

50

Fecha de presentación: febrero, 2022

Fecha de aceptación: mayo, 2022

Fecha de publicación: agosto, 2022

EL TRATAMIENTO

DESDE LAS LEYES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DESDE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y SUS IMPLICACIONES

THE TREATMENT OF LAWS IN THE EXERCISE OF PARENTAL AUTHORITY OF ARTIFICIAL INSEMINATION AND ITS IMPLICATIONS

Mónica Alexandra Salame Ortiz¹

E-mail: ua.monicasalame@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0125-6994>

Usber Fabián Carrazana Martínez¹

E-mail: ua.monicasalame@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4152-8090>

Cynthia Paulina Cisneros Zúñiga²

E-mail: up.cynthiacisneros@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3754-2757>

Caludio Antonio Teran Vaca³

E-mail: ui.claudioteran@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1322-6629>

¹Universidad Regional Autónoma de Los Andes Ambato. Ecuador

²Universidad Regional Autónoma de Los Andes Puyo. Ecuador

³Universidad Regional Autónoma de Los Andes Ibarra. Ecuador

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Salame Ortiz, M. A., Carrazana Martínez, U. F., Cisneros Zúñiga, C. P., & Teran Vaca, C., A., (2022). El tratamiento desde las leyes en el ejercicio de la patria potestad desde la inseminación artificial y sus implicaciones. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S4), 493-501.

RESUMEN

Esta investigación contiene un análisis jurídico acerca de la Inseminación Artificial a través de la crioconservación de embriones y la patria potestad, reflexionando acerca de las mejores opciones desde las Ciencias Jurídicas y la normativa, para prevenir las implicaciones negativas que conlleva la no tipificación de dicho proceso en la legislación ecuatoriana. Se pretende que el resultado de este estudio incentive los organismos reguladores del derecho, a considerar la inclusión de la reproducción humana asistida en la legislación. Estos procedimientos, no deberían ser analizados únicamente desde la perspectiva médica, moral o religiosa ya que el impacto jurídico permitirá la regulación de tales métodos, con el fin de amparar y de proteger los derechos de las personas. Es manifiesto que el derecho de familia en Ecuador se torna vulnerable ante la realidad científica, volviéndose muy complejo, sobre todo la filiación, cuya esencia debería adaptarse a la modernidad de la vida humana. Se propone que el ente jurídico con la participación de los profesionales de salud y la suma de criterios sociales, realice un exhaustivo análisis de esta problemática, con óptica legislativa, que proporcione elementos de juicio, para la elaboración de un anteproyecto que permita la aprobación de un código exclusivo, que contemple la patria potestad en caso de hijos nacidos por Inseminación artificial heteróloga, como la crioconservación de embriones, lo que siempre conllevará un tratamiento en materia jurídica especial, por la propias particularidades que demanda esta filiación.

Palabras clave: patria potestad, legislación, reproducción, inseminación artificial, crioconservación, embriones.

ABSTRACT

This research is a legal analysis on Artificial Insemination through embryos cryopreservation and parental authority. This work is a reflection on the best options that Legal Sciences and regulations offer in order to prevent the negative implications that entails the non-typification of this process in the Ecuadorian legislation. The result of this study is aimed to encourage the regulatory law bodies to consider including assisted human reproduction in our laws. These procedures should not be analyzed only from the medical, moral or religious perspective since its legal impact will allow the regulation of such methods, so the state protects the rights of any person or persons. Family law in Ecuador is vulnerable to scientific reality, which is extremely complex, especially filiation whose essence should be adapted to modern human life. It is proposed that the legal entity along with the participation of health professionals and social criteria should make a thorough analysis of this problem, with a legislative view which provides elements of judgment in order to prepare a preliminary draft of a body of law that contemplates parental authority in case of children born by heterologous artificial insemination such as the cryopreservation of embryos. This treatment will be a special juridical issue due to the features that the problem requires.

Keywords: parental authority, legislation, reproduction, artificial insemination, cryopreservation, embryos.

INTRODUCCIÓN

Se conoce como reproducción a aquel proceso biológico a través del cual una especie podrá crear nuevos organismos pertenecientes por supuesto a la misma. La reproducción es la característica común que se observa en casi todas las formas de vida que se conocen hasta el momento: los animales, los seres humanos, las plantas, entre otros, siendo la misma plausible a través de dos formas: la vegetativa y la sexual o generativa. (Definición ABC, 2018)

En la reproducción asexual un solo organismo será el responsable de originar otros individuos nuevos, los cuales serán algo así como una copia calcada de ese organismo desde el punto de vista genético. En este tipo de reproducción se forma otro organismo a través de solamente células paternas sin que medie ningún tipo de fecundación. Un ejemplo típico de esta clase es el de las amebas, las cuales se reproducen a través de esta modalidad. (Visual AVI, 2018)

