto a sus estipulados; es decir, coexisten varios vacíos legales o incluso antinomias en algunos casos.

En correlación con lo dicho, en el presente tema, el cual engloba las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), específicamente la Fecundación In Vitro (FIV), es completamente clara y notoria la falta de cumplimiento del Estado ecuatoriano frente a la inexistencia de normativa legal o regularización como tal en este tipo de procedimientos médicos, al ser directamente una responsabilidad del Estado garantizar los derechos de las personas de una forma progresiva, esto acorde a los avances científicos y tecnológicos con los que cuenta una sociedad, además de omitir la respuesta legal para garantizar la vida, dignidad humana, principios de bioética, derechos sexuales y reproductivos y manipulación genética en estos métodos de procreación asistida.

A pesar de que las premisas mencionadas se encuentran estipuladas claramente en la Constitución de la República del Ecuador, la normativa ha terminado allí; a partir de aquello, no se han determinado leyes que regulen, controlen o garanticen estos procedimientos, aunque estos no sean nuevos como tal, puesto que en Ecuador se les viene realizando de una forma enmarcada en el libertinaje total desde el año 1992. Este problema social se ha convertido en algo sumamente controversial y las dudas jurídicas crecen día a día.

No es suficiente que la legislación ecuatoriana determine los derechos sexuales y reproductivos encaminados al derecho de las personas a tener una vida privada o una familia, a hacer uso de su genética propia siempre y cuando no contravenga los Derechos Humanos, ni que se estipule el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas acerca de la genética propia, cuando esa información que se presupone dada no ha sido cumplida, principalmente al presentarse un vacío legal en la regulación a las TRHA, específicamente la fecundación in vitro, que es objeto de esta investigación.

Entendido esto, cabe mencionar, que los derechos sexuales y reproductivos son considerados parte de los fundamentales en una sociedad, incluso reconocidos por la Convención Americana de Derechos

Humanos, caracterizados por ser uno de los derechos más humanos que una persona puede tener, debido a que por medio de estos, se establece una base a la procreación humana; es decir, lo que empezó como un instinto de preservar la especie, ahora va mucho más allá, a que los individuos tengan derecho a formar una familia en relación a su vida privada en sí, a decidir cuándo y cuantos hijos o hijas tener, dicho de otra forma, el derecho a ser padre o madre.

Existen ciertos casos en los que esta capacidad para crear vida de los seres humanos se ve limitada, puede ser por motivos médicos, físicos o genéticos, y cuando suceden estas situaciones, la ciencia se ha encargado de dar una respuesta para procrear de una forma artificial, sin la necesidad de que concurra una relación sexual o un embarazo natural; esta es la fecundación in vitro, que es una de las TRHA realizada en Ecuador actualmente, así cada día las cifras de niños nacidos mediante este método aumenta; sin embargo, esta técnica trae consigo una cantidad de conflictos bioéticos por resolver, como por ejemplo, si podría darse de manera post mortem por medio de embriones crioconservados, y se suma a esta problemática lo predicho acerca del vacío normativo.

DESARROLLO.

Metodología.

La metodología en la cual se enmarca el presente trabajo de investigación es cualitativa, al tener un enfoque descriptivo y comparativo, debido a que para un mejor análisis de la amplia información que se relaciona a la indagación, se toman en cuenta opiniones tanto de autores expertos en el tema como de tribunales judiciales que llegaron a pronunciarse acerca del fondo del mismo; así también, este se basa en criterios de expertos con conocimiento de las consecuencias que traen los métodos de reproducción humana asistida, específicamente de la fecundación in vitro post mortem, para analizar la implementación de una normativa que regule este ámbito.

Del mismo modo, la investigación se adapta en una metodología doctrinal, este método, que según Martínez, Palacios y Oliva (2023) tiene como objetivo organizar, recopilar y describir la ley, al

proporcionar ciertos comentarios acerca de las fuentes que se utilizan en esta, las cuales provienen de opiniones de autores conscientes acerca del fondo del tema, para que estos sean analizados a profundidad.

Derechos sexuales y reproductivos.

Al ser los derechos sexuales y reproductivos parte del catálogo tipificado en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se entiende que las personas podrán hacer ejercicio de estos de una forma adecuada y sin discriminación alguna; ahora bien, este tipo de garantías hacen referencia directamente a la salud sexual y reproductiva de los individuos, lo que conlleva a que cada ser humano tiene completa libertad en las decisiones acerca de su sexualidad y la procreación como tal; sin embargo, esto no termina aquí, puesto que para lograr lo anteriormente mencionado, el Estado ecuatoriano debe prestar las medidas necesarias en el tema.

