

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA DERECHO CONSTITUCIONAL

Tema: LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA BIOÉTICA Y EL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO DERECHO DE FAMILIA.

Trabajo de Titulación modalidad Proyecto de Investigación y Desarrollo Previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional.

Autora: Abogada Lizbeth Karina Puyol Hernández

Director: Doctor Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza Magister

Ambato – Ecuador

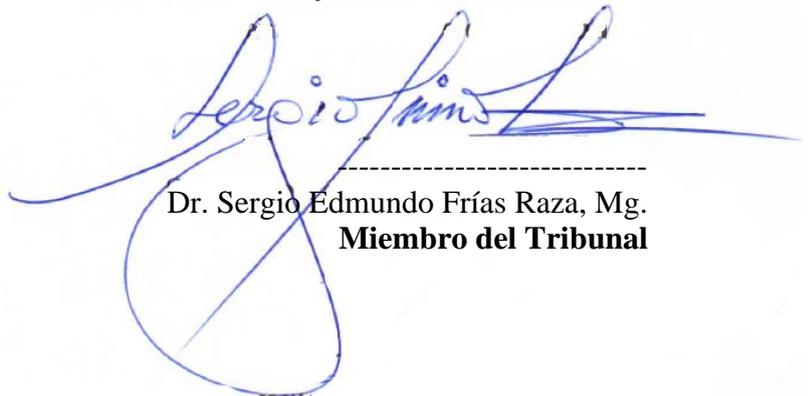
2020

A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato

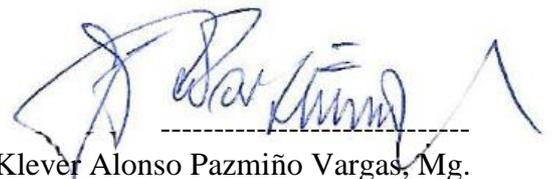
El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Jaime Tarquino Tipantasig Cando Magíster, Presidente y Miembro de Tribunal e integrado por los señores: Doctor Sergio Edmundo Frías Raza Magíster, Doctor Klever Alonso Pazmiño Vargas Magíster, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: **“LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA BIOÉTICA Y EL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO DERECHO DE FAMILIA.”**, elaborado y presentado por la señorita Abogada Lizbeth Karina Puyol Hernández, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.

Dr. Jaime Tarquino Tipantasig Cando, Mg.

Presidente y Miembro del Tribunal



Dr. Sergio Edmundo Frías Raza, Mg.
Miembro del Tribunal



Dr. Klever Alonso Pazmiño Vargas, Mg.
Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

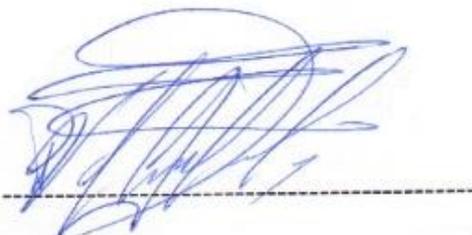
La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: **LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA BIOÉTICA Y EL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO DERECHO DE FAMILIA**, le corresponde exclusivamente a: Abogada Lizbeth Karina Puyol Hernández, Autora bajo la Dirección del Doctor Ángel Patricio Poquiza Poquiza Magister, Director del Trabajo de Titulación; y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.



Ab. Lizbeth Karina Puyol Hernández

CC.: 0603717455

AUTORA



Dr. Angel Patricio Poquiza Poquiza Mg.

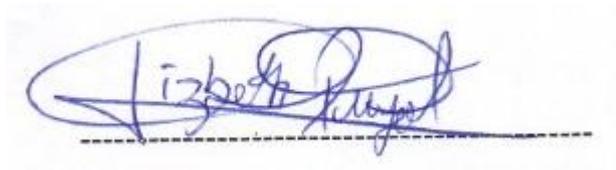
CC.: 1802605665

DIRECTOR

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.



Ab. Lizbeth Karina Puyol Hernández

CC.: 0603717455

AUTORA

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

	Pág.
PORTADA.....	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.....	ii
Autoría del Trabajo de Titulación.....	iii
Derechos de Autor.....	iv
Índice General de Contenidos.....	v
Índice de Tablas.....	viii
Índice de Figuras.....	ix
Agradecimiento.....	x
Dedicatoria.....	xi
Resumen Ejecutivo.....	xii
Executive Summary.....	xiv
1. CAPITULO I.....	1
1.1. Introducción.....	1
1.2. Justificación.....	2
2. CAPITULO II.....	8
2.1. Estado del arte.....	8
2.1.1. Los principios fundamentales de la Bioética.....	8

La Bioética en la historia y su relación con otras ciencias	8
Principios fundamentales de la bioética.....	13
Reconocimiento de la Bioética en el mundo	21
Dignidad humana, salud y bioética.....	25
La bioética aplicada a la gestación subrogada	28
2.1.2. El reconocimiento de la Gestación Subrogada como Derecho de Familia	31
Protección Integral del ser Humano.....	31
Derecho de Familia.....	52
Infertilidad y gestación Subrogada	59
Países en los que está regulado ésta práctica	67
Maternidad subrogada en el Ecuador.....	71
2.2. Objetivos	83
2.2.1. Objetivo General.....	83
2.2.2. Objetivos específicos	83
3. CAPITULO III.....	84
3.1. Metodología	84
3.1.1. Tipo de investigación.....	84
3.1.2. Enfoque.....	85
3.1.3. Modalidad de la investigación	85
3.2. Población y muestra	85
3.3. Operacionalización de las variables	86
3.4. Procedimiento para la recolección de información	91
3.5. Procedimiento para el análisis e interpretación de la información.....	91
3.6. Aspectos éticos	91

4. CAPÍTULO IV	92
4.1. Resultados	92
4.2. Análisis de resultados.....	102
5. CAPÍTULO V	104
5.1. Conclusiones	104
5.2. Recomendaciones.....	105
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108
7. ANEXOS	113

ÍNDICE DE TABLAS

	Pág.
Tabla 3.1 Cálculo de muestra.....	86
Tabla 4. 1 Pregunta 1	92
Tabla 4. 2 Pregunta 2	93
Tabla 4. 3 Pregunta 3	94
Tabla 4. 4 Pregunta 4	95
Tabla 4. 5 Pregunta 5	96
Tabla 4. 6 Pregunta 6	97
Tabla 4. 7 Pregunta 7	98
Tabla 4. 8 Pregunta 8	99
Tabla 4. 9 Pregunta 9	100
Tabla 4. 10 Pregunta 10	101

ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1.1 Factores que inciden en la infertilidad.....	63
Figura 4. 1 Respuesta 1	92
Figura 4. 2 Respuesta 2	93
Figura 4. 3 Respuesta 3	94
Figura 4. 4 Respuesta 4	955
Figura 4. 5 Respuesta 5	966
Figura 4. 6 Respuesta 6	977
Figura 4. 7 Respuesta 7	988
Figura 4. 8 Respuesta 8	999
Figura 4. 9 Respuesta 9	100
Figura 4. 10 Respuesta 10.....	101

AGRADECIMIENTO

La gratitud, como ciertas flores, no se da en la altura y mejor reverdece en la tierra buena de los humildes. Agradezco a la Universidad Técnica de Ambato "UTA", a sus directivos, administrativos y docentes por compartir con entusiasmo y desprendimiento su sapiencia, depositando la semilla para que germinen en nuevas generaciones la flor del conocimiento y profesionalismo. Mi especial reconocimiento al Dr. Patricio Poaquiza Mgs. director de tesis, por su apoyo incondicional, profesional y humano en la elaboración de este trabajo de investigación.

-Lizbeth Karina-

DEDICATORIA

La vida me ha honrado y bendecido al permitirme crecer junto a mis padres, Elvia Hernández y Carlos Puyol, este documento es el reflejo de la culminación de una etapa en mi vida, motivo por el cual tengo la satisfacción de dedicárselos.

En los salones de clase podemos nutrírnos de conocimientos, pero es el hogar donde aprendemos lo que en verdad necesitamos para reflejar lo valioso que se camufla detrás de un título académico, mis padres me dieron el título más importante, el de ser humano, y es gracias a su educación, a la confianza depositada, y a la fe brindada que encontré la fuerza para que siempre rendirme sea mi última opción.

-Lizbeth Karina-

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

**LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA BIOÉTICA Y EL
RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO
DERECHO DE FAMILIA**

AUTORA: Abogada Lizbeth Karina Puyol Hernández

DIRECTOR: Doctor Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza Magister

FECHA: 11 de mayo de 2020

RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo investigativo está encaminado al análisis del reconocimiento de la maternidad subrogada con el respaldo de los principios fundamentales de la bioética, esto es posible a través la implementación de las corrientes garantista y constitucionalista, la mismas que mediante Derechos salvaguardan principios encontrados en la actual Constitución de la República del Ecuador. Transcurrido más de una década existen aún necesidades sociales; que, a pesar de los grandes avances en temas de Derecho, el aparatage normativo aún no ha cubierto determinadas temáticas. Considerando que el Derecho es la conexión social que tiene el individuo con el Estado, este se convierte en directo responsable de mejorar la normativa e ir adaptándola a las necesidades de los activos sociales, para garantizar lo estipulado en una Constitución garantista de derechos y defensora de la justicia social. En contexto, con la ejecución de este trabajo investigativo, se analiza los principios fundamentales de la bioética y el reconocimiento de la gestación subrogada como derecho de familia, ya que se determina que el Estado cuenta con el respaldo de derechos y principios. En definitiva, se puede abrir camino a la construcción de un cuerpo normativo fundamentado en este aparatage constitucional jurídico legal, para el reconocimiento de la maternidad subrogada y así el Estado como responsable de generar las condiciones necesarias para el

desarrollo de este derecho, beneficie a quien necesite hacer uso de este. La investigación se desarrolla desde la perspectiva histórica, con fundamento legal y doctrinario. Con la ejecución y análisis de encuestas realizadas se determina como conclusión la importancia de los métodos alternativos de reproducción humana. Como recomendación esencial, la regulación normativa de este tipo de prácticas médicas para salvaguardar la integridad y dignidad humana. Buscando erradicar la clandestinidad como problema social permitiendo acceder al derecho a la salud en condiciones de igualdad.

Descriptor: Aparataje Normativo, Bioética, Derecho de Familia, Dignidad Humana, Gestación, Maternidad Subrogada, Principios Bioéticos, Reconocimiento Estatal, Reproducción Humana, Responsabilidad Estatal.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

THEME:

**THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF BIOETHICS AND THE
RECOGNITION OF PREGNANCY SUBROGATED AS A FAMILY RIGHT**

AUTHOR: Abogada Lizbeth Karina Puyol Hernández

DIRECTED BY: Doctor Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza Magister

DATE: May 11th, 2020

EXECUTIVE SUMMARY

This investigative work is aimed at the analysis of the recognition of surrogate motherhood with the support of the fundamental principles of bioethics, this is possible through the implementation of the guarantee and constitutional currents, the same that through Rights safeguard principles found in the current Constitution of the Republic of Ecuador. After more than a decade, there are still social needs, which despite the great advances in legal issues, the regulatory apparatus has not yet covered certain topics. Considering that Law is the social connection that the individual has with the State, it becomes directly responsible for improving regulations and adapting it to the needs of social assets, to guarantee the provisions of a Constitution that guarantees rights and defends social justice. In context, with the execution of this investigative work, the fundamental principles of bioethics and the recognition of surrogacy as family law are analyzed, since it is determined that the State has the support of rights and principles. In short, it is possible to open the way to the construction of a regulatory body based on this constitutional legal apparatus, for the recognition of surrogate motherhood and thus the State as responsible for generating the necessary conditions for the development of this right, benefit whoever need to make use of this. The investigation is developed from the historical perspective, with legal and doctrinal foundation. With the execution

and analysis of surveys carried out, the importance of alternative methods of human reproduction is determined as a conclusion. As an essential recommendation, the normative regulation of this type of medical practices to safeguard human integrity and dignity. Seeking to eradicate clandestinely as a social problem allowing access to the right to health under equal conditions.

Key words: Bioethics, Bioethical Principles, Family Law, Gestation, Human Dignity, Human Reproduction, Normative Apparatus, State Recognition, State Responsibility, Surrogacy.

1. CAPITULO I

1.1. Introducción

Uno de las preocupaciones constantes del Estado como institución ha sido alcanzar la perfección jurídica, mediante un sistema de control reconocido como Derecho, convirtiéndose en la directriz esencial para mantener la armonía social, mediante la evolución, adaptación, integración y cohesión, generando así equilibrio, igualdad y equidad. De esta manera se ha logrado una relación efectiva e hipotética entre los miembros activos de la sociedad y el Estado, mediante sus funciones sociales. Estas funciones permiten la adaptabilidad evolutiva del Derecho a las necesidades nacientes del constante desarrollo de los activos sociales, cumpliendo la función de orientación y organización. De este modo, el sistema jurídico se convierte en herramienta que permite a los ciudadanos orientar el comportamiento conductual, mediante el sometimiento a los preceptos constitucionales enmarcados en esquemas normativos delimitando las consecuencias que derivan de actos antagónicos a lo tipificado en los diversos cuerpos legales.

Con este abordaje del Derecho desde un enfoque social, y enmarcado en la subsanación de necesidades generadas por los ciudadanos con la finalidad de mantener la armonía con el Estado, es importante referir el reconocimiento dentro de la sociedad a la familia, siendo esta la base de la estructura social. No obstante, resulta complejo definirla de una forma concreta, a esta se la puede denominar por la composición, convivencia, parentesco o filiación. En este contexto, en el presente documento de análisis crítico jurídico, la familia será reconocida como una de las instituciones sociales más importantes, y desde luego su conformación como un derecho constitucional, además del reconocimiento expreso de los diversos tipos de familia, enfocados a la aceptación de maternidad subrogada como un mecanismo para garantizar este derecho.

Este trabajo investigativo está encaminado al análisis del reconocimiento de la maternidad subrogada con el respaldo de los principios fundamentales de la bioética, esto es posible mediante la implementación de la corriente garantista y constitucionalista, la mismas que mediante Derechos salvaguarda principios

encontrados en la Constitución de la República del Ecuador en el 2008, a más de una década existen aún necesidades sociales, que a pesar de los grandes avances en temas de Derecho, el aparataje normativo aún no ha cubierto determinadas temáticas. Considerando que el Derecho es la conexión social que tiene el individuo con el Estado, este se convierte en directo responsable de mejorar la normativa e ir adaptándola a las necesidades de los activos sociales, para garantizar todo lo estipulado en una constitución considerada garantista de hechos y defensora de justicia social.

En base a esto es necesario la adaptación normativa de la maternidad subrogada como mecanismo no atentatorio para los derechos humanos, realizado desde el contexto histórico de la fertilidad, los paradigmas de la infertilidad, con el respaldo de los principios fundamentales de la bioética como herramienta para garantizar la información, cuidados y requerimientos a cumplir por parte de la mujer en estado de gestación y la protección del neo nato, analizando las responsabilidades, limitaciones y características desde el enfoque de derecho comparado y la existencia de esta necesidad jurídica que amerita ser subsanada, siempre con la aplicación de los principios fundamentales de la bioética, para proteger el bien jurídico del Estado, la vida. Además, con la responsabilidad de generar respeto a la integridad del ser humano. Siempre en base a los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.

1.2. Justificación

Este documento de análisis crítico, al ser de carácter intelectual, está orientado a conocer, analizar, y evaluar en medida de lo posible, la manera concreta en la que se aplica derechos, principios y garantías en relación a la protección de la integridad del ser humano. Desde luego enfocado en la maternidad subrogada, en comparación con las normas vigentes en el Ecuador. La importancia de la Constitución de la República del Ecuador, en lo que ha reconocimiento de derechos, a la protección del ser humano y desde luego a la salvaguarda de la integridad humana. Es importante la intervención del Estado en temas de legalidad y derechos relacionados a un asunto individual en el que favorece un determinado sector de la

población, pero con ampliación general, que se extiende al futuro, una vez reconocida en la legislación ecuatoriana, la aplicación será de carácter general. La maternidad subrogada y la necesidad de ser regulada es una responsabilidad legal del Estado.

En calidad de premisa es necesario hacer mención que el derecho es tan antiguo como la existencia misma de la humanidad, si bien no como la conocemos, pero han servido de base para hacer una construcción jurídica que ha permitido ir al mismo ritmo evolutivo de la sociedad. El tema de este documento de análisis crítico va encaminado al reconociendo legal en el marco jurídico nacional de la maternidad subrogada y considerando que la Constitución de la República del Ecuador es garantista de derechos y protector de la vida, en temas de salud integral. Utilizado como nexo con el derecho, a la biótica, misma que permite bridar los mecanismos necesarios para salvaguardar la integridad del ser humano en cualquier práctica médica, respaldada en el bloque de constitucionalidad internacional y los Derechos Humanos. Los mismos que serán detallados conforme el desarrollo de la investigación:

Conveniencia: Es importante analizar esta temática, debido a que, en un Estado garantista, inclusivo y no discriminatorio, se debe abordar las necesidades jurídicas y sociales de grupos mayoritarios y minoritarios, si bien los beneficiados con este tipo de normativas sería un grupo determinado de la población, es importante generar mecanismos jurídicos para resolver casos particulares. La Salud es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la república del Ecuador, que en conjunto con otros derechos generan lo que ha denominado el buen vivir, mismo que va direccionado a la protección de la salud sexual y de la salud reproductiva, en la que se reconoce entre otros a la bioética con un enfoque de género y generacional, para la garantía estatal de este derecho.

La bioética y sus principios permiten salvaguardar la integridad humana. La autonomía que permite garantizar las libertades del ser humano siempre que estas no transgredan otros derechos. La beneficencia que exige actuar en pro del ser humano. La no maleficencia que exige no causar daño de forma intencional. Y por

su puesto de la justicia, que exige la no discriminación y la atención especializada, en caso de ser grupos de atención prioritaria, y en forma general una atención médica eficaz y eficiente, la importancia de estos principios fundamentales orientados desde la medicina a la legalidad, permiten que el ser humano tenga un respaldo integral ya que su atención médica será respaldada con un serie de derechos que coadyuvan de mejor manera a la protección de la integridad humana y a la salvaguarda por parte del Estado en base de garantías y principios.

Relevancia social: Como se ha hecho manifiesto el Estado tiene funciones sociales. Las mismas que se han generado con la finalidad de mantener la armonía, los resultados obtenidos de este documento de análisis crítico jurídico son de beneficio para los entes activos de la sociedad, que requieran información sobre esta temática en particular, estudiantes y para futuros investigadores. Con la finalidad de crear precedentes investigativos, y considerando que el tema es novedoso, permite abrir puertas a diversos campos de estudio con relación a la maternidad subrogada, a los principios de la botica, y los derechos que en la actualidad ya están consagrados como; derechos sexuales, derechos reproductivos, derechos de filiación entre otros.

Al establecer que la infertilidad es una problemática social, en la que la medicina ha agotado los recursos biomédicos para generar el embarazo en las parejas que desean consolidar una familia. Una de las alternativas dentro de la reproducción asistida, es la maternidad subrogada, o como se lo conoce de forma común, los vientres de alquiler. Esto permite subsanar este problema social, pero nace la necesidad jurídica de que este procedimiento considerado médico sea analizado desde el ámbito jurídico. Por varias razones, una de estas es la clandestinidad, cuando algo no está regulado es una puerta abierta a la práctica clandestina poniendo en riesgo la integridad del ser humano, o lucrando de la necesidad de una pareja al deseo de consolidar una familia, también puede darse el caso en el que mujeres sean obligadas a gestar y alumbrar un neonato para satisfacer necesidades de tercero, la consideración de esta temática como un problema social es evidente y requiere ser subsanada.

Implicaciones prácticas: La investigación en relación a la legislación ecuatoriana genera una relación muy estrecha, ya que cuenta con el aparataje normativo para la implantación de la maternidad subrogada como derecho, este iría de la mano con los grupos de atención prioritaria. En el derecho a la salud en todo el contexto constitucional, los derechos de libertad, igualdad, no discriminación y desde luego con los derechos de filiación. En relación al contexto regional se conoce que existen países de la región andina que se encuentran en el proceso de aprobación de una ley que permita regular la maternidad subrogada y sacarla de la clandestinidad y desde luego no generar la necesidad que las personas crucen fronteras en búsqueda de acceder a este tipo de mecanismos para la consolidación del núcleo social, la familia, debido a la existencia legislativa y normativa de este mecanismo en países lejanos a la región andina como por ejemplo Estados Unidos o Canadá.

La regulación de este tipo de prácticas médicas reconocidas en el ámbito judicial, es de suma importancia. Las consecuencias que trae consigo la clandestinidad en este tipo de prácticas, transgrede la integridad humana. Uno de los derechos primordiales que protege el Estado es la vida, y no únicamente enfocada en la prohibición de la pena de muerte, es más un enfoque que permite dotar de derechos a las personas para que alcancen dignidad, que se desarrollen en ámbitos sociales, económicos, culturales y desde luego legales. La bioética y sus principios permiten proteger la dignidad del ser humano, en relación a la aplicación de procedimientos médicos. Siendo la maternidad subrogada un método de concepción en el que interviene la tecnología y ante ello es indispensable la protección jurídica del ser humano para resguardar la integralidad de derechos otorgados por parte del Estado y por ende del bloque constitucional de derechos en relación a derecho internacional.

Valor Teórico: Con relación al aporte de este tema en relación a la cátedra, es meramente garantista y busca que mediante el amparo constitucional se consoliden derechos que permitan el bienestar de los activos sociales, ayudando a resolver problemas de infertilidad que no permita acceder a la consolidación de la familia, de un problema existente y que no se ha buscado dar solución por ser un grupo minoritario el que sería beneficiado de este derecho. La finalidad de este documento

de análisis crítico jurídico es analizar los motivos por los cuales el Estado no reconoce a la maternidad subrogada como un método seguro que permita dar la oportunidad de ser padres a personas que carezcan de las condiciones fisiológicas de serlo.

A pesar de que el criterio de la bioética es universal y general, este ha tenido su desarrollo a través de la historia. De igual manera la maternidad subrogada en cuestión de definición y conceptos de la misma manera se ha generado universalidad de criterios. La controversia de la aplicación es lo que se evidenciara en la diversidad de criterios. Especialmente, en el ámbito de la maternidad subrogada, si esta debe permitirse o no, justificar la necesidad de regulación o no, y por su puesta la relación con alteraciones genéticas. Es así que se puede evidenciar que el aporte teórico de este documento de análisis crítico será importante, con la intención de justificar la importancia de la regulación de la maternidad subrogada y de la aplicación de los principios fundamentales de la bioética en relación a la aplicación de este procedimiento médico para beneficiar a las parejas que quieran conformar una familia.

Utilidad o valor metodológico: En relación a la temática y al considerarse un tema novedoso el aporte esencial de este es generar conocimiento enmarcadas en la bioética como soporte jurídico y legal para reconocer la práctica de la maternidad subrogada como un método seguro que no es atentatorio a la vida ni al ser humano en toda su esencia. Este documento de análisis crítico cimentará bases para futuras investigaciones, que permita evolucionar al Derecho de la mano de las necesidades de los activos sociales, que se considere a grupos de atención prioritaria y a los denominados minorías como agentes de derechos, para que se cumpla con los objetivos planteados en bases constitucionales. El aporte de este documento abre paso al análisis doctrinario, jurídico, legal y desde luego constitucional, ya que está orientado a la ejecución de principios fundamentales de la bioética y a derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.

Si enmarcamos al Derecho, en un contexto global, es necesario determinar que, a nivel mundial, latinoamericano y desde luego ecuatoriano, ha evolucionado. Esto

se debe de manera especial a las transformaciones de las cuales han sido objeto la sociedad. La universalidad de derechos, principios y garantías permite el desarrollo del ser humano en razón que le permite desenvolverse de mejor manera en la sociedad. La importancia, del Derecho escrito ha sido reconocida en analogía a la densidad poblacional, para que se facilite la difusión y por ende el cumplimiento. es así que nace la necesidad de otorgar un reconocimiento a las leyes secundarias del Estado que son las que descentralizan al Derecho, facilitando la aplicación de la constitución particularizando materias. En materia de familia es necesario la regulación de la gestación subrogada, para que esta no sea una práctica clandestina que atente a la integridad del ser humano.

2. CAPITULO II

2.1. Estado del arte

Los principios fundamentales de la bioética y el reconocimiento de la gestación subrogada como derecho de familia.

2.1.1. Los principios fundamentales de la Bioética

La Bioética en la historia y su relación con otras ciencias

Para abordar este tema es necesario establecer que la bioética como ciencia es un tema relativamente nuevo, sin embargo, desde tiempos muy remotos en el ciclo de la humanidad aparecen vestigios que permiten conocer las formas en que el hombre se empeñó en regular diferentes conductas tomadas frente a la vida misma. Entre estos tipos de orden creado, data el Código Hammurabi o la Biblia de los cuales se desprende el precepto “no matarás”. Para el surgimiento de este término, existen antecedentes remotos, que fueron originados en la cotidianidad, enmarcada en los problemas morales sobre la salud, la medicina e inclusive sobre la vida. Estos factores eran estudiados por otras materias como la teología, la deontología, la medicina legal y la ética médica; pero a través de la historia ha ampliado sus horizontes y actualmente se denomina bioética (Padovani Cantón & Clemente Rodríguez, 2010, pág. 370).

Históricamente, a pesar que el hombre se ha preocupado por generar conocimiento, no siempre el ser humano ha sido tratado con humanidad, la división de clases sociales, clases económicas e incluso bajo la justificación burda de clases raciales, ha generado desigualdades entre los seres humanos. La importancia de salvaguardar la vida y la integridad de los seres humanos se ha visto amenazada constantemente por conflictos bélicos, guerras, delitos de lesa humanidad, intereses políticos, sociales y económicos. A pesar de ello la importancia de ser una especie con la capacidad de razonar, ha permitido que se considere a la vida como un bien privilegiado de los seres de toda especie. Precisamente cuando se despierta el lado humano, después de atrocidades cometidas en contra de la humanidad misma, ha

ido surgiendo la necesidad de proteger al hombre y a la mujer de prácticas que dañen o atenten a su integridad. El surgimiento de la bioética es la respuesta a ese llamado histórico.

Enmarcados en un punto de vista antropológico surge la visión dualista de distinguir entre un cuerpo humano viviente y una persona humana viviente, de este modo el dualismo permite una separación entre “el sujeto que experimenta conscientemente identificado como persona y el cuerpo del sujeto”. En consecuencia, según esta teoría, “la persona humana, es considerada como un sujeto consciente, distinto y separado del cuerpo”. Para el efecto, basados en el análisis investigativo de May & Mc Givney “considera el cuerpo humano viviente no como la persona corporal sino como un instrumento privilegiado de la persona no corporal” y enfoca “el aspecto procreativo o reproductivo de la sexualidad humana como parte del mundo subhumano sobre el cual la persona posee dominio, y el aspecto relacional o amativo como personal en la medida en que su existencia depende de la consciencia” (2007, pág. 146).

