

## **Gestación subrogada en Ecuador: Origen genético del nasciturus como sujeto de dignidad humana y su tratamiento normativo**


Surrogacy in Ecuador: Genetic origin of the nasciturus as a subject of human dignity and its normative treatment”


**Carla Valentina Cela Antón**

Estudiante Investigador

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Manabí, Ecuador

 <https://orcid.org/0009-0009-0212-4289>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch16>

### **Resumen**

El presente trabajo de investigación jurídica aborda las consecuencias de la falta de regulación normativa en Ecuador respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, con énfasis en las implicaciones que esta omisión genera en el reconocimiento del origen genético del nasciturus y su relación con el derecho a la dignidad humana. A través del análisis de un caso hipotético, donde se identificaría una mala praxis en una clínica de fertilidad al utilizar material genético sin el consentimiento de los progenitores, se evidencian las posibles vulneraciones a derechos constitucionales como la identidad genética, la verdad biológica, la integridad familiar y el interés superior del niño. Además, se incorporan a este estudio precedentes jurisprudenciales que reconocen la inexistencia de un marco normativo integral sobre este tema, subrayando la necesidad urgente en la esfera legislativa de regular y velar por la protección de los derechos potencialmente afectados. A través de una reflexión crítica se pone de manifiesto la falta de respuesta institucional ante una problemática de tal magnitud, lo que refuerza la urgencia de contar con una normativa especial. En conjunto, este trabajo destaca la importancia de una regulación que permita garantizar la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los derechos involucrados, particularmente en un contexto de alta sensibilidad y transformador como es la reproducción asistida.

## **Palabras clave**

Reproducción asistida, dignidad humana, origen genético, omisión legislativa, derechos fundamentales, seguridad jurídica.

## **Abstract**

This legal research paper addresses the consequences of the lack of normative regulation in Ecuador regarding assisted human reproduction techniques, with emphasis on the implications that this omission generates in the recognition of the genetic origin of the nasciturus and its relationship with the right to human dignity. Through the analysis of a hypothetical case, where a malpractice in a fertility clinic would be identified by using genetic material without the consent of the parents, the possible violations of constitutional rights such as genetic identity, biological truth, family integrity and the best interest of the child are evidenced. In addition, this study incorporates jurisprudential precedents that recognize the inexistence of a comprehensive regulatory framework on this issue, highlighting the urgent need in the legislative sphere to regulate and ensure the protection of potentially affected rights. Through a critical reflection, the lack of institutional response to a problem of such magnitude is revealed, which reinforces the urgency of having a special regulation. Overall, this work highlights the importance of a regulation that guarantees legal certainty and the effective protection of the rights involved, particularly in a highly sensitive and transformative context such as reproductive health.

## **Key words**

Assisted reproduction, human dignity, genetic origin, legislative omission, fundamental rights, legal certainty.

## INTRODUCCIÓN

Diversos estudios a nivel internacional coinciden en que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) debe ser entendidas como parte del ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos. De acuerdo con Mantilla et al. (2017), la negativa estatal a garantizar estas prácticas podría constituir una vulneración al derecho a la dignidad humana y al derecho a la salud, especialmente en contextos donde la infertilidad es reconocida como una condición médica que requiere atención especializada. En consonancia con esta perspectiva, la Organización Mundial de la Salud (2016) ha reconocido a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo donde alegan que: *“Se trata de una enfermedad del sistema reproductivo masculino o femenino consistente en la imposibilidad de conseguir un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin protección”*.

De esta forma, y, bajo lo indicado por la Organización Mundial de la Salud (2019) en referencia a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en relación con los Estados como parte de sus deberes se encuentra bajo la responsabilidad de generar políticas públicas amparado sobre la premisa dicha por la organización dando lugar a:

*“Todos los seres humanos tienen el derecho a gozar del grado máximo de salud física y mental que se pueda lograr. Los individuos y las parejas tienen derecho a decidir el número de hijos que desean tener (...). Por consiguiente, abordar la cuestión de la infertilidad es una parte importante de la realización del derecho de los individuos y las parejas a fundar una familia.” (World Health Organization: WHO, 2019)*

Siendo relevante en el Ecuador abarcado desde el área jurídica esta problemática en el entorno a la salud amparado en la Constitución de la República del Ecuador en el capítulo segundo dentro de los derechos del buen vivir en la sección séptima denominada salud situado en el artí-

culo 32 alegando que:

*Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.*

*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 (...) (Constitución Política de la República del Ecuador», 2023)*

En el caso ecuatoriano, la regulación en esta materia continúa siendo inexistente. A pesar de los intentos legislativos, el ordenamiento jurídico aún presenta un vacío considerable. Uno de los esfuerzos más relevantes en la materia se produjo en el año 2016, cuando la entonces asambleísta María Alejandra Vicuña presentó un proyecto de “Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida” siendo que dentro de este proyecto pretendía establecer los principios, derechos y procedimientos que deben regir la aplicación de estas técnicas en el país (Serrano & Jara, 2018)

De igual forma, la Defensoría del Pueblo (2016), al respaldar el mencionado proyecto, destacó la necesidad de garantizar un acceso igualitario a estas técnicas, señalando que su regulación permitiría prevenir violaciones a derechos fundamentales como la salud, la vida, la integridad personal, la libertad reproductiva, la igualdad, la maternidad y la paternidad. Además, enfatizó la importancia de garantizar el acceso a la justicia mediante procesos efectivos que tutelen los derechos de todas las personas involucradas en los procedimientos de reproducción asistida.