La salud sexual y reproductiva incluye información o servicio anticonceptivo, maternidad, procreación, natalidad, planificación familiar, etc., es decir, estas medidas son las que el Estado debe prestar a la sociedad para que se dé un correcto cumplimiento de estos derechos, y de esta forma, las personas tengan completa accesibilidad y libertad acerca de las decisiones sobre su genética propia como lo establece la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 numeral 10.

La presente normativa citada, además determina, que las personas tienen derecho a decidir cuándo y cuántos hijos o hijas tener, sin hacer alusión a la manera o el medio por el cual se pueda llevar a cabo esta premisa; es decir, el método de reproducción que quienes deseen ser padres elijan. Aquello rechaza la idea de que en el Ecuador las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se encuentren prohibidas o se tomen como ilegales; al contrario, en la normativa nacional no se encuentra ningún apartado en el que se mencione dicha conclusión.

Reconocimiento nacional e internacional.

Los derechos sexuales y reproductivos se encuentran recogidos en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 en el artículo 363 numeral 6, en el cual se determina que “El Estado será responsable de: Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto”; por lo cual, los individuos pueden exigir políticas públicas al Estado en las que se subsane la falta de normativa nacional en relación con el ejercicio de estos; específicamente, el derecho a la reproducción sea esta de forma natural o artificial.

Se entiende, que la salud sexual y reproductiva debería ser garantizada por el Estado; sin embargo, en varios países no existen leyes que lo realicen, al tener como vacío legal actual la falta de control, seguridad y garantías en las TRHA, específicamente en la fecundación in vitro, por ser considerada como uno de los métodos que trae consigo más dilemas tanto éticos como legales al ser puesta en práctica; además se sabe, que a nivel latinoamericano, se le viene aplicando desde el año 1992. A pesar de esto, hasta la actualidad, no se ha dado una respuesta normativa a la presente problemática englobada en el derecho, la bioética y la medicina (Casas, 2022).

En los instrumentos internacionales de derechos humanos también se puede encontrar cierta terminología relacionada al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos; esto en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1978, en el cual se determina el derecho a la vida familiar y a que este sea protegido, establece que los hombres y las mujeres tienen derecho a construir una familia; de igual forma, sin hacer ninguna especificación acerca del medio por el cual se le puede obtener.

Estos derechos son parte de los esenciales en la vida de una persona, incluso para cumplir con su ciclo vital; por ello, estos se convierten en las garantías más humanas que un individuo puede tener, debido a que se encuentra encaminado directamente a la vida privada o familiar en sí, correlacionado a la decisión

de ser padre o madre y en entera libertad de cuándo y cuantos hijos o hijas tener, con obligatoriedad de información y medidas necesarias para este ámbito (Garbay, 2020).

Si bien es cierto, en la normativa ecuatoriana se hace referencia a este tipo de derechos; no obstante, lo que escasea es la información, las medidas y la normativa específica acerca del tema, mediante las cuales, las personas puedan hacer ejercicio de estos derechos en total libertad e informados debidamente de las opciones o métodos a los cuales pueden recurrir en caso de no poder formar una familia naturalmente.

Fecundación in vitro en Ecuador.

Se entiende, que la procreación es la base de la humanidad como tal; sin embargo, existen algunos casos en los que no se puede llevar a cabo un embarazo sin intervención médica alguna; las razones para esta consecuencia tan común en los últimos años pueden variar, pero en su mayor parte son causas médicas o físicas en las personas, nombradas como anomalías en el cuerpo humano; por ejemplo, la esterilidad y la infertilidad.

La esterilidad es conocida como la incapacidad de conseguir un embarazo, cuando la pareja mantiene relaciones sexuales de forma continua durante un año sin anticoncepción; por otro lado, la infertilidad es la imposibilidad de llevar a cabo o de finalizar el embarazo una vez que se le ha logrado; es decir, cuando este es interrumpido de una u otra forma al pasar el tiempo (Vidal, 2001).