A pesar de que el ser humano se considera como un enigma, y se ha dedicado varias teorías al entendimiento de su origen, comportamiento y evolución, no se ha podido resolver varios misterios de la humanidad. Pero estas teorías han sido un gran aporte para entender de mejor manera que a pesar de particularidades otorgadas por las condiciones genéticas, evolutivas y hasta climáticas, la especie humana es una sola. El reconocimiento al respeto de los seres humanos entre sí, es lo que precisamente permite abordar este complemento entre lo corporal y no corporal, con la finalidad de conectarse con la humanidad misma del ser. Las memorias colectivas y generacionales transmitidas y evolucionadas a la par del ser humano como ser, es lo que conlleva a mediante el raciocinio, buscar la protección de la especie en relación a los avances tecnológicos y prácticas médicas para que estas en verdad se apliquen en pro del ser humano como especie, buscando así mejorar la calidad de la salud y el bienestar integral.

Teología: A finales de los noventa, se dio lugar en Italia un debate en el que se ponía a consideración los rasgos de la bioética y su naturaleza, es decir si se podía

concebir su origen laico o neutral, libre de dogmas. Así en palabras de Sarmiento: “sin referencia alguna a Dios en la comprensión del hombre o, a lo sumo, considerando la cuestión de la existencia de Dios como una opción irrelevante para la moralidad” (2008, pág. 781). En el margen de lo propuesto, surge la aplicación de la teología desde el aspecto moral que como rasgo fundamental está relacionada con la Bioética por cuanto de manera indirecta coadyuva en la correcta aplicación de las prácticas médicas. De este modo, se canaliza la garantía al respeto de la dignidad de la persona y la inviolabilidad de la vida humana como valores intrínsecos en la conciencia personal. En este aspecto destaca la implicación teológica con la bioética, como fuente de interpretación y conocimiento de diversas situaciones humanas.

La teología en el contexto moral, es la capacidad de discernir entre lo que es bueno y lo que se considera malo. Hace una separación desde el punto de vista religioso entre el bien y el mal, esto se debe a que la mayor parte de las religiones tienen un componente moral. Al enfocar esto en la ética, esta se deriva de una verdad concebida desde la divinidad. En relación al ser humano y su convivencia básicamente es un llamado a tratar como se quiere ser tratado. Es decir, es una práctica enfocada en las buenas acciones, en las buenas obras y en la buena convivencia. Aunque esta va direccionada al comportamiento del ser humano y su principal objetivo es hacer el bien y procurar el bienestar de los que nos rodea, para generar armonía. La teología, es considerada como una ciencia de Dios, se puede decir que en la práctica siempre irá encaminada a que los avances de la humanidad no vayan en desapego a los valores morales y prácticas éticas en relación a la vida.

Deontología: Considerando la dificultad para relacionar: conciencia moral, ética profesional y mandatos legales debido a que cumplir la ley no es sinónimo de una buena práctica médica, se llevó a cabo en Nueva Zelanda un debate para analizar “si a los profesionales de la salud se les podía exigir ser compasivos con sus pacientes”, concluyendo así que “la compasión no debe ser un mandato legal”. El tema genera amplia controversia, sin embargo, al abordar la Bioética como disciplina resulta viable también el estudio de la Deontología profesional. Sin embargo, en relación con el derecho se conoce que las leyes “no sancionan todas

las conductas incorrectas, sino las necesarias para entablar el bien común”. En tal virtud, las leyes poseen un fundamento ético, y se promulgan en miras a resultados sociales. Así lo considera Altisent al referir que, “la norma legal busca regular los comportamientos que perjudican a otros (...) y tiende a minimizar la regulación jurídica de los comportamientos” (2002, pág. 16).

Es decir, la deontología se convierte en la parte ética con relación a los deberes y principios en prácticas profesionales. La importancia del profesionalismo va arraigado a la ética, con la convicción de que hay acciones buenas o malas. A los profesionales les concibe la capacidad de realizar o evitar prácticas, siempre enfocados en hacer el bien, de manera especial relacionado al ser humano. A pesar de ello en lo que respecta a la correcta aplicación de la deontología, existe la posibilidad de que se realice una acción considerada correcta, pero como resultado se obtenga consecuencias negativas. Esto solo nos deja el camino de aceptar que hay acciones obligatorias que se deben poner en práctica más allá de los riesgos que estas impliquen. Considerando a la moral y a la ética; podemos establecer que la deontología se fundamenta la búsqueda de la sensibilidad de prácticas que generen un bajo impacto en consecuencias globales y procurar siempre el bienestar y salvaguardar de la integridad del ser humano. Poniendo en práctica estos preceptos, se considera correcta una situación en que se guarde más fidelidad a las convicciones que a los fines.

Medicina Legal: se conoce que este factor implica “la aplicación de los conocimientos médicos y sus ciencias auxiliares a la investigación, interpretación y desenvolvimiento de la justicia social”. La Bioética relacionada con la actividad médica, refleja importantes consecuencias sobre todo en aspectos de litigación al momento de responsabilizar al galeno por controversias surgidas por la práctica de su profesión. Sin embargo, se considera que la Bioética no se refleja en mayor grado en lo que a la actividad médica pericial concierne, en lo relativo a peritajes realizados en asuntos legales. Adentrados, precisamente en la cualificación pericial caben sesgos y conflictos en la regulación de esta práctica. De modo que, tomando como referente la legislación española “No se contempla normas específicas de control con las que pueda garantizarse, que el experto posea conocimientos

actualizados y experiencia en la materia concreta objeto de la pericia”. En consecuencia, la actuación de peritos no siempre cuenta con la necesaria experiencia clínica (Aso Escario, 2009).

Teniendo en consideración que la medicina legal por obvias razones tiene un enfoque contextual en el estudio de enfermedades que afectan al ser humano, además de que con la ayuda de la ciencia es posible generar tratamientos siempre en pro del ser humano. Desde este argumento, la medicina legal se encara de la relación entre problemas médicos y quirúrgicos conectadas a las ciencias jurídicas y sociales. Esta combinación es de vital importancia ya que se complementa y generan las herramientas y mecanismos necesarios para promover la protección integral del ser humano desde la legalidad y por su puesto desde la salud. Siendo la salud uno de los derechos constitucionales más importantes para el compromiso por parte del Estado, para generar dignidad humanitaria, basado en atención de calidad y calidez para los ciudadanos. Para complementar esta bina, la aplicación de los principios fundamentales de la bioética, permite que todo el aparataje normativo y los avances médicos siempre protejan la vida del ser humano.

Ética médica En la actualidad, términos como ética médica, problema ético o bioética, frecuentemente se utilizan en forma indistinta, cuando a criterio de Rojas & Lara “en realidad su significado apunta a situaciones completamente diferentes” (2014, pág. 92). De modo que, al diversificar los conceptos no se puede perder la esencia misma de la ética como soporte moral de la conducta humana de la persona. La ética médica, se ocupa estrictamente de asuntos relacionados con la atención del paciente y los posibles problemas derivan de ello. Por tal razón, surge un continuo debate acerca de su aplicación en temas específicos como: eutanasia, trasplantes de órganos, aborto, reproducción asistida, etc. “Es aquí en donde surge una tensión entre el mundo de los hechos, avances tecnológicos y datos concretos, respecto del mundo de los valores y principios morales” Sin embargo, la ética médica propone normas de comportamiento adecuado que vinculado al concepto de ética y bioética adquieren un propósito esencial.

En contexto, con el afán de comprender de manera adecuada que es la bioética, y sin la probabilidad de obtener una definición concreta; la orientamos como ciencia, a pesar de ser relativamente nueva. En consecuencia, considerando que es un tema que no parte de cero, tiene como base funcional, la protección del ser humano en relación a la intervención de los avances tecnológicos y científicos. Con el devenir del tiempo, diversos acontecimientos forjaron a que el hombre institucionalice su pensamiento, desarrollando su interés por la investigación en el campo de la salud relacionándolo con la ética. Así como los derechos que hoy han sido consagrados en los diversos cuerpos legales y son el resultado de luchas sociales a través de la historia, se dice que la llegada de atroces acontecimientos generó la necesidad humana de reconocimiento de esta rama de la ciencia.

Precisamente posesionados en la quinta década del siglo XX, haciendo referencia al año 1948, en donde se estableció un sistema totalitario, autoritario, racista y discriminador, que tenía como pretensión el dominio mundial, se origina un sacudón necesario para que se despierte la preocupación por el trato humanitario como aspecto muy importante y poco salvaguardado. La consideración esencial de la ética médica es el reconocimiento de la aplicación de principios morales direccionados a prácticas médicas. Es necesario hacer mención que gracias a la ética médica el ser humano goza de total seguridad en la práctica de procedimientos que sean practicados sobre su cuerpo, son estrictamente necesarios y seguros. El profesional de la salud debe prestar asistencia médica proba y respetando los principios y reglas morales que permiten garantizar que los procedimientos médicos a realizarse no serán atentatorios a la humanidad y a la vida en su esencia.

Principios fundamentales de la bioética

En un entorno en el que el aislamiento, las tensiones, conflictos bélicos y el uso de la violencia que ha marcado a la humanidad, dejando huella en la historia y siendo motivo de luchas sociales en el intento de salvaguardar la integridad humana se desarrolla el estudio de los principios fundamentales. Se puede hacer mención que un principio es una regla que se debe cumplir con un propósito determinado siempre acompañado de la moralidad. Al viabilizar a los principios fundamentales

enfocados en derechos, se establece como un fin que persigue el Estado, en el que se pretende satisfacer las necesidades sociales. La importancia de estos radica, en que para su aplicación buscan guiar las acciones del ser humano a la benevolencia, protección y cuidado de la misma humanidad. Por consiguiente, se promulga el respeto a las normas morales, jurídicas y sociales que permitan proteger la esencia de la humanidad.

Es así que la idea de recurrir a un conjunto de principios éticos bien razonados para ayudar en la toma de decisiones relacionadas con la salud refleja una tradición y práctica que se remonta a milenios atrás. Sin embargo, en su instancia más contemporánea, muchos ven los Principios de ética biomédica de Beauchamp y Childress publicados por primera vez en 1979 y revisados en 2012 como el texto estándar para este enfoque. La idea básica de usar principios como el respeto a la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia para proporcionar una justificación para acciones o decisiones específicas ha sido suficientemente bien adoptada en profesionales de la salud como un enfoque estándar, aunque, como todo principio, no está exento de detractores (Meslin & Schwartz, 2015).

Bajo este contexto, la aplicación de principios fundamentales ahora orientados a la bioética, busca garantizar la adecuada asistencia de un ser humano, denominado para fines médicos como paciente. Sin restar importancia al acompañamiento legal, que permite ser una fuente protectora de derechos consagrados en cuerpos normativos. Esta fusión de legalidad con moralidad y un arraigo en la ética, permite generar un fuerte sentido de defensa y salvaguarda del ser humano. Lejos de evocar una tendencia narcisista el respeto a ser humano exige un valor de humanidad por parte del mismo ser humano. Es así que se rompe el paradigma de que los principios fundamentales de la bioética, van relacionados de forma estricta al ámbito de la medicina, estos principios se han ampliado al punto que se incluye en todos los problemas éticos en los que la vida sea el bien jurídico a proteger.

Por ello las discusiones generadas en estos últimos veinte años han mejorado significativamente el conocimiento acerca de los fundamentos de la bioética y el significado de los cuatro principios bioéticos con preocupación por al menos tres

puntos diferentes: que están organizados jerárquicamente. En este nivel tienen excepciones y, en consecuencia, falta de carácter absoluto; al no ser estrictamente deontológicos ni puramente teleológicos. El único principio absoluto de la vida moral puede ser el respeto abstracto e inconcreto de los seres humanos. Pero al determinar el contenido material de este respeto, los principios se vuelven contingentes y relativos. Por lo tanto, el razonamiento moral debe tener necesariamente no menos de tres momentos, uno absoluto, otro meramente formal, es decir, respeto por todos los seres humanos, y los otros dos relativos y materiales (García, 1995).

El primer momento material se compone de los cuatro principios bioéticos, divididos en dos niveles, uno privado, que incluye los principios de autonomía y beneficencia, y el otro público, incluidos los de no maleficencia y justicia. El segundo momento material se ocupa de casos específicos y requiere un análisis de su contexto, incluidas sus circunstancias y consecuencias. Solo cuando se siguen estos pasos y, por lo tanto, se equilibra el principialismo y el contextualismo, el razonamiento moral puede ser correcto y completo. A pesar de que se ha reconocido únicamente cuatro principios considerados fundamentales en relación de la bioética, cada uno de estos generan un conceptualismo de protección al ser humano dentro su humanidad. Es decir, la protección de todos los derechos y principios relacionados a la vida y al respeto del ser en todo momento de su desarrollo vital.

Principio de Autonomía: a este principio también se lo relaciona con el de respeto a la persona; en un enfoque esencial se trata de la exigencia de asegurar, garantizar y promover el efectivo respeto de la voluntad de participar o no en investigaciones clínicas experimentales o en tratamientos médicos. Se establece como deber por parte del profesional encargado de practicar una de estas acciones sobre la persona, “otorgar la información necesaria de todo lo que se va a realizar, de los riesgos y posibles consecuencias”. Esto con la finalidad de recibir la autorización expresa de que acceder al procedimiento médico, lo que en materia legal se denomina “consentimiento informado” (Ciccone, 2005, pág. 71). Estar debidamente informado del tipo de procedimiento al que va a ser sometido en ocasiones en el

que el paciente no está en la capacidad de decidir, el profesional médico debe obtener el consentimiento de la persona que esté a cargo legal del paciente.

La información que se otorgue debe ser la misma que se otorgaría al paciente. Este principio es meramente basado en que la persona es auto determinante para inclinarse a propias escogencias en función del raciocinio. Es decir que las elecciones de realizan de forma intrapersonal, determinadas por sus creencias, miedos y fortalezas, lo que en alguna medida se vuelve sostenible y aceptable las posibles consecuencias que conlleve las decisiones tomadas. Este principio es la expresión máxima de las libertades otorgadas al ciudadano por parte del Estado, claro está que estas libertades no justificarían bajo concepto alguno la transgresión de derechos de ningún ciudadano (Ferro, Molina Rodríguez, & Rodríguez , 2009). Si damos un enfoque netamente jurídico al principio de autonomía se hace manifiesta en el contenido esencial de los Derechos de libertad en el que pretende dotar al ciudadano de autonomía, se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador (Constitución, 2008, Art. 66).

Inmersos en este contexto se encuadra el derecho a llevar una vida digna, salud, alimentación, nutrición y otros servicios complementarios. Específicamente, haciendo referencia a la integridad personal, está garantizado el derecho a la integridad: física, psíquica, moral y sexual; la libertad de ideas y religión, y la de circulación; el derecho a la libertad y seguridad; al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; al matrimonio; la inviolabilidad de domicilio y el secreto de comunicaciones; entre otros. No obstante, es meritorio generar una referencia de que la autonomía arraiga cuestiones morales y decisorias, dotando al individuo que en pleno uso de sus facultades pueda elegir, tomar decisiones y por su puesto adjudicarse consecuencias. Esto relacionado como principio es la capacidad dotada como derecho a ser informado y respetar la decisión a tomar por parte del paciente.

La autonomía como capacidad serán entonces habilidades en conjunto que cada persona goza con la facultad de elegir y responsabilizarse de posibles consecuencias. En otras palabras, se constituye la forma de comportamiento de la

persona ante sí misma y frente a la sociedad; es decir contraponiendo su libertad frente a su responsabilidad. Para darle un enfoque de legalidad, la autonomía como derecho sería la garantía de las personas a desarrollar un proyecto vital basado en su identidad personal promulgando el libre desarrollo al margen de sus capacidades físicas, intelectuales y emocionales. Inclusive generando la garantía de que en caso de carecer de capacidad pueda ser representado por otros que ejerzan responsabilidad sobre el individuo.

Principio de Beneficencia: este principio se expresa en dos reglas complementarias: la primera es no producir daños, y la segunda es maximizar las ventajas minimizando los riesgos (Siurana Aparici, 2010). Este principio pretende que la actuación del servidor médico sea completamente beneficiosa para el ser humano. Si bien en este aspecto se separa un poco al individuo y su autonomía, recae en mayor grado la responsabilidad sobre quien sea responsable de ejecutar la práctica médica. Esto hace que se instituya ambigüedad ya que la interpretación es meramente relativa y pues la persona que recibe el procedimiento mide el grado en el que supuestamente o es benéfica o no.

Es importante resaltar que en relación a la autonomía nadie puede ser beneficiario a otro en contra de su voluntad. En este precepto la beneficencia y la autonomía van ligados estrechamente, y para fines de procedimientos médicos siempre se ejecuta la autonomía como medida de primer orden. Entonces, se puede manifestar que este principio no es más sino el deber de ayudar al prójimo por encima de intereses particulares. Proceder en función del mayor beneficio posible para el ser humano procurando el bienestar en su máxima posibilidad. En el contexto de aplicación de este principio se generan dilemas en donde el acto de beneficencia se contrapone al no cometimiento de un mal, daño o perjuicio. Sin embargo, se ve subsanado con la no intencionalidad de querer haber causado ese daño o perjuicio.

Es aquí donde se correlaciona la autonomía con la beneficencia ya que entre el paciente y el prestador de servicio de salud se decide de forma informada y consiente el procedimiento a aplicarse. Entonces se debe considerar que el daño a causarse es inferior en relación con el beneficio por obtener y la persona de forma

autónoma o en caso de no gozar de la capacidad estar asistida y representada legalmente, esté en pleno conocimiento de las consecuencias y dispuesto a asumirlo (Principio de autonomía y beneficencia. Dos principios en tensión, 2008). Este principio más que regir al paciente, recae sobre los profesionales responsables de ejecutar la práctica médica. Es decir que se manifiesta la obligatoriedad en torno a los profesionales de la salud de actuar siempre en pro del ser humano.

Por tal motivo, se busca maximizar las posibilidades, partiendo desde cero esperando los mejores resultados con el fundamento de alcanzar los objetivos deseados. Si bien en caso de que se imposibilite alcanzar dichos resultados pese a los esfuerzos realizados, no implica de forma necesaria que se ha faltado a este principio en tal razón, “este principio se justifica en torno de hacer el bien”, es más una obligación moral de actuar en pro de los pacientes. En consecuencia, se debe cumplir con el objetivo de curar el daño y promover el bienestar. La intencionalidad de generar un beneficio al paciente por parte del profesional médico es la base del cumplimiento de este principio fundamental de la bioética (Costa Alcaraz & Almendro Padilla, 2006).

Principio de no maleficencia: reconocido de forma clásica como el principio de la ausencia de daño. En este principio se expresa la obligación de no producir daño intencionalmente (Ciccone, 2005). Analizando este principio, se establece que una de las características fundamentales es la intencionalidad, es decir el hecho de no producir un daño injustificado o innecesario, se debe direccionar las herramientas y recursos a prevenirlo. Este principio busca proteger la vida y la integridad personal en analogía con no provocar la muerte de un ser humano, no provocar sufrimiento, evitarle el dolor en medida de lo posible y no producir incapacidades cuando se aplica una práctica médica. Si se vulnera esto recaería en el dolo, y las actuaciones dolosas traen consecuencias penales y será debidamente sancionado por la ley.

Este principio también tiene preceptos enmarcados en la moralidad, y pese a que se contempla los riesgos estos deben ser en menor medida que los beneficios de la práctica médica a realizarse. No obstante, surgen complejidades cuando se aplican

los principios de beneficencia y no maleficencia, entendidas como obligaciones éticas de beneficiarse y no dañar, respectivamente, que se encuentran en innumerables compendios de principios y directrices de bioética. Las preocupaciones sobre beneficiar y no perjudicar a los pacientes proporcionan un contrapeso ético convincente al argumento de que los pacientes deben tener un control sustancial sobre el acceso y el uso de su información médica.

El principio de no maleficencia busca proteger los derechos de las personas de forma especial el derecho a la vida. La preocupación surge cuando los pacientes obstaculicen su propia atención médica y se lastimen, al ejercer un control mal concebido sobre quién ve partes de sus registros de salud. Un paciente, por ejemplo, podría decidir no darle a un cardiólogo acceso a la información en el registro de salud que muestra que el paciente está siendo tratado por depresión. Si esto significa que el cardiólogo prescribe un medicamento que tiene una interacción peligrosa con el que el paciente está tomando para la depresión, entonces parece que algo salió terriblemente mal. Ha fallado un sistema que debería proteger a los pacientes de daños y promover su bienestar (Meslin & Schwartz, 2015).

Con lo descrito puede que este factor tenga una similitud con el principio de beneficencia, pero la diferencia radica en que el principio de beneficencia está orientado en buscar y encontrar precedentes para hacer el bien al denominado paciente. Una vez aplicado el procedimiento evaluar los resultados obtenidos, en caso de acontecer complicaciones no se busca responsabilidad ya que determina de antemano la intencionalidad de “hacer el bien al ser humano”. En cambio, el principio de no maleficencia se direcciona directamente a la intencionalidad de causar un daño eminente, que pudo haber sido evitado, es por ello que se considera como dolo y se contempla la posibilidad de sancionar y por ello este principio si establece responsabilidades sobre el personal de salud responsable de la práctica médica.

Principio de Justicia: este principio indica el criterio según el cual se reparte riesgos y beneficios con imparcialidad. Si nos enfocamos en lo que es la justicia como elemento fundamental de la sociedad, se determina que “es mantener

equilibrado el orden público y la armonía social” (Cicccone, 2005). En tal razón, se insta a la igualdad como pilar de ejecución de la justicia. Ahora bien, el principio de justicia direccionado al ámbito de la salud, se orienta a la sensibilización en torno de aquellos que se consideran vulnerables. Este principio tiene origen en la norma moral de dar a cada quien lo que necesita, en el que se derivan diversas obligaciones, en torno a la adecuada distribución de recursos, proveer a cada paciente de una atención eficaz, eficiente y especializada.

Por lo analizado, es preciso disponer de los recursos indispensables para promover un adecuado acceso al derecho a la salud. Siendo el Estado el responsable directo del cumplimiento de estos preceptos manifestados como derechos fundamentales. (Ferro, Molina Rodríguez, & Rodríguez, 2009). Por lo expuesto, al responsabilizar al Estado ecuatoriano en el ámbito de la salud, la norma suprema lo estipula como un derecho garantizado cuya realización se vincula al buen vivir. La forma en la que pretende precautelar este derecho es mediante políticas económicas, sociales, culturales educativas y ambientales. La atención integral de salud incluyendo la salud sexual y salud reproductiva mediante la garantía de que el acceso a esta debe ser permanente, oportuno e incluyente. Es así que se interrelaciona con principios de equidad, universalidad, solidaridad interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética (Constitución, Art. 32).

La justicia como principio fundamental de la bioética busca garantizar el acceso de forma universal, determinándolo como servicio público estatal y por ende este debe ser universal en todos sus niveles y gratuito. Los servicios que se debe suplir son los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación. (Constitución, Art 362). Con este bloque normativo contemplado en la Constitución de la República del Ecuador, se puede decir que se cumple con la aplicación de los principios de la bioética en relación a la justicia y por ende al conjunto de principios. El principio de la justicia tiene dos vertientes, la primera se la reconoce como Justicia Distributiva, siendo la que involucra el acceso a la salud de forma equitativa para todos los miembros de la sociedad y la segunda se fundamenta en la no discriminación en materia de salud (Padovani Cantón & Clemente Rodríguez, 2010).

Entonces podemos decir que la justicia es un principio de orden público y por ende legislado. En la que se cundiera a la distribución de deberes y derechos para generar un beneficio en este caso en el área del acceso al derecho a la salud. Se enfoca en saber si una actuación del profesional de salud es ética o no y si el acceso a la salud es equitativa y no discriminatoria, se ser accesible para todos los seres humanos que necesiten procurando recibir un beneficio, a que no se les cause un daño y desde luego que se respete su autonomía.

Reconocimiento de la Bioética en el mundo

Las barbaries de la llamada civilización, los atentados a los derechos humanos, los conflictos bélicos, guerras civiles, guerras químicas, delitos de lesa humanidad han marcado el recorrido de la historia hasta llegar a la actualidad, ha sido el motor para buscar subsanar las atrocidades cometidas contra la humanidad misma. La distorsión de la moralidad y de las reglas del comportamiento humano hace que se desencadene brechas divisorias y clasistas. El individualismo feroz que se enfoca desde la individualidad reconocer la moralidad dictaminado de forma vertical lo que es correcto y lo que no. Pero a través de luchas sociales, se ha ido restableciendo la moralidad, en beneficio tanto de grupos minoritarios como de las grandes mayorías. Se ha intentado construir una moral que priorice la paz, la solidaridad, la igualdad, sin comprometer las libertades individuales siempre que estas no atenten a sus semejantes. La consideración con el prójimo permite un desarrollo evolutivo del ser humano en que cada vez se busca mecanismos de solidaridad dentro de la convivencia.

Es así que abre paso en la historia la Bioética, y se la va implementado en prácticas médicas, siempre en pro del ser humano. El surgimiento de la Bioética como disciplina científica, se origina desde un contexto de moralidad, luego se cimenta raíces en situaciones políticas, económicas y sociales del mundo. Uno de los conflictos bélicos más atroces que atravesó la humanidad es la "Segunda Guerra mundial", en la que se cometieron crímenes en contra de la humanidad que marcaron precedentes tan arraigados a la humanidad, al punto que se generó un pacto social en que se no se debe repetir estos actos por el bien de la humanidad. Como es

evidente, con la finalidad de generar avances tecnológicos se utilizó a seres humanos para la realización de experimentos, que se suponía iban destinados a mejorar la calidad de vida de las personas en un futuro, pero estos procedimientos eran tan ortodoxos que incluso llegaron a transgredir el bien máspreciados del ser humano, la vida.

Es ahí donde se origina como un primer paso la moralidad, luego la ética y así se fue conjugando conceptos y criterios que se fueron desarrollando hasta generar lo hoy se conoce como Bioética. Esta disciplina ha ido despertando de a poco una gran motivación que ha convencido de que no se debe realizar acciones o procedimientos sin el respaldo de medidas en torno a la conciencia. En consecuencia, surge la necesidad de respetar a la vida, desde el punto de vista jurídico y biológico, situado como un derecho o como un bien jurídico que se debe respetar. “La vida se salvaguardará en todas sus manifestaciones”, por lo tanto, se reconoce la prevalencia ética como una necesidad de primer orden, junto al compromiso social y a la prevalencia del sentido humanista en las acciones de salud. La terminología que tuvo como origen en un sentido ecológico, ahora es meramente humanista en toda su expresión por cuanto ha ido acaparando conceptos neoliberalitas y neo constitucionalistas a escala mundial (López Baroni, 2016).