En este sentido, se estableció que:

*“El proyecto de ley busca asegurar que todas las personas involucradas en procedimientos de reproducción asistida tengan acceso a una tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizando que cualquier vulneración de derechos relacionada con la reproducción asistida pueda ser adecuadamente atendida por el sistema judicial, con procesos rápidos y eficaces. Asimismo, se asegura que las decisiones judiciales y administrativas estén debidamente motivadas, fundamentadas en la ley y los principios de derechos humanos.”*

En definitiva, la inexistencia de una regulación normativa específica sobre la reproducción asistida en Ecuador evidencia una omisión legislativa que afecta de manera directa la seguridad jurídica y el pleno goce de los derechos fundamentales dando lugar a una problemática jurídica que genera vacíos legales en el que se desconoce del proceder en materia de derecho en caso de mala praxis por parte de la entidad (clínica) que la lleve a cabo y el médico de cabecera que lo realice sin antes realizar un procedimiento de consentimiento informando y hasta qué punto para estos tipos de procedimientos.

De tal forma, la presente investigación tiene como finalidad analizar las posibles repercusiones jurídicas derivadas de la falta de regulación de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador, centrándose particularmente en las implicaciones que se derivan del origen genético del nasciturus y su vinculación con el derecho a la dignidad humana. Este análisis busca generar una reflexión crítica sobre la necesidad de establecer un marco normativo que garantice la protección integral de los derechos fundamentales comprometidos en los procedimientos de reproducción asistida, en tanto prácticas biomédicas con impacto directo en la estructura familiar, la identidad genética y la integridad personal.

En ese sentido, se pretende, en primer lugar, describir el marco

jurídico existente tanto a nivel nacional como internacional que rige las técnicas de reproducción humana asistida, evaluando su coherencia con el sistema de protección de derechos fundamentales. En segundo término, se propone contrastar las implicaciones jurídicas relativas al origen genético del nasciturus, analizando de forma particular su relación con el derecho a la dignidad humana y la conformación de la filiación. Finalmente, se busca plantear una reflexión crítica en torno a la necesidad de un sistema legal que asegure la tutela efectiva de los derechos fundamentales que se ven comprometidos en los procesos de reproducción asistida, especialmente en contextos donde los vacíos normativos propician situaciones de vulnerabilidad jurídica y humana.

A partir de ello, se plantea el siguiente caso hipotético: una pareja conyugal acude a una clínica privada para acceder a un procedimiento de reproducción asistida. Años después del nacimiento del hijo, este comienza a presentar ciertas patologías de orden genético que no corresponden a la línea hereditaria del padre legal. Ante tal situación, se realiza una investigación médica que concluye que el material genético utilizado durante el procedimiento no pertenecía al progenitor masculino, sino a un tercero no identificado. La clínica, por su parte, no había informado de forma suficiente ni transparente sobre la procedencia del material genético ni sobre las implicaciones del tratamiento, a pesar de haber obtenido un consentimiento informado genérico, sin especificaciones claras en caso de sustitución genética. Esta omisión constituye una vulneración directa del derecho del paciente a recibir información completa, clara y comprensible, conforme lo establece el procedimiento de consentimiento informado regulado por el Ministerio de Salud Pública.

En consecuencia, se plantea la posibilidad de que el padre legal interponga una demanda de carácter patrimonial, alegando la afectación a su derecho de propiedad genética y a su proyecto de vida familiar. La situación plantea un complejo entramado de responsabilidades jurídicas, tanto en el ámbito de la responsabilidad objetiva del médico por no haber cumplido cabalmente con el deber de información, como respecto a la

responsabilidad solidaria del centro médico como entidad privada. A partir de esta problemática, se torna imperativo reflexionar sobre la necesidad de contar con un marco regulatorio específico que asegure el respeto a la dignidad humana, la transparencia de los procedimientos biomédicos y la protección efectiva de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en los tratamientos de reproducción asistida.

*De esta forma, ¿Qué ocurre si se realiza un reclamo patrimonial por parte del padre legal que argumenta una afectación a su derecho de propiedad genética y a su proyecto de vida familiar?*

## METODOLOGÍA

La presente investigación se enmarca en un enfoque cualitativo, de tipo no experimental, descriptivo, cuyo objeto de investigación se centra en examinar las repercusiones derivadas de la ausencia de regulación normativa sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en el Ecuador, particularmente en lo que respecta al origen genético del nasciturus y su vínculo con el derecho a la dignidad humana.