Por razones como aquellas, la ciencia y la tecnología desarrollaron ciertos métodos en los que las personas podrían procrear sin necesidad de hacerlo de una forma natural y a pesar de presentar anomalías médicas o enfermedades graves; estos son los Métodos de Reproducción Humana Asistida, y dentro de ellos se encuentran varias técnicas recomendadas, dependiendo el caso del paciente; en el presente trabajo se hace referencia únicamente a la fecundación in vitro, la misma que es utilizada como último recurso, en caso de que los procedimientos anteriores no dieran resultado, debido a que trae consigo, varios dilemas bioéticos e incluso legales a los que no se cuenta con una solución clara.

Obtención de embriones humanos.

La Fecundación in vitro (FIV) es un procedimiento médico constituido por varios pasos, mediante los cuales se puede llegar a obtener embriones humanos en un laboratorio para posteriormente implantarlos en el útero de la mujer y lograr un estado de gestación. Con respecto a la obtención de los embriones, esto se da por la unión de los gametos sexuales tanto femeninos como masculinos; es decir, a partir de aquello, un óvulo se encuentra fecundado.

Con la realización de una fecundación in vitro, en este caso incluso se subsanaría la problemática de quienes desean ser padres, pero por razones médicas no lo lograron; además, en esta técnica cuando se da la situación de no poder obtener un embrión con el material genético de los futuros padres, se pueden usar donantes tanto de óvulos como de espermatozoides para conseguir como meta final un embarazo (Johnson, 2020).

Adicionalmente, cabe aclarar, que existen varias corrientes teóricas acerca de que el embrión es una persona o un ser similar al concebido; si bien es cierto, el embrión humano constituye vida; por ende, se le puede clasificar como un ser vivo al tener completa la información genética necesaria para serlo; sin embargo, esto no quiere decir, que pueda ser un concebido o peor aún una persona, ya que lo será cuando se encuentre únicamente en el útero de la mujer, ratificando una concepción, y posteriormente, cuando nazca será un nuevo individuo respectivamente.

Embriones crioconservados.

Uno de los problemas bioéticos y que no ha sido subsanado legalmente dentro de la fecundación in vitro es acerca de los embriones humanos crioconservados; esto se da debido a la falta de control en este tipo de procedimientos médicos, puesto que cuando se realiza la fertilización de los óvulos se puede llegar a obtener más de un embrión, y en varios casos, no todos son implantados, sino la gran mayoría quedan como sobrantes, al haber conseguido un embarazo o incluso son abandonados cuando la pareja desiste de la técnica; si esto sucede, las clínicas deben mantener en crioconservación a los embriones extra

indefinidamente, en razón de que en Ecuador no existe una normativa que determine qué hacer con estos o las medidas que se pueden tomar.

Según Serrano y Jara (2020), en Ecuador existe una gran cantidad de embriones crioconservados en las clínicas que realizan estos procedimientos, los cuales permanecen sin destino digno alguno; no obstante, son seres vivos y merecen la oportunidad de nacer o de tener una ocupación totalmente encaminada a la dignidad humana y al derecho a la vida.

Es así, como en razón de esta problemática, en países como España se han subsanado varios aspectos en este tema, al contar con una normativa llamada Ley Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida del año 2006, misma en la que en su artículo 11 numeral 4 se determina claramente las opciones que tienen los padres e incluso las clínicas para que los embriones humanos tengan un destino y no permanezcan en crioconservación indefinida; de aquellas premisas, en el presente trabajo se acepta: la utilización por parte de la mujer o pareja a futuro y la donación con fines reproductivos; por consiguiente, las demás de estas van en contra de los derechos humanos.

Si en Ecuador se logra enmendar este vacío legal y se puede obtener una adecuación a la ley española, que es la más adecuada para esto, se haría de una forma actualizada y subsanada en cada tema que lo requiera, aceptándose que la normativa predicha puede presentar ciertas contradicciones o ambigüedades.

Fecundación in vitro post mortem en Ecuador.

Como se tiene claro hasta aquí, en Ecuador no existe una normativa que regule, controle o garantice las TRHA, específicamente la fecundación in vitro en ninguno de sus dilemas éticos; ahora, el objeto de esta investigación es estudiar uno de estos, el cual es la fecundación in vitro post mortem y no se niega que esta ya se haya aplicado en la sociedad ecuatoriana; sin embargo, si únicamente en el hecho de darse la FIV como tal coexisten una gran cantidad de conflictos o dudas sin respuesta, y sucede aún más problemático, que ocurra la FIV post mortem en un contexto sin regulación normativa.