Países de Oriente y cultura musulmana: Ahora bien, haciendo referencia específicamente a los principios islámicos de bioética, se describen que son operativos en las deliberaciones éticas para proporcionar resoluciones de dilemas morales que enfrentan los proveedores y receptores de atención médica en las sociedades musulmanas. Precisamente, los principios distintivos de la tradición ético-legal islámica responden a la experiencia cultural y político-social musulmana. Algunos de estos principios y reglas muestran una clara afinidad con la bioética secular occidental, mientras que otros son peculiares de la ética comunitaria islámica. En la ética comunitaria islámica, el principio de autonomía es poco enfatizado como base para alguna resolución ética.

Los principios de beneficencia y no maleficencia están cubiertos en "Sin daño, sin acoso", un principio fundamental de la ética legal-teológica islámica. Como parte

de otro principio importante en la teoría jurídica islámica, a saber, están: el bien público y el principio de no dañar, no acosar que resulta ser el principio más frecuentemente citado en la ética social, incluida la bioética, del islam en la actualidad. En el contexto de la bioética islámica, los principios específicos derivados de la ética legal islámica sirven como fuentes para resolver los dilemas morales que enfrentan las sociedades musulmanas. (Sachedina, 2006)

Reconocimiento en Estados Unidos: el Servicio de Salud Pública (SSP), fue una agencia destinada a responsabilizarse por la protección de los derechos y el bienestar de los sujetos de investigaciones en seres humanos. Las inversiones del gobierno en la ciencia médica dieron como resultado toda una serie de nuevas tecnologías médicas e intervenciones terapéuticas. Ante la aparición de problemas legales creados por la experimentación y que no podían resolverse entre el médico, el paciente y su familia, se llevaban a los casos hasta los diferentes tribunales que tenían la competencia para resolver dichos conflictos. La bioética, por lo tanto, se evidencia que ha experimentado un gran desarrollo paralelo al de las ciencias biomédicas. Las preocupaciones originales de la bioética se han expandido, de modo que se ha logrado incluir problemas axiológicos en todas las profesiones sanitarias. En este país, entre los problemas sociales incluidos bajo el término bioética destacan: “salud pública, salud ocupacional, salud internacional, control demográfico, problemas de las mujeres y preocupaciones por el medio ambiente” (Centro interdisciplinario de estudios en Bioética).

Perspectiva bioética sobre el aborto en Argentina: Conforme se ha venido manifestando en líneas anteriores; el campo de la bioética comprende el estudio del comportamiento humano relacionado con las cuestiones de la vida y la muerte y su conocimiento en el entorno social. Ahora bien, un reciente suceso en Argentina para ser específicos en marzo de 2018, fue el agitado debate que se llevó a cabo en torno a las campañas por el aborto legal, seguro y gratuito. Ante esta situación, el Congreso de este país sometió a debate la propuesta de interrupción voluntaria del embarazo; en tanto que, el senado de la república no aprobó tal pronunciamiento. Ahora bien, el planteamiento de aborto legal en Argentina, si se lo puede analizar desde una

perspectiva bioética, es un asunto que realmente trasciende más allá del ámbito de la salud; llegando a inquietar cuestiones morales e ideológicas.

Adentrados en el tema se conoce que países como Cuba, Puerto Rico, Uruguay son permisivos en este tipo de prácticas, mientras que la legislación restante en algunos países de la región acepta esta actuación en casos excepcionales, mientras que en otros existe prohibición absoluta. En línea de discusión moral, el tema debatido se centró en el reconocimiento de la condición de persona del feto o embrión. Para ello, a fin de precisar el tema abordado y verificar como se lleva a cabo las consultas con los profesionales de la salud en el marco de esta práctica en torno a los principios de la bioética se señala que:

“En relación a la autonomía, cabe señalar aquí los otros tres principios implicados en la atención de los profesionales de la salud. En primer lugar, se retoma el principio bioético de justicia, que corresponde al principio formal de equidad, lo cual determina la distribución justa, equitativa y universal de deberes y beneficios sociales. En este sentido, se analiza la inequidad con respecto a la práctica del aborto en la clandestinidad, la cual puede darse de diversos modos más o menos riesgosos para la salud de la gestante. En la consulta con la profesional de la salud no se le da el trato pertinente, en tanto se ofrece información escasa y no se brinda contención psicoafectiva. Asimismo, el necesitar de grandes sumas de dinero para poder acceder a los intentos ilegales, tanto farmacológico como en la clínica clandestina, son determinantes sociales de la salud como inequidades sanitarias”. (Cambra, Mastandrea, Mart, & Delfina, & Paragis , 2019)

Agricultura transgénica, valoración bioética en Colombia: pues bien, se debe considerar que la supervivencia de la especie humana implica haber desarrollado capacidades y tecnologías para sobrevivir, transformando el ambiente a nuestros intereses y necesidades. En este aspecto, la agricultura a través de la biotecnología permite transformar las semillas en la producción de alimentos, con el propósito de reducir la pobreza y el hambre mundial. No obstante, hay posiciones que señalan que la adopción de la tecnología transgénica conlleva un riesgo bioético para la agricultura. Por lo tanto, se ha debatido acerca de “la valoración bioética que se ha venido haciendo sobre la adopción de la tecnología transgénica en el caso colombiano” y se intenta determinar si este aspecto “plantea un problema para el conjunto de la sociedad y sus respectivos desarrollos políticos, económicos, científicos, culturales y ambientales porque es claramente manifiesto el riesgo de

sustitución del fin o fines humanos más altos por el medio o los medios, como la tecnología transgénica”.

El desarrollo en sí de la ingeniería genética técnicas como la clonación, cultivo de células y tejidos en laboratorio y fusión celular, entre otras, las cuales suponen un "salto cualitativo con respecto a las formas antiguas de aprovecharnos de la vida: estamos haciendo cosas nuevas con técnicas que antes nunca estuvieron a nuestro alcance". En este sentido se afirma que “importante comprender que la tecnología transgénica debe dirigirse hacia objetivos como la agricultura sostenible en un país con alta diversidad biológica, la autodeterminación nutricional de los colombianos y, por consiguiente, el bienestar común” (Cuéllar Saavedra, 2018). Consolidando a la biótica como una rama de la ciencia que procura el bienestar para el ser humano por sobre todas las cosas, el reto de los diversos avances tecnológicos es precisamente justificar que los resultados de las investigaciones y planes de desarrollo sean más altos que las posibles consecuencias y que bajo ningún concepto se evidencie la intencionalidad de provocar algún daño irrevocable a la humanidad.

Dignidad humana, salud y bioética

En la actualidad se simplifica la conceptualización de ciertos paradigmas, pero todos estos son una construcción histórica de realidades, hechos y acontecimientos que han ido generando bases históricas que en tiempos actuales son manifestaciones de principios, reconocimientos de derechos e incluso bases teóricas de principios promulgados. Las corrientes garantistas, en las que prima la humanidad en todo su esplendor, no son más que el resultado de vulneraciones y transgresiones de derechos fragmentando la dignidad humana. Su reconocimiento es una manera de reestablecer la fe en la humanidad, en la moralidad y principios básicos de subsistencia y convivencia. Las luchas sociales se han convertido en la fuerza motora de defensa del ser humano, encargados de posesionar derechos, garantías, reglas y principios bajo los cuales no existe otra pretensión más importante que la salvaguarda de la vida en base a dignidad.

Al hablar de dignidad humana es meritorio hacer referencia al 10 de diciembre de 1948, en que se suscribe la Declaración Universal de los derechos Humanos, que al tenor del Art 1 estipula: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (Naciones Unidas, 1948). Es decir que el desencadenamiento de varias luchas sociales de exigibilidad de derechos dio como resultado el reconocimiento universal de la dignidad humana. Si bien la moralidad es más antigua esta se encarga de orientar discernimiento del bien y el mal en las acciones del ser humano (Nino, 2007). Pero el alcance de dotar de dignidad al ser humano marca otros precedentes en relación al reconocimiento de derechos y a la generación de responsables para salvaguardarlos. En síntesis, además de medidas coercitivas en caso de intentar sobre la dignidad del ser humano, se genera derechos, se plasma garantías y se promulga principios, que permiten en conjunto salvaguardar a la persona natural en todas las dimensiones ya sean estas sociales, políticas o económica.

La dignidad humana como concepto filosófico logra materializarse en textos de Derecho internacional y en las constituciones nacionales que en las últimas décadas ha alcanzado protagonismo. La dignidad humana no es una expresión clasificadora, no puede ser vista como un parámetro de sustitución de un vacío que agrupa una multiplicidad de fenómenos diferentes. Esta se consolida como una fuente moral de la se deriva el sustento de varios derechos fundamentales (Marín Castán, 2007). Asimismo, la salud es precisamente uno de los derechos fundamentales que se ha generado en torno a la dignidad humana, este se caracteriza por promover un acceso oportuno, aceptable, exequible y de calidad, divisando a la salud también como un servicio al ser humano que le permite desarrollarse de forma integral. Este derecho va direccionado al buen vivir de las personas y garantizado por parte del estado.

La salud como derecho busca garantizar el bienestar del ser humano, no enfocando únicamente en la curación, también en la prevención y creación condiciones favorables para no quebrantar este derecho fundamental. Es precisamente en donde interviene la bioética como responsable de procurar que se generen estas condiciones. Considerando que en base a los principios fundamentales de la bioética se busca mantener la salud del ser humano, y en caso de que este requiera

un procedimiento, tratamiento o rehabilitación no se transgreda su dignidad humana (Nino, 2007). Contextualizando este contenido es importante reconocer que la base para la promulgación de derechos es la dignidad humana, mediante la cual se otorga un amplio catálogo de derechos en el cual está contenido como derecho fundamental la salud, y para equilibrar este precepto se ampara en la bioética que se convierte en nexo entre la legalidad y la protección de la vida en relación a la ciencia y a los avances tecnológicos se aplican para mejorar la calidad de vida de los seres humanos.

Si bien en la actualidad, la salud humana es vista en muchas ocasiones como una mercancía en el que nuevamente entra en juego el tema de la dignidad humana, Kant sostenía que “los seres humanos tenemos dignidad y no precio” sin embargo, en la actualidad se puede palpar todo lo contrario. En tanto que esta reflexión parte del concepto de dignidad el cual, resulta bastante complejo explicar. En consecuencia, la inequidad en el ámbito de la salud se centra en los llamados determinantes sociales conforme los establece la Organización Mundial de la Salud. Por lo tanto, al hacer énfasis en la dignidad como soporte de la justicia en salud, surge precisamente “la iniciativa privada que se asocia con lo mejor, lo más abierto y transparente, lo que permitirá salir del atraso y nos llevará por los caminos del progreso”. (Escobar López, García Pereáñez, & Rivas Muñoz, 2018)

La lucha por alcanzar la dignidad humana no ha terminado, en materia de derechos Ecuador tiene una Constitución enriquecida con preceptos, principios, derechos y garantías que buscan generar condiciones en las que el ser humano pueda desarrollarse en libertad y bajo situaciones que pretenden alcanzar el desarrollo armónico del ciudadano En el ámbito de la salud se estipula como un derecho garantizado y vinculante con otros derechos que le permitan al ser humano alcanzar la dignidad en su calidad de vida. Por su puesto que no deja de lado el reconocimiento de la biótica en torno a la aplicación de procedimientos, tratamientos y rehabilitación como servicios del Estado.

Ecuador en materia de derechos en relación a salud, la dignidad humana y la bioética tiene respaldo supra normativo, mismo que obliga a que normas inferiores

lo acaten y ejecuten orientado siempre al beneficio de los seres humanos. Por lo tanto; podría considerarse que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la dignidad humana es un valor al mismo tiempo que un derecho; que trasciende lo axiológico y llega a lo normativo. En este sentido normativamente se exige que todos los ecuatorianos respeten las actuaciones públicas y privadas en protección a la dignidad humana, en torno a sus posibilidades fácticas y jurídicas.

La bioética aplicada a la gestación subrogada

La importancia de la bioética en la aplicación de procedimientos médicos, en la que se respalda en sus principios fundamentales, permite que la integridad del ser humano sea salvaguardada, mediante la garantía del derecho a la salud. La tentación subrogada se considera un tema bioético controvertido. Esto se debe al carecer disruptivo, de manera especial en lo que respecta a la procreación humana y las relaciones jurídicas de maternidad y filiación que estas generan. Ya que esto permite desasociar la gestación de la maternidad. Fundamentalmente, se considera que la reproducción humana se ha constituido en una función indispensable para la conservación de la especie; considerando que, dentro del proceso de fecundación, la unión del ovulo y el espermatozoide marca el comienzo de una nueva vida.

Desde el punto de vista biológico, un evento clave para la reproducción es el proceso de implantación entre el embrión y el útero materno, que es la principal consecuencia de la fertilidad humana. Así pues, la implantación atraviesa fases “que llevan a que el embrión sea capaz de mantener un intercambio continuo con la madre, in que ello implique que tenga contacto directo con la sangre materna” Estas fases constituyen: la etapa embrionaria u organogénesis, que se extiende entre la segunda y octava semana; otra etapa es la fetal o de maduración que va desde la novena semana hasta la culminación del embarazo; en esta etapa el embrión se convierte en feto (Rempel, 2016, pág. 36).

Conforme la postura católica: “El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción; por tanto, se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente, a la vida” (Rempel, 2016, pág. 39). Los detractores de esta postura

establecen sus críticas, al amparo de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en el precedente del caso denominado “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, en el que en su Capítulo 6.2.1. determina:

“La perspectiva que asienta el inicio de la vida en la formación de la cresta neural se sustenta en la idea de que no es posible referirse a un nuevo individuo hasta que no se haya traspasado el estadio en el cual los embriones dejan de ser simplemente una agrupación de células para dar lugar a la formación del tubo neural, esbozo del sistema nervioso”

La fecundidad humana ha permitido mantener encendida la luz de la vida a través de los años, mediante la perpetuación de la especie; como regla de la naturaleza o vocación natural; que en ocasiones se ha visto limitada y ha provocado frustración en parejas que no han sido capaces de concebir. Precisamente, con el propósito de subsanar estas necesidades resulta oportuna la asistencia médica para solucionar problemas de reproducción. Esta ayuda biológica convierte al ser humano en una especie capaz de manipular su procreación. En este sentido, las técnicas de reproducción asistida pueden ser de baja y alta complejidad. Por lo tanto, la implementación de las diferentes técnicas de reproducción asistida genera conflictos bioéticos de diferente índole, respecto a su aplicación o rechazo; por ejemplo, se puede evidenciar conflictos morales, sociales, biológicos, filosóficos, entre otros.

En este aspecto, se entiende que la intervención de la ciencia debe ser considerada un complemento eficaz en el proceso de reproducción natural, que permite principalmente subsanar casos de infertilidad. Estos procesos en primer lugar han sido destinados para parejas heterosexuales; en la actualidad se ha permitido el uso de estos procedimientos para personas solas, así como también para parejas del mismo sexo. En tanto a la factibilidad de la realización de esta práctica implica de manera relevante el factor económico; así como la necesidad de decidir quiénes podrían ser los posibles destinatarios de los embriones. En consecuencia, entra en juego la aplicación del principio de autonomía y voluntad de la persona para poder tomar estas importantes decisiones que van más allá de un aspecto médico o biológico, por cuanto la concepción de una nueva vida acarrea derechos y responsabilidades para los progenitores.

Si bien existen países en los cuales esta práctica está regulada, hay legislaciones como la ecuatoriana, que pese a aceptar a la maternidad y a la filiación como relación jurídica no ha generado normas que permitan el reconocimiento legal de la maternidad subrogada como relación jurídica en torno al derecho de familia. Pues, bien, en los últimos años se ha suscitado controversias a escala mundial en torno a la aceptación o no de la gestación subrogada, y en caso de ser aceptada cual sería la manera más proba de regularla. A pesar de ello es importante establecer que en los países en los que esta práctica médica ha sido regulada, se cumple o no con los principios fundamentales de la bioética. Con el reconocimiento de que la bioética tiene raíces moralistas, en las que se busca proteger al ser humano y su integridad (Bechara, 2019).

Se visualizan posturas en torno a la maternidad subrogada que mantienen posturas naturalistas que condenan toda forma de gestación subrogada, en la que conservan el criterio que la "maternidad es única, especial y propia de la mujer". Es así que no se le puede otorgar el carácter de prestación de un servicio y menos estar sujeta a una contratación de compraventa. Desde luego enmarcadas en un naturalismo acérrimo, ni si quiera se lo puede considerar como acto altruista. Es aquí donde la bioética, permite justificar esta práctica médica, considerando que no es atentatorio a la humanidad, en la que está sumergida la voluntad, el consentimiento y desde luego el derecho. Entonces se establece una corriente legalista, en la que se genera una vinculación ente la bioética y el Derecho. La bioética al contener principios fundamentales, implica una base arquitectónica sobre la valencia del Derecho (Aso Escario, 2009).

La interdisciplinariedad permite abarcar de forma proba los alcances de la humanidad sobre sí misma. Con esta recaían enfocando en la maternidad subrogada desde la perspectiva utilitarista y contractualitas planteados como principal motor decisión la voluntad y perspectivas intermedias a la armonía de intereses sociales involucrados. Se interacciona a la gestación subrogada con la ética médica y ética jurídica que en conjunto generan la bioética. Una vez planteados puntos de vista antagónicos en los que la aplicación de la bioética a la maternidad subrogada depende la perspectiva en la que se desarrolle. Claramente es un tema que por el carácter de ser socio-jurídico deber ser regulado (Andrueti, 2019).

Desde el naturalismo en el que se establece que es un vínculo natural entre la gestación y maternidad que debe recaer sobre una misma mujer y ante la postura en que la maternidad y la filiación son reconocidos como vínculos jurídicos. Se puede denotar la estrecha relación existente entre la bioética y la maternidad, ya sea esta natural o subrogada, ya que las dos corrientes desde sus criterios buscan la protección del ser humano. Es así que la aplicación de los principios fundamentales de la bioética en la maternidad subrogada es de vital importancia en la protección a la integridad del ser humano, en consideración a las corrientes evolutivas del ser humano en torno al Derecho (Ciccone, 2005).

2.1.2. El reconocimiento de la Gestación Subrogada como Derecho de Familia

Protección Integral del ser Humano

Derechos Humanos: La importancia del fortalecimiento de los Derechos Humanos en el Ecuador mediante la construcción histórica de una constitución garantista permite el desarrollo integral del ser humano. La perfección jurídica, la aplicación de leyes, normas y reglamentos; así como la dotación de derechos a los miembros sociales, no siempre fue una prioridad para los grupos hegemónicos de poder. Recorriendo la historia, el poder ha sido la forma más común y aparentemente más efectiva de ejercer dominio, incluso en regímenes democráticos; mediante el poder del sufragio se otorga potestad a representantes para el ejercicio del dominio. La división social, religiosa y económica es la forma de mantener sometidos a los seres humanos; las estructuras divisorias han estado presentes en todo el camino que ha recorrido el ser humano a través de la historia (Bernal Crespo, 2013).

Es así que el recorrido empieza en la Etapa Prehistórica, en la que aparece el ser humano, con la ideología de la supervivencia; siendo la fuerza física la forma más viable de ejercer poder y dominio. Al hablar de invención de la escritura se sitúa la Edad Antigua, donde se recopila las primeras ideas claras de la humanidad, restando transcendencia a la transferencia de conocimientos de forma verbal. El descubrimiento de América, es el hecho que marca la Edad Media, así como también, la caída del Imperio Romano, si bien en este lapso se genera avances científicos y humanitarios, aun no se consagra los derechos. La Edad Moderna en

la que todo el poder económico, social y cultural del continente europeo migrará e implantará en América, dando paso a una serie de atrocidades de lesa humanidad, que no menguaron hasta la Edad Contemporánea con la lucha de clases reconocida como la Revolución Francesa.

Este acontecimiento histórico importante, que se efectuó en el lapso de 1789-1799, fue el declive de la Monarquía Absoluta y de la Aristocracia Feudal, generando la implantación de la ideología del liberalismo; denominación que fue otorgada por la burguesía. En consecuencia, los cambios estructurales no se pueden dar de forma rápida e inmediata; son procesos sistemáticos, periódicos y evolutivos. En el caso de la Revolución Francesa este cambio estructural, tomó aproximadamente diez años, experimentando profundas transformaciones en varios niveles. Esto permitiría la perennidad de los logros alcanzados con este acontecimiento histórico. A pesar que para muchos esto únicamente se lo divisa con un cambio de poder, destacando que la burguesía sería la que ejercía el poder en esta época, por el cúmulo de riqueza generada por la industrialización que opacó al feudalismo. (Millán, 1986).

Sin embargo, es la monarquía la que marca una de las transformaciones más importantes a nivel político, dando paso a una monarquía constitucional, por ende, a una república liberal de tipo moderado. De igual manera, la transformación socioeconómica, que fue impulsada por el cambio político, estableciendo cimientos para un camino sólido hacia la industrialización moderna, y el empoderamiento de espacios de poder por parte de la sociedad burguesa. Asimismo, la transformación ideológica, en la que ya se reconoce a los ciudadanos como entes de derechos. Es meritorio resaltar que para que esta transformación se cristalice, hubo una serie de acontecimientos que se venían arrastrando décadas atrás. Precisamente Francia se encontraba en una crisis profunda, en la que la economía era decadente, pero la crisis social era aún más profunda. En el año de 1760 las cosechas en Francia fueron muy escasas, no reportaba una producción sustentable, esto dio paso al decrecimiento de la oferta y como consecuencia frente a la demanda existente, los costos se elevaron generando un descontento popular.

A pesar de que la burguesía era considerada como una clase dentro de la sociedad debido a su crecimiento económico, no era reconocida como deseaba en lo que a política respecta; los privilegiados podían ostentar sus cargos marginando a los burgueses. Con estos hechos la monarquía declinó su economía al punto de caer en una crisis económica muy profunda, debido a los excesivos gastos del Estado y la Corte. Es aquí donde el movimiento de la Ilustración hace su aparición, marcando al siglo XVII, como el "siglo de las luces", caracterizado por la defensa de la razón sobre el uso de la fe. La característica de esta corriente era la búsqueda de soluciones a conflictos sociales, sin estar sumergidos en las decisiones del clero. Al defender el conocimiento racional, las sociedades deben deconstruir los prejuicios e ideologías religiosas, para ello las escuelas de pensamiento filosóficas, sociales y políticas, para extender la crítica racional en todos los campos del saber humano (Toynbee, 1977).

Por tanto, los iluministas hicieron hincapié en la defensa del conocimiento racional, en su crítica en contra de los mercantilistas y determinaciones religiosas; además de ser reacios con los absolutismos y a los privilegios otorgados a la nobleza y al clero. Con la separación de la sociedad del clero, se genera tres etapas en las que al finalizarlas se consolidaría la Constitución escrita, misma que permitiría el reconocimiento de derechos a las personas de una forma más integral con el apareamiento de la apreciación de igualdad de los activos sociales. La primera etapa fue la Monarquía Constitucional, caracterizada por la constitución de la Asamblea Nacional, suprimiendo los vestigios del sistema feudal. La conversión a República caracterizada por el juzgamiento, condena y ejecución de Luis XVI, dando paso a la constitución de una dictadura de carácter popular, precedida por Robespierre (García Ramirez, 2002).

El directorio, caracterizada por la toma del poder por parte de la burguesía, en donde finalmente Napoleón regirá el poder de Francia primero como cónsul y luego como emperador. Este fragmento de la historia es considerado como el primer paso al reconocimiento de los derechos de las personas, ya que la Revolución Francesa dio lugar a la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano; como proclamación de igualdad para todos los ciudadanos. Es meritorio reconocer que, a lo largo de la historia, los levantamientos populares, los conflictos ya sean estos

internos o externos y las guerras, se han convertido en escenarios potenciales para la vulneración de derechos. Pese a que se justifica el origen de estos como una reacción a un tratamiento inhumano y tratos injustos por parte de aquellos que controlan el poder. La humanidad ha atravesado por varios periodos que han teñido de sangre la historia, con la finalidad de salvaguardar ideales, intereses o simplemente el poder.

Pero para llegar a una edad contemporánea donde paulatinamente se ha reconocido ya no solo de forma tácita, también practica la protección, garantía, restauración y restitución de derechos ha sido un camino largo. Si bien la Revolución Francesa abrió un amplio sendero a seguir, no podemos dejar de lado acontecimientos como la Declaración de Derechos Inglesa que se dio en el año de 1689, misma que fue redactada después de varios enfrentamientos civiles. Es meritorio hacer referencia que el Cilindro de Ciro, es considerado como el primer documento en el que hace mención a Derechos Humanos, mismo que fue redactado en el año 539 a.c., redactado por Ciro El Grande del Imperio Aqueménida de Persia. Para el año 590 d.c., el Pacto de los Virtuosos, mismo que fue acordado por tribus árabes, se consideraría como una de las primeras alianzas en temas de Derechos Humanos (Millán, 1986).

Pero la historia no se detiene, en 1215 con la Redacción de la Carta Magna y el reconocimiento de derechos de las personas por parte de Juan sin Tierra, surgida de la petición de los nobles para detener abusos por parte de la monarquía. Es un camino largo por recorrer, con la llegada a América de influencias de dominio europeo, llega también la independencia, luego de años de sumisión y abusos, siendo en Estados Unidos el que rompe cadenas con el reconocimiento de los derechos naturales en que reconoce la igualdad, la libertad y la vida como derechos inalienables de los hombres. No todo fue conflicto, podemos encontrar guerras pacíficas como es el caso de Mahatma Gandhi, quien hizo una guerra rompiendo silencios y difundiendo no solo en el Europa sino en todo el mundo, que todos los seres humanos tienen derechos, y que los Estados deber garantizar la dignidad de la vida. Pero no siempre bastó con la redacción de documentos, o con el reconocimiento, otorgamiento y garantía de ciertos derechos a pequeños grupos por parte de los que tenían la concentración del poder.

Hubo hechos de los que nadie quiere hablar, de los que es preferible no voltear a ver, pero que quedaron plasmados en la historia, de forma particular, hubo un acontecimiento que cuestionaría tanto la capacidad de destrucción del ser humano, en la que se cometería actos que rebasarían los límites de entendimiento de la crueldad del hombre hacia el hombre. Estos sucesos, generan la interrogante si fue o no necesario, cada uno de los hechos, acontecidos en esta época de devastación, de dolor humano, y que a pesar de que el tiempo ha seguido su curso, sigue presente el temor a que se repita, que genera una tensión silenciosa, en el que se debe activar todos los mecanismos necesarios para que en las páginas de la historia no se vuelva a plasmar la angustia, dolor, temor, de quienes estuvieron presentes; de los que pagaron las consecuencias de los desacuerdos, de los sedientos de falsa perfección y poder, atentando contra la humanidad. Siendo el 1 de septiembre de 1939 que se desató un conflicto militar global, la ha nombrado por la historia como la Segunda guerra mundial, siendo la mayor contienda bélica, con secuelas que han trascendido generaciones.

