

Embriones crioconservados como sujetos de derecho

Lineamientos generales para la inclusión de la institución de la adopción prenatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Joanne Elizabeth Carrasco Mora

Autor para correspondencia: jecarrasco89@gmail.com

Magíster en Derecho y Economía por la Universidad de Buenos Aires

Manuscrito recibido el 1 de agosto de 2014

Aprobado tras revisión el 10 de febrero de 2015

RESUMEN

A través del presente artículo se pretende dar a conocer de manera general la tesis realizada previamente a la obtención del título de abogada de la autora, en la cual se demuestra con hechos fácticos la calidad del embrión humano como sujeto de derechos, con el inicio de la vida desde el mismo instante de la concepción, y la urgencia de regular la situación jurídica del que está por nacer, porque se trata de un grupo de personas indefensas y vulnerables en la esfera normativa. Así también, en la mencionada tesis se incluye el diseño de los lineamientos generales para regular el estatus legal del embrión en Ecuador, los mismos que engloban a la Adopción Prenatal de los Embriones Crioconservados en los laboratorios del país.

Palabras claves: Embrión, crioconservación, adopción prenatal, vida, Técnicas de Reproducción Asistida.

ABSTRACT

The present article intends to publicize, in a general way, the thesis elaborated by the author, prior obtaining the title of lawyer, in which is demonstrated with factual facts the quality of the human embryo as a subject of law with life starting at conception; the urgency of regulating the legal status of this large group of people who are currently defenseless and vulnerable in the normative sphere. The thesis also includes the design of the General Alignments to regularize the legal status of the embryo in Ecuador, including the legal institution of Prenatal Adoption of the Cryopreserved Supernumerary Embryos in the country.

Keywords: Embryo, cryoconservation, prenatal adoption, life, Assisted Reproductive Techniques.

INTRODUCCIÓN

Desde el inicio de la historia los seres humanos se organizan en grupos de personas, que se relacionan e interactúan sin necesidad de contar con la autorización del Estado o el máximo poder del territorio. Conforme defendió Folliet (1964), el hombre siempre vivió en sociedad. Frente a esta realidad nace la necesidad de regularlos en el ordenamiento jurídico positivo del territorio en donde habitan. Partiendo de este punto se entiende como persona al sujeto al que se le imputa la calidad de ser titular de derechos y obligaciones, conocido como personalidad jurídica.

En Ecuador, la Constitución vigente (2008), en su artículo 45, garantiza la vida "desde la concepción", es decir, que el ordenamiento jurídico reconoce que la vida del ser humano comienza desde el momento de su concepción, sin importar que esta ocurra dentro o fuera del seno materno (ya que no hace distinción alguna), y como consecuencia de ello, se convierte, desde ese instante, en titular del

conjunto de los derechos fundamentales y personalísimos propios de todos los sujetos de derecho.

Paralelamente, debido a los avances científicos en el campo de la medicina en los últimos años, en el país se han venido practicando las denominadas técnicas de reproducción asistida (TRA), cuyo resultado es la creación, a nivel nacional, de las clínicas y laboratorios de criopreservación.

El embrión, como persona que es, es un sujeto de derecho. Dentro del conjunto de derechos de los que goza se encuentra el respeto a su dignidad y la protección a la vida desde el inicio de su existencia. Dentro de la legislación comparada se encuentra el caso de España, país que recoge varias leyes con las que se ha ido regulando la reproducción humana asistida y la investigación biomédica con embriones humanos. Asimismo, países como Colombia y Argentina han presentado a sus órganos legislativos proyectos de ley que regularán los avances científicos en este campo del derecho. Sin embargo, en el Ecuador existe una carencia normativa en cuanto al reconocimiento del estatus jurídico del que está por nacer, por lo tanto, es indispensable diseñar lineamientos generales que establezcan los principios esenciales que garantizan la vida del *nasciturus* y que se instauren elementos generales que justifiquen la inclusión de la institución de la Adopción Prenatal de Embriones Criopreservados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como solución legal al estado de criopreservación en el que se encuentran los embriones sobrantes, producto de las fertilizaciones asistidas en el país.