En tanto y contrariando desde su base, al anterior tipo de reproducción, la sexual requerirá para su concreción de la intervención de dos individuos u organismos que deberán ser de diferentes sexos. Los descendientes que se den como origen serán el resultado de la combinación de ambos progenitores, es decir del ADN o información genética de cada uno, razón por la cual se perderá eso de la copia calcada que hablábamos en la situación anterior. Este tipo de reproducción es propia de aquellos organismos complejos, como es el caso de la especie humana. (Definición ABC, 2018)

En el caso de la reproducción humana intervienen dos individuos, un hombre y una mujer y consiste en la fecundación interna a través de los órganos sexuales de los dos géneros mencionados, pero cabe mencionar que el éxito dependerá de la acción coordinada de las hormonas masculinas, femeninas, el sistema reproductivo y el sistema nervioso. Si alguno de estos pilares sufre algún trastorno, no se llevará a cabo conforme la reproducción. (Navarrete et al, 2018)

El instinto natural del hombre por la conservación de la especie, tener descendencia y que su legado se prolongue a través de los tiempos, ha sido de gran motivación para que la ciencia innove diferentes métodos para la procreación de la pareja, cuando este proceso se ha visto limitado en condiciones naturales. (Sagols, 2006)

El vertiginoso desarrollo de la ciencia y la tecnología ha abarcado los disímiles aspectos de la vida humana, logrando irrumpir los límites establecidos hasta entonces, adentrándose e incorporando métodos impensables por

nuestros antecesores, relacionados con la reproducción de la especie; todo esto acompañado por el sentimiento del hombre en mejorar la calidad de vida y dar solución a las insatisfacciones de sus semejantes, que en este caso corresponde fundamentalmente con limitaciones de la esfera biológica. (Acurio et al., 2022)

Es en este tenor que nacen las técnicas de reproducción humana asistida para dar respuesta a la necesidad de procreación de aquellas parejas que se encontraban imposibilitadas orgánicamente para lograrlo.

En relación con lo referido anteriormente es sensato admitir, que es de sobra conocido que las buenas intenciones no siempre están exentas de la compañía de otros males, que en ocasiones son tan complejos como los que se pretenden resolver.

Y es con este avance científico tecnológico con el que se da solución a innumerables sufrimientos humanos, y paradójicamente surgen complejas situaciones legales, por la ausencia del material legislativo en dichos procesos; y es lo que impide el goce de lo alcanzado por el hombre y el desempeño en toda la extensión social y jurídica de la familia, como demanda toda sociedad.

Con la intención de concebir y fomentar el análisis jurídico, de una situación que acontece de la evolución científica, repercutiendo en un acto fundamental en la relación familiar como lo es la patria potestad, es indispensable la determinación de los conceptos, sus características, sus diferencias, los sujetos que intervienen y el reconocimiento de la ausencia normativa desde un punto de vista médico y jurídico.

El ser humano durante su evolución sufre innumerables transformaciones y estas modificaciones intervienen de manera directa en sus relaciones con el resto de los individuos, ya sea en lo personal, en el marco familiar o en el área social y estos cambios se van sucediendo con la intención del mejoramiento, pues según la filosofía humana, todo cambio es para bien.

El proceso de Inseminación Artificial aparentemente es un método que soluciona un complejo problema que a través de la historia se conoce que ha sido gran complicación, para el alcance de la completa realización de los seres humanos y las familias, como es la procreación, de aquellos que le ha sido imposible lograrlo de manera natural.

Se definen como técnicas de reproducción humana asistida a aquellos procedimientos que unen el espermatozoide con el óvulo por un medio diferente a la relación sexual natural, para lo cual se aplican dos técnicas: la inseminación artificial y la fecundación in vitro. El procedimiento

artificial consiste en colocar el espermatozoides procedente del esposo en el interior del aparato vaginal de la mujer para lograr la fecundación, esta puede ser homóloga o heteróloga. En el primer caso el semen pertenece al marido o pareja estable de la mujer que está a la espera de concebir, recomendándose el método cuando el hombre es impotente, la mujer padece de vaginismo, presenta secreciones vaginales que, al neutralizar los espermatozoides, conducen a una inseminación intracervical (colocación del semen en el cuello del útero) o a una alteración del cuello del útero que exige la inseminación intrauterina (colocación del semen en el interior del útero) o cuando existen otros impedimentos como trastornos endocrinos o del metabolismo

Existe inseminación artificial heteróloga cuando el semen es aportado por un tercero ajeno al marido o pareja de la mujer. Se hace uso de este sistema cuando el varón es estéril, o cuando existe el peligro de transmisión de enfermedades o patologías hereditarias como la hemofilia, el síndrome de Down, etcétera o cuando existe incompatibilidad del factor Rh (Escobar, 2007).