El diseño metodológico aplicado en el trabajo es de tipo documental, sustentado en el análisis sistemático de fuentes normativas, doctrinarias y jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales. En esta línea, se recurrió al estudio del marco legal ecuatoriano vigente tales como la Constitución de la República del Ecuador, entre otros, así como a documentos internacionales pertinentes emitidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y experiencias legislativas comparadas de países como España y Bolivia.

La técnica de recolección de información fue la revisión bibliográfica y doctrinal, priorizando fuentes académicas de libros especializados, informes institucionales y propuestas legislativas nacionales no aprobadas. El análisis de la información analizada se realizó mediante el método hermenéutico, que permitió interpretar los textos legales a la luz

de los principios constitucionales y los derechos humanos involucrados. También se recurrió al método comparado, a fin de identificar posibles soluciones legislativas adoptadas en otras jurisdicciones y su aplicabilidad al contexto ecuatoriano.

## RESULTADOS

Para abordar la problemática derivada de la falta de regulación en materia de reproducción asistida, resulta fundamental comprender primero la conceptualización de su origen, esto es, el material genético. Este, en términos generales una vez combinado, se refiere al ADN, conocido científicamente como ácido desoxirribonucleico. Pero, para que esto surja en primer lugar, y, tal como menciona Rodríguez (2016):

*“Este puede presentarse en forma única denominada haploide –como en las bacterias, y la mayoría de las algas y hongos– o en dos complementos ó genomas denominados diploides tal como ocurre en la mayoría de los hongos, las plantas y los animales.”*

En el caso de los seres humanos, pertenecientes a la especie *Homo sapiens*, el material genético se encuentra organizado en dos complementos diploides. Estos se manifiestan en los gametos sexuales, es decir, en los óvulos y espermatozoides, cuya maduración se produce mediante procesos biológicos específicos. López (2018) explica que:

*“La gametogénesis es el proceso mediante el cual las células germinales experimentan cambios cromosómicos y morfológicos en preparación para la fecundación. Durante este proceso, a través de la meiosis se reduce la cantidad de cromosomas, del número diploide ( $46$  o  $2n$ ) al número haploide ( $23$  o  $1n$ ). La maduración del gameto masculino ocurre a través del mecanismo denominado espermatogénesis (...). En cambio, la ovogénesis (maduración del gameto femenino) se inicia desde el*

*periodo fetal y después de permanecer latente durante la infancia.”*

Una vez creada la vida, se genera la interrogante sobre la noción de persona misma que ha sido abordada desde múltiples disciplinas, presentando matices que enriquecen su comprensión. Desde la biología según lo analizado por el autor De la Barreda (2007), se concibe a la persona como un organismo perteneciente a la especie *Homo sapiens*, dotado de un sistema nervioso complejo, con capacidad para la conciencia, la racionalidad y la interacción social. Esta concepción inicia desde la unión del óvulo y el espermatozoide, momento en el que se genera una célula con identidad genética propia. (De la Barreda, 2007)

En cambio, desde el ámbito jurídico, específicamente en el derecho civil dentro del marco legislativo ecuatoriano, la persona es entendida como sujeto de derechos y obligaciones, adquiriendo personalidad jurídica con el nacimiento con vida, según lo dispuesto en el artículo 41 del Código Civil:

*“Art. 41.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros.”*  
(Código Civil, 2005)

Dentro de esta perspectiva jurídica, el *nasciturus* o embrión humano es una figura especial. Tal y como indica De la Barreda (2007) biológicamente, el embrión es el ser humano en sus primeras etapas de desarrollo, desde la concepción hasta la octava semana de gestación, momento en el cual comienza a denominarse feto. Jurídicamente, el *nasciturus* es el concebido no nacido, quien no ostenta personalidad jurídica plena, pero cuya existencia es reconocida por la ley para ciertos efectos condicionales. El artículo 61 del Código Civil establece que:

*“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera per-*

*sona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”, y permite reconocer efectos legales retroactivos si el niño nace vivo, como en el caso de herencia o alimentos. (De la Barreda, 2007)*

Aunque tanto el nasciturus como el recién nacido son seres humanos, existe una diferencia significativa en cuanto a su calidad jurídica. El primero es un ser humano en desarrollo cuya existencia se encuentra protegida, pero cuya personalidad jurídica está supeditada a nacer vivo. El recién nacido según lo dicho por el autor Ortega y Bossano (2008), en cambio, al haber nacido con vida, adquiere la capacidad plena para ejercer derechos. Desde la perspectiva biológica, ambos comparten las características esenciales de la vida humana, pero en el contexto jurídico se establecen las diferencias determinantes en cuanto a la titularidad de derechos. (Ortega & Bossano, 2008)

En el ámbito internacional, el tratamiento jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida revela enfoques divergentes que ofrecen un punto de partida para la comprensión del tema para tomar en consideración dentro de la estructura legislativa ecuatoriana. Siendo el caso del estado español, como uno de los pioneros en tratar la temática con la presentación de la Ley 14/2006, misma que ha logrado establecer un régimen exhaustivo que regula la autorización, el control y el seguimiento de procedimientos como la fecundación in vitro, la donación de gametos y la crioconservación de embriones, remitiendo al Código Civil del país para la determinación de la filiación de los nacidos mediante estas técnicas; su jurisprudencia ha precisado aspectos tan relevantes como el anonimato del donante frente al derecho del concebido a conocer sus orígenes, la exigencia de un consentimiento informado personalísimo, tal como lo confirmó la Audiencia Provincial de Bizkaia al denegar el uso post mortem de esperma ante la falta de declaración expresa, y la prohibición de la gestación subrogada por considerarla contraria al orden

público y a la dignidad humana.