MATERIALES Y MÉTODOS

Se trata de una investigación descriptiva-analítica, que por medio del análisis de una serie de información captada bibliográficamente, desde la perspectiva antropológica, biológica y legal, desarrollada en la mencionada tesis, se ha podido describir el carácter de sujeto de derechos que los embriones poseen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; asimismo, la investigación ayudó a determinar la necesidad inminente que existe en el país de regular el estatus jurídico del *nasciturus*, así como de incluir la institución de la adopción prenatal de embriones supernumerarios criopreservados en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

Se aplicó el método inductivo al fundamentar doctrinariamente los lineamientos generales, ya que a través del estudio de los aspectos concretos de la antropología, biología, y legislación comparada que se realizó en el marco teórico de la tesis, se pudieron formular los principios y elementos generales que deben ser considerados al momento de regular el estatus jurídico del embrión e incluir la institución de la adopción prenatal de embriones criopreservados; asimismo, se estudió los procesos de las TRA y sus efectos secundarios en los embriones; junto con las políticas públicas que protegen la vida de los ciudadanos ecuatorianos, por lo que se pudo determinar que los embriones no cuentan con una protección integral a sus derechos personalísimos en el país. Igualmente, se empleó el método deductivo al especificar los elementos particulares del diseño de la adopción de embriones en el Ecuador. Se aplicó el método analítico-sintético, que permitió que una serie de datos de investigación recopilados a través de entrevistas y encuestas realizadas fueran sintetizados en forma de redacción y descritos utilizando los juicios de valor de mayor trascendencia que se obtuvieron de estas técnicas e integrando criterios personales que permitieron justificar la propuesta.

En lo referente a las técnicas investigativas, la encuesta y la entrevista fueron instrumentos claves para recolectar la información necesaria que permitió demostrar la importancia de la creación de los lineamientos. Las encuestas estuvieron dirigidas a abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura-

Ecuador. Las entrevistas se dirigieron a la población total de jueces de primer nivel especializados en las materias de Niñez y Civil del cantón Ibarra, a los magistrados de segunda instancia de la provincia de Imbabura. Paralelamente, se consideró pertinente la aplicación de otro tipo de entrevista dirigida a la única doctora especializada en el campo de la biología molecular radicada en la ciudad de Ibarra.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

- Debido a la laguna legal que existe en lo referente al estatus jurídico del embrión y la falta de garantías para proteger la vida del *nasciturus* que ha sido producto de las TRA en el Ecuador, es necesario regular el estado legal del concebido, así como incluir la institución jurídica de la adopción prenatal de embriones supernumerarios crioconservados en el ordenamiento jurídico del país.
- La carencia normativa que ha existido y existe en cuanto a la limitación, fiscalización, punibilidad, y campo de acción de las TRA, en el Ecuador, ha ocasionado que en la actualidad se desconozcan cifras reales de la situación de las personas en edad embrionaria que se encuentran en las clínicas y laboratorios de crioconservación del territorio nacional por lo que se ha llegado a una incertidumbre jurídica en el país.

La persona, definición antropológica y biológica

Existen varias definiciones que tratan de definir a la persona; no obstante, estas concepciones han caído en lo que Fernando Rielo (2001), ha denominado “teorías débiles”, toda vez que carentes de compromiso ontológico y metafísico, estas teorías “prefieren asentarse en la insuficiencia de las diferentes formas de convencionalidad.” (p. 100) ¿En qué consiste, entonces, la persona? Es evidente que, como el citado autor expresa, nadie pone en duda que la persona es la suprema expresión del ser.

Desde el punto de vista antropológico, se podrá dar una definición integral de la persona que abarque tanto su fisiología, su manera de relacionarse y sus manifestaciones en los diversos ámbitos a los que se enfrenta a lo largo de su existencia. Se debe recalcar que todo lo que el ser humano hace debe servir para su realización como persona, mas no para su degradación. La persona es, por tanto, un espíritu sicosomatizado, que como Rielo (2001) manifiesta, quiere decir que la sique es asumida, ontológicamente, por el espíritu, quedando este *sicologizado*, así como la sique, en virtud del espíritu, queda *espiritualizada*. Lo mismo sucede con la sique respecto del soma: el soma, reducido a cero su forma estructural por la sique, queda *sicologizado*, y la sique, a su vez, *somatizada*. Por esto, la naturaleza del ser humano es un único ente en el que el espíritu se arroga funciones o elementos orgánicos específicos, mientras que estos elementos posean una función en el organismo, o sea, en la persona. El autor señala que la infusión del espíritu se da inequívocamente, en todos los seres humanos, desde el instante preciso de la fecundación, es decir, cuando los gametos femenino y masculino se unen. Desde ese instante el cigoto pasa a poseer tanto la vida orgánica, como la psicológica y la espiritual, también llamada consciencial.