Como los padres ejercen un conjunto de derechos y obligaciones a través de los cuales la ley los faculta para administrar a sus hijos y los bienes de estos hasta la mayor edad o su emancipación, a los bien intencionados en el desarrollo de esta ciencia se les “escapó” el pensar que siendo una vía no natural tocaría transitar una ruta donde se encontraría disímiles irregularidades, que conllevaran a un final no feliz y dentro de esta y la más importante, por ser quien va a permitir la conciliación entre las demás, se encuentra lo que se propone revisar en esta investigación, cómo es la legislación en la inseminación artificial, en la figura jurídica de la Patria Potestad, pues ésta no puede concebirse como una decisión social aislada de la Ley.

El artículo 45 de la Constitución del Ecuador, (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) en su primer inciso menciona: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción...”

En sincronía con el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida y el derecho a la integridad personal, la cual como ya se había dicho anteriormente se encuentra protegida desde el momento mismo de la concepción. En este sentido no se encuentra en debate el momento mismo de la concepción y el inicio de la vida, pues al hablar de vida humana lo que importa

en sí, es si se está haciendo o no valer los derechos humanos fundamentales que tienen todos los hombres, pero sobre todo este artículo contempla la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

El análisis de la bibliografía existente para el desarrollo de esta investigación permitió constatar que son múltiples las polémicas legislativas encontradas en torno a este tema, que han impedido el buen desenvolvimiento de estos procesos, para el logro de su verdadero objetivo.

La posición teórica del autor justifica esta investigación, que se enmarca en un análisis del impacto jurídico en las entidades del derecho de familia en el Ecuador haciendo referencia a otras legislaciones del mundo que al parecer han tratado el problema en beneficio de quienes optan por las técnicas de reproducción humana asistida, resolviendo al menos en parte los derechos vulnerados a costa del avance de la ciencia.

Así pues, todo lo anterior es el objeto o base del presente estudio y para responder dichos cuestionamientos se irá desglosando de lo general a lo particular para lograr argumentar un sentir actual dentro de la sociedad y poder con diagnóstico certero de la realidad actual en este contexto, proponer soluciones encaminadas a resolver dicha polémica, con una propuesta abarcadora en el ámbito jurídico, bioético y social. La inexistencia de una normativa que regule la crioconservación de los embriones en el Ecuador genera implicaciones jurídicas en el ejercicio de la patria potestad.

La finalidad de este artículo es elaborar un anteproyecto de Ley que codifique la crioconservación de los embriones, para disminuir las implicaciones jurídicas en el ejercicio de la patria potestad en el Ecuador.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la maternidad y la paternidad no responden a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sobre todo cuando existe la intervención de donantes o de madres portadoras lo cual complicaría a los usuarios de estos procedimientos si existen conflictos para atribuir filiación, teniendo como padres a quienes no demostraron la voluntad de procrear en un inicio pues son simples donantes de gametos, pero que por nexos biológicos son los que se envisten de los derechos y obligaciones derivados de la maternidad y la paternidad, relegando por completo a quienes tienen un “supuesto derecho al hijo”.

Armonizando con el artículo 45 de la Constitución del Ecuador referido a la garantía que tienen los niños, niñas y adolescentes el derecho a la identidad, nombre y ciudadanía, se puede argumentar su vínculo con el artículo

250 del Código Civil con relación al artículo 21 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (Ecuador. Congreso Nacional, 2003) donde se establece “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y mantener las relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentren separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías”.

MATERIALES Y MÉTODOS

Esta investigación tiene un enfoque cualicuantitativo. Cualitativo: Al ser una investigación cualitativa, se utilizaron elementos doctrinales, teóricos y normativos a fin de examinar un hecho específico pudiendo obtener de los mismos resultados viables, respecto de una situación concreta, del objeto de estudio. Cuantitativo: Presenta también un enfoque cuantitativo, ya que los resultados obtenidos se expresaron en datos estadísticos.

La presente investigación se basó en los métodos deductivo, contextual, sistemático y analítico por medio de descripción y la explicación. El proyecto se fundamentó en una investigación bibliográfica y jurídica, mediante el aprovechamiento de lo escrito por juristas doctrinarios sobre la patria potestad y la inseminación artificial, en textos, revistas y publicaciones cibernéticas. En lo que se refiere a la metodología jurídica que se empleó, en el presente trabajo se hicieron consideraciones filosóficas en lo relativo a la moral y la ética, fundamentada en la inexistencia y dificultad de normas jurídicas que regulen el elemento de investigación, así como la “imposibilidad” filosófica de crear o descubrir nuevos “entes” jurídicos de manera individual, se intenta incentivar a la colectividad a generar nuevos preceptos pues aunque el hecho no es ignorado socialmente en sentido jurídico es insuficiente. (Macazana et al., 2021).