En algunos casos, se habla de una posible prohibición de este procedimiento en Ecuador, puesto que no se proporciona cierta legalidad en el tema; no obstante, en la legislación nacional lo único que se establece en relación con el presente tópico es la contravención de utilizar el material genético cuando este transgreda los derechos humanos; por ende, se entiende en un sentido de permisibilidad.

Como una conceptualización básica, para Quiñoa (2022), la fecundación in vitro post mortem es un procedimiento médico dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, puesto que esta puede darse en contexto de no existencia física de los futuros padres, como en el caso de fallecimiento del hombre, y de esta manera, la cónyuge superviviente puede solicitar el material genético de su pareja fallecida para obtener un embarazo mediante procreación asistida después de la muerte del varón.

Esta técnica enmarcada en la FIV no es nueva y tiene una alta probabilidad de efectividad al igual que la fecundación in vitro común, siendo practicada desde los años 70 cuando en Francia se dio el primer nacimiento mediante este método de procreación asistida, y desde aquel tiempo, se ha venido perfeccionando, incluso con una mejora científica en el procedimiento de congelación de los embriones, que es requisito principal para lograr la meta final, misma que es el nacimiento de un nuevo individuo.

Ahora bien, según Andrango y Amores (2018), si por ejemplo, una mujer desea realizarse una fecundación in vitro post mortem con el material genético de su esposo fallecido, en el caso de Ecuador, la clínica tal vez no podría negarse a hacerlo, debido a que no se facilita alguna premisa normativa que los respalde en esa decisión; por otra parte, si aceptan dicha solicitud de procedimiento, tampoco queda claro bajo que reglas actuarían o como se daría aquel caso, lo cual una vez más, queda a completa libertad del actuar del ser humano sin control legal alguno.

La reproducción póstuma involucra varias controversias tanto éticas como morales, además de consecuencias jurídicas y conjuntamente puede haber temas específicos en los que se pueda permitir esta técnica o que la contravenga, por ejemplo, si la persona fallecida deja expresa su voluntad de continuar con el proyecto parental, esto sería completamente permisible basado en el consentimiento

informado; no obstante, si el difunto revocó su expresión libre y voluntaria, o dejó cierto documento en el que no accede a que se utilice su material genético, el método de procreación asistida no podría darse bajo ningún motivo (Tacuri y Sacasari, 2009).

Básicamente, para que este método sea aceptado o permitido depende de forma principal de la expresión de voluntad de las partes, en este caso, se daría prioridad a la de la persona fallecida, puesto que si no lo hizo en vida no se podrá suponer que quien ha muerto desee ser padre después de difunto, y en base a esta premisa, no se daría paso a esta técnica si existe carencia de consentimiento informado.

Normativa internacional vigente sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Existen varios países que actualmente ya cuentan con una regularización normativa acerca de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida e incluso en temas delimitados como lo es la fecundación in vitro post mortem; en el presente trabajo investigativo se analiza únicamente la legislación española, específicamente la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida del 2006 que se encuentra actualmente vigente, puesto que por la estructura y organización de sus articulados es la que mejor se pudiese adecuar o adaptar a la normativa ecuatoriana, con la aclaración de hacerlo con los temas que no contravengan el resto de la distribución legal del país.

En la predicha norma, la fecundación in vitro post mortem se encuentra completamente dentro de la legalidad, incluso se la controla mediante ciertas reglas en el artículo 9, en el numeral 1, que establece que: “No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”.

En este apartado de la normativa española, se denomina una conclusión clara para los casos en que se pueda solicitar una fecundación in vitro tras el fallecimiento del hombre con quien compartía el proyecto parental la mujer; sin embargo, el hijo nacido no obtiene la filiación paterna como una fertilización in vitro común, empero existe cierta excepción a la norma, la cual se tipifica en el numeral 2 del presente

articulado, mismo que establece lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento..., en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas...”.

Si se lograra un nacimiento mediante la técnica de FIV post mortem, no se puede otorgar filiación al niño en relación al padre, cuando este fallece antes de la concepción o de que se encuentre el embrión dentro del útero de su madre, en excepción de lo presente, al dejar el hombre un documento de validez legal, en el cual se exprese su voluntad clara para que se utilice su material genético en favor de realizar una fecundación in vitro post mortem con la mujer, con la aclaración de que no podrá darse si han pasado más de 12 meses de su fallecimiento; de esta forma, se producirá el efecto de filiación matrimonial completamente normal al hijo nacido.