Dignidad y vida del concebido

El concepto de dignidad humana ha ido evolucionando a través de los siglos, convirtiéndose hoy en ese atributo intrínseco a la persona humana, que no va vinculado a ningún tipo de cualidad que la persona pueda o no desarrollar a lo largo de su existencia. Es más bien fundamental aprender a respetar la dignidad de las personas, sobre todo, cuando la persona se encuentra en indefensión, cuando ha perdido sus facultades, sus cualidades. Según Rodríguez (2008) un embrión

humano (el concebido) es un organismo de la especie humana. Es esencial determinar qué trato merece este organismo humano y desde cuándo lo merece, es decir, desde qué momento tiene dignidad. Es importante recalcar que al hablar del inicio de la existencia de la persona inequívocamente, se habla del derecho a la vida; la vida es la condición cardinal de todos los posibles derechos y obligaciones que el ser humano adquiere a lo largo de su existencia.

Por consiguiente, la vida es el derecho más importante y primordial de las personas, y al ser el inicio de todo, se debe hablar del deber que tienen todos de respetar y garantizar la vida propia y de los demás. Desde el momento en que se origina un organismo se habla de un ser humano, este se halla en alguna fase de su desarrollo, el mismo que es continuo y atravesará diversas etapas de formación. Entonces, al pensar sobre cuál debería ser el trato que se merece el organismo humano, que posee grandes posibilidades de llegar a ser efectivamente una persona, no cabe duda de que al embrión se le debe el mismo respeto que se le debe a una persona que ha nacido. Solo al partir desde este punto podremos hablar de un real concepto de calidad de vida en los Estados, desde el inicio de la vida humana.

El hecho de que el organismo humano haya iniciado su proceso de desarrollo continuo desde el momento de la fecundación no permite la negación, bajo ninguna circunstancia, de la presencia de un individuo. Todas las características propias de un individuo humano se encuentran arraigadas en sus genes desde el momento de la concepción.

Persona humana en edad embrionaria

El concebido es persona humana, distinto a la propia madre o padre, tal como defienden Vial y Rodríguez (2009); sin embargo, en la actualidad, en los procesos de fertilización artificial, el embrión se ha convertido en un objeto de laboratorio. Se exige que el concebido, desde sus primeros momentos de creación, acarree una perfección física de la que inclusive los nacidos e incluso algunos adultos carecerían. En la gran mayoría de países, el concebido no es tratado ni visto como la persona que es, sino más bien como un conjunto de células totipotenciales e indiferentes (Vial et al., 2013), justificando de esta forma actos que van desde la manipulación genética hasta el desecho de embriones congelados a nivel mundial.

Situación específica de los embriones criopreservados en la legislación del Ecuador

Como se determinó a través de la investigación de campo realizada en la tesis mencionada por medio de entrevistas y encuestas llevadas a cabo en la ciudad de Ibarra (Ecuador), dirigidas a abogados, así como a jueces especializados en Niñez y Adolescencia y materia Civil, de primera y segunda instancia, al preguntar sobre el cuerpo normativo que regula las TRA y el estatus de los embriones criopreservados en el país, se determinó que la nación no cuenta con una normativa que regule este campo del derecho; es decir, a pesar de que existe un principio constitucional que garantiza la vida desde la concepción, y de que el Código de la Niñez y Adolescencia en su libro primero establece mecanismos de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y por tanto se reconoce al embrión como parte de este grupo, en nada se ha regulado la situación de los embriones supernumerarios, producto de la aplicación de las TRA.

El problema radica en que a falta de una normativa especial en este campo, no existe una garantía por parte del Estado de que estos sujetos de derecho puedan hacer efectivos sus derechos fundamentales, a fin de precautelarse la vida de todas

las personas de la nación; por lo tanto, los avances médicos - tecnológicos deben ser aplicados tomando las debidas precauciones del caso y garantizando el respeto total a la integridad de las personas.

Adopción prenatal de los embriones crioconservados

Como Márquez et al. (2011) expresan, los embriones en crioconservación tienen tres destinos, que son:

- Seguir en crioconservación.
- Ser donados: fines de investigación, fines docentes (que incluye manipulación genética).
- Ser desechados.

Al reconocer que los embriones son seres humanos con una potencialidad para llegar a ser adultos, se propone la solución legal de incluir la institución de la Adopción Prenatal de los Embriones Supernumerarios Crioconservados por parte de parejas heterosexuales legalmente conformadas en el país.