La mayor parte de las naciones del mundo se vieron implicadas en este hecho, y fue la presencia de las grandes potencias lo que hizo más letal al enfrentamiento, con más de cien millones de millares movilizados, destinado toda la capacidad económica, militar y científica a la destrucción de la humanidad. Generando el exterminio de poblaciones civiles, bombardero aéreo de ciudades y la utilización de armas nucleares; los ataques eran constantes y fulminantes. El holocausto, el genocidio político, religioso; desde 1941 hasta 1945 en Europa con la guía de Adolf Hitler quien incentivó la ejecución de los judíos y se extendió a polacos, comunistas; sectores de izquierda política, homosexuales, gitanos, discapacitados físicos y mentales y prisioneros de guerra soviéticos, al punto de no poder determinar la cantidad exacta de víctimas que dejó este acontecimiento histórico.

Siendo el 15 de agosto de 1945 cuando Japón aceptó la rendición incondicional, luego de años de devastación que logra poner fin a esta catástrofe mundial. En las que las relaciones políticas y la estructura social del mundo quedó devastada por completo. Era urgente la restauración de la paz, reencontrar la humanidad entre los seres sobrevivientes, confinar la armonía social y paulatinamente ir restaurando todo aquello que fue devastado. Sentando como precedente todo el daño que puede

causar los conflictos ideológicos y políticos entre naciones y sobre todo la capacidad de destrucción que se desarrolló durante estos años por las fuerzas económicas, militares y políticas. De las cenizas de una humanidad en ruinas, sumergidas en la devastación social y en la decadencia económica; pidiendo a gritos de silencio la paz y con temor latente de que este hecho se repita, se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Adquiriendo el compromiso por parte de la comandad internacional, a no permitir que se repita nunca más las atrocidades como las sucedidas en la Segunda Guerra Mundial; la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de junio de 1945 firmó en la ciudad de San Francisco, la Carta de las Naciones Unidas, entrando en vigencia el 24 de octubre del mismo año y como parte integrante de esta carta el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta contenía una hoja de ruta la misma que garantizaba los derechos de las personas independientemente del lugar y del momento en que se encuentren. En 1946 fue sometida a revisión, por parte de la Asamblea General la Declaración sobre los Derechos Humanos y libertades fundamentales, luego pasó al Consejo Económico y social, posteriormente someterse al análisis de la Comisión de Derechos Humanos y así esta preparase la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Luego de cumplir con procedimientos de redacción, aprobación y promulgación en septiembre de 1948 en la resolución 217 A (III). Finalmente, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en Paris, aprobó la Declaración Universal de los Derechos humanos. Estableciendo por primera en vez en la historia un documento escrito de escala mundial, cuyo objetivo primordial es establecer los derechos humanos fundamentales, mismos que deben ser protegidos por todos los pueblos y naciones, desmaterializado diferencias sociales, económicas e ideológicas. Los hechos producidos antes, durante y después de la Segunda Guerra Mundial, generó la necesidad de plasmar que la libertad, justicia y paz en el mundo se origina en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana.

Generando el reconocimiento de los Derechos Humanos, como derechos inherentes a todos los seres humanos, sin tener en consideración, la nacionalidad, lugar de residencia, sexo, genero, identidad sexual, origen étnico, color de piel, religión o

creencias, lengua, capacidades diferentes, todos tienen los mismos derechos, con el simple hecho de ser humanos. El reconocimiento y la aceptación global permite que estos derechos sean interrelacionados, interdependientes e indivisibles a más de esto se los reconoce como intrínsecos al ser humano y de carácter irrenunciable. Es meritorio reconocer que los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones, los Estados asumen las obligaciones y deberes convirtiéndose en garantistas, en virtud de derecho internacional.

Se ha logrado la universalización de los derechos, la responsabilidad de los Estados a garantizarlos, pero nace la interrogante, si eso basta para que se alcance la armonía social global, si en verdad los derechos humanos están al alcance de todos los activos sociales, si la Organización de las Naciones Unidas, cumple a cabalidad la finalidad para la cual fue creada, y lo más importante: cual es el aporte que brindamos para que se garantice los derechos de los homólogos sociales, en lo que respecta a la igualdad, que deben ser promovidos por todos los individuos, para que se efectivice entre naciones. A pesar que nos encontramos en una era diferente, y en este siglo XXI, no han suscitado hechos de la magnitud con la que se dio en la segunda guerra mundial y que los países están adscritos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todavía hay millones de personas que se ven negadas de sus derechos fundamentales, incluso de los más básicos, lo que no les permite vivir de una forma digna; todavía existe enfrentamientos bélicos en los que intervienen grupos de poder, y pagan las consecuencias de estos enfrentamientos la sociedad civil.

Casi todos los países de todas las regiones del mundo independientemente del nivel de desarrollo que estos hayan alcanzado, hacen la proclamación expresa del compromiso de respetar, salvaguardar y garantizar los derechos. Varias naciones tipifican en sus Constituciones escritas, el reconocimiento de Derechos, que garantizarían dignidad e igualdad, no solo ante la ley, sino en el respeto de las individualidades en términos de obediencia e inclusión. La libertad se ven menguada con la presencia de la esclavitud de millones de personas mediante el tráfico de seres humanos que son utilizados para la explotación laboral o sexual, se atenta a la vida con el tráfico de órganos. Se hace distinciones por motivos de etnia, religión, género, orientación sexual, color de piel entre otros. Por diversas razones políticas,

económicas, ideológicas y sociales, existe una gran movilidad de personas, negando así un sin número de derechos sin considerar que, por cuestiones de religión existen aproximadamente diez millones de personas sin nacionalidad.

En conclusión, los Derechos Humanos no es simplemente una declaración que en treinta artículos intenta contener y garantizar a nivel global una serie de Derechos que los Estados se comprometieron a garantizarlos, en los que se busca la el respeto a la libertad, igualdad, dignidad, no discriminación de ninguna clase, seguridad, no tratos crueles, prohibición de la esclavitud, prohibición de la tortura, reconocimiento de sus derechos civiles, a un debido proceso, al reconocimiento a la inocencia hasta demostrar lo contrario, legalidad, libre movilidad y estancia, no persecución, a una nacionalidad, respeto a la propiedad individual, acceso a salud , educación y trabajo, al descanso, libertad de pensamiento, en fin a reflejar dignidad en su estilo de vida. Los derechos humanos es conseguir que todos los seres humanos en el mundo disfruten de sus derechos, y que no se divisen como privilegios para ciertos grupos sociales o económicos. Que la concentración del poder no sea en la política, sino en los miembros activos de la sociedad. Los gobiernos y organizaciones sigan aunando esfuerzos para generar, promover y ejecutar el respeto de todos los seres a nivel global.

Que el temor de que se repitan los hechos suscitados en la Segunda Guerra Mundial, no vuelva a estar presente en la sociedad global; para proporcionar estabilidad y armonía, mediante la interconexión de todos los Estados, generando protección de libertades fundamentales tanto desde las individualidades como de las comunidades. Mediante el reconocimiento de estas libertades, como garantías jurídicas, mismas que no son más que la certeza que tienen los individuos, de que ellos, sus familias, sus posiciones y sus derechos están siendo respetados por las autoridades, organismos nacionales, organismos internacionales y desde luego por las leyes, normas y principios estatales. Además, las garantías jurídicas generan la seguridad en caso de que deba producir una afectación en ellos se ajustará a los procedimientos que la ley obliga, mismos que no serán atentatorios de derechos en ninguna dimensión. Convirtiendo a estas en la base para cualquier sistema jurídico, permitiendo que a pesar de alguna acción no está contenida en un determinado cuerpo legal, pero medio de la universalización de derechos.

Derechos Fundamentales: Hablar de una vida digna, es consolidar en un solo bloque todas las potestades necesarias para el desarrollo integral de los seres humanos. Esta idea no dista de una realidad en la que precisamente los derechos fundamentales se consideran inherentes a la persona. Estos derechos constituyen un cúmulo de protecciones para salvaguardar al ser humano en todo sentido. En consecuencia, es el Estado el responsable de amparar estos derechos y plasmarlos en diversos cuerpos normativos, con la finalidad de establecer la aplicación de los mismos. Siempre que se menciona a los derechos fundamentales se genera de forma automática la idea de que son algo esencial, necesario e indispensable que permiten al ser humano gozar de protección. Por tanto, se constituye en un conjunto de protecciones, los mismos que se encuentran tanto en normas supra constitucionales como infra constitucionales. En ocasiones es involuntaria la confusión entre derechos humanos y derechos fundamentales; no obstante, la diferencia radica en la universalización y la tipificación.

Por consiguiente, al establecer que los derechos humanos son un conjunto de prerrogativas apoyadas en la dignidad humana, los mismos que se consideran indispensables para el desarrollo integral de las personas de una forma universal. Por otro lado, los derechos fundamentales son el compendio de los derechos humanos redactados en un cuerpo normativo y por cuestiones de jerarquía generalmente se los establece como primicia en la Constitución. Como ya se ha mencionado, y al consolidarse esto como derecho, se concreta en la intermediación del estado y sus representantes con el ciudadano como sujeto activo de la sociedad para así establecer y mantener armonía social. Pese a que los derechos fundamentales están plasmados en la constitución, no son derechos constitucionales. Pero se puede comprender que los derechos fundamentales se han consagrado en la constitución con la finalidad de generar bienestar de la persona como individuo y promulgar el orden, la convivencia y por tanto la mínima alteración de todos los derechos para no generar inconformidad social.

El protagonista aquí es el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad. Los principios rectores de los derechos fundamentales están sujetos a la legislación estatal, siendo precisamente la legislación estatal la que se enfoca en

la construcción de la dignidad humana, así como de la libertad y la igualdad. Cuando estos están establecidos en un catálogo escrito, el problema jurídico que surge es la interpretación de formulaciones del derecho positivo promovidas por la autoridad generando en ocasiones jurisprudencia ampliando la controversia en relación a la aplicación de lo establecido en las constituciones reconocidas como ley fundamental (Drane, 2019, pág. 21). En consideración a lo expuesto, uno de los mecanismos con los que se cuenta al momento de considerar la aplicación de derechos reconocidos en un determinado ordenamiento jurídico, precisamente es la interpretación. De manera particular en la constitución ecuatoriana no es una constitución reglada, en la que se puede determinar un procedimiento claro y conciso de cómo poner en vigencia un derecho fundamental, para poder hacer efectivo el cumplimiento de los derechos fundamentales, esta constitución se ampara en principios y garantías.

De modo que, al establecer una teoría jurídica de los derechos fundamentales, enfocados en dogmática jurídica, se consolidan el derecho positivo de un determinado orden jurídico. Si bien la diferencia entre una simple teoría de una teoría dogmática genera una brecha notable, por lo que para establecerla como dogmática se genera la obviedad de optar por aquello que es practicado como ciencia del derecho. Entonces al hablar de ciencia como es de conocimiento general es todo aquello que puede ser probado y replicado, aplicando principios básicos que permitan obtener un resultado similar al primero comprobado. En derecho la manera más proba de poner en ejecución la demostración de la ciencia es la jurisprudencia. En la que para obtenerla se sigue de forma sistemática un proceso, sustentados en principios fundamentales, generando resultados en actos análogos al que se obtuvo como primer resultado. Considerando que la jurisprudencia es la obtención de actos o sentencias reiteradas sobre hechos parecidos, para así considerarse como fuente dogmática del derecho (Drane, 2019, pág. 29).

Estableciendo una definición teórica de los derechos fundamentales, puramente formal o estructural, se los consideraría como todos aquellos derechos subjetivos que de forma universal corresponden a los seres humanos considerados como personas o ciudadanos. Así como instaurar una definición dogmática en la que se

establece que los derechos fundamentales “deben ser aplicados estén o no reconocidos por un ordenamiento jurídico, se encuentren o no en leyes fundamentales o simplemente enunciadas en normas del derecho positivo”. En la legislación ecuatoriana, se establece que son derechos fundamentales aquellos inherentes al ser humano, generando una garantía de pertenencia a cada ser humano integrado a la sociedad como persona. Los mismos que procuran la dignidad humana y al encontrarse reconocidos en la constitución tienen fuerza normativa. Los derechos fundamentales están encaminados a la protección de derechos y libertades en el ámbito personal, público y socioeconómico (Ferrajoli, 2005, págs. 19-20).

Los derechos para ser efectivos deben ser funcionales y los derechos fundamentales tienen la función de protección como la más evidente. Los derechos fundamentales se consideran instrumentos de salvaguarda del individuo frente a los poderes públicos. En torno a este particular es meritorio hacer referencia que al hablar de poderes públicos se generaliza en toda su naturaleza, sea esta legislativa, ejecutiva, judicial y en todos los niveles ya sea estatal, autonómico o local. La función de los derechos fundamentales alcanza plenitud, cuando se los vincula con el legislador generando un sistema efectivo de control de constitucionalidad. Es aquí donde se genera la función de legitimación en la que los derechos fundamentales operan como criterios vitalizados, como un mecanismo para intentar discernir lo justo y lo injusto en relación a la aplicación de la ley contenida en los diversos cuerpos normativos; sean estos supra constitucionales o infra constitucionales. Es así que se genera el criterio en el que sin derechos fundamentales no puede existir democracia o concordia civil (Díez-Picazo, 2004, págs. 38-39).

En relación a las reglas y principios en los que se rigen los derechos fundamentales, se considera que tienen una fórmula normativa abierta dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, las normas que establecen o promulgan derechos fundamentales cuentan con una estructura principal, estas son la evidencia y justificación de las dificultades que se presentan al momento de interpretarlas y pues evidentemente al momento de aplicarlas. Para referirse a las reglas y principios, se puede mentar que una regla básicamente se la entiende de forma tradicional de norma jurídica en

razón a un supuesto de hecho y generando una consecuencia. Al referirse a los principios se los determina como protectores de los bienes jurídicos o un valor determinado y que estos sean salvaguardados en la mayor medida posible. Es por ello que las reglas y los principios no pueden ser aplicados de la misma manera. Las reglas tienden a ser más sistemáticas y estructurales y los principios más abiertos y ambiguos. Por ende, es más fácil interpretar y aplicar una regla que un principio, pese a que los principios tienen una cobertura más amplia en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales (Díez-Picaso, 2004, págs. 39-42).

Con lo expuesto podemos establecer que los derechos fundamentales no son absolutos, estos se limitan y restringen en los derechos de las demás personas. En estos encontramos la prevalencia del interés común sobre el particular; es decir, protegen la libertad al mismo tiempo que la limitan siendo esta una forma de mantener la paz y armonía social. En relación a la supremacía del interés común sobre el interés particular dentro del orden jurídico y factores de seguridad, moralidad, salubridad entre otros no se verán sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo para generar prerrogativas individuales. Una de las maneras de verificar que los derechos fundamentales es evidenciar a que punto estos protegen los derechos individuales, sociales, cívicos, culturales y políticos. Esto permite salvaguardar la vida, libertad, justicia, paz, dignidad, igualdad entre otros. Los derechos fundamentales se caracterizan por no realizar ningún tipo de distinción en razón de lenguaje, religión, inclinación política, genero, libertad de expresión, nacionalidad, origen social entre otros, con la finalidad de proteger al ser humano, delimitando sus alcances para no transgredir los derechos de sus homólogos sociales (Duran Ribera, 2002).

Es así que los derechos fundamentales se encargan de la protección de los seres humanos, vistos como ciudadanos o sujetos activos dentro de una sociedad, la misma que está sujeta a un cuerpo normativo y que permite garantizar la dignidad humana. Asimismo, con el contenido en este documento de análisis crítico se puede hacer manifiesto que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que se han sumergido en la constitución de un estado. Sin lugar a duda, para que mediante reglas y principios se los pueda ejecutar de tal manera que salvaguarde la

integridad del ser humano; con la finalidad de generar condiciones de vida en las que se no se transgreda derechos universalizados. Es así que se los considera de vital importancia para el desarrollo de los individuos y de comunidades. No obstante, se puede hacer mención a que mediante la correcta aplicación y garantía de los derechos fundamentales se asegura que el ser humano sea dotado de la capacidad para desarrollarse de forma íntegra y utilizar esas cualidades humanas para satisfacer sus propias necesidades dentro de la sociedad en paz, armonía y promoviendo la justicia social.

Con lo expuesto se puede considerar que los derechos fundamentales son aquellas cualidades o valores de carácter esencial que, por ser inherentes al ser humano, se los considerara permanentes. Son objeto de protección jurídica, por el hecho de estar tipificados en la constitución, lo cual no genera únicamente reconocimiento, sino también, garantías reconocidas en un cuerpo normativo supraconstitucional. En síntesis, los derechos fundamentales pese a considerarse de carácter universal han logrado un reconocimiento positivo a nivel constitucional que permite garantizar valores de dignidad, libertad e igualdad al ser humano; reconocido de dentro del orden jurídico como ciudadano. Lo expuesto genera, la dotación de derechos y la facultad de controlar obligaciones, ambas dictadas y ejecutadas por el Estado. Por lo tanto, no se debe confundir con derechos constitucionales y si bien mantienen el reconocimiento universal tampoco se los debe confundir con los Derechos Humanos. Los derechos fundamentales gozan del reconocimiento nacional e internacional limitado por el orden y el ordenamiento jurídico.

Entendiendo por ordenamiento jurídico a un conjunto de normas ordenadas, jerarquizadas y estructuradas, las mismas que se encuentran escritas en la constitución y por ende delimitadas por el estado. Esta delimitación se la realiza en tiempo, es decir la validez dogmática del derecho positivizado es la que se encuentre en vigor en un momento determinado y en espacio; este hacer realización al territorio en que se desarrollen las leyes positivadas. Por lo tanto, el orden jurídico es el proceso de validez con el que se genera el derecho positivo incluso este puede generar una corrección sustancial en caso de ser necesario. Esta diferencia se debe a tres características puntuales de los derechos la dimensión fáctica, que

corresponde a la eficacia del derecho, la dimensión jurídica y dogmática caracterizada por la estructuración y jerarquización del derecho y la validez filosófica, en la que se arraiga la moralidad, exige la razón natural y se enfoca la justicia otorgada por el derecho. La combinación fluida del orden jurídico con el ordenamiento jurídico se conjetura en la plena validez de los derechos.

Derechos Constitucionales: El derecho constitucional tiene como objeto de estudio la forma de gobierno y la regulación de los poderes públicos. Pero no se debe confundir a esta rama del derecho encargada de analizar y controlar leyes fundamentales que rigen a un estado con los Derechos Constitucionales. Entonces es meritorio hacer referencia que, los Derechos Humanos de carácter universal son aquellos que protegen al ser humano estén o no tipificados en un cuerpo normativo. Los Derechos Fundamentales son aquellos de carácter general que se encuentran tipificados en un cuerpo normativo de carácter supraconstitucional. Los Derechos Constitucionales son aquellos contenidos en la norma constitutiva y organizativa del estado caracterizados por gozar de garantías, tutela y reforma. Si bien este bloque de derechos está direccionados a la protección integral del ser humano, no se los debe confundir ya que cada uno de estos se manejan en escalas distintas y características singularizadas para poder promoverlos y promulgarlos de tal manera que sean funcionales en relación a la dotación garantista de un conglomerado de derechos, conjuntamente con una generación de obligaciones que permitan garantizar la paz, la justicia y la armonía social.

Es así que, los derechos constitucionales son aquellos que se incluyen en la norma constitutiva y organizativa del Estado, es decir en la Constitución de la República del Ecuador. Esta norma supraconstitucional se caracteriza por contener los aspectos más esenciales del sistema jurídico y está direccionada a salvaguardar la dignidad humana. En tanto que, goza de estatus especial dentro del ordenamiento jurídico; desde el punto de vista filosófico-antropológico se considera que donde nace una necesidad surge un derecho. En consecuencia, los derechos tienen una tutela específica, de modo que pueden variar de método y procedimiento al momento de su aplicación y acorde a la legislación de cada estado; pero pone en vigor la fuerza aplicativa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales

reglando su cumplimiento y fortaleciéndolo con la dotación de principios. Los derechos constitucionales se caracterizan por la representatividad y la dotación de derecho a grupos considerados minoritarios, en especial lo que se conoce como el neo constitucionalismo que es darle una dotación de humanismo a las normas jurídicas. (Barié, 2000, págs. 29-31).

Para analizar la perspectiva planteada, es meritorio mentar el enfoque neo constitucionalista, que de forma general se hace presente en los Estados considerados como Constitucionales de Derecho y Justicia. En América Latina esto se ha ido marcando como una tendencia que se ha visto reflejada en la modificación de las Constituciones para adaptarse al contexto de esta corriente, dotando precisamente a la norma suprema de características propias, como por ejemplo la rigidez constitucional, misma que pretende una estabilidad normativa y por ende la aplicación directa e inmediata de las normas. Convirtiéndose en una fuerte vinculante para otras normas, conteniendo en sus líneas un amplio catálogo de Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, Derechos Constitucionales, Principios y Garantías. Por consiguiente, el neo constitucionalismo, se consideraría como una teoría del Derecho, en el cual el Estado se somete a la regulación de una Constitución garantista; la misma que genera una estrecha relación entre el Estado y los activos sociales, siendo estas garantías las encargadas de regular el comportamiento de los individuos y alcanzar la armonía social.

Sin embargo, no por el hecho de que una constitución sea considerada como garantista, debe ser enmarcada en el Neoconstitucionalismo. Debido a que es necesario que cuente con características menos generales, especificando que esta debe tener fuerza vinculante, supremacía, aplicación directa, respeto al sistema jurídico y su jerarquía normativa. Entonces es óptimo establecer al Neoconstitucionalismo como una teoría pensada no de forma exclusivamente garantista de derechos, si no contemplando la utilización de principios y la ponderación de derechos, y con la tendencia a defender el poder discrecional de los operadores de justicia, a pesar de estar fundado y fundamentado en las garantías, estas abren la desembocadura en la aplicación más amplia al punto de considerar un bloque de constitucionalidad que permite la internacionalización de los diversos

Derechos. Motivando de esta manera la implementación de las normas constitucionales en todas las ramas del Derecho.

En el Ecuador, esta corriente se refleja desde la redacción de la Constitución del 2008, misma que encamina a la norma en la protección de Derechos y a consolidarse al Estado como garantista. La misma que permite la interconexión y exigibilidad de Derechos individuales y, colectivos y a la naturaleza, ya no como objetos de derecho sino como sujetos de Derechos. En este ámbito se ha permitido el desarrollo de determinadas categorías, como son: El buen vivir, el mismo que permite que las personas accedan a la dignidad dotando de garantías básicas para el desarrollo integral de los activos sociales; derechos de las personas, estos permiten un desarrollo de igualdad enmarcado en el respeto de las individualidades; los grupos de atención prioritaria, que fortalecen la no discriminación y la inclusión de estos grupos e individuos con una atención de calidad y calidez; de la misma manera se busca el fortalecimiento de pueblos, nacionalidades y colectividades con el reconocimiento de los derechos de participación y libertad; los derechos de la naturaleza con el reconocimiento del derecho de protección, que garantiza la sustentabilidad y la explotación moderada, razonable y justificada de los recursos naturales.

Si bien el reconocimiento de todos estos derechos en el Ecuador surge en el año 2008, los primeros pasos se dieron luego de la Segunda Guerra Mundial, el Neoconstitucionalismo aparece en Alemania, en el campo de la administración de justicia, donde los jueces o juezas ya no serían únicamente aplicadores de la ley sino dotadores y garantizadores de derechos. Es decir, que da el reconocimiento de ser humano a los ciudadanos, saliendo a la luz el principio Pro Homine; generando así el cambio radical del sistema normativo con la aparición, aceptación y aplicación de los Derechos Humanos, convirtiéndose en un aspecto medular en el respeto, la garantía y la vigencia de los Derechos Humanos en toda circunstancia. La dotación de derechos, ha sido una lucha incansable de los activos sociales, la aplicación de las normas y la búsqueda de la perfección jurídica han sido el sueño utópico de aquellos que buscan no solo sólo una igualdad formal sino una igualdad

material de las personas y el reconocimiento de sus derechos como seres humanos, con una vida digna, armoniosa e igualitaria.

Con el solo reconocimiento de la organización colectiva, la misma que es reconocida como la expresión de la soberanía popular, para desarrollar procesos de autodeterminación (Constitución, 2008). Es precisamente el resultado de esa lucha, el surgimiento del empoderamiento. Siendo este un proceso sistemático y gradual, mediante el cual se dota a un individuo, comunidad, grupo social, colectivo y la naturaleza de un conjunto de herramientas para incrementar su fortaleza, incentivar, reconocer y mejorar sus capacidades, permitiendo acrecentar el potencial. Con el objetivo fundamental de generar un mejoramiento en la situación social, política, económica, cultural y psicológica. Como sostiene Ávila Santamaría:

“El derecho ha sido instrumentado al servicio de las clases dominantes, esto permite que la concentración del poder en un determinado grupo, institucionalizándolo, y en nombre de la representatividad de las mayorías invisibilizan a sujetos de derechos que también son partes activas de la sociedad, viéndose obligados a la adaptación de las mayorías” (2011, pág. 27).

La incidencia en decisiones y políticas públicas mediante el control social aportando al desarrollo de la democracia interna, no es suficiente para fortalecer el poder ciudadano. Uno de los grupos que, a través de la historia, ha determinado precedentes importantes, son los colectivos de representatividad son las mujeres. Siendo un grupo minoritario con relación a representatividad, incluso desde el punto de vista de la teología fue creada después del hombre, siendo siempre considerada como un sector débil de la sociedad, negándole derechos de participación e incluso derechos de dignidad. La emancipación de la mujer, es un concepto propio de la historiografía, sociología, antropología y demás ciencias de carácter social, sustentado en un proceso histórico que ha permitido que las mujeres reivindiquen mediante el caos y la protesta la igualdad legal, política, profesional, social, familiar para determinar su verdadero rol en la sociedad. Estos pasos lentos pero constantes que se han dado han permitido el nombre de “Estudios de Género”.

Ciertamente, estos estudios han generado apertura a la interpretación neo constitucional, y al reconocimiento de la diversidad dentro de este contexto.

Haciendo énfasis en que el género es el reconocimiento de un conjunto de personas que tienen características generales comunes, que al mismo tiempo los identifica de forma distintiva de otras de la misma clase. Es este el ejemplo más claro de que la igualdad es el respeto de las individualidades. Hoy en día y gracias al neoconstitucionalismo se goza de una diversidad de género enriquecida de derechos y custodiada por garantías, con el empoderamiento de grupos como los GLBTI, que reedifican día a día la adaptación de la sociedad a sus singularidades físicas, ideológicas e identificativas y la armonía de estos a la sociedad participando de forma coyuntural con el desarrollo del Estado. Es así que se genera la igualdad material de grupos colectivos, ahora bien, no solo encontramos la diversidad de género, también podemos encontrar el reconocimiento a la pluriculturalidad, consolidándose en el reconocimiento de coexistencia en un mismo espacio de diferentes culturas. (Baldi, 2013).