Por su parte, dentro de la legislación boliviana, aunque carece de un cuerpo normativo específico, ha reforzado en su Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional el derecho a una maternidad segura y la protección del concebido, canalizando las controversias de filiación y responsabilidad médica al ámbito civil, donde los tribunales han impuesto indemnizaciones por daños patrimoniales y morales a clínicas que incurrieron en errores genéticos.

En contraste dentro del Ecuador, la legislación reconoce ciertos derechos al nasciturus, aunque de manera limitada y condicionada. De esta forma, la Constitución de la República, en su artículo 45, establece que los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos que les correspondan y que el Estado garantizará su desarrollo integral desde la concepción. Este principio se complementa con normas del Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil, que permiten proteger la vida, el derecho a alimentos, la filiación y la herencia del concebido. No obstante, todos estos derechos están sujetos a que el ser concebido nazca con vida.

Siendo el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho a la vida tiene una consagración explícita en el artículo 66 de la Constitución, que garantiza a las personas la integridad y la inviolabilidad de la vida. Asimismo, el artículo 45 del cual se mencionó con anterior, refuerza esta protección al reconocer que la niñez tiene derechos desde la concepción, lo que supone una obligación estatal de protección al nasciturus, aunque sin atribuirle aún personalidad jurídica. Esta relación crea un marco normativo en el que el concebido es sujeto de protección, pero no de titularidad plena de derechos, generando una tensión jurídica relevante.

Por otro lado, en relación con la protección del nasciturus este ha sido abordada por instrumentos internacionales de derechos humanos. Siendo el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de

San José) en su artículo 4 en el numeral 1, donde señala que el derecho a la vida estará protegido por la ley, *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. Esta fórmula ha sido interpretada ya sea por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como demás órganos como una cláusula de carácter evolutivo, lo cual permite a los Estados establecer el alcance de la protección jurídica al embrión de forma proporcional y razonable, tomando en cuenta también los derechos reproductivos de las mujeres en cuanto a los avances científicos como sociales.

De esta forma, y, tal como establece los autores Cardaci y Bringas (2009) *“La reproducción asistida es el acto de procreación que se convierte en uno de producción”* Estableciendo, así como, aquel conjunto de técnicas médicas que permiten lograr la procreación humana mediante procedimientos científicos, sin recurrir a la relación sexual tradicional. Estas técnicas han permitido el acceso a la maternidad y paternidad a personas con problemas de fertilidad, parejas del mismo sexo o personas solteras, planteando desafíos bioéticos y jurídicos importantes sobre el estatus del embrión, la identidad genética y los derechos del niño nacido por estas técnicas.

Tal es el caso, que entre las técnicas más reconocidas de reproducción asistida se encuentran la inseminación artificial, la fertilización in vitro, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), la donación de gametos y la gestación subrogada. Siendo que estas prácticas varían en complejidad y nivel de intervención médica, y están ampliamente difundidas en países con marcos legales que garantizan su regulación y supervisión. Por lo que, en el Ecuador, las técnicas más empleadas, en orden de frecuencia, son la inseminación artificial, la fertilización in vitro y el ICSI, realizándose en clínicas privadas de fertilidad.

De esta forma, el origen de las Técnicas Humanas de Reproducción Asistida (THRA), nació como una forma para dar una solución ante

problemas o enfermedades que derivan a la infertilidad o la esterilidad en varias parejas en relación con los procesos que se dan dentro de la gametogénesis, buscando que mediante estos procedimientos se facilite la procreación y finalmente, nazca un bebé saludable, que formara parte de la familia que lo concibió, pero siempre existiendo el riesgo de que la falta de regulación afecté el proceso. Sin embargo, y, tal como lo alega Samueza (2022):

*“Existe una resolución de la Corte Constitucional dentro de la sentencia 184-18- SEP-CC, 2018, en donde se busca regularizar los métodos de reproducción asistida en procura de garantizar varios derechos reconocidos constitucionalmente y por organismos internacionales. Además, el Ecuador al no tener legislación, abre la posibilidad a que se vulneren derechos de todos los participantes que forman parte de los procedimientos, incumpliendo de esta forma su máximo deber constitucional de respetar y hacer respetar derechos.”*

Este criterio ha sido desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 184-18-SEP-CC, del año 2018, en la cual se reconoció que el legislador tiene el deber de regular de manera efectiva aquellos aspectos que afectan directamente el ejercicio de los derechos constitucionales en relación con la falta de regulación sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). En dicha sentencia, se analizó la responsabilidad del Estado frente a omisiones legislativas prolongadas que resultan en la falta de garantías jurídicas adecuadas.