Adicionalmente, en la actual norma se presupone otorgado el consentimiento informado del hombre fallecido para que se utilice su material genético únicamente con esta finalidad, cuando la mujer hubiese estado sometida al procedimiento de fecundación in vitro completamente iniciado en relación a la transferencia de embriones, y en ese momento, se produce el fallecimiento de su pareja.

Una vez aclaradas las reglas específicas para la técnica analizada, en relación a los restantes aspectos que se incluyen en esta, se realizan en España con las mismas normas de la Fecundación in vitro común; por ejemplo, que el método se realice solamente cuando existan posibilidades de éxito y que así mismo no intervenga riesgos para la madre o el futuro bebé, o que se autoriza que los embriones transferidos al útero femenino sean máximo tres por cada intento; además que sea obligatorio presentar consentimiento informado por parte de la pareja o la mujer que sea sometida al procedimiento; esto incluye que las partes sean debidamente comunicadas de los riesgos y pasos del proceso médico.

Cabe recalcar, que en este tipo de técnicas de procreación asistida, la mujer o la pareja como tal podrán renunciar a este método o revocar el consentimiento informado en cualquier momento, sin presentar razón de justificación alguna, siempre y cuando sea antes de la transferencia de embriones al útero femenino.

Adaptación de normativa internacional en el Ecuador sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Al analizar anteriormente el vacío legal existente en Ecuador, se toma como posible solución una adaptación de normativa internacional, en base a países que sí cuenten con regularización en el tema estudiado; en este caso, se considera a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida del 2006 de España como la más adecuada respecto a estructura y organización, es por esto que, sería conveniente utilizar ciertos artículos o premisas de este cuerpo jurídico que vayan en paralelo con la legislación ecuatoriana y no contravenga en ninguna circunstancia el ordenamiento jurídico del país.

En el presente tema, para controlar y regular la fecundación in vitro post mortem, en la posible norma en el Ecuador se debería adaptar, que no exista filiación por parte del padre para el hijo que no se encontrare concebido en el útero de la mujer al momento del fallecimiento del hombre; sin embargo, se determinarían las mismas excepciones, las cuales son que si el varón deja algún documento de validez legal indicando su consentimiento, su material genético podrá ser utilizado únicamente en los 12 meses siguientes a su muerte, para que su cónyuge se realice una fecundación in vitro post mortem, este caso se da paso al vínculo filial.

Así mismo, se incluirían ciertos apartados, por ejemplo, que se supone vigente la expresión de voluntad de un hombre fallecido para que la mujer solicite una FIV post mortem, siempre y cuando el procedimiento ya ha empezado respecto a la transferencia embrionaria al momento de su muerte, y que esta expresión de voluntad puede ser revocada por cualquier miembro de la pareja solamente cuando lo decidan antes de la implantación de embriones.

Filiación post mortem.

Según la Real Academia Española (2023), la filiación es un vínculo que determina una relación entre dos personas, mismo que supone que una es descendiente de la otra, lo cual puede ser reconocido tanto de forma jurídica como por un hecho biológico; por consiguiente, el Código Civil ecuatoriano en el artículo 24, tipifica que la filiación puede ser legal, judicial o voluntaria, dependiendo el caso, y hasta aquí se entendería cómo se maneja esta figura jurídica comúnmente.

Pueden existir formas extraordinarias de filiación, es así el caso de la conocida como post mortem, el cual se da en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; de esta manera, para Carrasco y Jordán (2021), este tipo de vínculo se define como una situación en la que de alguna forma en la procreación artificial se da la implantación de un embrión constituido con el material genético de un hombre que ha fallecido, y como resultado, se da un nacimiento; en esa circunstancia, el niño es biológicamente compatible con su padre fallecido; no obstante, su filiación no podrá ser reconocida del todo en varios países.

Si bien es cierto, uno de esos países en los que no se tendría una respuesta frente a una filiación de un niño nacido mediante una fecundación in vitro post mortem sería Ecuador, puesto que como se ha analizado anteriormente, no se cuenta con normativa respecto del caso, y peor aún, en especificaciones técnicas como la presente; por ende, además de darse una violación al derecho al vínculo filial de todas las personas, también se afectaría gravemente al derecho a la identidad, a tener un nombre, apellido y procedencia familiar.