A pesar de que la diversidad colectiva no necesariamente desarrolla vínculos o relaciones de intercambio, tienen el derecho a la participación activa en asuntos del Estado por el simple hecho de pertenecer y reconocimiento de su existencia. Esta también es una lucha social para validar derechos consagrados en la Constitución, las distintas comunidades hacen uso de sus propios instrumentos de acciones tanto políticas como sociales. La similitud más evidente y latente de estos grupos, es que son el resultado de la colonización de sus tierras, entonces hoy en día se los considera como pobladores de determinadas zonas con presencia de afrodescendientes, indígena o grupos no contactados. Paradójicamente, la presencia potencial y mayoritaria de colonizadores, se han convertido en la cultura dominante del Estado, los mismos que puede interconectarse de forma más eficaz entre sí, que, con otros grupos minoritarios, por características implantadas por la influencia europea, como, por ejemplo, el idioma, la institucionalización del Estado, la generación y acceso a la justicia, la moneda, características físicas y de vestimenta. (Avila Santamaría, 2011)

Para brindar una convivencia armónica, tolerante y vinculante, es necesario el intercambio en un país pluricultural, generando el conocimiento y el respeto a la multiculturalidad, para fortalecer el enriquecimiento entre las diferentes culturas

que forman parte de una misma nación. También tenemos una figura muy importante que es la multiculturalidad, esta es la coexistencia y convivencia de distintas culturas en un mismo espacio geográfico. Esta particularidad permite que se generen vínculos y compartan espacios sociales e instituciones, es más inclusiva y tolerante que la pluriculturalidad, es más común en zonas donde ha existido movilidad humana, en las que personas de otros países se adaptan de forma sociocultural y económica al lugar donde se acogen como residencia. El Ecuador tiene un reconocimiento amplio de estas características, y le neoconstitucionalismo le ha permitido generar la capacidad de fomentar una igualdad formal, y el reconocimiento de los derechos fundamentales como base integral en el desarrollo, adaptación y evolución de las personas.

Según lo expresa Baldi: “existe una referencia particular, cuando se toma a la diversidad cultural se produce innovaciones jurídicas, a nivel de América Latina”, en el caso particular de Ecuador los mandatos han jugado un papel muy importante, en la generación de estas políticas públicas para el reconocimiento y la coexistencia con la diversidad. Es la forma más inclusiva de participación en la que existe una relación directa entre las autoridades y los ciudadanos, en coparticipación con los sociales activos con el Estado. Fomentando que todas las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad, ya sea esta de género o cultural y que genera el poder de decisión y pertenencia a una o varias comunidades, a conocer las memorias de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural. Para generar un desarrollo integral del ser humano, es necesario que existan determinadas condiciones, y una de las más relevantes, es el medio ambiente; por este motivo el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en el Ecuador, es un avance sustancial para la evolución del derecho. Convirtiendo a la naturaleza como un bien jurídico, y proyectando por primera vez como un derecho autónomo del ser humano (Baldi, 2013, pág. 53).

Al hablar de titularidad de derechos es necesario hacer referencia a la relación que se genera a partir de este particular, entre la teoría del derecho y el derecho en toda su expresión; debiendo concatenar con la protección que el Estado brinda, es así que se le otorga el derecho a la dignidad, la capacidad, la igualdad y como aporta

al desarrollo del humano en el entorno visto desde el ámbito ancestral, filosófico, ético y desde luego jurídico. La naturaleza o también nombrada como *Pacha Mama* (Madre Tierra), conforme el Art. 71 de la Constitución (2008), es donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia. Encaminados en la ancestralidad lo potencia con la regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, siendo los llamados a exigir al Estado los derechos de la naturaleza, todos aquellos que la habiten, es decir la persona como individuo, comunidades, pueblos o nacionalidades. Siendo el Estado el llamado no solo a garantizar sus derechos sino a fomentar la protección, para ejecutar de forma proba se considera el derecho a la restauración, de forma independiente de la garantías y obligaciones del Estado.

En meritorio hacer la consideración del aporte del neoconstitucionalismo al empoderamiento de las minorías, proporcionando las herramientas y los mecanismos necesarios para la adaptación, convivencia y desarrollo tanto de forma individual como colectiva. En consecuencia, se amplía la dotación de estos derechos no únicamente entre la especie humana, sino adicional al entorno en que se desarrollan, que es la naturaleza. El buen vivir, la dignidad, la igualdad son derechos primordiales que permiten la evolución de la sociedad. La convivencia armoniosa, el bloque constitucional, la universalidad de los derechos humanos; de forma paralela a los derechos fundamentales y consagrados como derechos constitucionales son indispensables para proteger la vida digna. La humanización de los derechos, ha permitido la existencia de un sustento jurídico que permite mediante un aparataje institucional proteger a todos los sociales activos.

El desarrollo de la humanidad, es un proceso evolutivo de: participación, convivencia, coexistencia, coyuntura y lo más importante de respeto a las particularidades que se definen como identidades, identificaciones y sentido de pertenencia un lugar, espacio o grupo determinado. La identidad es la herencia de la ancestralidad que nos permite interconectarnos con nuestros semejantes y diferentes. La vida humana es un proyecto, y todo proyecto tiene un fin; de modo que, el proyecto del neoconstitucionalismo tiene como fin la dignidad humana y el reconocimiento como sujetos de derechos a las especies no humanas. El estado por

medio de derechos, principios y garantías, no es un poder tácito, sino más bien es una ideología que puede generar mejores condiciones humanísticas. El nuevo compromiso que se adquiere es la ética, la moralidad, la realización desde la autenticidad; es así que se dejara de ver al Derechos como la mera aplicación de normas y leyes en búsqueda de una seguridad jurídica.

Se instrumentalizará la credibilidad social, cuando se promulgue la aplicación de las garantías constitucionales, desviando un poco de la simple legalidad y amparándose en la humanización del derecho se garantice el orden social, la convivencia armónica, la verdadera justicia igualitaria y ahí si denotar la seguridad jurídica en el contexto neo constitucionalista. El empoderamiento de los derechos otorgados por el Estado nos permite una equiparación de condiciones, las mismas que favorecen la integración y la no discriminación de grupos minoritarios, y que apruebe mantener la perspectiva de que creer en los derechos, es creer en los seres humanos y la diversidad, además de los seres no humanos y la variedad. Dejando de lado la búsqueda de una mera igualdad, y enfocándose en la dotación de la equidad; mismas que permite la participación activa de todos los que conforman el Estado. El empoderamiento de los derechos conjuntamente con el recogimiento del neoconstitucionalismo, permiten un desarrollo integral de todos los sujetos de derechos.

Es hora de considerar a la tecnología como un mecanismo para subsanar necesidades del ser humano, y a la bioética como un aporte para la humanidad en relación a la protección de derechos de los individuos sometidos a procedimientos médicos, para mejorar la calidad de vida. La aplicación de estas permitiría la protección de un grupo minoritario en relación al derecho de consolidar una familia. Esto hace que la constitucionalización de derechos abra paso a la posibilidad del reconocimiento normativo de la maternidad subrogada. Además que al incorporar al Bio derecho en las bases de las normas supraconstitucionales e infra constitucionales hace que el aparato normativo preste mejores garantías para los seres humanos, que han evolucionado y el derecho en su globalización evolutiva procura subsanar las nuevas necesidades existentes, generadas por las implementaciones científicas y tecnológicas que se han ido desarrollando,

utilizándolas en pro del ser humano desde luego salvaguardando la integridad y la dignidad humana además de todos los derechos garantizados en los diversos cuerpos normativos.

Derecho de Familia

La familia es considerada núcleo esencial de toda sociedad, lo que implica que sus deberes y derechos sean muy amplios. La finalidad de este apartado es determinar la relación Estado-Familia y sus alcances. Para lograr este objetivo, se procederá a definir el concepto “familia” y profundizar el conocimiento de sus deberes y derechos. Así mismo mediante un estudio del término “igualdad” en sus diferentes contextos se podrá analizar brevemente la realidad nacional, enunciando alguna de las consecuencias jurídicas que conllevan al investigador a plantearse múltiples interrogantes en cuanto al efectivo goce de un derecho en contraposición a un principio tan amplio e importante como es precisamente el de igualdad. Con relación al contenido que nos ocupa y una vez abordado tanto el tema igualdad como el tema familia desde diferentes enfoques, resulta preciso examinar la situación jurídica descrita y que en la actualidad se ha convertido en un asunto bastante polémico a nivel mundial.

Los derechos conforme se expresan en la norma suprema van encaminados en sentido progresivo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se va adaptando al desarrollo y avance de algunos derechos fundamentales, sin lugar a duda supeditado a los cambios que se van generando en algunos países de la región y se integren dentro del bloque de convencionalidad. Si bien, existen caminos para adecuar las normas a un ordenamiento preestablecido, queda en tela de duda si las vías tomadas son las adecuadas o se está violentando la actual constitución al momento de interpretarla. Ahora bien, modificar la Constitución mediante referéndum implicaría someter a votación un derecho humano, esto representa una exigencia implícitamente discriminatoria, porque el objetivo de una consulta de esta naturaleza no sería imparcial, esto equivale, poner a disposición de las mayorías los derechos de las minorías, es el poder contra minoritario denominado por los constitucionalistas.

Al hablar de reconocimiento de derechos de minorías, se puede ejemplificar un reciente caso muy polémico en el país. La Corte Constitucional ecuatoriana, mediante sentencias 10/18/CN y 11/18/CN de fecha 14 de junio de 2019, reconoce el derecho al matrimonio en condiciones igualitarias; es decir de modo incluyente para los grupos GLBTTI (gay, lesbianas, bisexuales, transexuales, travestis, intersex), que genera gran controversia en toda escala social, permitiéndose cuestionar si la decisión fue correcta o errada. Pues bien, cabe señalar que esta decisión se fundamenta en diferentes criterios doctrinarios en pro de la defender derechos minoritarios y relegados. Precisamente, haciendo referencia al principio de directa e inmediata aplicación de los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos establecidos en la Constitución ecuatoriana (Art. 11 numeral 3) se desprende el hecho de que en el bloque de convencionalidad se garantiza el reconocimiento de los derechos fundamentales de aplicación obligatoria para nuestro Estado.

Familia: El origen del término “familia” viene del latín *famulus*, vocablo que era utilizado en la antigua Roma para referirse al conjunto de esclavos que alguien tenía a su servicio, cohabitaban y estaban emparentados entre sí mediante vínculos de consanguinidad. En su contexto, el concepto no ha tenido gran variación, debido a que en la actualidad aún se conservan ciertas características, tales como la convivencia y el parentesco de este núcleo social. Las permanentes adaptaciones sociales producto de las continuas luchas y conquistas desde períodos muy remotos, han permitido al hombre y a la mujer ganarse un espacio en la sociedad actual, como seres independientes, libres e iguales. Retomado la descripción histórica inicial, el núcleo fundamental de la sociedad romana fue la familia, la reunión de familias conformaba la *gens* es decir la tribu a la que pertenecía.

Desde la antigüedad, la sociedad estaba organizada y representada por un *pater familia* bajo cuya autoridad se hallaban: esposa, hijos, esclavos; el *pater familia* era el dueño legal de todos los miembros del hogar, y su más alto deber consistía en proporcionar sustento, protección e incluso estaba permitido el uso de armas para su defensa. La Familia es tan antigua como lo es el Derecho marcado en normas de convivencia escritas y consuetudinarias que han permitido regular las relaciones

sociales desde épocas muy remotas. Volviendo a la sociedad romana, se conoce la existencia de las XII tablas, o ley de la igualdad que surge a mediados del siglo V a.c. desde ese entonces, ya se reconocían derechos como: administración de bienes, curatelas sucesiones, entre otros. Los vestigios de desarrollo y evolución tanto del derecho como de la sociedad son muy amplios, marcados por un sinnúmero de guerras y revoluciones en busca de reconocimiento de la tan ansiada libertad e igualdad.

Un hecho histórico que marca relevancia es la Revolución Francesa que a partir de 1789 se exige el reconocimiento de Derechos en igualdad de condiciones. En consecuencia, desde inicios del siglo XIX llegan a América Latina esas ideas libertarias, la declaración de Derechos, las primeras Constituciones escritas, los períodos republicanos, el reconocimiento de Estados soberanos, los ideales de democracia y una corriente neo constitucionalista que nos ubica en la actualidad. En estos períodos y durante siglos de historia no ha se desmaterializado del todo el concepto Familia y sus derechos siguen latentes por ser el núcleo fundamental de toda sociedad. Ahora bien, tomando en consideración la categórica relevancia que ha tenido la iglesia durante siglos, tradicionalmente la familia tuvo sustento en el derecho canónico, mismo que impuso la obligación de formalizar las uniones entre varón y mujer ante la autoridad eclesiástica, como único medio de autenticación de las familias.

A través de la historia se ha podido reconocer diversas formas de familia entre ellos: matriarcado y patriarcado con características únicas como son el parentesco y la consanguinidad. El matrimonio y la unión de hecho, han tenido a través de la historia constitucional ecuatoriana un evidente desarrollo a medida de las crecientes necesidades sociales, sin dejar de lado que jurídicamente se ha observado un trato desigual entre una y otra en lo que al régimen patrimonial se refiere, forzándose así una falta de equidad y por supuesto una contraposición al principio de igualdad tantas veces señalado en la norma suprema ecuatoriana. El actual Derecho civil positivo contempla en los Art. 22 y 23; la consanguinidad y la afinidad como principales lasos de parentesco en las familias (Código Civil, 2005).

Un hecho relevante para el Ecuador fue la popularmente llamada “crisis del 99”; a partir de este año 1999 una economía débil y una política inestable producto del cambio de moneda generó una fuerte crisis económica y social que obligó a cientos de miles de compatriotas a abandonar sus hogares y emigrar a países con una renta más sólida en busca de mejorar su situación. El escenario descrito podría considerarse el origen de esta disgregación familiar permitiendo que se reestructure los hogares ecuatorianos y se conforme nuevos tipos de familia. Es así como, ya para el año 2008 una nueva corriente política busca reconocer esta deuda social e insertar en la actual constitución derechos de minorías; tales como: unión de hecho para parejas del mismo sexo, así como el reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.

Dado que, la Constitución ecuatoriana (2008) confiere al Estado la obligación de proteger a la familia en sus diversos tipos establece en el Art. 67, que las familias “se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”. Por lo que se refiere a vínculos jurídicos, queda claro que la institución a la que se hace referencia es el matrimonio, la otra alternativa es la unión de hecho. Considerando que una familia también se constituye por unión de hecho, la norma no limita a que esta sea únicamente heterosexual, así como el matrimonio. Se debe agregar que, conforme el Art. 68 del mencionado cuerpo legal: la unión de hecho entre dos personas “generará los mismo derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece como uno de los principales deberes del estado respetar los Derechos y libertades de toda persona humana. Al tenor del Art. 17 dicho instrumento legal establece el derecho de protección a la familia. La finalidad que el reconocimiento de tal derecho persigue, no lo discute nadie; pues bien, al constituirse la familia como estructura básica de toda sociedad, tiene el derecho a ser tutelada mediante un oportuno reconocimiento jurídico que englobe todo tipo de situaciones familiares en cuanto a su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Igualdad: La Constitución ecuatoriana vigente (2008) en su amplio catálogo de derechos reconoce el principio de igualdad en sus diferentes dimensiones, ya sea formal o material. Para comprender el propósito del legislador es preciso analizar este principio desde algunas esferas; a fin de conocer el contenido y alcance real del mismo. De este modo surgen varias interrogantes al examinar a profundidad el ya mencionado principio, sus alcances y límites, cuando este se relaciona directamente con un derecho tan amplio como es el de protección a la familia. Se considera que algunos principios constitucionales buscan materializar los derechos intrínsecos del ser humano, más aún, el desconocimiento o indebida aplicación de los mismos puede generar que estos se conviertan en una mera enunciación lírica, debido a que en ocasiones su aplicación se obstaculiza por la existencia de anomias y antinomias dentro del ordenamiento jurídico.

Con el propósito de comprender el ideal de igualdad es preciso analizar el término desde una dimensión más amplia, siendo un principio positivo va de la mano con el derecho de libertad como se analizará a continuación. Ahora bien, su origen puede remontarse al período revolucionario, cuando la opresión y la monarquía eran los dueños absolutos de los Estados. Tomando las palabras de García Ramírez: “los revolucionarios americanos y franceses, inaugurando una nueva era, proclamaron la libertad y la igualdad de todos los hombres sobre la tierra” (2002, pág. 4). En consecuencia, esa libertad otorgada a los seres humanos se desarrolla en derechos constitutivos de la personalidad como: la vida, la integridad física y moral, la libertad en su ámbito ideológico y religioso, entre otras.

Visto de esta forma, al referirnos al “hombre” como persona humana, este no vive solo ni aislado de la sociedad, la pluralidad de hombres conforma la sociedad entera. Esta misma sociedad ubicada en determinado territorio persigue fines dentro de cada Estado, a esos fines se les denomina bien común. Tratando de profundizar el tema sociedad como una organización política surge una trilogía orden-poder-libertad, que ha sido propuesta por Mauricio Hauriou, en esta trilogía se resumen los elementos del problema político. Vinculado al concepto, los tres elementos se complementan entre sí, teniendo en cuenta que “la libertad necesita del orden para evitar el desorden y la anarquía” (Bidart Campos, 1987, pág. 19). Se debe agregar

que, este reconocimiento social de individualidad exige de un estado la regulación de sus relaciones jurídicas dentro del marco de respeto a cada individuo como un ente con voluntad propia.

Llegados a este punto, cabe definir el presupuesto bien común, considerado contrato social, “en Hobbes: el aseguramiento de la paz, en Locke: la protección de los derechos fundamentales y la propiedad individuales, en Rousseau: el bienestar general y la preservación del buen estado de los miembros individuales de la sociedad” (Schultze, 2014, pág. 158). Como se afirmó en líneas anteriores, la igualdad se convierte en un componente del derecho de libertad. En este sentido, tomando las palabras de Squella en su artículo de investigación denominado “libertad e igualdad en el pensamiento político de Norberto Bobbio”, el autor manifiesta:

Bobbio asume que la libertad es el valor central del liberalismo, en tanto que la igualdad lo es del socialismo, y, acto seguido, sobre la base de la crítica de las versiones extremas tanto del liberalismo como del socialismo, propone al fin la difícil solución de conciliar uno y otro valor, esto es, de ajustar las exigencias de la libertad de la gente con las aspiraciones de ésta por sociedades más igualitarias (1998, pág. 352).

Dentro de este ámbito hay que tener muy en cuenta que la libertad puede ser positiva y negativa. Asimismo, Pérez Royo, haciendo referencia a la libertad ideológica manifiesta: “En una libertad positiva al ser reconocida no solo a los individuos sino a las comunidades se plantean problemas de relación entre estado y comunidad, que tienen que ser abordados normativamente” (2007, pág. 295). Por esta razón el Estado se ve obligado a regular una situación jurídica, mediante la correcta interpretación de la norma suprema. La constitución ecuatoriana en su amplio contexto en reiteradas ocasiones hace alusión al principio de igualdad. Indiscutiblemente, el término en mención queda sujeto a la interpretación común que cada ciudadano pueda procurar y no al que el constituyente hace referencia. Así también, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) en su Art. 24 prescribe “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Teniendo en cuenta, que en materia constitucional todos los derechos y libertades guardan considerables problemas de exégesis, el máximo órgano de interpretación es la Corte Constitucional, resulta vano ahondar en la temática de interpretación formal de términos por cuanto existe ya una vía adecuada. Sin embargo, es relevante para el objeto de estudio concretar algunos aspectos que permiten identificar a este principio de forma plena. Al respecto, Pérez Royo (2007) haciendo referencia al principio de igualdad, describe a este como “el elemento rector de todo ordenamiento jurídico” (pág. 239). Asimismo, el autor desarrolla un vasto cuestionamiento intentando describir si la igualdad puede ser considerada un derecho, concluye que “el derecho es una realidad artificial” es decir un instrumento creado por los seres humanos con el propósito de establecer reglas que permiten su convivencia en sociedad.

En síntesis, es preciso aclarar que la igualdad nunca podría ser un derecho en razón de que: “La igualdad constitucional afirma que los individuos son diferentes y lo que persigue es posibilitar que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas garantizando el ejercicio de los derechos a tales diferencias” (pág. 242). La razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia. En definitiva, igualdad significa el goce y garantía de los mismos derechos en donde nadie queda excluido, y por su puesto esa igualdad se relaciona íntimamente con el derecho de Libertad; ser libres de pensar, actuar, autodeterminarse, elegir una profesión, una ideología política, libertad religiosa, orientación sexual y muchas otras libertades en igualdad de condiciones dentro del marco de la Ley y el respeto a los derechos. Todo lo manifestado hasta aquí nos lleva a comprender de mejor manera los derechos y obligaciones de toda familia en sociedad, el reconocimiento en sus diversos tipos como consecuencia de los cambios culturales, políticos y sociales en busca de mejores oportunidades como ya se ha explicado a lo largo del texto.

Por esta razón, resulta imperante la labor de la Corte Constitucional al realizar un doble rol, por una parte, actúa como intérprete y por otra como de legislador negativo o positivo. Sintetizando pues, no basta con solo entender el significado de igualdad, es preciso ir más allá de un concepto para verificar su aplicación en la

vida cotidiana, cabría preguntarse: ¿Se cumple a cabalidad los principios fundamentales en relación al derecho de protección a la familia en sus diversos tipos? Las ideas expuestas conllevan a deducir que la Legislación ecuatoriana tal vez no está preparada para un reconocimiento tan amplio de derechos, o acaso ¿El reconocimiento de derechos para “la familia” únicamente se realiza cuando estas se conforman por parejas heterosexuales? Al comparar estas evidencias la respuesta salta a la vista. Dentro de este marco resulta conveniente anotar que existen grupos minoritarios exigiendo se reconozcan sus derechos y se dé respuestas viables a sus diferentes situaciones.

Infertilidad y gestación Subrogada

Para establecer la importancia de implementar una normativa que permita regular la legalidad de la maternidad subrogada en el Ecuador, es necesario hacer un breve recorrido histórico de la infertilidad, que es uno de los principales motivos para la existencia clandestina de este tipo de prácticas. La fertilidad e infertilidad marcan precedentes desde la existencia del ser humano. Se ha relacionado en diferentes vertientes, desde su punto de partida desde la divinidad hasta llegar a relacionarlo con la humanidad. La infertilidad incluso se ha planteado como una amenaza para la supervivencia, por varios factores se constituye como un problema social relacionado con la salud y con la conformación de la familia como núcleo de la sociedad. El derecho debe ir evolucionado con la humanidad para generar equilibrio social y como la historia es la base razonable para justificar la importancia de subsanar esta necesidad humana.

Paleolítico: en esta etapa la fertilidad estaba relacionada directamente con la mujer, esta era la figura de la procreación. Es decir, la responsable directa de la reproducción humana era la mujer, era el rol más importante para la mujer, ya que de esto dependía la supervivencia de la especie, medido en la escasa densidad poblacional. La forma de atestiguar la importancia de la mujer para la reproducción se plasmó en las estatuas femeninas halladas de este periodo. Se caracterizaban por ser de pocos centímetros de altura, elaboradas en piedra, en las que resaltan de forma extraordinaria el vientre y los senos como símbolo de fertilidad, los brazos

son relativamente insignificantes, la cabeza carecía de rasgos aparentes. Las características de las figuras denotan claramente que el rol a cumplir por parte de la mujer se limitaba a la reproducción de esta dependía la fertilidad y se la consideraba inservible si no cumplía con ese rol. (Vita: Medicina reproductiva, 2020)

Neolítico: la conmutación de una sociedad nómada y cazadora a una sociedad sedentaria y dedicada a la agricultura otorgó más protagonismo a la figura femenina. En este punto de la prehistoria se rendía culto a la "Diosa Madre", la fecundidad femenina se asemejaba con la fertilidad de la tierra. El grado de divinidad que se dio a la Diosa Madre se le atribuía la protección de las cosechas así aseguraban tener una buena alimentación y se aseguraba la fertilidad y por ende la reproducción humana. Con esta creencia se cree en la existencia de una estrecha relación entre la tierra y la mujer ya que las dos eran las únicas que gozaban de la capacidad de producir vida y de nutrir a sus criaturas. Esto se relaciona directamente con la fertilidad en la que la copulación se comparaba con la siembra y la lluvia, la concepción era comparada con la germinación de los frutos, la gestación era comparada con la maduración de los frutos y el nacimiento era comparado con la cosecha de los frutos (García, 1995).

Grecia y Roma: en el Mediterráneo oriental, la fertilidad estaba representada por la divinidad, sigue relacionada con la feminidad se veneraba a diosas como Isis, Cibele y Rea, a las que les atribuían el poder de la fecundidad sobre los animales, las plantas y por su puesto sobre los seres humanos. Concentrándose en las antiguas Grecia y Roma, se caracterizaba por que se llevaban a cabo danzas de la fertilidad, en las que principalmente se realizaban movimientos de caderas y vientres. En Chipre se ofrecían rituales debido a que era el lugar de nacimiento de Afrodita, que era considerada la diosa del amor y fertilidad. A pesar de que la divinidad era la base de las creencias, no dejaron de lado a la tierra, ya que creían que la abundancia en la alimentación les proveería de buena salud para tener una buena fertilidad. Las representaciones fálicas se atribuían a la suerte y a la benevolencia de los dioses que representaron un papel importante antes de la llegada de la moral cristiana. (Vita: Medicina reproductiva, 2020)

Hebreos: los derechos y libertades no eran gozados por las mujeres, incluso podían ser repudiadas por los varones. Los hebreos tenían una mentalidad predominada por la noción del pecado original y mantenían la firme creencia que la infertilidad era un castigo divino y este se atribuía siempre a la mujer, se negaron a creer que la infertilidad puede ser atribuida al varón. Como se manejaban bajo la divinidad el embarazo era un regalo de Dios. La importancia del embarazo se la enfocaba en la aceptación de un Dios benevolente que les permitía a los varones tener descendencia. La mujer a pesar de ser la encargada de gestar, alumbrar y acompañar en el desarrollo del infante, no tenía un reconocimiento de trascendencia, pero si no podía cumplir con el este objetivo era responsable enteramente y se lo tomaba como un castigo divino. Como no se aceptaba la infertilidad masculina la responsabilidad siempre recaía sobre la mujer. Al punto en que tener un hijo varón se consideraba una bendición más grande en relación a tener una hija mujer. (Hobsbawm, 1997)

Egipto: el aporte que los egipcios brindaron a la medicina es muy importante, en el año 1900 a.c. se regaló al mundo el texto medico más antiguo conocido. El papiro Kahoun, es el primer texto de medicina del área de ginecología. Desarrollaron un diagnóstico precoz del embarazo, incluso llegaron al punto de determinar si será varón o mujer. La técnica consistía en que para saber si una mujer está embarazada orinaba sobre una mezcla de trigo y cebada combinada con arena y dátiles y uno de estos debía germinar para confirmar el embarazo. En caso de que se varón crecería el trigo y en caso de que sea mujer crecería la cebada. En esta civilización se marca un precedente importante ya que la fertilidad ya no dependía de forma exclusiva de la mujer. Ya reconocen a la infertilidad como una enfermedad, incluso se practican tratamientos tanto varones como mujeres. Pero no se alejaron de la divinidad, siempre invocaban a los dioses para asegurar la fecundación. (Sachedina, 2006).