La Corte sostuvo que, cuando existe un derecho reconocido por la Constitución, pero no desarrollado por normas infra constitucionales, se configura una violación al principio de progresividad, así como, el principio de especificidad, obstaculizando de esta forma, el goce efectivo de los derechos. En consecuencia, estableció la posibilidad de que se generen efectos normativos para suplir la falta de regulación sobre las

técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Siendo el caso que, si bien con anterioridad en el año 2016 por parte de la Asamblea, se presentó un proyecto de ley para regular la reproducción asistida, este no fue aprobado, quedando nuevamente desatendida una necesidad jurídica urgente, con implicaciones significativas en el ejercicio de derechos reproductivos, el reconocimiento de la filiación y la protección del nasciturus.

En relación con este escenario, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla mecanismos específicos de protección, entre los cuales destaca la acción de inconstitucionalidad por omisión, prevista en el artículo 93 de la Constitución, así como otros mecanismos tales como la acción extraordinaria de protección, encontrada en el artículo 94 de la Carta Magna. De cual, en relación con la acción por inconstitucionalidad por omisión, se reconoce como un mecanismo que tiene como finalidad activar la intervención de la Corte Constitucional cuando una norma inferior no ha desarrollado una disposición constitucional que requiere concreción normativa. Siendo de esta forma que en relación con el principio de especificidad que rige este mecanismo exige que se demuestre de manera clara la omisión normativa y su consecuencia directa en la vulneración de derechos constitucionales.

En este contexto, debe destacarse que, dentro del marco constitucional ecuatoriano, se llevó a cabo una acción extraordinaria de protección presentada en el año 2024, identificada como Caso No. 66-18-IS y acumulados, en la cual la Corte Constitucional examinó el grado de acatamiento de las medidas de adecuación normativa previamente dispuestas a la Asamblea Nacional. En esta acción, la Corte evaluó el cumplimiento de las sentencias No. 133-17-SEP-CC y No. 184-18-SEP-CC, ambas orientadas a garantizar el desarrollo normativo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Particularmente, en la sentencia No. 184-18-SEP-CC, la Corte dispuso que la Asamblea Nacional adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos vinculados a las técnicas

de reproducción humana asistida (TRHA). Este mandato obedecía a la necesidad de asegurar el ejercicio de derechos como la salud sexual y reproductiva, el derecho a formar una familia, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, bajo una perspectiva de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, como lo advierte la Corte en el seguimiento del caso 66-18-IS, dicha disposición no ha sido cumplida de forma integral por parte del legislador. Si bien se reconoce que en la sentencia 133-17-SEP-CC, referida en relación con el procedimiento de cambio de sexo para personas transexuales, la Asamblea Nacional tardíamente cumplió con la normativa requerida. Y, para el caso de la reproducción asistida, aún persiste una omisión legislativa evidente, lo cual constituye una situación de incumplimiento que limita gravemente la garantía de derechos fundamentales.

Ante ello, la Corte aceptó parcialmente la acción de extraordinaria de protección, y como medida correctiva, ordenó a la Defensoría del Pueblo que, en un plazo de tres meses, elabore y presente un proyecto de ley integral sobre reproducción humana asistida, disponiendo a su vez que la Asamblea Nacional cuente con un plazo de diez meses para su tratamiento y aprobación. Esta disposición reafirma la urgencia de contar con una legislación específica, clara y garantista que regule las TRHA, no solo por razones técnicas o médicas, sino por el impacto que tales procedimientos tienen en el origen genético del nasciturus, la determinación de filiaciones, la identidad biológica, y la protección del derecho a la vida y la salud desde la concepción.

No obstante, para el caso del estado ecuatoriano, al este carecer de una legislación específica que regule de manera integral las técnicas de reproducción asistida, implica el surgimiento de una situación que genera incertidumbre legal, especialmente en cuanto al origen genético del nasciturus, la filiación, el anonimato de los donantes y los derechos del nacido. Esta ausencia de normativa implica una posible vulneración

al derecho a la identidad genética del menor, y afecta también el principio de seguridad jurídica, dejando a las partes involucradas, incluidos los embriones, en un limbo legal sin garantías plenas.