En consecuencia de aquello, cuando la fecundación in vitro post mortem se haya realizado con los requisitos solicitados acerca del consentimiento otorgado por los futuros padres, vendrán más implicaciones que por el momento se encuentran en duda en algunas legislaciones, y estas son tanto jurídicas como éticas; sin embargo, serían especialmente en el derecho civil, puesto que en la

delimitación de una filiación intervienen efectos como el derecho de alimentos o el ámbito del derecho sucesorio (Navarro, 2022).

Por eso, en Ecuador cuando se dé la posibilidad de regularizar esta técnica de procreación artificial de una forma post mortem se debería tomar en cuenta que estos efectos jurídicos al determinar una filiación podrán aplicarse únicamente cuando se cumpla con los requisitos para delimitar este vínculo filial; es decir, en base al derecho comparado y si se adaptase la normativa española anteriormente analizada; estas consecuencias legales se darían cuando el difunto deja un documento de validez jurídico especificando su voluntad de ser padre o cuando el procedimiento de la transferencia de embriones ya empezó y la persona muere.

Un caso relevante, que marcó una doctrina respecto a la utilización de material genético post mortem en Estados Unidos fue Hecht vs Tribunal Superior del Condado de Los Ángeles de 2012, el cual surgió debido a que en el año 1991 William Kane colocó sus espermatozoides en un Banco de esperma llamado California Cryoban, además proporcionó varios documentos en los que expresaba la voluntad de ser padre incluso en caso de su muerte, este proyecto parental lo tenía con su novia Deborah Hecht, es el caso, que los hijos que Kane tuvo anterior a su relación sentimental con Deborah impugnaron dichos documentos por motivos de herencia cuando su padre falleció; por ello, Hecht llevó el caso ante los Tribunales, así la Corte de California ordenó que se destruya el material genético del fallecido por escases normativa en este tema; por consiguiente, Hecht apeló ante el Tribunal Superior de California y en sentencia del 17 de junio de 1993 se le entregó el esperma que su novio había dejado para que se pudiera someter al tratamiento de reproducción artificial (Carrasco y Jordán, 2021).

Identidad biológica en la fecundación in vitro post mortem.

Primeramente, el derecho a la identidad se encuentra recogido por la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 numeral 28, el cual incluye tener un nombre, apellido, conservar, desarrollar y fortalecer las características de la identidad, como por ejemplo, la procedencia familiar.

Todo individuo tiene derecho a la identidad, mismo que se relaciona directamente con la descendencia familiar; es decir, la persona debe tener una filiación legalmente establecida y determinada, lo cual en casos de TRHA. específicamente la fecundación in vitro con intervención de donantes o la post mortem, tienden a desarrollar conflicto en ese sentido, puesto que no se tiene un origen biológico ordinario al momento del nacimiento de un nuevo ser humano.

Según Cali, Aguilar y Barrera (2023), en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida como la fecundación in vitro post mortem, la identidad viéndola desde un sentido de vínculo familiar, no estaría completa, en consecuencia, otros derechos estarían en duda, por ejemplo, todos los que intervienen en el derecho de familia. En razón de aquello, sin una identidad en este tipo de casos, el individuo no podría hacer ejercicio de otro tipo de derechos relacionados.

Para esto, la base en establecer el derecho a la identidad en un sujeto sería la filiación como tal, misma que en el Código Civil es delimitada en tres casos, cuando se ha concebido a un niño dentro del matrimonio o unión de hecho; por reconocimiento voluntario; y mediante declaración judicial; sin embargo, en el ámbito de la filiación post mortem no se adaptaría a ninguno de estos preceptos, ya que para la primera premisa en la legislación ecuatoriana se determina que el matrimonio termina con la muerte, y por ende, posterior a esto, la concepción no sería dentro de esta figura.

En el segundo apartado, se le podría adaptar mediante el documento legal que deje la persona fallecida para hacer uso de su material genético; es decir, estaría reconociendo a su hijo; no obstante, este tipo de reconocimiento debería aclararse, que podrá ser también después de la muerte, lo cual es difícil de sugerir, y la tercer premisa es la considerada como la más adecuada para que tenga una validez constituida, empero existen situaciones que no coincidirían al momento de otorgar una declaración judicial, debido a que al probar o decidir está el carácter genético de los involucrados, no siempre va a concordar como en es el caso de la fecundación in vitro mediante utilización de donantes.

Por consiguiente, y en base a lo anteriormente estudiado, se considera que debe darse el nacimiento de una nueva forma de filiación en la legislación ecuatoriana, la cual se enfoque en una manera extraordinaria de la misma respecto al vínculo filial post mortem, que además se constituya con el mismo valor jurídico que el resto de las clases de esta, para así abarcar todos los casos y convenciones de procrear vida en las TRHA en general, sin darse discriminación alguna.