El tipo de investigación es no experimental con elementos de investigación y acción.

De tipo no experimental: Por ser una investigación que no se manipularon variables ni se asignaron aleatoriamente condiciones a los sujetos o a las propias circunstancias, no hubo actividad experimental.

De diagnóstico transversal: Permitió a través de investigación bibliográfica y jurídica, mediante el aprovechamiento de lo escrito por juristas doctrinarios sobre la patria potestad y la inseminación artificial en textos, revistas y publicaciones cibernéticas, la diversificación de criterios de expertos en Derecho Penal, respecto a los factores jurídicos que conllevan a implicaciones en la vulneración

del derecho de las personas por falta de tipificación de procesos médicos legales.

Estudio bibliográfico y documental: Consistió en la consulta de documentos como, textos, revistas y publicaciones cibernéticas, libros, registros bibliográficos, códigos, etc.

Con elementos de investigación y acción: Por ser un estudio realizado en un contexto determinado donde se evidenciaron los factores jurídicos que conllevan a la falta de tipificación de la Patria Potestad de neonatos en procesos de crioconservación, y para ello se contó con la participación de expertos y conocedores en derecho constitucional y penal.

La presente investigación es descriptiva, pues fundamentalmente consistió, en caracterizar fenómenos o situaciones concretas, relacionados con procesos médicos legales y sociales indicando causales que intervienen en las implicaciones de vulneración de derechos y los factores jurídicos que intervienen.

Explicativa se fundamentó en aspectos teóricos jurídicos, que permitieron argumentar las implicaciones, de la falta de tipificación de un proceso de carácter médico legal, en la legislación ecuatoriana.

Para la solución al problema planteado se utilizaron los siguientes métodos de nivel teórico y empírico

Método Analítico- Sintético: Este método permitió sintetizar y profundizar en la problemática social existente, para el desarrollo de una propuesta que viabilice la solución del problema investigado. Se trata de un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata de hacer una exposición metódica y breve en forma resumida. Estas síntesis se traducen en un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión de la esencia de lo que ya conocemos en todas y cada una de sus particularidades.

Método Histórico - Lógico: Surge de la necesidad de ampliar el conocimiento adquirido en las investigaciones primarias, haciendo un análisis crítico para extraer los aspectos positivos y negativo que puedan servir para aclarar y realizar un estudio histórico y jurídico de la problemática en relación al tema de estudio.

Método de Enfoque en Sistema: Permite presentar una propuesta en forma de un anteproyecto de ley reformatoria que permita establecer una solución al problema.

Método Exegético: Consistió en la interpretación y explicación literal de la norma; se explica el contenido, se expone el sentido y se determina al alcance de la letra

de la ley y de las expresiones que la originaron en forma como el legislador la elaboró, tratando de desentrañar la intención y voluntad del autor, su autenticidad e intencionalidad, para su aplicación por parte del juez o la administración de las entidades y el Estado.

Línea de Investigación

- Retos, Perspectivas y Perfeccionamiento de las Ciencias Jurídicas en Ecuador.
- » El ordenamiento jurídico ecuatoriano, presupuestos históricos, teóricos, filosóficos y constitucionales.

RESULTADOS

La investigación bibliográfica respecto a la temática permitió constatar cómo el comportamiento de la fertilidad en el Ecuador, ha tenido un comportamiento negativo con el paso de los años, en el número de nacimiento por mujer desde 1960 a 2016, se puede observar cómo ha disminuido la tasa, pasando de 7 hijos por mujer a 2,48 en 2016, significando una reducción de aproximadamente 63%. A las múltiples causas que han originado este comportamiento, se une las parejas que no pueden tener un comportamiento reproductivo normal, por lo que tienen que acudir a las técnicas de tratamiento por inseminación artificial.

En el desarrollo del trabajo, además de la investigación bibliográfica, fueron encuestados un grupo de profesionales de la justicia y la salud de las provincias de Tungurahua, Pastaza e Imbabura, todos los cuales en el ejercicio de su profesión, están relacionados con el trabajo en la Inseminación artificial o han tratado la temática en cumplimiento de sus funciones profesionales. De los profesionales vinculados al tema, se trabajó con 15 que representan el 32.6% de ellos.

Tabla 1. Composición de los profesionales.

Especialistas	Cantidad	Años promedio de trabajo en la temática
Salud	8	12
Justicia	7	9
Total	15	

En la encuesta realizada al preguntar sobre la protección existente en las leyes a la inseminación artificial y los derechos del nonato, resultó muy baja la respuesta positiva de los especialistas.