Una vez analizada la ausencia de regulación normativa sobre el tema, se debe abordar una de las problemáticas que nacen alrededor del tema en relación con el derecho privado que yace del padre, el hijo y el profesional médico del cual intervienen en procesos de reproducción asistida tal como dice el autor Herrera y Amezcua (2016) en donde mencionan que:

*“Los padres legales sufren por el error técnico del intercambio de embriones una lesión a su propia identidad personal y a su propia autodeterminación en las elecciones procreativas, en cuando se encuentran sufriendo una no querida separación entre parentalidad legal y parentalidad genética; lesión a la cual puede agregarse la de la esfera patrimonial, por lo menos ex latere patris, toda vez que se logre demostrar que él, una vez sabido del intercambio, no quisiera asumir la responsabilidad parental de un hijo no biológicamente propio (...)”*

De esta forma, se tiene que introducir una figura jurídica que requiere un tratamiento cuidadoso tal como lo es la responsabilidad objetiva en contextos donde hay una afectación al origen genético del nasciturus. Esta figura adquiere especial relevancia cuando se analiza el vínculo entre el deber de cuidado paterno y el deber de información médica, entendido este último como una obligación ética y jurídica de carácter ineludible.

Siendo así que la responsabilidad objetiva en relación con esta temática hacia la responsabilidad civil médica, a diferencia de la subjetiva, esta prescinde del dolo o culpa, y se fundamenta en el riesgo creado por el ejercicio de una actividad que involucra a terceros vulnerables. En este caso, los médicos que intervienen en la manipulación genética o en

la implantación de gametos ajenos, sin el conocimiento informado y voluntario de los futuros progenitores, comprometen no solo el derecho a la identidad genética del nacido, sino también el deber legal del progenitor de asegurar el bienestar y la filiación legítima de su descendencia.

Este conflicto entre el derecho a la propiedad genética tratada desde una perspectiva de la identidad personal y el ejercicio profesional médico en contextos no regulados tal como indica el autor Herrera y Amezcua (2016) que expone que *“Para que haya responsabilidad por daños derivados de la realización de procedimientos de TRHA se deberán configurar los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil: 1) antijuridicidad; 2) daño; 3) nexo causal y 4) factor de atribución.”* Esto en relación con la protección del nasciturus dentro de la Constitución de la República, como norma suprema, cuenta con el reconocimiento de la protección del derecho a conocer de su origen (identidad), la dignidad humana, y la integridad física, así como, psíquica de las personas encontrados en los artículos 92, 66 y 45 respectivamente.

Siendo de tal manera, la responsabilidad objetiva planteada con anterioridad en este contexto se convierte, así, en una herramienta jurídica adecuada para equilibrar los derechos de los involucrados, reconociendo que los actos médicos no pueden estar exentos de control, especialmente cuando afectan la estructura genética y familiar del nasciturus. Asimismo, el médico que interviene en un procedimiento de fecundación asistida tiene el deber ético-jurídico de informar adecuadamente a los padres sobre todos los aspectos inherentes al origen genético del embrión, siendo esta información un componente esencial del consentimiento válido. Cualquier desviación de esta obligación genera consecuencias jurídicas que deben ser asumidas de manera objetiva, dada la asimetría de conocimientos y el riesgo creado por el procedimiento técnico.

## DISCUSIÓN

A partir del análisis realizado, se concluye que la inexistencia de un marco normativo específico que regule las técnicas de reproducción humana asistida en el Ecuador representa una grave omisión legislativa que vulnera diversos derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado. Particularmente, se constata una afectación directa al principio de dignidad humana, al derecho a la identidad genética, al derecho a conocer la verdad biológica, a la integridad familiar y genética, y al principio del interés superior del niño, que constituye un eje rector en la interpretación de todo el ordenamiento jurídico. La ausencia de normas claras que desarrollen los principios constitucionales aplicables a este campo, tales como la trazabilidad del origen genético, el consentimiento informado efectivo, la confidencialidad médica y la responsabilidad derivada de actos negligentes o dolosos. Todo esto genera un escenario de ambigüedad normativa que debilita la tutela judicial efectiva y compromete gravemente la seguridad jurídica de todos los sujetos involucrados, en especial del nasciturus concebido mediante estas técnicas.

Se identificó que la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en España, mediante la Ley 14/2006, establece un esquema normativo completo que abarca autorización, control y seguimiento de procedimientos (fecundación in vitro, donación de gametos, crioconservación de embriones) e incorpora criterios civiles para la filiación, garantizando el anonimato del donante, la exigencia de consentimiento informado personalísimo y la prohibición de la gestación subrogada. En Bolivia, a pesar de la ausencia de una norma específica, la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional han fortalecido el derecho a una maternidad segura y la protección del concebido; las controversias derivadas de errores genéticos se resuelven por vía civil, imponiéndose indemnizaciones a los centros asistenciales. Contrariamente, en Ecuador persiste un vacío legislativo que vulnera derechos

constitucionales tales como la dignidad humana, la identidad genética, la verdad biológica, la integridad familiar y el interés superior del niño. La carencia de disposiciones explícitas sobre trazabilidad genética, consentimiento informado, confidencialidad médica y responsabilidad por negligencia fue corroborada mediante el análisis de un caso hipotético de mala praxis genética y contrastada con la omisión reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia No. 184-18-SEP-CC y la acción extraordinaria de protección No. 66-18-IS. Este déficit normativo se traduce en ambigüedad jurídica y en un debilitamiento de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica de los sujetos involucrados.