Edad Media: en esta etapa de la humanidad, la procreación era considerada como algo necesario, por esta razón la Edad Media tiene un gran valor en lo que respecta a la infertilidad. Es aquí donde se busca el origen de la infertilidad, los médicos de la época buscaron respuestas en la obesidad, en el excesivo calor o humedad incluso en la desproporcionalidad de los órganos reproductivos, y lograron determinar que ya no únicamente las mujeres eran responsables, sino que los hombres también

podían ser infértiles, aunque ante la población en general se divulgaba la culpabilidad de la mujer. Con las investigaciones mezcladas con las creencias, ya se daban tratamientos direccionados a combatir la infertilidad. Los hombres debían moler testículos secos y beberlos con vino, las mujeres debían comer órganos de animales como la liebre. Además de mejorar las condiciones de vida, como mantener un peso medio, no ingerir alcohol en demasía y mantener relaciones sexuales con frecuencia media. (Hobsbawm, 1997)

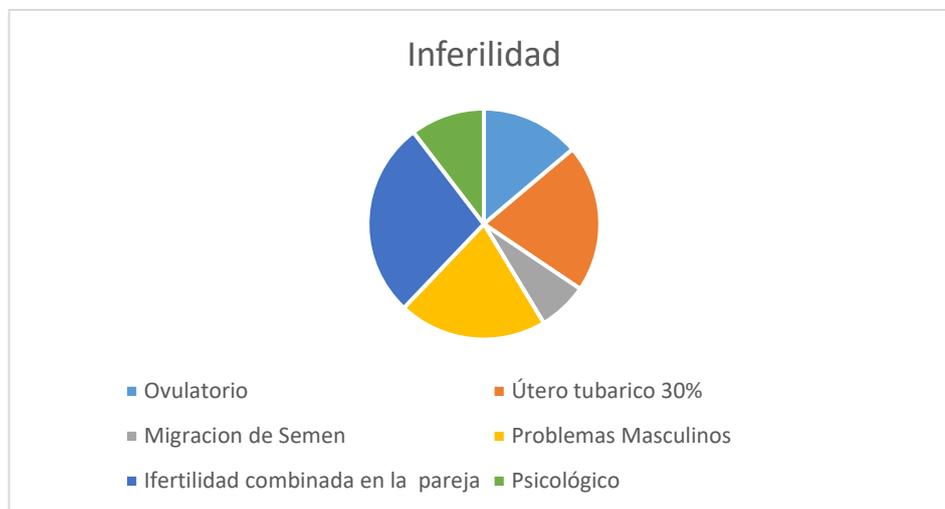
Edad Moderna: en esta etapa de la historia en el Renacimiento se dio un desarrollo científico considerable, a partir del siglo XVI en el que el científico holandés Anthony Van Leeuwenhoek, específicamente en el año 1677 fue el primero en visualizar un espermatozoide. En 1779, Lazzaro Spallanzani, estableció por primera vez que era indispensable que se predijese el contacto de un óvulo con un espermatozoide para que se desarrollara un embrión. En 1785 se produce el primer intento de inseminación artificial humana, fue John Hunter, este cirujano fue el quien dio lugar al nacimiento de un niño absolutamente sano ese mismo año. En 1884 en Filadelfia, se dio el primer caso confirmando con semen de un donante con inseminación artificial. En 1891, Walter Heape desarrolló el cultivo de embriones en un laboratorio, mediante la recuperación de un embrión preimplantatorio mediando el lavado de del oviducto de una conocer fue transferido a otra y este continuo con un desarrollo normal. (Meslin & Schwartz, 2015)

La consecución de métodos de reproducción humana, diferentes a la fecundación natural entre hombre y mujer o mejor dicho entre óvulos y espermatozoides, registran antecedentes ya a partir de 1785 en donde tuvo su aparición el término inseminación artificial. Alrededor de los años 1890 se practicó este método con un donante de semen y en 1954 con semen congelado. “Estos procedimientos tuvieron lugar en el interior del útero de la mujer, lo que se conoce como fecundación *in situ* o intracorpórea”. La importancia de la fertilidad, de la reproducción y por su puesto de la consolidación de la familia, es algo que ha marcado su importancia desde épocas muy remotas, se puede decir que desde la existencia de la misma humanidad. Esto hace que no avance únicamente la tecnología, es importante el avance legislativo, desde el enfoque de la salud o como derechos hasta el reconocimiento

de la importancia de la reproducción humana como principio primitivo que permite convertir al ser humano en transgeneracional (Bernal Crespo, 2013).

Con estos antecedentes es posible que hoy en día se puede conocer de una forma más certera las causas de la infertilidad. Empezando por el hecho de que no es responsabilidad neta de las mujeres, que los hombres también pueden ser infértiles. Se ha producido avances en materia de reproducción asistida, los aportes tecnológicos favorecen a aquellas parejas con bajas posibilidades de éxito en el intento de embarazo. Al hablar del nivel de afectación, mediante estudios se ha podido determinar que afecta a una de cada seis parejas. Puede ser por la incapacidad de concebir o por la incapacidad de completar un embarazo. Las causas de incremento de caso no se han podido determinar con exactitud. Pero se pueden cocedera factores como la edad en la que se decide embarazarse, alteraciones en la calidad del semen, cambios de conducta sexual incluso factores psicológicos. Para determinar la infertilidad se considera algunos factores como:

Figura 1.1 Factores que inciden en la infertilidad



Elaborado por: Puyol, L

Fuente: (Revista colombiana de obstetricia y ginecología, 1950)

Como se puede evidenciar hay varios factores que producen infertilidad, esto se ha convertido en un problema ya no solo médico, sino también social. Esto ha ocasionado que en las dos últimas décadas se pudo evidenciar cambios

significativos en relación a la infertilidad. La introducción bioética de la tecnología de reproducción asistida en los que se ha estudiado procesos reproductivos básicos, con la intención de dar soluciones a los problemas de las parejas que buscan el embarazo. Los cambios sociales que han generado que las mujeres busquen embarazo siendo ya mayores de los 35 años, es decir luego de la edad que se considera como fecunda. La presencia de la bioética y la biología molecular combinada con la genética que se han convertido en base para el diagnóstico, evaluación, tratamiento y posibles soluciones para las parejas consideradas infértiles (Brugo Olmedo, Chillik, & Kopelman , 2003).

Una vez determinado la imposibilidad y la incapacidad médica de concebir un embarazo, la pareja busca alternativas, una de estas es la maternidad subrogada. Aunque se intente pretender que este método pertenece a la modernidad, la historia desde la moralidad y teología lo atribuye la Biblia en el Antiguo Testamento: Sarah, esposa de Abraham, no podía concebir incitó a su esposo a tener relaciones sexuales con una esclava para poder consolidar su familia con la bendición de tener hijos, de esta manera nació Ismael, que lo considero su hijo (Génesis. 16: 1-4) Entonces se puede decir que esta práctica, aunque no realizada de forma científica, sino primitiva y hasta cierto punto ortodoxa, se mantiene hasta la actualidad. En muchas naciones ya se ha reconocido la necesidad de legalizarla con la finalidad de sacarla de la clandestinidad y generar condiciones de salud óptimas para este fin (La Biblia).

Enticen podeos decir que la maternidad subrogada, también denominada gestación por sustitución, alquiler de útero o vientre de alquiler (en los casos en que se entrega un beneficio económico a la mujer que gestara y alumbrara al menor) es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño, mismo que ha sido gestado por una mujer sometida de forma voluntaria a un pacto, compromiso o acuerdo mediante el cual adquiere la responsabilidad de ceder todos los derechos sobre el neonato en favor de otra mujer figurara como madre o de una pareja que figurara como familia (Kemelmajer de Carlucci).

Esto se ha convertido en un fenómeno social, en la que se debe considerar que la gestación subrogada, debe ser una forma de reproducción asistida que brinda la oportunidad de ser madre a una mujer infértil o que se brinda la oportunidad de consolidar una familia a una pareja infértil.

“(…) Lo cierto es que las expresiones vientres de alquiler, maternidad por sustitución e incluso gestación subrogada, que son las usualmente utilizadas, adolecen de cierta opacidad respecto al hecho al que se refieren. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una madre de alquiler, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que quien la contrata no desea o no puede llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de maternidad por sustitución, ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible, o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). Por último, denominar a esta práctica gestación por sustitución es precisamente ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado, pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un hijo. Por todo ello, parece más adecuado hablar de madre de alquiler o maternidad subrogada, que es lo que describe mejor los hechos que se llevan a cabo”. (Jouve de la Barreda, 2017, pág. 154).

Una vez determinado que la infertilidad es un problema de salud que se ha consolidado como problema social, considerando que la reproducción humana ha sido la base de la sociedad desde épocas remotas, en la que las mujeres han sido las responsables de generación transgeneracional en la que consolida una familia conformada por un padre donante de espermatozoides, una mujer gestadora y una madre donante de óvulos, dan vida a un ser humano que será parte de un núcleo social llamado familia. Esta conceptualización social de la maternidad subrogada, permite adaptarla de forma perfecta al reconocimiento de los diversos tipos de familia tipificada en la Constitución de la República del Ecuador. En el que se reconoce a la familia en sus diversos tipos, debiendo ser protegidas por el Estado como núcleo social, constituidas por vínculos jurídicos o de hecho en los que primara la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (Constitución, 2008, Art. 67).

Para determinar la importancia de maternidad subrogada, se debe considerar que la “maternidad” en su sentido más básico es un vínculo jurídico entre “madre” e “hijo” mediante el cual se generara derechos y se establece obligaciones. La “subrogación”

es la sustitución de una persona o cosa obedeciendo al sujeto o el objeto establecido en un régimen jurídico que el elemento al cual reemplaza. Se consideramos la juridicidad de las conceptualizaciones emitidas se puede instaurar que la figura de maternidad subrogada surge con la finalidad de "reemplazar" en la gestación y alumbramiento a una madre que posteriormente otorgara el vínculo jurídico con el neonato, y faculta a la pareja del derecho a conformar una familia. La ciencia ha abierto pasos a interrogantes legales en relación a la línea de consanguinidad, en los que se ha tratado de subsanar mediante la no discriminación en razón a la filiación, es así que se demuestra una vez que el derecho debe ir de la mano con los avances de la humanidad (Sastré Orosco, 2017).

Si bien la filiación puede determinarse como una relación o vínculo biológico entre los integrantes de una familia, este tiene un reconocimiento en relación a derecho y existe regulaciones legales. La filiación se establece como un vínculo jurídico entre dos personas. Entonces es claro que la filiación puede ser un vínculo biológico o estar reconocido como un vínculo resultado de actos jurídicos. La legalización y regulación de la maternidad subrogada, permitirá establecer vínculos jurídicos a más de los biológicos que estarían designado meramente al procedimiento médico. Es así que se garantizaría la no discriminación de hijos o hijas al asignar los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones. Si bien casi siempre la paternidad va ligada con la verdad biológica de forma natural, en casos de poder consolidar ese acto propio del ser humano la ciencia y el derecho son los llamados a subsanar esas necesidades sociales y promover la realización de estos siempre en líneas de la moralidad, la ética y la salud como derecho fundamental.

Los argumentos son variados, que permiten encaminar respuestas que versan sobre los derechos humanos, en los que se debe respetar las libertades y dentro de estas la autonomía para ejercer la reproducción de manera más segura en relación a la salud y con el amparo de la bioética. La familia determinada como de interés público, se consolida como un deber del Estado intervenir para que no se transgreda los derechos otorgados por este a las personas miembros de la sociedad. Es claro que ejercicio pleno de los derechos no implica que las personas puedan hacer lo que sea, existe la contraparte que limita esto mediante obligaciones y el reconocimiento

de mantener una armonía social. La finalidad de la legalización de la maternidad subrogada es generar mecanismos judiciales, legales y legítimos que eviten que esta práctica médica se convierta en comercio ilícito, clandestino o antiético y que bajo ningún precepto se vulneren derechos humanos a mujeres o niños, y más si estos son reconocidos como grupos de atención prioritaria. La salvaguarda de los derechos humanos y de la dignidad humana, siempre deben ser protegidos por las legislaciones para no generar vacíos legales.

Países en los que está regulado ésta práctica

No todos los programas de subrogación se crean de la misma manera, existen casos de subrogación comercial seguros y fáciles, respaldados legalmente en los Estados Unidos o Europa del Este. Así también, se puede hacer referencia a programas altruistas, que ofrecen opciones éticas para parejas que califican en varios países. Finalmente, se conoce la existencia de casos no regulados sin protección legal y de bajo costo en países en vías de desarrollo. Algunos países cuentan con un marco legal seguro que respalda el contrato de subrogación. Para el efecto, se debe comprender los beneficios y los inconvenientes inherentes a cada destino de subrogación sobre los derechos reproductivos (Global Surrogacy, 2019).

Estados Unidos: Es el estándar de oro de los destinos de subrogación en todo el mundo, y los costos reflejan esa posición. Los procedimientos típicos de subrogación en los Estados Unidos varían de \$ 95,000 a \$ 150,000 o más, más el costo de cualquier atención médica de emergencia para el sustituto o el niño. Por esta razón, EE. UU. Ha sido una opción popular de subrogación para las parejas ricas en Europa y China, pero no suele ser una opción para las parejas promedio. Una opción que a menudo se pasa por alto es un programa de Subrogación Independiente.

Ucrania: Para las parejas que califican, la subrogación en Ucrania es ahora la opción más asequible, legalmente segura y estable para las parejas sin hijos que comienzan su propia familia. El país tiene el marco legal más favorable de cualquier jurisdicción en todo el mundo. Desde 2009, el país ha estado creciendo como un centro para la subrogación en el extranjero. Las clínicas están bien practicadas y

ofrecen una variedad de opciones de subrogación de programas. Los programas de garantía están disponibles para la subrogación en algunas clínicas y agencias.

Georgia: La Subrogación gestacional está permitida desde 1997 en Georgia. Se apoyan los acuerdos comerciales y altruistas, como también se conoce la donación de óvulos y esperma. La ley exige que los futuros padres sean una pareja heterosexual casada con infertilidad diagnosticada. Aunque legalmente se limita solo a las parejas casadas, muchas clínicas no requieren un certificado de matrimonio u otra prueba de matrimonio, por lo que las parejas solteras a menudo buscan la subrogación en Georgia. Georgia se ha convertido en un mercado popular para los futuros padres de EE. UU., Reino Unido, Australia, China, Israel y otros países. Aunque las leyes en Georgia son similares a las de la vecina Ucrania, el costo de la subrogación es algo menor.

Colombia: se está convirtiendo en una opción cada vez más popular. Los servicios médicos tienen una alta calificación, el costo de la subrogación es bajo y el país tiene un historial muy progresivo en materia de derechos de los homosexuales. Las parejas del mismo sexo disfrutan del matrimonio, la adopción y otros derechos de procreación. Las leyes explícitas en el país han tipificado como delito cualquier forma de discriminación contra las personas LGBT. Sin embargo, no existe una legislación explícita que respalde la subrogación de Colombia; en cambio, el marco legal se establece mediante un fallo de 2009 de la Corte Constitucional. Ese fallo extendió la protección constitucional para todas las familias concebidas a través de métodos científicos, a la subrogación gestacional. Los acuerdos de subrogación protegidos deben ser altruistas y seguir las mejores prácticas internacionales. Al igual que en Reino Unido o Australia, el certificado de nacimiento se emite inicialmente con los nombres del padre previsto y la madre sustituta, pero se puede emitir un certificado modificado después de un proceso judicial que establece concretamente las relaciones genéticas de los padres.

La maternidad subrogada en Colombia tuvo su reconocimiento y aparición a partir de pronunciamientos de la Corte Constitucional. De este modo cabe reconocer que la International Federation of fertility (IFFS) reconoce la existencia en el país de

aproximadamente veinte y cinco centros especializados que están dirigidos a ofrecer “tratamientos a parejas con problemas de salud reproductiva, entre ellos la aplicación de la maternidad subrogada dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)”;

No obstante, pese al gran desarrollo obtenido en la materia descrita Colombia “no cuenta con un marco legal expreso en donde se establezcan las reglas claras en cuanto al alcance y contenido de la figura en los temas de filiación civil y Derecho Penal, tópicos que necesariamente se encuentran involucrados”. Por tal se afirma que, en Colombia existen referentes jurídicos sobre esta práctica los cuales precisamente se han convertido en avances “hacia un proyecto de ley bajo la posibilidad del régimen de permisión regulada”. Un factor determinante en la interpretación constitucional, de este modo en Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional, ya se había definido la maternidad subrogada como: "El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste" (Bechara, 2019).

Reino Unido: La subrogación en el Reino Unido es legal sobre una base altruista, lo que significa que al sustituto se le permite el pago solo por gastos razonables. Como resultado, es especialmente difícil encontrar una madre sustituta en el Reino Unido, razón por la cual muchas de las 3.5 millones de parejas del Reino Unido que luchan contra la infertilidad tienen procedimientos de subrogación en el extranjero. Los futuros padres en el Reino Unido no pueden anunciar su necesidad de un sustituto, y los sustitutos no pueden anunciar su disponibilidad. La ley del Reino Unido también prohíbe cualquier beneficio de los servicios de subrogación, por lo que no hay agencias profesionales para conectar a los posibles padres y sustitutos. Para empeorar las cosas, la ley del Reino Unido no reconoce los acuerdos de subrogación como vinculantes, por lo que la madre sustituta y su pareja, automáticamente serán los padres legales del recién nacido. Esto puede poner nerviosos a los futuros padres y agrava la dificultad de encontrar una madre sustituta que sea confiable y no dudará en entregar el bebé a sus padres genéticos.

Canadá: Al igual que el Reino Unido, la subrogación en Canadá solo se permite de manera altruista. Sin embargo, las restricciones gubernamentales se aplican libremente, y muchas clínicas y consultorías evaden las leyes. Las clínicas regularmente brindan servicios de tipo agencia comercial y ofrecen sustitutos de salarios lucrativos. En ocasiones, las consultoras canadienses han sobrepasado la línea y han sido cerradas y multadas por violar las restricciones de subrogación. En 2019, el gobierno canadiense anunció cambios importantes en la forma de pago de los sustitutos. A partir de 2020, un sustituto solo recibirá el pago de los gastos para los cuales puede mostrar un recibo. Este es un cambio drástico en la forma en que funciona la subrogación en Canadá y reducirá el incentivo financiero para posibles sustitutos. Según las nuevas reglas, encontrar un sustituto puede ser casi imposible para muchas clínicas. La ley canadiense no admite las órdenes prenatales, por lo que la madre sustituta será nombrada como la madre legal en el momento del nacimiento del niño. El certificado de nacimiento se modifica fácilmente en las pocas semanas posteriores al nacimiento, y dicho proceso legal es a menudo una mera formalidad. Canadá también tiene el beneficio de proporcionar un pasaporte canadiense para los niños de alquiler de vientres nacidos en ese país.

Grecia: La subrogación ha sido legal en Grecia desde 2002 y es uno de los pocos países del mundo donde los acuerdos de subrogación son exigibles. La subrogación está regulada por la Ley 4272/2014, que permite solo la subrogación gestacional altruista. Todos los acuerdos de subrogación deben ser autorizados por el poder judicial antes de la concepción. Los futuros padres son reconocidos automáticamente como los padres del niño desde su nacimiento. El proceso está abierto a parejas heterosexuales, mujeres solteras y personas que necesitan una doble donación. La autorización judicial es una formalidad, y no existe un mecanismo para que los jueces griegos verifiquen que las actividades comerciales no están sucediendo. En la práctica, los jueces griegos rara vez han rechazado el permiso de subrogación si existe una necesidad médica.

México: La subrogación en México sigue siendo posible para muchas parejas, aunque las opciones han cambiado drásticamente desde que las leyes cambiaron en 2016. Las nuevas opciones van desde soluciones creativas para navegar la falta de

regulación, hasta programas francamente peligrosos que deben evitarse. Una nueva opción en México ha eludido el riesgo de subrogación no regulada, al prometer una orden judicial que confirme los términos del contrato de subrogación antes de que la madre sustituta esté embarazada. La orden judicial agrega seguridad muy necesaria, pero la desventaja es que agrega 4 meses o más al viaje de subrogación, y se agregan costos legales significativos al presupuesto total.

Rusia: ofrece subrogación legal para parejas heterosexuales con infertilidad diagnosticada. Las parejas que estén considerando la subrogación en Rusia deberán demostrar que son médicamente incapaces de tener un embarazo por sí mismas. Aunque los futuros padres deben estar en una relación heterosexual, Rusia es única en el sentido de que las parejas no necesitan casarse. Esto abre la puerta a hombres solteros que buscan la subrogación en Rusia con una amiga, que está dispuesta a firmar el contrato de subrogación y ser nombrada la madre legal del bebé. En Rusia, hay un período de 30 días después del nacimiento donde la madre sustituta está legalmente autorizada a cambiar de opinión y solicitar los derechos de los padres. Esto hace que Rusia sea una opción algo arriesgada incluso para parejas heterosexuales, pero mucho más para hombres solteros que buscan programas de subrogación ilícitos.

Maternidad subrogada en el Ecuador

Funciones Sociales del Estado: Estableciendo la importancia de los Derechos Humanos enfocándonos en la universalización de normas, es significativo establecer que el Ecuador como estado, no únicamente tiene funciones encaminadas a la legalidad y al correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico. Al hablar de minorías es indispensable considerar las funciones sociales que tienen los Estados. Estas funciones, son aquellas que permiten que el derecho evolucione acorde a las necesidades sociales de los grupos de individuos sean considerados o no minoritarios. La generalización de Derechos permite que el alcance expansivo de los Derechos Universales conglomere a todos los grupos sociales. Por lo tanto, las funciones del Estado son la base para poder generar equilibrio entre el Derecho y

las normativas direccionadas a subsanar necesidades existentes en relación a la protección del ciudadano.

Dentro de las funciones sociales del Estado podemos encontrar: a) La función de orientación y de organización; b) La función de integración y de control; c) La función de pacificación y resolución de conflictos; d) La función de limitación y legitimación de los poderes sociales; e) La función promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos. Cada una de ellas y en su conjunto están direccionadas a regular la conducta del individuo dentro de la sociedad. Estas funciones van de la mano con el establecimiento de ideologías, valores y normas de comportamiento, convirtiéndose en un sistema de control social; desde luego, siempre y cuando estos no sean contrapuestos a las normas conductuales establecidas en la constitución y los diversos cuerpos normativos. En toda sociedad existirán conflictos sociales, he ahí la importancia de que el Estado como mecanismo de control genere la función de pacificación y resolución de conflictos (Bidart Campos, 1987).

Precisamente el Derecho es el mecanismo idóneo que se debe utilizar para evitar este tipo de reacciones sociales, con la finalidad primordial de generar la interacción armónica social, respetando la igualdad desde marco de la individualidad. La legitimidad formal, enfocado en la generación de nuevos cuerpos legales que, sean garantías, y acorde a principios, derechos fundamentales y constitucionales permiten la creación de normas que amparen a los diversos grupos, colectivos o individuos reconocidos como entes activos en la sociedad. Esta función social es reconocida como de limitación y legitimación de los poderes sociales, las garantías, derechos, deberes y obligaciones de los activos sociales y la relación con el Estado se generan de forma estrecha mediante esta función (Bolzan de Morais & Magalhães Barros, 2014).

Bioderecho: Como se ha establecido en el contenido del documento de análisis crítico, uno de los objetivos esenciales es la protección a la integridad del ser humano. Precisamente, bajo ese criterio es necesario el abordaje del Bioderecho, como una investigación interdisciplinaria. Como el ser humano y el derecho deben tener una evolución paralela, se puede decir que el Bioderecho es la respuesta

jurídica a la sociedad, consiente de establecer los principios y normas básicas necesarias para el permanente y continuo desarrollo científico desde luego con la finalidad de salvaguardar la integridad del ser humano. Así como los derechos humanos, los derechos fundamentales y los derechos constitucionales buscan la protección de la dignidad humana y su libertad, se concibe que dentro del ordenamiento jurídico exista una construcción que fusione al derecho, la ética y la bioética. Es así que se genera la científicidad del derecho a escala internacional y desde luego nacional (Rendón López, 2012, págs. 1-3).

Si bien las ciencias experimentales son relativamente nuevas, están direccionadas a la protección del ser humano. La ciencia ha adquirido un papel decisivo en relación a mejorar las condiciones de vida de las personas. A pesar de que en ocasiones estos avances han irrumpido en la armonía social, esto se relaciona con la ambivalencia que presenta la ciencia y técnica. Es así que, al tratarse de la ciencia, esta contribuye decisivamente en el desarrollo del ser humano; por otro lado, está la técnica, una vez que se aplica un determinado procedimiento puede llegar a tener consecuencias indeseables para las personas y su entorno, es así que se evidencia la importancia de la relación existente entre la ciencia, la sociedad y el derecho. Es en los años 90, en que se presenta al desarrollo de la humanidad genera una dependencia al desarrollo científico y tecnológico, estableciendo el paradigma de la ciencia como fuente de progreso ilimitado e infinito, en ese momento se inclinó a ser una forma de dinamizar la economía de un grupo limitado, no obstante, ahora se intenta establecer un contexto distinto en que se genere accesibilidad a esta de forma globalizada (Zárate Cuello, 2018).

Todos los avances tecnológicos, científicos e incluso los jurídicos van relacionados a la salvaguarda de la dignidad humana. Referirse a la dignidad humana es complejo a pesar de ser mentado en muchos ámbitos, es confuso determinar, establecer e incluso definirlo. Esta complejidad se evidencia debido a que se contempla desde diversas realidades. En lo que respecta a la elaboración de este documento de análisis crítico, la dignidad humana está enmarcada en el ámbito ético-jurídico. Si se toma como punto de partida a la dignidad, se puede decir que es una cualidad indefinible ya que se la consideraría como una cualidad intrínseca del ser humano en la que se enfoca en un carácter ontológico manteniendo un orden lógico y en

verdades objetivamente irreducibles que no están sujetas a omisión, cambio o mediación alguna. La dignidad pertenece a la esencia, es decir es algo propio y evidente por sí misma. Entonces bajo este precepto se podría aseverar que todo ser humano posee dignidad y esta no puede ser arrebatada.