La adopción de embriones se refiere al procedimiento mediante el cual un embrión, concebido en un laboratorio a través de las TRA, mediante la unión de un óvulo y un espermatozoide de una pareja que se somete a estas técnicas (y que permanece en estado de congelación en las clínicas de crioconservación) sea dado en adopción, a fin de que su gestación pueda desarrollarse normalmente en el útero de otra mujer, diferente a la que donó su óvulo para la fecundación, con el propósito de ser criado por ella y su cónyuge. Al igual que en la adopción tradicional, la pareja que adopta al niño no tendría ninguna conexión genética con él, pero en este caso, la pareja adoptaría biológicamente al bebé durante la temprana etapa del embrión y no una vez que haya nacido. Para que la adopción de un embrión sea un acto legal que esté revestido de seguridad jurídica, es fundamental que exista un fallo judicial que en su parte resolutive cree el vínculo filial adoptivo entre los adoptantes y el adoptado; esto asegura a la nueva familia que en el futuro no se planteen acciones de impugnación de maternidad o paternidad del embrión, sin descartar el derecho del adoptado de conocer, si así lo desea, a sus padres biológicos.

El objetivo principal de la adopción de embriones crioconservados es solucionar el problema de destrucción de los embriones sobrantes que quedan desamparados por sus padres biológicos y que se encuentran en congelación; asimismo, es una opción viable para ayudar en la solución al problema de infertilidad de algunas parejas. Esta solución se propone únicamente para el caso de los embriones que actualmente se encuentran congelados, mas no como una posibilidad para incrementar futuros embriones en crioconservación.

No se puede ver la adopción prenatal de embriones crioconservados como un argumento a favor de las TRA, es más, para evitar que esto suceda, se debe regular y limitar la posibilidad de fecundar óvulos en números que excedan los que se pueden transferir en una sola oportunidad a la madre, así como también prohibir la fecundación de embriones supernumerarios y la crioconservación. La propuesta permite que la persona en edad embrionaria tenga la oportunidad de desarrollarse como ser humano, independientemente de que el embarazo, llegue a término o no, ya que no se puede dejar a un lado la realidad de que al tratarse de un origen asistido, las TRA no son 100% garantistas de que las parejas que se someten a estos procesos se conviertan en padres. Sin embargo, se debe recordar que la intención al momento de fecundar a estos embriones fue el nacimiento de una nueva persona; por lo tanto, la propuesta ayuda a cumplir este fin original.

Requisitos de la institución de la adopción prenatal de los embriones crioconservados:

Debido a la naturaleza propia de esta institución, los requisitos que deben ser necesariamente considerados para que pueda llevarse a cabo, serán:

Requisitos personales:

- Los candidatos a adoptantes, tal como se encuentra regulado en la Constitución (2008), serán parejas heterosexuales legalmente conformadas y establecidas según la legislación ecuatoriana que acrediten tener los medios suficientes para proporcionar la subsistencia, la educación, el cuidado y la salud de la persona que se pretende adoptar.
- El adoptado será un embrión supernumerario crioconservado viable que se encuentre, actualmente, en alguno de los laboratorios de crioconservación a nivel nacional.

Requisitos de procedimiento:

- La pareja candidata a ser adoptante deberá presentar una solicitud al juez del domicilio de la clínica o laboratorio de crioconservación, en la que se encuentre el embrión, solicitando la autorización para proceder a realizar la adopción prenatal del embrión crioconservado.
- Los candidatos a adoptantes deberán acreditar tanto la aptitud física como la psicológica, que será demostrada a través de informes periciales médicos y psicológicos que certifiquen la situación real de la pareja. Los peritos deberán estar debidamente inscritos en el Consejo de la Judicatura.
- Los candidatos a adoptantes deberán adjuntar a la petición un certificado médico actualizado de buena salud, expedido por una institución de salud pública.
- Los candidatos a adoptantes deberán adjuntar a la petición el informe médico actualizado de la clínica o laboratorio de crioconservación, en donde se encuentra el embrión, que acredite que la pareja es idónea para someterse al procedimiento.
- El representante legal de los embriones supernumerarios crioconservados será el representante legal de la clínica o laboratorio de crioconservación en la que se encuentre el adoptado.
- Los jueces especializados en materia de la Niñez y Adolescencia serán la autoridad competente para otorgar mediante un fallo judicial la aprobación del proceso de adopción prenatal que deban sustanciar.
- Será requisito fundamental del trámite adjuntar el documento legal privado celebrado entre los progenitores del embrión y el laboratorio de crioconservación, mediante el cual libre y voluntariamente aceptan dar en adopción a los embriones sobrantes de la aplicación de la TRA a la que se sometieron con anterioridad.
- La duración total del trámite, desde que se presentan los candidatos a adoptantes juntamente con el representante del embrión crioconservado, hasta que se emite el fallo judicial autorizando el procedimiento de implantación del embrión en el útero de su futura madre, no podrá exceder de los 30 días término.