El caso analizado como problemática planeada dentro del presente análisis, en el que una clínica de fertilidad incurre en mala praxis al utilizar material genético de un tercero sin el conocimiento ni consentimiento de los progenitores legales, ilustra con claridad las consecuencias jurídicas de esta omisión normativa. La falta de control sobre el origen del material genético, sumada a la transgresión del consentimiento informado, configura una responsabilidad objetiva atribuible tanto al médico tratante como a la entidad prestadora del servicio, por la violación del derecho de propiedad genética del progenitor legal, el menoscabo del proyecto de vida familiar previamente establecido y la afectación al derecho a la salud y la identidad del niño nacido. Esta situación, además de poner en entredicho los principios fundamentales de la ética médica, deja en evidencia la carencia de mecanismos eficaces para garantizar la transparencia, trazabilidad y fiscalización en los procedimientos de reproducción asistida, generando incertidumbre jurídica respecto a los efectos legales, patrimoniales y personales que se derivan de estas prácticas.

Si bien la Corte Constitucional, mediante la sentencia No. 184-18-SEP-CC, ha sentado precedentes relevantes que pueden ser interpretados como mecanismos supletorios de protección ante la ausencia de una legislación específica, tales pronunciamientos no sustituyen la obligación indelegable del legislador de emitir normas orgánicas u ordinarias que regulen de forma integral esta materia. Este vacío normativo

constituye una transgresión al principio de progresividad normativa y al deber estatal de adoptar medidas legislativas para garantizar los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad estructural, como los hijos concebidos mediante estas técnicas. En sintonía con esta preocupación, se destaca la acción extraordinaria de protección resuelta en el caso No. 66-18-IS y acumulados, cuyo pronunciamiento fue emitido en el año 2024. En dicha resolución, la Corte Constitucional reconoció expresamente la inexistencia de una normativa que regule de manera completa y sistemática las técnicas de reproducción humana asistida en el país.

El fallo reitera la urgencia de adoptar una legislación que contemple aspectos esenciales como la filiación derivada de la reproducción asistida, el respeto al origen genético, la responsabilidad médica, la protección de los datos genéticos y la garantía de los derechos del nasciturus desde el momento mismo de la concepción. Asimismo, la Corte advirtió que esta omisión legislativa podría constituir una forma de afectación estructural prolongada a los derechos constitucionales, instando al legislador a cumplir con su deber positivo de garantizar el pleno ejercicio de derechos fundamentales en escenarios sociales y tecnológicos emergentes.

## Conclusiones

Desde una mirada crítica, resulta inadmisibles que, a pesar de los múltiples intentos legislativos frustrados, tales como el proyecto de ley presentado en el año 2016 y el respaldo público de instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Ecuador continúe sin una normativa específica que regule esta materia tan sensible. Esta omisión no solo evidencia una preocupante inercia institucional, sino también una desconexión entre el aparato legislativo y las dinámicas sociales y científicas actuales, que exigen respuestas jurídicas oportunas y técnicamente fundamentadas. El acceso a técnicas de reproducción asistida ya no puede ser concebido como un privilegio reservado a determinados sectores sociales, sino como parte integral del derecho a la salud sexual y reproductiva, el cual, según estándares de la Organización Mundial de la Salud y la propia Constitución ecuatoriana, debe garantizarse bajo principios de equidad, respeto a la dignidad humana y autodeterminación personal.

El contraste entre los modelos español y boliviano en conjunto con la realidad ecuatoriana pone de relieve tanto la viabilidad como la urgencia de adoptar en Ecuador una regulación técnica y garantista de la reproducción asistida. El modelo español demuestra que un abordaje integral, que combine normas claras, salvaguardias procesales y pronunciamientos judiciales especializados, puede conciliar la protección de la autonomía reproductiva con los derechos del nasciturus a conocer su origen y a contar con una filiación segura. Por su parte, Bolivia, aunque recurre a la vía civil ante la ausencia de una ley específica, subraya la importancia de un marco constitucional que respalde el derecho a una maternidad segura y asegure mecanismos efectivos de reparación frente a errores médicos.

En Ecuador, la ausencia de iniciativa legislativa tras el proyecto de 2016 y los reiterados llamados de la Defensoría del Pueblo, sumados a la omisión judicial reconocida, evidencian una desconexión entre la agenda parlamentaria y los desafíos sociales y científicos del siglo XXI.

Resulta imperativo que el Estado asuma de manera proactiva la elaboración y promulgación de una normativa integral, inspirada en las mejores prácticas comparadas, que garantice protocolos de consentimiento, trazabilidad genética, responsabilidad médica y tutela judicial efectiva. Solo así se podrá superar el limbo jurídico actual, proteger la dignidad humana y garantizar la seguridad jurídica de todas las personas involucradas en los procedimientos de reproducción humana asistida.