Claramente, a partir de lo analizado, en el Ecuador se encuentra visible la vulneración al derecho a la identidad de niños y niñas que nacen mediante métodos de reproducción humana asistida de una forma post mortem, debido a la falta de normativa que garantice este tipo de procedimientos médicos, lo cual deja como resultado un grave problema en el ámbito de la filiación legal.

Si bien es cierto, para Múrtula (2020), existen teorías que defienden la prohibición de la fecundación in vitro post mortem por temas relacionados al derecho a la identidad, como el caso de argumentos respecto a que el infante que nace mediante esta técnica estaría obligado a vivir sin un padre físicamente presente, lo cual perjudicaría el principio de interés superior del niño, mismo que debería estar sobre esta clase de decisiones en la procreación artificial.

El niño no debería ser sujeto de consentimientos informados o contratos entre adultos, con la finalidad de cumplir un deseo como es procrear vida (Rodríguez y Fernández, 2022); sin embargo, la expresión de la voluntad sería un pilar sumamente fundamental al momento de regularizar este tema en el Ecuador; por lo cual, no se podría prescindir de esta, ya que es principal en el control de las TRHA, específicamente en el tema del derecho a la identidad, puesto que mediante este se puede garantizar, que quien lo firma va a aceptar una maternidad y paternidad de forma irrevocable.

Una vez detallado que es necesaria la regulación normativa acerca de este tópico y de haber analizado cada posible fenómeno jurídico a darse, se puede entender, que al cumplirse los requisitos para dar paso a la fecundación in vitro post mortem como tal y encontrarse en las situaciones indicadas por la ley para poder otorgar una filiación paterna a un infante nacido producto de este procedimiento, este entraría en

la clasificación de hijo póstumo en la legislación ecuatoriana, y en razón de aquello, nace posterior al fallecimiento del padre, lo cual hace que se reconozcan incluso sus derechos sucesorios.

En ese sentido, según Alarcón, Burau y Siquihua (2023), en ningún apartado de la distribución normativa del Ecuador se menciona cierta diferencia entre un hijo póstumo y uno que no lo sea; es decir, se entiende que ante la ley son iguales y poseen exactamente los mismos derechos, independientemente de su tipo de filiación.

CONCLUSIONES.

En conclusión, para los seres humanos es totalmente importante la intención de procrear vida o formar una familia; por ende, sería necesario que se presente en el país una regulación normativa que garantice los procedimientos de reproducción asistida, por medio de una ley que controle o responda frente a las problemáticas jurídicas y bioéticas que traen consigo estos métodos.

La fecundación in vitro post mortem estaría completamente dentro de la permisibilidad legal en el Ecuador, aunque no se determine esto de forma clara en el ordenamiento jurídico; tampoco existe contradicción para continuar con su aplicación, esto siempre y cuando se cumpla con los requisitos de autorización para utilizar el material genético de la persona fallecida o si el procedimiento ya ha empezado como tal.

Finalmente, el derecho a la identidad de quienes han nacido mediante la fecundación in vitro post mortem se encuentra vulnerado actualmente, debido a que el establecimiento de filiación está incompleto conforme al vínculo filial del progenitor fallecido; en tal razón, debería darse una respuesta normativa respecto a la legislación nacional, en la cual se garantice este derecho en estas técnicas, conflicto que podría solucionarse aplicándose el derecho comparado como la norma española acerca del tema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Alarcón Cedeño, F., Burau García, S., y Siquihua López, F. (2023). La constitucionalidad de la sucesión en caso de la concepción post mortem en el sistema jurídico ecuatoriano. (Venezuela). Revista Dialnet. (18), (p. 51- 52). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9187936>
2. Andrango Nepas, F., y Amores Paladines, R. (2018). Fecundación Post Mortem Derecho a la Identidad y Derechos Patrimoniales de Niños, Niñas y Adolescentes. (Ecuador). Universidad Central del Ecuador. (p. 24- 27). <https://www.dspace.uce.edu.ec/entities/publication/bb14153a-be76-4227-8bb9-1903d6061d4a>
3. Cali Coronel, M., Aguilar Guiracocha, J., y Barrera Bravo, F. (2023). El Derecho a la Identidad de los Menores Concebidos por Fecundación Post Mortem. (Ecuador). Revista Dialnet. 8 (3), (p. 703-706). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9124396>
4. Carrasco Céspedes, L., y Jordán Buenaño, J. (2021). La filiación post mortem y las técnicas de reproducción asistida. (Ecuador). Universidad Técnica de Ambato. (p. 7- 9). <https://repositorio.uta.edu.ec/handle/123456789/31944>
5. Casas Becerra, L. (2022). La necesidad de una constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos. (Chile). Revista Chilena de Salud Pública. (p. 82- 84). <https://revistasaludpublica.uchile.cl/index.php/RCSP/article/view/70161>
6. Código Civil [CC]. R.O. 46 del 14 de marzo de 2022 (Ecuador)
7. Constitución de la República del Ecuador. R.O. No. 449 del 25 de enero de 2021.
8. Convención Americana de Derechos Humanos. R.O. No. 452 del 27 de octubre de 1977.
9. Garbay Mancheno, S. (2020). Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en la Normativa Constitucional e Internacional. (Ecuador). Programa Andino de Derechos Humanos, PADH. 22 (80), (p. 2- 5). <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/793>