Entonces con este precepto, la dignidad humana se determina como el conjunto de derechos que tiene el ser humano. Con la finalidad de ser respetados, valorado como ser individual y social, que no debe ser objeto de discriminación por sus características y condiciones particulares, por el simple hecho de ser personas. Al mentar a la dignidad humana como principio, se constituye como punto de referencia decisivo de los de otros principios. Para alcanzar la dignidad humana se debe proporcionar por parte del estado mecanismos que garanticen la vida, justicia, seguridad jurídica, paz, libertad y de esta manera generar el desarrollo integral de la persona. En relación al Bioderecho la dignidad humana se explica por su valor como ser racional, el mismo que goza de la libertad para decidir entre alternativas que le permitan mejorar la calidad de vida, fomentando los principios fundamentales de la bioética y generando un amparo normativo bajo la protección de los derechos promulgados y direccionados a la defensa de los individuos. Considerando a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, de los derechos fundamentales y de los derechos constitucionales.

Enfocarse en el Bioderecho, como base para la protección de la dignidad humana, es básicamente la bioética juridificada, que genera un vínculo entre la argumentación moral y la argumentación legal. Por otra parte, se establece como la evolución de la bioética en el que se amplía y potencia el campo de aplicación. Así también se lo considera como el derecho tradicional aplicado a los nacientes problemas jurídicos de la biomedicina, en el que tiene un enfoque a un posible problema originado por la aplicación errónea de un procedimiento médico y no en los procedimientos llevados a cabo. Pero el verdadero enfoque del Bioderecho va más allá de estos preceptos; el Bioderecho no se lo puede divisar únicamente como un conjunto de principios y normas que se imponen coactivamente dentro del sistema jurídico, este tiende a representar un modelo legalmente vinculante, que se aplica a la especificidad de la conflictividad jurídica de la biomedicina, en la que se

busca la protección supraconstitucional e infra constitucional de reglas, principios y derechos para la protección integral del ser humano (Valdés, 2015).

Con lo expuesto se evidencia las controversias morales que eclosionan en relación a los avances de la biomedicina en las que, si bien la bioética promulga la protección del ser humano, es necesario que el alcance jurídico y legal, para que la protección del ser humano se más integral. Si bien la relevancia social de la biomedicina es indiscutible, en relaciones multifactoriales en las que se ven conexas la ciencia, la bioética y el derecho, es importante establecer vínculos entre estos, considerando que están sujetos a una evolución conjunta. Es una respuesta a la necesidad de regular las diferentes prácticas médicas, con la finalidad de que no atenten al ser humano. El respaldo y protección del Bioderecho, si bien la salvaguarda de la integridad personal y por ende de la dignidad humana gozan de reconocimiento, protección y garantía constitucional, se considera indispensable bajo el contenido determinado por el Bioderecho la necesidad de que exista cuerpos normativos que regulen las diferentes practicas medicas de forma clara y estableciendo consecuencias concretas en caso de que se vulnere los principios de la bioética.

El Bioderecho, como todo fenómeno jurídico, presenta una dificultad inherente a la interpretación analizando la filosofía hermenéutica, es decir establecer una pretensión en la que el juez únicamente sea limitado a la aplicación de leyes establecidas en un determinado cuerpo normativo. Siendo esta una operación lógica ya desterrada por completo de la filosófica del derecho moderno, en la que se contempla como prioridad la protección de la dignidad humana medite la promulgación de derechos y dotación de principios. En la actualidad ya no se establece una aplicación irrestricta de la ley, esta debe ir en pro del ser humano, considerando la corriente neo constitucionalista en la que se pretende poner al ser humano como prioridad ante la ley y los cuerpos normativos son formalismos jurídicos que se usan como una guía de aplicación para revisar procedimientos, sanciones y coaccionar conductas del ser ciudadano que transgredan los derechos se los demás. En este sentido el Bioderecho generaría una protección efectiva al ser humano en relación a la aplicación de procedimientos; médicos, científicos y tecnológicos, con bases en la biomedicina y la bioética (Albert, 2013).

Lineamiento Jurídico: por lo expuesto en el contenido de este documento de análisis crítico, se evidencia que el método alternativo de reproducción humana, denominado gestación subrogada; ya no debe ser examinado únicamente desde el punto de vista: médico, ético o moral; sino más bien es necesario que se realice un análisis desde el punto de vista social y jurídico. Considerando la existencia de centros privados, en los que se realiza diversas técnicas de reproducción humana asistida, es evidente que la falta de objetividad y previsión legal, abre posibilidades a que la dignidad humana sea sacrificada. Por lo que hace precisa una revisión y valoración de las normas supraconstitucionales y el alcance que tienen estas para la protección del ser humano, y en qué medida son plasmados en las normas infraconstitucionales, para en caso de ser necesario se establezca sanciones, administrativas, civiles o penales. La importancia de determinar los elementos con los que se pretende una adaptación del derecho con respecto al material embriológico, las personas receptoras de las técnicas, la manipulación genética y el alcance de protección de derechos que tiene el estado ecuatoriano para garantizar, la dignidad humana, la salud, la familia y protección integral de grupos de atención prioritaria.

Una vez establecida la importancia de la intervención del Estado en el sistema jurídico, encaminando a los cuerpos normativos supraconstitucionales e infraconstitucionales a la protección de la dignidad humana, mediante la promulgación de derechos, los mismos que se encuentran respaldados por garantías y principios que permiten que esta protección al ser humano sea integral. Por consiguiente, instaurando al Bioderecho como un nexo entre la vida y el derecho, que mediante herramientas jurídicas como los principios fundamentales de la bioética y la protección integral que la constitución otorga al ser humano para que se desarrolle de forma armónica dentro de la sociedad. Sin dejar de lado la importancia que el derecho fundamental a la salud, permite la inclusión y no discriminación del individuo en relación al acceso y atención de calidad y calidez por parte de los servidores de salud. La propuesta del reconocimiento como derecho de familia a este método alternativo de reproducción humana, denominado, gestación subrogada, puede ser un procedimiento médico que salga de la clandestinidad y se genere la normativa necesaria para garantizar la dignidad humana, considerando

que la Constitución de la República del Ecuador es garantista de derechos en beneficio de la colectividad.

Precisamente en la Constitución (2008) se encuentran plasmados principios fundamentales en el que expone que Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia social, garantizando la soberanía y la representatividad estatal mediante la autoridad de carácter público (Art. 1). Es así donde se establece de forma constitucional de conexión entre el estado y el activo social; mediante los deberes primordiales del estado en los que se garantiza la no discriminación, la ética como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico, promoviendo una cultura de paz, seguridad integral entre otros (Art. 3). Estableciendo la factibilidad de protección por parte del estado para con el individuo en relación a la protección integral de derechos, siendo las nacionalidades, comunidades, pueblos y colectivos, titulares de estos derechos y garantías (Art. 10). Considerando que estas garantías y derechos son de inmediata y directa aplicación y no se exige condiciones o requisitos que no estén contemplados en normas supraconstitucionales o infraconstitucionales (Art. 11 numeral 3).

Es meritorio hacer referencia a que en la misma Constitución (2008), en materia de garantías y derechos, ninguna norma jurídica puede restringirlos en su contenido (Art. 11 numeral 4). Precisamente son los servidores públicos, administrativos o judiciales quienes deben aplicar el principio de favorabilidad (Art. 11 numeral 5). Los principios y derechos por tener como función la protección del ser humano y por ende ser garantistas de su dignidad; son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (Art. 11 numeral 6). Este reconocimiento permite que los derechos y garantías establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales no excluyan a los demás derechos ya sea del individuo como persona, así como de las comunidades, pueblos y nacionalidades salvaguardando la dignidad humana incluso de los grupos considerado minoritarios (Art. 11 numeral 7). Siendo precisamente el estado quien desarrolle de manera progresiva el contenido de los derechos generando garantías y por ende las condiciones necesarias para su efectivo cumplimiento (Art. 11 numeral 8). Adicionalmente, la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir lo que se establezca

en la ley (Art. 11 numeral 9) y por ende del correcto acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (Art. 75).

Cuando el estado cumple con estos deberes se considera que ejecuta el derecho a la seguridad jurídica, estableciendo el respeto a la constitución; con la existencia previa de normas jurídicas, las mismas que deben ser claras, públicas y aplicadas por los operadores de justicia y las autoridades competentes (Constitución, 2008, Art. 82). Uno de los derechos más protegidos por el estado precisamente es la vida enmarcado en la dignidad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual. Existe una prohibición expresa del uso de material genético y la experimentación científica, siempre y cuando estos atenten contra los derechos humanos. (Art. 66 numeral 3). En lo referente al método alternativo de reproducción humana, denominado, gestación subrogada, mediante la aplicación de los principios fundamentales de la bioética y con el contenido humanista del bioderecho; buscan proteger los derechos humanos, fundamentales y los contusionales, teniendo como responsabilidad mantener la protección integral del ser humano, pero con la posibilidad de cumplir con el derecho a formar una familia.

El ser humano está en la capacidad de tomar decisiones de forma libre, siempre y cuando estas sean informadas, voluntarias y responsables. Sobre temas relacionados con la vida, sexualidad, orientación sexual, vida reproductiva y por su puesto a decidir cuantos hijos desea tener. Es precisamente el estado quien promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones óptimas y seguras (Constitución, 2008, Art, 66 numerales 9 y 10). Este precepto, si bien en la constitución, no se establece de forma expresa en lo que respecta a las libertades relacionadas con la vida reproductiva, no se hace mención alguna, ya sea para regular o prohibir la aplicación de métodos alternativos de reproducción humana, estos se llevan a cabo de forma clandestina, transgrediendo los derechos salvaguardados por la constitución. La importancia de establecer condiciones óptimas y seguras por parte del estado, tienen responsabilidad con la estructura normativa que permita regular estos procedimientos, bajo los preceptos ya establecidos en la constitución y en los diversos instrumentos internacionales.

Bajo este precepto, un derecho garantizado por el estado y plasmado en la Constitución (2008) es la salud, garantizando mediante: políticas públicas, económicas, sociales, culturales educativas y ambientales. El acceso a la salud será permanente, oportuna y sin excusión a programas acciones y servicios de promoción y atención integral en relación a salud sexual y salud reproductiva. (Art. 32). Considerando que el sistema nacional de salud, tiene como finalidad el desarrollo, potenciación y recuperación de las capacidades en las que es primordial garantizar una vida saludable e integral. El alcance de esta protección puede ser individual como colectiva en la que se genera el reconocimiento a la diversidad social y cultural. Este sistema se rige por los principios fundamentales de la bioética y a nivel estatal por el sistema nacional de inclusión y equidad social (Art. 358). Además, el estado debe asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, garantizando la salud integral. La vida de las mujeres, durante la gestación, parto y posparto (Art. 363 numeral 6), sin establecer aceptación o prohibición que las mujeres pueden ser gestantes subrogantes.

Considerando a la salud como un servicio público, son las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y por la característica de ser una constitución multicultural y plurinacional aquellas que ejerzan medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Es decir, una asistencia integral en lo que respecta al sistema de salud pública. Estos servicios de salud deben ser seguros, de calidad y calidez, por tanto, es necesario considerar para la práctica de algún procedimiento médico el consentimiento informado, garantizar el acceso a la información y por su puesto a la confidencialidad personal de los considerados pacientes. Los servicios estatales de salud deben gozar de gratuidad en los diversos niveles de atención ya sean estos procedimientos de: diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación en caso de ser necesarios (Art. 362). Si se considera a la infertilidad como un problema relacionado a salud, el estado está obligado a tratarlo de forma gratuita, integral y garantista. Es necesario brindar cuidado especializado a los grupos que la constitución los reconoce como prioritarios (Art. 363, numeral 5)

Los grupos considerados de atención prioritaria, son aquellos que serán atendidos en primer orden por el estado, en razón de que esta atención debe ser especializada

de calidad y con calidez. Las mujeres embarazadas son reconocidas dentro de este grupo; el estado garantizará la no discriminación por estado de embarazo en ámbitos: educativos, social y laboral, gratuidad de servicios de salud relacionados con la maternidad y protección prioritaria y cuidado de su salud integral. Este beneficio, se extenderá desde la etapa de embarazo, al parto, posparto hasta el periodo de lactancia; además se debe disponer las facilidades necesarias para la recuperación adecuada (Art. 43). Al establecer garantías integrales por parte del estado para el desarrollo óptimo del embarazo, parto, postparto y periodo de lactancia de las mujeres en estado de embarazo o gestación y con el acompañamiento del derecho de salud divisado como un servicio público, y al no establecer de forma expresa la consideración del método que se utilizó para llevar a cabo la gestación, en caso de optar por un método alternativo de reproducción humana, en particular la gestación subrogada, el estado está en la obligación de garantizar todos estos derechos a la madre gestante subrogada.

Una vez que la gestante subrogante, haya terminado con la labor de parto, y el neonato sea acogido por los padres genéticos, se reconoce los derechos de otro grupo prioritario, los niños. Estos gozaran de los derechos comunes del ser humano, con la finalidad de salvaguarda la integridad y la dignidad. Adicional a estos derechos, se promueve la dotación de derechos específicos acorde a la edad. El estado para este grupo garantiza desde la concepción, la protección integral a la integridad física, psíquica, a la identidad, nombre, ciudadanía, nutrición, educación, cultura, deporte, recreación, seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria. Asimismo, considerados como derechos colectivos también se reconoce la participación social, el respeto a la libertad y dignidad. Una vez que sean sumergidos a un ámbito más amplio para su desarrollo a la participación, a ser consulados en asuntos que les afecten. Con la característica de que Ecuador se considera un estado pluricultural e inclusivo, a educarse de manera prioritaria en su idioma y en sus contextos culturales (Constitución, 2008, Art. 45).

Bajo este contexto se puede establecer una aceptación implícita de la maternidad subrogada, ya que en la Constitución de la República del Ecuador, al generar

garantías para las mujeres embarazadas y una protección integral para los niños, niñas y adolescentes desde la concepción, hace posible que se garantice el derecho a la salud en relación al acceso y a la gratuidad, considerado como un tratamiento de infertilidad y el aporte científico, ético moral sean la base para generar el soporte jurídico en relación a métodos alternativos de reproducción humana, en particular a la gestación subrogada. Al no existir una prohibición expresa, es una carta abierta a la clandestinidad, a lucrar de forma ilícita de este tipo de procedimientos y por ende se convierte en atentatorio de los derechos humanos, derechos fundamentales y de los derechos constitucionales, es decir se transgrede la dignidad humana. Como la Constitución (2008) es la norma suprema en conjunto con tratados y convenios internacionales (Art. 424), es necesario que se genere el reconocimiento del derecho a optar por la gestación subrogada con la finalidad de consolidar una familia, así se puede posteriormente establecer cuerpos normativos infra constitucionales que regulen bajo que términos y condiciones se lleve a cabo este procedimiento médico.

Precisamente, la familia, en sus diversos tipos, debe ser protegida, por cuanto ya es reconocida en la constitución como núcleo fundamental de la sociedad. Como se ha visto la participación del estado es de vital importancia y genera ganancias y condiciones que favorezcan de forma integral la consecución de los fines que persigue la consolidación familiar. Es menester considerar que las familias pueden constituirse por vínculos jurídicos o, de hecho, sin dejar de lado la igualdad de derechos y oportunidades para los integrantes de este núcleo social (Constitución, 2008, Art. 67). Adicional a ello se reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, establecido como derechos de libertad; entre los que destacan: la integridad física, psíquica, moral y sexual, libre de violencia; y, que se establece los derechos y las garantías necesarias sobre los grupos de atención prioritaria contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. Incluso la prohibición del uso de material genético y experimentación científica, siempre y cuando estos atenten contra los derechos humanos (Constitución, 2008, Art. 66).

Si bien se hace una distinción expresa entre matrimonio y la unión estable y monogámica e incluso una prohibición en relación a la adopción que esta solo corresponde a personas de distinto sexo. (Constitución, 2008, Arts. 67 y 68), no se

establece prohibiciones a los métodos alternativos de reproducción humana, para consolidar una familia. La gestación subrogada ampliaría el catálogo de derechos del estado en relación a la inclusión, al reconocimiento de las denominadas minorías, y fortalece el reconocimiento expreso de la diversidad de los tipos de familia. De esta forma, se promueve la maternidad y paternidad responsable, generando la obligatoriedad del cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de hijos e hijas, incluso en caso de separación; es decir de quebranto de este núcleo fundamental social, la familia. Este derecho, protege a las madres y padres, considerados jefes de familia en el ejercicio de las obligaciones ya mencionadas, prestando una atención especial a las familias disgregadas por cualquier motivo. Promoviendo así, la corresponsabilidad materna y paterna vigilando el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre los miembros filiales en general (Constitución, 2008, Art. 69).

La norma suprema promueve la igualdad y la no discriminación, estableciendo que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos deberes y responsabilidades (Constitución, 2008, Art. 11). En relación a la familia las hijas e hijos tendrían los mismos derechos sin tomar en consideración los antecedentes de filiación, incluso se menciona la adopción como vínculo jurídico familiar. Consecuentemente, no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, con la finalidad de no generar desigualdades; por tanto, en ningún documento de identidad se hará referencia a la calidad de filiación. (Art. 69). Todos estos precedentes constitucionales son una base proba para establecer condiciones necesarias para el reconocimiento de métodos alternativos de reproducción humana, en particular de la gestación subrogada. Ya que está cubierta la protección integral del ser humano y de la dignidad humana; se establece derechos de igualdad, de no discriminación, de responsabilidad filial, y un conglomerado de derechos y garantías que permiten el desarrollo de la familia sin considerar si se ha generado por vínculo judicial o, de hecho.

Si bien existe la necesidad de establecer bajo que términos legales se llevaría a cabo este procediendo en el ámbito jurídico; no obstante, sirve de base los ya

considerados en el ámbito médico, moral y ético. El bioderecho permite generar la protección del ser humano en los procesos de desarrollo científico y tecnológico. Adicional a esto los principios fundamentales de la bioética permiten proteger al ser humano en la aplicación de cualquier procedimiento. Por su puesto la constitución genera los mecanismos de protección de derechos que coadyuvan a la protección del ser humano y a promover las condiciones necesarias durante el proceso de embarazo, parto y posparto, en relación a la gestante subrogante y por a la protección del neonato desde el nacimiento y durante su etapa de vulnerabilidad como es la niñez y adolescencia. Además de consolidar la responsabilidad paternal y la no discriminación al vínculo filial; la regulación permite que este procedimiento ya no se lo realice de forma clandestina y que el estado intervenga de forma directa para mantener funcional al sistema jurídico y social.

2.2. Objetivos

2.2.1. Objetivo General

Analizar la protección de la dignidad humana mediante los principios fundamentales de la bioética, en la aplicación del método alternativo de reproducción humana, denominado gestación subrogada, en relación al derecho de familia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano

2.2.2. Objetivos específicos

Establecer en qué medida se garantiza la dignidad humana, utilizando como mecanismos de protección a los principios fundamentales de la bioética aplicados al método alternativo de reproducción humana, denominado gestación subrogada.

Determinar si el ordenamiento jurídico ecuatoriano, está en la capacidad de adoptar como derecho de familia, la aplicación de este método alternativo de reproducción humana, denominado gestación subrogada.

Evaluar la compatibilidad de normas constitucionales del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con los principios fundamentales de la bioética en relación a la aplicación a la gestación subrogada.

3. CAPITULO III

3.1. Metodología

Tomando como referencia que el tema planteado se enmarca en el estudio de los principios fundamentales de bioética y el reconocimiento de la Gestación Subrogada como un Derecho de Familia; esta investigación se propone desde un aspecto social y legal. Para el efecto, se ha contado con los mecanismos y herramientas propias de toda investigación permitiendo que el autor se acerque a su población objeto de estudio y obtenga los resultados buscados. Conforme se ha podido establecer, esta investigación responde a los siguientes parámetros:

3.1.1. Tipo de investigación

Por su naturaleza misma y su aplicación en el área de estudios sociales, esta tesis se caracteriza por ser no experimental de tipo exploratoria y descriptiva. Basados en el fundamento doctrinario se entiende que en este tipo de investigación: “Los estudios transversales se preocupan por la recolección de datos en un solo momento. Su propósito es describir la relación entre variables en un momento preciso, y pueden considerar diferentes grupos o estratos en dicha medida” (Salinas Meruane & Cárdenas Castro, 2009, pág. 94).

Investigación Exploratoria: Como primer acercamiento al campo de estudio, este tipo de investigación permite tener contacto con la población objeto de estudio, obteniendo a la vez toda la información necesaria de manera general e individual. Por esta razón se podrá obtener un conocimiento más amplio del tema y que servirá de base sustancial para nuevas investigaciones que se desarrolle en torno a esta problemática social.

Investigación Descriptiva: Tienen por finalidad presentar indicadores del panorama general acerca de las variables de interés, de modo que se procederá a incluir comparaciones con otras descripciones tomando en cuenta las causas y efectos generados en la temática de estudio. Posteriormente, se procederá a describir resumir y analizar la información obtenida de la muestra seleccionada.

3.1.2. Enfoque

Enfoques, métodos y técnicas de investigación hay muchos y muy variados. La presente investigación encuadra en un enfoque cualitativo y cuantitativo; precisamente, por esta razón el investigador cuenta con un conjunto de herramientas que le han permitido extraer de un modo válido la información que sus disciplinas científicas le permiten absorber. Si bien, la conducta humana es compleja, por esta razón resulta difícil cuantificar criterios y manifestaciones. Por esta causa, en torno a entender una situación social como un todo, se intentará cuantificar la validez de los resultados obtenidos de la información proporcionada por los sujetos en estudio, y generalizar hacia los sujetos que no fueron investigados.

3.1.3. Modalidad de la investigación

Investigación de campo: Este procedimiento de recolección de datos permite desarrollar procedimientos a través de la observación e interacción directa con sujetos y objetos de estudio; interactuando con los mismos en su entorno natural. Para el efecto, a partir de observaciones, entrevistas, narraciones, notas de campo, grabaciones, y encuestas se puede identificar adecuadamente el problema planteado por el investigador, en el caso específico el criterio y conocimiento que los profesionales del Derecho mantienen en relación a los principios fundamentales de bioética y el reconocimiento de la Gestación Subrogada como un Derecho de Familia

Investigación Documental: Para el sustento doctrinario, legal, jurídico y jurisprudencial ha sido necesario contar con libros, códigos, leyes, artículos de revista y demás documentos que contengan información de la problemática de estudio para la recopilación, análisis e interpretación de la información obtenida exclusivamente de fuentes documentales.

3.2. Población y muestra

La población objeto de la presente investigación está conformada por 3061 profesionales del Derecho, los cuales se encuentran registrados en el foro de Abogados del Consejo de la Judicatura de la provincia de Tungurahua.

Cálculo de la muestra.

$$n = \frac{Z^2(p * q)}{e^2 + (z^2)(p * q)/N}$$

Tabla 3.1 Cálculo de muestra

En donde:	Parámetros	Valor
Tamaño de la muestra	n	x
Nivel de confiabilidad 99%	Z	2,58
Probabilidad de ocurrencia	p	50%
Probabilidad de no ocurrencia	q	50%
Población	N	3061
Error de muestreo	e	10%

Elaborado por: Puyol, K. (2020)

Fuente: Investigador

Reemplazando los datos se obtiene:

$$n = \frac{2,58^2 * 0,5 * 0,5}{(10\%)^2 + \frac{1,96^2(0,5 * 0,5)}{3061}}$$

$$n = \frac{6,6564 * 0,5 * 0,5}{1 + \frac{6,6564(0,5 * 0,5)}{3061}}$$

$$n = \frac{1,6641}{1 + \frac{1,6641}{3061}}$$

$$n = \frac{1,6641}{1 + 0,00054365}$$

$$n = 157$$

La muestra obtenida es un total de 157 Abogados de la provincia de Tungurahua.

3.3. Operacionalización de las variables

Para el caso de la presente investigación, la operacionalización de las variables analizadas es la siguiente:

Cuadro 3.1. Variable Independiente: Los principios fundamentales de la bioética

Conceptualización	Dimensión/Categoría	Indicadores	Ítems	Técnica	Instrumento
Ciencia, que, a pesar de ser relativamente nueva, tiene como base funcional, la protección del ser humano en relación a la intervención de los avances tecnológicos y científicos.	<p>-Antecedentes</p> <p>-Legalidad</p> <p>- Principios</p>	<p>- Teología</p> <p>- Deontología</p> <p>-Regulación Legal</p> <p>-Trasplantes Jurídicos</p> <p>-Autonomía</p> <p>-Beneficencia</p> <p>-No maleficencia</p> <p>-Justicia</p>	<p>¿Sabe usted que es la bioética?</p> <p>Tomando como referencia que la bioética tiene un origen teológico y deontológico ¿Es adecuado limitar algunas prácticas médicas por razones religiosas?</p> <p>Considerando que la bioética, tiene como objetivo la protección del ser humano ¿Cree usted que los avances tecnológicos y científicos atentan contra su naturaleza?</p> <p>Los principios fundamentales de bioética, son autonomía de la persona, beneficencia, no maleficencia y justicia. ¿Conoce usted si estos principios se encuentran regulados en alguna norma jurídica en Ecuador?</p> <p>Considera usted que la aplicación de los principios fundamentales de la bioética; descritos en la pregunta anterior: ¿Favorecen a la protección del ser humano cuando se aplican en procedimientos médicos?</p>	Encuesta aplicada a profesionales del Derecho de la Provincia de Tungurahua	Cuestionario estructurado con preguntas cerradas

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Cuadro 3.2 Variable Dependiente: El reconocimiento de la Gestación Subrogada como Derecho de Familia

Conceptualización	Dimensión/Categoría	Indicadores	Ítems	Técnica	Instrumento
<p>La Gestación subrogada es un procedimiento mediante el cual una pareja que no puede concebir y consolidar una familia, busca el vientre de una mujer ajena a la relación conyugal para gestar y alumbrar a un neonato, mismo que será entregado a la pareja que accedió de forma voluntaria y consentida a este procedimiento.</p>	<p>-Gestación Subrogada</p> <p>- El reconocimiento constitucional de los tipos de familia</p> <p>- Países en los que está regulado ésta práctica.</p> <p>- La maternidad subrogada en el Ecuador</p>	<p>-Derechos</p> <p>-Obligaciones</p> <p>-Unión de hecho</p> <p>-Filiación</p> <p>-EEUU</p> <p>-Canadá</p> <p>-Derechos constitucionales</p> <p>-Aceptación implícita</p>	<p>¿Conoce usted qué es la gestación subrogada?</p> <p>¿Ha escuchado usted acerca de los comúnmente denominados, vientres de alquiler?</p> <p>¿Piensa usted que existe regulación legal para la aplicación de la gestación subrogada en Ecuador?</p> <p>¿Considera que la gestación subrogada tiene protección jurídica y está garantizada en la Constitución ecuatoriana?</p> <p>¿Cree usted que regular normativamente la gestación subrogada, garantizará la protección de los derechos de la familia en sus diversos tipos?</p>	<p>Encuesta aplicada a profesionales del Derecho de la Provincia de Tungurahua</p>	<p>Cuestionario estructurado con preguntas cerradas</p>

--	--	--	--	--	--

Elaborado por: Puyol, L (2020)

3.4. Procedimiento para la recolección de información

Para la recolección de datos se cuenta con estrategias metodológicas, basadas en los objetivos de la investigación. Para el proceso de recolección de datos, se ha seleccionado en primer lugar el número de participantes dentro de las encuestas que el investigador procederá a realizar. Previamente se tiene previsto validar el cuestionario y ponderar categorías. Se ha escogido como instrumento la encuesta, debido al bajo costo que representa su aplicación y además porque su ejecución permite rapidez y eficacia en la obtención de datos que posteriormente permitirá sustentar el nivel de confiabilidad conforme se ha venido estableciendo.