Tabla 2. Protección existente en las leyes

Pregunta: ¿Las normas legales vigentes brindan protección a todos los pasos y procesos de la inseminación artificial así como a los derechos de los padres y el niño?

Especialistas	Sí	En poca medida	No
Salud	-	2	6
Justicia	1	1	5
Total	1	3	11
Porcentaje	6.7	20	73.3

Se puede determinar que los procedimientos de reproducción humana asistida deben ser analizados desde la perspectiva jurídica, y no únicamente desde la óptica médica, moral o religiosa, ya que parece manifiesto que el derecho de familia en Ecuador se torna vulnerable ante la realidad científica. Es evidente el poco tratamiento que desde las leyes posee la temática y la protección al embrión o nonato.

Al cuestionar sobre el reconocimiento de la inseminación artificial jurídicamente, como una de las formas asistidas para la concepción de los hijos y constitución de la familia, los especialistas concuerdan en que sí.

Tabla 3. Reconocimiento legal de la inseminación artificial

Pregunta: ¿Las leyes actuales reconocen la inseminación artificial como una vía legal para la concepción de hijos?			
Especialistas	Sí	En poca medida	No
Salud	8		
Justicia	7		
Total	15		
Porcentaje	100		

En el Ecuador, como en otros países, la ley reconoce la posibilidad de que la mujer y el hombre puedan formar familia y lograr la concepción de los hijos mediante reproducción asistida, cuando por alguna razón este proceso no se puede desarrollar de forma natural. En Europa desde 1979 se ha venido implementando por varias décadas la reproducción asistida con el nombre de "Técnicas de Procreación Familiar", en países como España y Francia; sin embargo, en Alemania, Austria, Suiza e Italia se prohíbe la utilización de estas técnicas brindando protección jurídica unitaria a la vida humana desde la fecundación. En cambio, otros países como Reino Unido, España, Bélgica, Francia las autorizan, apoyados en una protección jurídica gradual del embrión.

El abordaje de la forma en que se da tratamiento o protección al embrión o al neonato, ya evidencia resultados diferentes, lo cual es criterio de los especialistas al analizar las leyes vigentes en la temática.

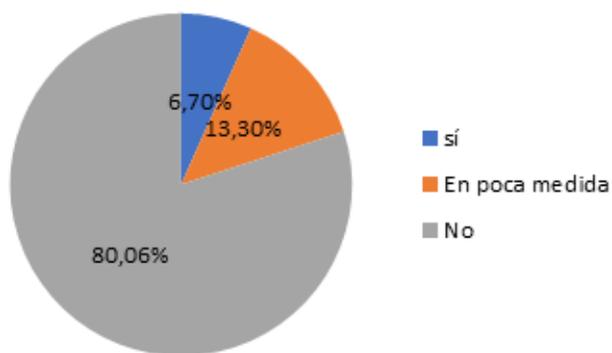


Figura 1. Protección legislativa del embrión, nonato y neonato

De los especialistas, 10 de ellos consideran que la mayor protección se da en las leyes e incluso socialmente al niño una vez nacido, no siendo así desde su concepción y durante el desarrollo en la barriga de la mujer, sea o no, la madre que lo asumirá para el cumplimiento de los cuidados, protección y crianza.

El abordaje por las entidades competentes a tal efecto para dar orientación, asesoría, seguimiento y tratamiento final una vez nacido el niño, cuando su concepción se realiza por inseminación artificial, resulta evidente que no es desde el punto de vista legal.

Tabla 4. Tratamiento durante el proceso de inseminación artificial y el nacimiento.

Pregunta: ¿Recibe la familia atención, asesoría y seguimiento para el proceso de inseminación artificial y durante el desarrollo embrionario?			
Especialistas	Sí	En poca medida	No
Salud	8		
Justicia	1	2	4
Total	9	2	4
Por ciento	60	13.3	26.7

Los procesos de inseminación artificial pueden resultar complejos o traumáticos para una pareja, al punto de en varios casos no llegar a obtener el resultado esperado, esto hace que la familia requiera de atención no solo desde el punto de vista clínico sino, también en lo legal para que las leyes le respalden, sobre todo cuando por alguna razón se produzca un mal procedimiento.

La inseminación artificial al permitir que no sólo se ven involucrados en el proceso la propia pareja, sino que, en caso de enfermedad, infertilidad o esterilidad de uno de

los miembros de la pareja, también se verán involucrados otros en el proceso, ya sea hombre o mujer. Esto puede traer consigo la aparición de problemas legales sobre la paternidad durante el proceso de desarrollo del feto o una vez ocurra el nacimiento del niño. Estos elementos deben estar recogidos en las leyes.