10. Johnson, M. C. (2020). Más allá de la infertilidad: narrativas de usuarias sobre reproducción asistida en Córdoba, Argentina. (Argentina). Revista Scielo. (27), (p. 302- 304).
http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-75152021000200298
11. Ley 14 de 2006. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. 26 de mayo de 2006. BOE-A-2006-9292. España.
12. Martínez, J., Palacios, G., y Oliva, D. (2023). Guía para la revisión y el análisis documental: propuesta desde el enfoque investigativo. (México), Revista Dialnet, 19 (1).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8851658>
13. Múrtula Lafuente, V. (2020). El bienestar del menor por nacer: ¿un interés a ponderar en el acceso a las técnicas de reproducción asistida? (España). Revista Dialnet. (13), (p. 12- 15).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7557310>
14. Navarro Pastor, M. (2022). Fecundación asistida postmortem y su tratamiento en Derecho Civil. (España). Revista Médico- Jurídica. (6).
<https://revistamedicojuridica.com/blog/2022/04/20/fecundacion-asistida-postmortem-y-su-tratamiento-en-derecho-civil/>
15. Quiñoa , P. (2022). Transferencia de embriones post mortem: ¿dónde estamos parados? (Argentina). Revista Jurídica de Buenos Aires. 45 (101), (p. 105- 108).
https://repositorioubasibbi.uba.ar/gsd/collect/juridica/index/assoc/HWA_5383.dir/5383.PDF
16. Real Academia Española. (2023). (Filiación). Diccionario de la Lengua Española. 23.^a ed.
<https://dle.rae.es/filiaci%C3%B3n?m=form>
17. Rodríguez Pinto, M. S., y Fernández Arrojo, M. (2022). La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida. (Chile). Revista Scielo. 49 (1), (p. 30. 36).
https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372022000100027&script=sci_abstract

18. Serrano, M. C., y Jara Reyes, S. (2020). Apuntes sobre la Reproducción Asistida: una mirada desde la bioética a la situación normativa en Ecuador. (Ecuador). Revista UDA. (p. 96- 101). <https://revistas.uazuay.edu.ec/index.php/memorias/article/view/158>
19. Tacuri Pinos, M., y Sacasari Aucapiña, G. (2009). La Inseminación Artificial Humana: Alcance de la normativa actualmente vigente en el Ecuador al respecto. (Ecuador). Universidad del Azuay. (p. 36- 42). <https://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/924?locale=en>
20. Vidal, C. (2001). Esterilidad e infertilidad humanas. Abordaje y tratamiento. (España). Revista Dialnet. 15(8), (p. 97). <https://www.elsevier.es/es-revista-farmacia-profesional-3-articulo-esterilidad-e-infertilidad-humanas-abordaje-13018349?referer=buscador>

DATOS DE LOS AUTORES.

1. **Juan Carlos Manjarrés Buenaño.** Magister en Derecho Civil y Procesal Civil. Magister en Argumentación Jurídica. Docente en Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. Ecuador. Correo electrónico: jmanjarres@pucesa.edu.ec
2. **Taihre Milagros Karolys Romero.** Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. Ecuador. Correo electrónico: milagroskarolys@gmail.com

RECIBIDO: 20 de junio del 2024.

APROBADO: 29 de julio del 2024.