Proceso de adopción prenatal de los embriones crioconservados:

El procedimiento para la adopción de embriones crioconservados será:

- Petición por parte de los candidatos adoptantes.
- Calificación, dentro de las 48 horas siguientes a su presentación.
- Reconocimiento de firma y rúbrica, dentro de las siguientes 72 horas a su presentación.
- Señalamiento de día y hora para la audiencia única en donde deberán comparecer tanto los candidatos adoptantes como el representante del embrión. En esta audiencia se presentarán los informes periciales, así como también se expondrá la motivación de los postulantes a adoptar. El juez expondrá a los solicitantes las consecuencias jurídicas y sociales de la adopción. De ratificar, los postulantes, su consentimiento sobre la decisión, el juez procederá a decidir y otorgar o negar -según sea el caso- la autorización para proceder inmediatamente a la implantación del embrión en el útero de su madre.
- La Oficina Técnica de Adopciones, en un plazo máximo de 5 días desde que el fallo se ejecutorie, deberá comparecer a la clínica o al laboratorio de crioconservación en donde se encuentre el futuro adoptado, a fin de asegurarse de que se lleve a cabo lo autorizado por la autoridad judicial.

En el proceso primará la celeridad procesal, velando siempre por el interés superior del embrión.

CONCLUSIONES

- La falta de regulación actual en la legislación ecuatoriana referente al campo de la ciencia no permite respetar el carácter inalienable de la vida de las personas desde su concepción. La inexistencia de políticas públicas que garanticen la protección de la vida del que está por nacer, ha ocasionado que no se establezcan sanciones de ninguna naturaleza en la esfera de la investigación científica, la destrucción y manipulación de embriones en el país.
- En el Ecuador es necesario proteger jurídicamente a los embriones, ya sea su origen natural o asistido, y garantizar el efectivo respeto, por parte de la sociedad, de los derechos fundamentales que poseen, al ser personas. Además, se debe incluir la institución jurídica de la adopción prenatal de embriones supernumerarios en el ordenamiento jurídico del país, que constituye una solución legal al estado de crioconservación que cientos de concebidos mantienen en el territorio nacional.
- Es urgente la intervención del órgano legislativo ecuatoriano a fin de que se formule un cuerpo normativo que regule el estatus legal del embrión como sujeto de derechos en el país y limite jurídicamente la actuación de las clínicas de crioconservación que ofrecen servicios de TRA, previniendo de esta forma la destrucción masiva de embriones, que actualmente el Ecuador no ha regulado nada al respecto; además, debe establecer parámetros bajo los cuales las clínicas de crioconservación existentes deberán actuar contemplando, en primer lugar, los principios bioéticos y constitucionales reconocidos. Paralelamente, el Estado debe empezar a fiscalizar los bancos de crioconservación que existen en el país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Asamblea Nacional Constituyente. (Actualizada a julio, 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Carrasco Mora, J. (2013). *Embriones Supernumerarios como Sujetos de Derecho: Lineamientos generales para la inclusión de la institución de la adopción prenatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano* (Tesis de pregrado no publicada). Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra. Ibarra, Ecuador.
- Ex Congreso Nacional. (Actualizado a enero, 2009). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Folliet, J. (1964). *El hombre social. Ensayo de antropología social*. Andorra. Casal I Vall.
- Márquez O., Martínez K., Goodman K., Pose C., Álvarez J., Fernández M... Ogando B. (2011). Problemas éticos de las técnicas de reproducción. Futuro de la criopreservación de embriones humanos. En *Serie Humanidades Médicas. Bioética: de la globalización a la toma de decisiones*. (pp. 85-114). Madrid: Fundación Tejerina.
- Rielo, F. (2001). *Mis Meditaciones desde el Modelo Genético*. Madrid: Fundación Fernando Rielo.
- Rodríguez Guerra, Á. (2008). La persona en edad embrionaria. *ARS MEDICA*, 16, 107-146.
- Vial Correa, J., Rodríguez Á., Santos M., Ventura P., Besio M., Vivanco Á... Vigil P. (2013). *Aborto y Anticoncepción de Emergencia: Aspectos Antropológicos, Éticos, y Jurídicos*. Loja: UTPL.
- Vial Correa, J. & Rodríguez Guerra, Á. (2009). *La Dignidad del Embrión Humano. ¿Qué sentido tiene que se le niegue al embrión humano el derecho a vivir?* *ARS MÉDICA*, 18, 11-31.