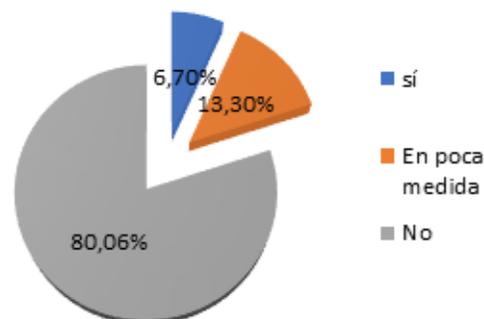


Figura 2. Tratamiento en las leyes a los problemas generados por la inseminación artificial

Logar un adecuado proceso en la inseminación artificial a partir de tratamientos previos en muchos casos por cuestiones de salud o físicas de uno de los miembros de la pareja, es ya un proceso que implica rigor y complejidad. En algunos casos, la necesidad de introducir al proceso a una tercera persona, ya sea hombre o mujer, puede además crear conflictos durante el desarrollo del feto, e incluso, pueden aparecer una vez ocurre el nacimiento del niño. La madre portadora, quien, a partir de la inseminación, llevará en su vientre al feto y será la máxima responsable de todos los cuidados para llegar a feliz término y nacimiento, puede desarrollar un sentido aún mayor de pertenencia con respecto a la criatura, negando su entrega a los padres oficiales para los cuales se desarrolló la inseminación artificial. La ley ecuatoriana, no recoge todas las normas establecidas para la protección a los derechos de los padres y el niño en casos como este.

Existe consenso en la doctrina y en el derecho comparado que el embrión conservado in vitro merece protección jurídica, por su propio interés y no por ser un objeto de interés o una mera cosa. En casi todos los ordenamientos jurídicos y en la jurisprudencia constitucional comparada, la protección de la vida del que está por nacer y la del recién nacido tiene diferente extensión e intensidad, sin conceder a la vida humana in vitro la misma protección que se le da a un recién nacido. El punto relevante para el Derecho es determinar cuál interés tiene mayor peso: el interés de la vida del embrión in vitro o los intereses de la mujer o de la pareja.

La patria potestad está concebida como la facultad que se otorga a los progenitores en los derechos y obligaciones de sus hijos, hasta la mayor edad o su emancipación. En el caso de la reproducción asistida (crioconservación), este derecho se vulnera por no encontrarse tipificado con carácter legislativo, manifestándose con un tinte de ambigüedad, y reconociéndose la filiación solo de naturaleza biológica, por lo que se generan conflictos que involucran al ente jurídico, profesional de salud, la familia y la sociedad en general. Quedando claro que el órgano jurídico es el encargado y responsable de otorgar la maternidad y/o paternidad con toda su autonomía, en caso de no existir parentescos entre los progenitores y nonato y/o neonato.

DISCUSIÓN

La Reproducción Asistida, por medio de la Inseminación Artificial, es una realidad actual en todo el contexto nacional del Ecuador y esta se logra por diferentes métodos, donde la crioconservación de embriones tiene un espacio y juega un papel significativo, para dar solución a las limitaciones orgánicas presentadas por muchas parejas, para procrear. Esta alternativa que surge como medio idóneo para satisfacer la necesidad humana, de preservar su especie y transferir su descendencia; también trae aparejado la aparición de disímiles conflictos, que implican graves consecuencias sociales, pues toda organización social demanda normas que regulen el desempeño de los seres humanos en sus diferentes entornos, y de manera particular la familia que es la célula fundamental de la sociedad.

Varios países ante la actual situación de un decrecimiento en los nacimientos y el número de hijos por mujer, ante las situaciones socio-económicas imperantes, hace que el tratamiento a la inseminación artificial como vía para lograr que las parejas con problemas de salud o físicos, en pleno conocimiento y concordancia, de mutuo acuerdo y consenso para iniciar los procedimientos de inseminación, en cuales muchos de los casos se requiere de tratamientos previos, sea reconocido como vía para la concepción de los hijos. En correspondencia con esto, el reconocimiento en la ley constitucional del proceso de inseminación artificial, concuerda con el desarrollo de legislaciones que normen los procesos legales que se deben tener en cuenta ante el desarrollo de la inseminación artificial.

Los profesionales de la salud que llevan estos procedimientos, poseen la preparación requerida para atender y brindar a la familia toda la asesoría necesaria para el desarrollo de la inseminación artificial, además de un adecuado seguimiento que garantice los cuidados fundamentales que debe tener la mujer durante los nueve

meses de gestación una vez confirmada la efectividad de la fecundación invitro. Sin embargo, esto no ocurre así desde los profesionales del sector jurídico, quienes cuentan con pocas normas que regulen los aspectos relacionados con la inseminación artificial.