En este contexto, se torna imperativo que el Estado ecuatoriano asuma de forma inmediata y responsable su rol en la iniciativa, discusión, aceptación y promulgación de un marco jurídico que regule de manera integral las técnicas de reproducción humana asistida, abordando no solo sus dimensiones médicas y biotecnológicas, sino también las múltiples implicaciones jurídicas, éticas, familiares y sociales que de ellas se desprenden. La persistencia de este vacío normativo no solo obstaculiza el ejercicio pleno de los derechos reproductivos e identitarios, sino que perpetúa un escenario de inseguridad jurídica frente a prácticas que, por su misma complejidad, demandan regulación técnica, garantista y multidisciplinaria.

En suma, la inacción del legislador ha propiciado que procedimientos tan sensibles y trascendentales como la reproducción asistida operen en un limbo jurídico, en detrimento del principio de dignidad humana, piedra angular de todo ordenamiento constitucional democrático. El derecho no puede mantenerse ajeno al avance científico ni a las transformaciones sociales que configuran nuevas realidades familiares.

## Referencias bibliográficas:

- Aspiazu, E., Araujo, J., Basurto, G., Cárdenas, V., Carvajal, B., Chung, E., Delgado, H., Falcones, M., Giler, R., & Villavicencio, M. (2019). *Generalidades de la Genética Humana, Conceptos y Mecanismos (1.ª ed.)*. Mawil Publicaciones de Ecuador. <https://mawil.us/wp-content/uploads/2023/03/generalidades-de-lagenetica-humana.pdf>
- Bermeo, J. (2022). *El principio de especialidad y la jurisdicción constitucional ordinaria* [Tesis de grado, Universidad Nacional de Chimborazo]. <http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/11051>
- Cardaci, D., & Bringas, Á. S. (2009). «Hasta que lo alcancemos...» Producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas. *Alteridades*, 19(38), 21-40. <https://www.redalyc.org/pdf/747/74714814003.pdf>
- Castro, R. G. M. (2015). *El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano*. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (33), 81-103. <https://doi.org/10.1016/j.rmhc.2016.03.016>
- Código Civil. (2005). *Suplemento del Registro Oficial No. 46* (Edición Constitucional del Registro Oficial 15, 14 de marzo de 2022). <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/codigo-civil>
- Consejo General del Poder Judicial. (2015). *Audiencia Provincial*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Pais-Vasco/Organos-judiciales/Organos-judiciales-en-el-Pais-Vasco/Audiencia-Provincial/Audiencia-Provincial>
- Constitución de la República del Ecuador. (2023). *Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 (Ed. 25 de enero de 2021)*. Lexis S.A. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>

- Corte Constitucional del Ecuador. (2017). *Sentencia 133-17-SEP-CC, caso No. 0288-12-EP* (10 de mayo de 2017).
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). *Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Oficio Nro. CNII-2018-1026-OF* (28 de septiembre de 2018).
- Corte Constitucional del Ecuador. (2024). *Sentencia 66-18-IS/24, proceso No. 288-12-EP* (06 de junio de 2024).
- De la Barrera, N. J. (2007). *Lo que dice la Biología sobre el comienzo de la vida humana individual*. *Almogaren: Revista del Centro Teológico de las Palmas*, (40), 25-45. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7780642>
- Herrera, M., & Amezcua, M. M. S. (2016). *Técnicas de reproducción humana asistida y responsabilidad civil*. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 18(7), 5-20. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5586697>
- Mantilla, A. P. P., Toledo, Ó. A. U., Julio, J. J. A., & González, M. A. O. (2017). *El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. *Justicia*, 22(31), 171-187. <https://doi.org/10.17081/just.22.31.2605>
- Ortega, G. V., & Bossano, M. L. (2008). *La Protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador*. *Ius Humani Law Journal*, (1), 51-81. <https://doi.org/10.31207/ih.v1i1.3>
- Serna, N. (2012). *Biología del desarrollo: Cuaderno de trabajo*. McGraw-Hill. <https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=1476>
- Serrano, M. C., & Jara-Reyes, S. (2018). *Apuntes sobre la reproducción asistida: una mirada desde la bioética a la situación normativa en Ecuador*. En *Memorias del 50 Aniversario Universidad del Azuay*

(pp. 90-125). Universidad del Azuay. <http://50.uazuay.edu.ec/index.php/memorias/article/download/158/149>

World Health Organization. (2019, 10 de diciembre). *Infertilidad*. [https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab\\_2](https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_2)

### **Semblanza académica**

Carla Valentina Cela Antón es estudiante de la carrera de derecho en la Pontificie Universidad católica del Ecuador, sede Manabí donde actualmente cursa el quinto semestre. Asimismo, complementa su formación en el área de las ciencias humanas con estudios simultáneos en Psicología. Su interés académico y trayectoria se centra en el estudio crítico del derecho aduanero, y civil, con especial atención a los derechos fundamentales y su interacción con fenómenos sociales contemporáneos. Ha desarrollado investigaciones en temas vinculados con la reproducción asistida, la dignidad humana y la responsabilidad jurídica médica, aplicando un enfoque analítico sustentado en doctrina, jurisprudencia y normativa vigente.