El proceso de reproducción asistido no resulta nuevo en el mundo y en varios países se ha practicado desde hace varios años. En la República de Ecuador, consta como uno de los derechos de los ciudadanos que por alguna razón lo requieran, como vía para la formación y reconocimiento de la familia, sin embargo, aún existen varios aspectos relacionados con la temática que no poseen la protección legal requerida, no recogen los procedimientos ante las dificultades que se puedan presentar o lleguen a carecer de poder para determinar en un momento dado, cuál es el interés de mayor peso, si la vida del embrión in vitro o los intereses de la mujer o la pareja.

La patria potestad está concebida como la facultad que se otorga a los progenitores en los derechos y obligaciones de sus hijos, pero desde el nacimiento del niño hasta la mayoría de edad. En el caso de los derechos del embrión o nonato y los deberes que tienen los progenitores, la ley aún posee vacíos legales, al reconocer la filiación solo de naturaleza biológica. En este sentido la inseminación artificial tiene un período en el cual el niño en su formación y desarrollo, carece de derechos legales, sin seguimiento alguno por las entidades jurídicas y sólo bajo la protección que le puedan brindar las instituciones médicas en el proceso de gestación.

La Patria Potestad "tradicional" solo contempla los derechos y obligaciones de los padres para con sus hijos, para aquellos obtenidos por reproducción natural entre las parejas, permitiendo entonces, que por la ausencia de un ordenamiento jurídico tipificado en la constitución, este proceso peculiar, donde de igual forma que la vía natural inicia en un embrión y concluye con la aparición de un nuevo ser humano y la creación de una familia; la protección al derecho de la vida quedará en tierra de nadie legalmente, surgiendo polémicas entre los múltiples progenitores biológicos, sin una norma que permita al cuerpo jurídico ofrecer una solución ética y legal, ante tal disputa, que termina lacerando los derechos del niño y la familia.

La Constitución de la República de Ecuador (2008), en su art. 46 recoge 9 medidas que aseguran a las niñas, los niños y adolescentes, entre las que se incluye la protección por el Estado cuando sus progenitores o uno de estos, se encuentre privado de su libertad, pero en su articulado, no es posible encontrar los derechos que se establece al embrión o nonato. En los procesos de inseminación

artificial, esta protección recurre a una vital importancia, con énfasis en aquellos casos donde la portadora del embrión no será la madre oficial o que el progenitor es otro hombre y no el padre oficial del niño al nacer.

La pregunta ética y sensata para el caso de las técnicas en reproducción asistida, es si la criopreservación de embriones cumple con la obligación jurídica de protección para la niñez y la familia. Las diferentes respuestas valoran menos al embrión que a los fetos o recién nacidos (Beca et al., 2014). Para responder la duda resulta necesario considerar el destino real de los embriones congelados. Es muy diferente que los embriones sean transferidos a la progenitora o su desarrollo sea en otra mujer, donde posteriormente ese recién nacido podría acarrear conflictos, en relación a la patria potestad, al no existir una norma jurídica bien definida, que conceda legalmente dichos derechos, con previa conciliación entre las partes, desde la etapa embrionaria en caso de dualidad en el origen biológico.

En este aspecto, la Constitución del Ecuador, (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) señala: “es una obligación Constitucional del Estado, proteger y garantizar la vida de todo ser humano, desde su concepción” y podríamos decir que es necesario y menester otorgar una protección especial a los niños no nacidos, por su extrema fragilidad e indefensión, en compañía de sus madres que los llevan en el vientre; además de considerar que los nonatos, son un grupo vulnerable al que debe darse un trato prioritario jurídicamente.

Paradójicamente no se encuentra establecido en una ley ni en un reglamento el tratamiento o procedimiento para la fecundación asistida o el trato y almacenamiento de embriones, por lo que es sensatamente razonable que estos embriones deban ser protegidos, ya que están propensos a cualquier clase de manipulación.

CONCLUSIONES

Con el avance de la ciencia y la tecnología ha sido posible satisfacer incontables limitaciones biológicas del ser humano, que por mucho tiempo le ha impedido procrear y formar familia, sin embargo la inseminación Artificial, por medio de la crioconservación de embriones, ha solucionado una parte del problema, pues al carecer de un ordenamiento jurídico, se vulneran aspectos tan vitales como los derechos del niño y la familia; imprescindibles para un goce digno de la propia vida, en los diferentes contextos de convivencia y desarrollo del ser humano.

La sistematización conceptual realizada ha permitido realizar una detallada observación en relación con la Inseminación Artificial (a través de la crioconservación de

embriones) y la patria potestad, reflexionando acerca de las mejores opciones desde las Ciencias Jurídicas y la normativa, para prevenir las implicaciones negativas que pueden acarrear la no tipificación de dicho proceso en la legislación ecuatoriana (Salame Ortiz et al., 2022).

Esta investigación con una modalidad predominantemente cualitativa se basó en métodos deductivos contextuales, sistemáticos y analíticos por medio de la descripción y explicación, fundamentada en bibliografía jurídica aprovechando los escritos de juristas doctrinarios referente a la patria potestad y la inseminación artificial, en textos revistas y publicaciones cibernéticas, para poder realizar una caracterización de las principales posiciones teóricas sobre esta temática.

Los resultados obtenidos en las encuestas aplicadas a 15 especialistas en el orden jurídico y de la salud, relacionados con la temática en el cumplimiento de sus funciones profesionales, permitió revelar que la ley, aunque en una u otra forma reconoce la inseminación artificial, no existen normas jurídicas que logren establecer los procedimientos requeridos y regulatorios ante la aplicación de técnicas de reproducción en la familia. Es recurrente la protección a los derechos de las niñas, niños y adolescentes en las leyes, reconocido desde la Constitución, pero no así en el caso del embrión o nonato, desde su concepción por técnica invitro hasta el momento de su nacimiento.

Alineado a lo anterior, se propone que el ente jurídico con la participación de los profesionales de salud y la suma de criterios social, realice un exhaustivo análisis de esta problemática, con óptica legislativa, que proporcione elementos de juicio, para la elaboración de un anteproyecto, que permita la aprobación de un código exclusivo que contemple la patria potestad, en caso de hijos nacidos por Inseminación artificial, heteróloga, por medio del semen de un tercero o a través de la crioconservación de embriones, lo que siempre conllevará un tratamiento en materia jurídica especial, por las propias particularidades que demanda esta filiación, y así poder proporcionar por los órganos reguladores del derecho, la respuesta pertinente para evitar la vulneración de los derechos a la vida de cada ciudadano tanto en condiciones normales como exclusivas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acurio, P., Rodríguez, A., & Trávez, J. (2022). Método Multicriterio Neutrosófico para la evaluación del impacto de la Neuralgia del Trigémino. *Revista Asociación Latinoamericana de Ciencias Neutrosóficas*. 21, 71-86. <http://fs.unm.edu/NCML2/index.php/112/article/view/203/633>

- Beca, J., Lecaros, A., González, P., Sanhueza, P., & Mandakovic, B. (2014). Aspectos médicos, éticos y legales de la criopreservación de embriones humanos. *Revista médica de Chile*, 142(7), 903-908. <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v142n7/art11.pdf>
- DefiniciónABC. (2018). Definición de Reproducción. (sitio web DefiniciónABC). Obtenido de: <https://www.definicionabc.com/salud/reproduccion.php>
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008) Constitución de la Republica del Ecuador. Registro Oficial N. 449. www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Congreso Nacional. (2003). Código de la Niñez y la Adolescencia. Registro Oficial N. 737. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf
- Escobar, I. (2007). Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). *Cuestiones constitucionales*, (16), 137-158. <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n16/n16a5.pdf>
- Macazana Fernández, D. M., Mendoza Hidalgo, M. L., Abarca Arias, Y. M., & Espinoza Moreno, T. M. (2021). Procedimiento para la dirección investigativa estudiantil en la Facultad de Educación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(1), 283-291
- Navarrete, O., Candia, V., Olate, M., & Saavedra, L. (7 de 2018). Reproducción y Desarrollo Humano. Obtenido de: <http://rdh2010.blogspot.com/2010/04/reproduccion-y-desarrollo-humano.html>
- Salame Ortiz, M. A., Carrazana Martínez, U. F., Cisneros Zúñiga, C. P., & Teran Vaca, C. A., (2022). Reflexiones sobre la inseminación artificial y sus implicaciones en el ejercicio de la patria potestad *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S4).
- Sagols, L. (2006). Interfaz bioética. Universidad Nacional Autónoma de México. [https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=KRNutEXEkuUC&oi=fnd&pg=PA1&dq=Sagols,+L.,+\(2006\).+Interfaz+bio%C3%A9tica.+&ots=txd5yqQx6K&sig=W1wVOCCO6GOGRIWuY0G9YLHRdE#v=onepage&q=Sagols%2C%20L.%20\(2006\).%20Interfaz%20bio%C3%A9tica.&f=false](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=KRNutEXEkuUC&oi=fnd&pg=PA1&dq=Sagols,+L.,+(2006).+Interfaz+bio%C3%A9tica.+&ots=txd5yqQx6K&sig=W1wVOCCO6GOGRIWuY0G9YLHRdE#v=onepage&q=Sagols%2C%20L.%20(2006).%20Interfaz%20bio%C3%A9tica.&f=false)
- Visual AVI. (2018). ¿Qué es y en qué consiste la reproducción asexual? (sitio web Visual AVI). Obtenido de <http://www.visualavi.com/que-es-y-en-que-consiste-la-reproduccion-asesual/>