3.5. Procedimiento para el análisis e interpretación de la información

Para el procesamiento de la información obtenida, se revisará críticamente la información, depurando contradicciones y datos incompletos. Una vez ejecutado este procedimiento se tiene previsto tabular los datos representándolos en gráficos y tablas, realizando por supuesto su respectivo análisis e interpretación. De la información obtenida, se podrá llegar a las respectivas conclusiones y recomendaciones que darán por terminado el presente proyecto.

3.6. Aspectos éticos

La información obtenida y plasmada en el contexto de la investigación, contiene aspectos sociales y científicos; es decir el desarrollo de la tesis se ha encaminado en apego a la verdad y la justicia. Al reconocer la individualidad de los sujetos de la investigación y el aporte brindado en torno a su propio conocimiento como parte constitutiva para la construcción de este proyecto. Sin embargo, su ideología, identidad individual, así como juicios de valor son de absoluta responsabilidad del autor y servirán únicamente como referencia para la construcción del conocimiento.

4. CAPÍTULO IV

4.1. Resultados

Posterior a la recolección de información a través de la técnica de encuesta apoyada en un cuestionario conformado por diez (10) ítems de tipo abanico, es decir que las respuestas consistieron en una serie de alternativas, entre las cuales el encuestado eligió la que creyó conveniente. Se mostrará la percepción que poseen abogados en libre ejercicio en relación a la temática planteada. Se procede al análisis e interpretación de cada uno de los ítems. Siendo de vital importancia un adecuado tratamiento analítico, para comprobar la factibilidad de la información obtenida. Para ello es necesario emplear diagramas circulares y en base a cálculo porcentual de cada ítem. Es así que recolectada y procesada la información se precede a detallar la respectiva encuesta en la que se ha obtenido la información que a continuación se detalla:

Desarrollo del Test:

Pregunta 1: ¿Sabe usted que es la bioética?

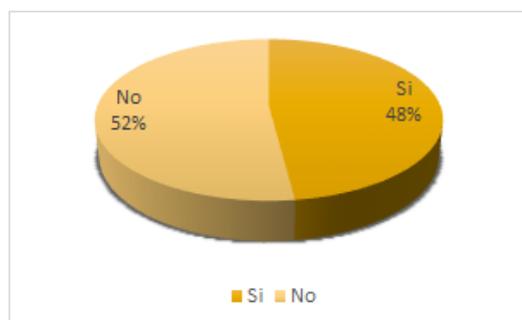
Tabla 4. 1 Pregunta 1

Respuestas	Fi	%
SI	76	48
NO	81	52
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 1 Respuesta 1



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 48% de la población encuestada ha manifestado conocer el significado del término bioética. Por el contrario, un 52 % restante expresa su desconocimiento en cuanto a la existencia de esta rama de la ciencia que está encaminada a la conexión jurídica por medio de la aplicación de sus principios fundamentales. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada no es muy cercana con el tema abordado, debido a varios factores, uno de estos es que al ser dirigida a abogados en libre ejercicio que no mantienen una estrecha relación con la ciencia médica no han podido familiarizarse con este término. Sin embargo, es meritorio mencionar, que podemos encontrar a la palabra bioética incluso en la Constitución de la República del Ecuador en los artículos relacionados con el Derecho a la salud, siendo este uno de los derechos fundamentales protegidos por el Estado.

Pregunta 2:

Tomando como referencia que la bioética tiene un origen teológico y deontológico ¿Es adecuado limitar algunas prácticas médicas por razones religiosas?

Tabla 4. 2 Pregunta 2

Respuesta 2	Fi	%
Es adecuado	66	42
No es adecuado	91	58
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 2 Respuesta 2



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 42% de la población encuestada ha manifestado estar de acuerdo con la limitación de algunas prácticas médicas por razones religiosas. Por el contrario, el 58% restante expresa no estar de acuerdo con la intervención religiosa dentro de prácticas médicas. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada no relaciona la actividad realizada por los prestadores de servicio de salud con la religión, dando a entender que el origen teológico y deontológico de la bioética es independiente de las corrientes religiosas. Es decir, se considera que no debe incidir los aspectos religiosos en relación a las prácticas médicas, siendo Ecuador un país considerado laico es aceptable este pronunciamiento por parte de la población encuestada. Sin embargo, se visualiza la libertad de creencia consagrada en la Constitución de la República del Ecuador.

Pregunta 3:

Considerando que la bioética, tiene como objetivo la protección del ser humano ¿Cree usted que los avances tecnológicos y científicos atentan contra la naturaleza humana?

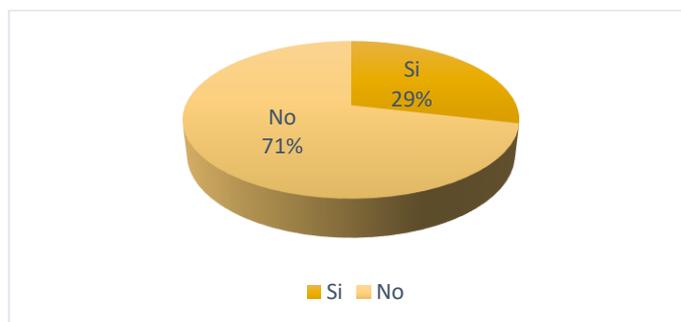
Tabla 4. 3 Pregunta 3

Respuesta 3	Fi	%
Si	45	29
No	112	71
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 3 Respuesta 3



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 29% de la población encuestada ha manifestado considerar que los avances tecnológicos atentan contra la naturaleza humana. Por el contrario, un 71% expresa que los avances tecnológicos no atentan a la naturaleza humana. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada considera que los avances tecnológicos y científicos son un aporte para el ser humano. Es precisamente mediante estos que se ha logrado combatir enfermedades y condiciones médicas en las que es necesario la intervención de agentes ajenos a la naturaleza humana para coadyuvar al bienestar del ser humano y a subsanar necesidades biológicas. El ser humano mediante la evolución genera conocimiento el mismo es utilizado en la mayoría de las ocasiones en pro del bienestar de sus semejantes. La ciencia y la tecnología a lo largo de la evolución se han convertido en aliados de la medicina y por ende ayudan a la salud y al bienestar integral del ser humano.

Pregunta 4:

Los principios fundamentales de bioética, son autonomía de la persona, beneficencia, no maleficencia y justicia. ¿Conoce usted si estos principios se encuentran regulados en alguna norma jurídica en Ecuador?

Tabla 4. 4 Pregunta 4

Respuesta 4	Fi	%
Si están regulados	5	3
No están regulados	82	52
Desconoce	70	45
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 4 Respuesta 4



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 3% de la población encuestada ha manifestado conocer la regulación en alguna norma jurídica a los principios de la bioética. El 52% de la población encuestada hace manifiesto que estas no se encuentran reguladas. Y el 45% restante expresa su desconocimiento en relación a que si están o no tipificadas en alguna norma jurídica en el Ecuador. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada no conoce hace referencia a que no se encuentra en alguna norma jurídica y el segundo porcentaje en rango jerárquico desconoce si está o no establecida en alguna norma jurídica. Es preocupante que un conjunto de principios relacionados con el derecho fundamental a la salud no se extienda en conocimiento por parte de la población encuestada, pese que estos son aquellos que permiten la interconectividad entre la salud el derecho y el ser humano.

Pregunta 5:

Considera usted que la aplicación de los principios fundamentales de la bioética; descritos en la pregunta anterior: ¿Favorecen a la protección del ser humano cuando se aplican en procedimientos médicos?

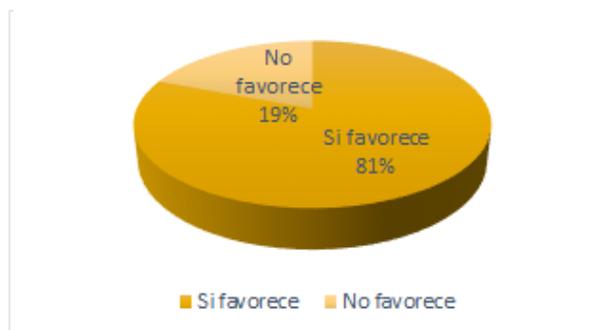
Tabla 4. 5 Pregunta 5

Respuesta 5	Fi	%
Si favorece	127	81
No favorece	30	19
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 5 Respuesta 5



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 81% de la población encuestada ha manifestado que estos principios por el hecho de considerarse fundamentales, favorecen a la protección del ser humano en relación a mantener la integridad y la dignidad humana. El 19% restante expresa que no favorecen al ser humano. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada está de acuerdo en que los principios fundamentales de la botica protegen al ser humano en relación a la aplicación de procedimientos médicos. Considerando que la salud es uno de los derechos promulgados por el Estado, el cual está orientado a prestar una atención de calidad y calidez al individuo. La protección del ser humano es primordial, considerando que se le dota de derechos y principios para salvaguardar la integridad.

Pregunta 6:

¿Conoce usted qué es la gestación subrogada?

Tabla 4. 6 Pregunta 6

Respuesta 6	Fi	%
Si	146	93
No	11	7
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 6 Respuesta 6



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 93% de la población encuestada ha manifestado conocer que es la maternidad subrogada. El 7 % restante expresa su

desconocimiento en cuanto a la maternidad subrogada. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada conoce lo que es la maternidad subrogada o por lo menos ha escuchado esta terminología. La importancia del conocimiento de este procedimiento alternativo de reproducción humana para la investigación realizada es un aporte significativo ya que permite evidenciar que pese a no estar regulada o contenida en un cuerpo normativo es de conocimiento general. Bajo este precepto nos abre la puerta a la posibilidad de que esta práctica se la esté realizando de forma clandestina en el Ecuador. Lo que denota la vital importancia de generar normas que permitan establecer condiciones claras, responsables y no atentatorias para salvaguardar la integridad de la gestante y del menor.

Pregunta 7:

¿Ha escuchado usted acerca de los comúnmente denominados, vientres de alquiler?

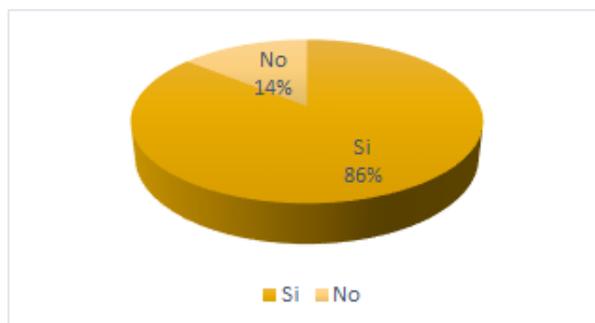
Tabla 4. 7 Pregunta 7

Respuesta 7	Fi	%
Si	135	86
No	22	14
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 7 Respuesta 7



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 86 % de la población encuestada ha manifestado conocer el significado de los denominados vientres de alquiler. El 14% restante expresa su desconocimiento en cuanto a los denominados vientres de

alquiler. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada conoce de esta denominación de la maternidad subrogada. Pues bien, los denominados vientres de alquiler obtienen este reconocimiento debido a que algunos estados la madre que será gestante y alumbrará al menor, recibe una cantidad de dinero partida entre ella y la pareja que tendrá al menor luego del alumbramiento. Esta particularidad es de forma voluntaria, pero no se la considera altruista. La popularidad de los vientres de alquiler ha sido controversial, ya que muchas parejas cruzan fronteras para poder acceder a mujeres que alquilan sus vientres. En países en los que no existe regulación este procedimiento se lo hace de forma clandestina, incluso atentatoria hacia la mujer que será gestante, pues en ocasiones tiene acceso carnal para poder cumplir con el pacto. Si bien se relaciona con la voluntad, al no estar regulado es posible que se vulneren derechos humanos con la excusa de compensar con retribuciones económicas.

Pregunta 8:

¿Piensa usted que existe regulación legal para la aplicación de la gestación subrogada en Ecuador?

Tabla 4. 8 Pregunta 8

Respuesta 8	Fi	%
Si existe	6	4
No existe	99	63
Desconoce	52	33
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 8 Respuesta 8



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 63% de la población encuestada ha manifestado conocer que no existe regulación en el Ecuador para la aplicación de la gestación subrogada. El 4% considera que si existe regulación y el 33% desconoce si existe o no una regulación legal para la aplicación de la gestación subrogada. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada establece que esta práctica no está regulada, en relación jerárquica el segundo porcentaje indica el desconocimiento de que esta práctica este regulada y en un mínimo porcentaje piensa que si está regulada. Estos resultados, resaltan la necesidad de que exista una regulación legal, mediante la promulgación de un cuerpo normativo que permita ampliar el conocimiento de la regulación de este procedimiento. La importancia de sacar de la clandestinidad a personas que accedan a este procedimiento alternativo de reproducción humana y se consolide su práctica bajo las condiciones garantizadas por el derecho a la salud.

Pregunta 9:

¿Considera que la gestación subrogada tiene protección jurídica y está garantizada en la Constitución ecuatoriana?

Tabla 4. 9 Pregunta 9

Respuesta 9	Fi	%
Si	34	22
No	123	78
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 9 Respuesta 9



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 78% de la población encuestada ha manifestado en la legislación ecuatoriana la gestación subrogada no tiene protección jurídica y que no se encuentra garantizada en la Constitución de la República del Ecuador. Mientras el 22% de la población encuestada considera que esta práctica se encuentra regulada. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada conoce que no existe regulación legal para acceder a la gestación subrogada de forma garantista y en base a la protección jurídica. Si bien en la constitución se reconoce el derecho a la salud, a la no discriminación por cuestiones de filiación entre otros derechos. La protección jurídica de la maternidad subrogada no se estipula en la constitución y tampoco en ninguna otra norma infra constitucional.

Pregunta 10:

¿Cree usted que regular normativamente la gestación subrogada, garantizará la protección de los derechos de la familia en sus diversos tipos?

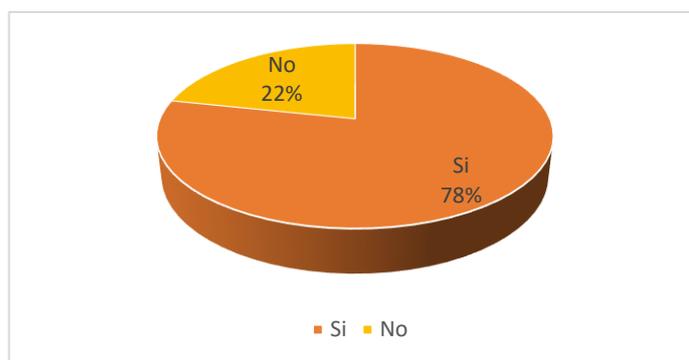
Tabla 4. 10 Pregunta 10

Respuesta 10	Fi	%
Si	123	78
No	34	22
TOTAL	157	100

Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Figura 4. 10 Respuesta 10



Elaborado por: Puyol, L (2020)

Fuente: Investigador

Análisis: Como se puede observar, el 78% de la población encuestada ha manifestado que mediante la regulación normativa de la gestación subrogada se puede garantizar la protección de los derechos de la familia. Mientras que el 22% considera que no es necesario esta regulación normativa. Lo que significa que la mayor parte de la población encuestada considera que la regulación normativa es importante para poder llevar de la mejor manera este tipo de procedimientos alternativos de reproducción humana. La importancia de la existencia de regular esta práctica dentro del ordenamiento jurídico radica en la necesidad de establecer una familia vista como derecho. Además, considerar que para lograr este objetivo no se transgreda los derechos de las personas y mucho menos la dignidad humana. Considerando a los derechos humanos como la base esencial de dotación de derechos y en relación a las personas.

4.2. Análisis de resultados

Mediante un análisis sistemático y considerando los objetivos planteados, siendo estos esenciales para justificar la realización de esta investigación y elaboración de este documento de análisis crítico. Recolectada la información mediante cuestionarios y la realización de encuestas dirigidas a abogados en el libre ejercicio de sus funciones como población, se obtiene los resultados presentados en relación a las dos variables propuestas en el tema de investigación " Los principios fundamentales de la bioética y el reconocimiento de la gestación subrogada como derecho de familia ". Los porcentajes obtenidos denotan la factibilidad de la metodología planteada y evidencia la necesidad de generar conocimiento en relación a la bioética y a la maternidad subrogada y la relación con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Los resultados obtenidos en relación a la primera variable, Los principios fundamentales de la bioética, evidencian que no es un tema conocido a profundidad a pesar de que esta terminología se encuentra contemplada en la Constitución de la República del Ecuador, en lo que respecta al derecho fundamental de salud. Al mencionar a los principios fundamentales que son la relación jurídica entre la medicina y el derecho, ya que se enfoca en la protección integral de la dignidad del ser humano. La importancia del conocimiento de esta temática permite regular los

procedimientos médicos y la afectación que generan al ser humano. Siendo el ser humano desarrollado en sociedad un bien esencial a proteger por parte del Estado, el desconocimiento de estos principios coarta derechos de las personas al no ser aplicados. Si bien el porcentaje que asevera conocer el tema es menor, es positivo el hecho de que si exista un recogimiento de la bioética y de los principios fundamentales bajo los cuales esta se rige y desde luego la protección que presta al ser humano en relación a varios principios constitucionales como la dignidad, la igualdad, la seguridad social y desde luego la salud.

Los resultados obtenidos en relación a la primera variable, El reconocimiento de la gestación subrogada como derecho de familia, evidencia ser un tema medianamente conocido, y no regulado. Con los resultados obtenidos se considera evidente la necesidad de regular en un cuerpo normativo bajo qué condiciones debe darse este procedimiento alternativo de reproducción humana. La clandestinidad es una de las maneras más fáciles de arraigar la vulneración de derechos, considerando que al mentar a ese método alternativo de reproducción humana como "vientres de alquiler", es más conocido por la población encuestada. Si el Estado interviene para la regulación de esta práctica que debe ser altruista y no comercial, permitirá que personas con el deseo de formar una familia puedan realizarlo de forma legal y en condiciones humanas, en las que se preserve de manera fundamental los derechos de la gestante y del neonato, siendo reconocidos constitucionalmente como parte del grupo de atención prioritaria por parte del Estado.

5. CAPÍTULO V

5.1. Conclusiones

La importancia de la dignidad humana radica en la protección que se otorga a cada persona; mediante derechos, principios y garantías; con la finalidad de que esta sea respetada y valorada como ser individual y social, con características y condiciones particularizadas. La defensa a la dignidad humana debe ser ejecutada de tal manera que la protección de un individuo no ponga a los demás en situaciones de indignidad o dependencia. Es importante no limitarse a la promulgación del amparo de la dignidad humana; se debe ejecutar lo estipulado en los diversos cuerpos normativos. Es así que, aplicar los principios fundamentales de la bioética a los diversos procedimientos médicos, científicos y tecnológicos, respalda el bioderecho, que es la conjugación de la medicina con el derecho en relación a la protección de la vida. Los métodos alternativos de reproducción humana, deberán ser realizados bajo parámetros de protección al ser humano y su dignidad. Es por ello que al aplicar los principios de la bioética al procedimiento de gestación subrogada se busca garantizar una práctica segura, resultado de la evolución y desarrollo del ser humano tanto en el área médica como en aspectos relacionados al derecho; con la finalidad de subsanar una necesidad, siempre y cuando se lo haga sin trasgredir o limitar derechos de otros.

Ecuador se caracteriza por tener un modelo neo constitucionalista, esta teoría jurídica transforma al Estado de Derecho en Estado Constitucional de Derechos, en el que se divisa mayor intervención estatal mediante la creación de espacios democráticos, igualitarios, inclusivos y de respeto a los derechos humanos. Este modelo promueve que el Estado sea regulado por una constitución garantista, que posee un amplio catálogo de derechos fundamentales; utilizando precisamente este instrumento como un conector entre el Estado y los ciudadanos. La norma supraconstitucional sirve de base para que normas infra constitucionales protejan también derechos y no se contrapongan a lo que estipulan la constitución y los tratados o convenios internacionales. La constitución de la República del Ecuador con la finalidad de proteger derechos y garantías que salvaguarden la dignidad

humana, está en la capacidad de adoptar un cuerpo normativo que permita regular este método alternativo de reproducción humana, denominado gestación subrogada ya que cuenta con el aparato jurídico suficiente para amparar el derecho de familia. La importancia de reconocimiento del derecho a la salud, hace que el Estado genere las condiciones necesarias para que el ordenamiento jurídico ecuatoriano denote la capacidad de salvaguardar la integridad humana en relación a los avances médicos, tecnológicos y científicos. Esto permitiría que la mencionada práctica médica, ya no se la realice de manera clandestina.

Las normas supraconstitucionales se caracterizan por contener Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales; no obstante, las normas infra constitucionales no deben contraponerse a estos derechos, para que su fungibilidad sea proba. El ordenamiento jurídico ecuatoriano y obviamente el sistema jurídico son compatibles; de este modo, los cuerpos normativos son garantistas de derechos y promueven la justicia social, permitiendo que la dignidad humana tenga las condiciones legales necesarias para la promulgación, protección y garantía. Es así que, mediante el reconocimiento de los diversos tipos de familia, la no discriminación filial y la protección a mujeres embarazadas y niños; se genera una base dogmática y positivista para garantizar la dignidad humana, tanto para las personas que quieran ser voluntariamente gestantes como para las que desean consolidar una familia. Además de contar con el derecho a la salud como herramienta para llevar a cabo este procedimiento alternativo de reproducción humana, denominado gestación subrogada; la implantación en el sistema jurídico mediante el bioderecho coadyuva con los principios fundamentales de la bioética. Por consiguiente, se garantizará compatibilidad normativa en relación a la protección de la dignidad en la aplicación del método alternativo de reproducción humana, denominado gestación subrogada.

5.2. Recomendaciones

Se recomienda, extender la protección que se proporciona a cada individuo con la finalidad de fortalecer los derechos y garantías destinados a la salvaguarda de la dignidad humana. Si bien los Derechos Humanos, Fundamentales y

Constitucionales, conforman un bloque de constitucionalidad que permite que el ser humano goce de plenitud de derechos; en ocasiones es necesario evidenciar que las personas están sujetas al desarrollo y a la evolución, ya sea a través de la ciencia, la medicina o la tecnología. El derecho en toda su dimensión no se puede retraer y debe evolucionar a la par; desde este contexto es complejo determinar si el derecho evoluciona a la par del ser humano o viceversa, siendo necesario considerar que una de sus funciones es subsanar las necesidades generadas por el ser humano para así garantizar la armonía social. El bioderecho es una de las conexiones que permiten el respeto a la vida en relación a los procedimientos médicos y a la protección normativa. De este modo, se lograría garantizar en mayor grado la protección de la integridad humana, conforme a prácticas médicas y no únicamente limitándose a la verificación de que, si fue o no una mala práctica médica. Por consiguiente, se busca la protección integral, consentida, informada; para la regulación de este método alternativo de reproducción humana, denominado, gestación subrogada.

Adicionalmente, se debe trabajar en mejorar el modelo neo constitucionalista, si bien esta teoría caracteriza al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y protector de la justicia social, hay mucho por hacer. Pese a que se ha dado pasos agigantados al reconocer a grupos considerados minoritarios, aún existe necesidades por subsanar, en lo que a otorgamiento de derechos respecta. En Ecuador, se ha creado espacios y se promulga el respeto a la democracia, a la igualdad, a la inclusividad; siendo el ser humano considerado como sujeto activo de derechos, más aún es importante fortalecer esos avances. Los derechos humanos, los derechos fundamentales y los derechos constitucionales, permiten generar un sistema jurídico que proporciona a los individuos derechos, garantías y principios. Ecuador tiene una constitución considerada humanista, por la salvaguarda y protección de los activos sociales; a pesar de que no se ha podido determinar con exactitud, si el derecho evoluciona conjuntamente con el ser humano, o si es el ser humano que se ve en la necesidad de evolucionar con el derecho. Existe una postura clara, tanto el ser humano como los derechos están sujetos a la evolución, ya sea por la ciencia, la tecnología o factores sociales. Es indispensable que esta necesidad humana, sea subsanada, ya sea por los precedentes que ha establecido el neoconstitucionalismo, o por la naciente necesidad de adoptar en el orden y

rodamiento jurídico, la regulación de este método alternativo de reproducción humana, denominado maternidad subrogada.

Finalmente, es preciso analizar con mayor detenimiento las normas supraconstitucionales, que si bien en estas se consolida los derechos humanos y los convierte en fundamentales mediante la tipificación en la constitución y con el respaldo de los derechos constitucionales que son los que dan ese toque humanista a los principios y garantías. Es necesario que se establezca una armonía normativa entre normas supraconstitucionales y normas infra constitucionales; una vez que se ha determinado derechos como la vida, salud, filiación, no discriminación, inclusión y se probado que en el contenido de la Constitución de la Republica del Ecuador existe un conglomerado de derechos que permite ampliamente salvaguardar la dignidad humana. Es necesario que mediante los principios fundamentales de la bioética y con el respaldo judicial del bioderecho, se pueda considerar dentro de la legislación ecuatoriana este procediendo alternativo de reproducción humana, denominado, gestación subrogada. La importancia de que este procedimiento médico ya no se lo realice de forma clandestina se basa obligatoriamente en la finalidad del estado de ser no solo un ente regulador del sistema jurídico, sino un ente garantista que promueve la protección integral de individuo, y por ende la salvaguarda de la dignidad humana, en la que no se permite que se cometa actos atentatorios, degradantes o clandestino que pongan en riesgo el bien jurídico primordial protegido por el estado, la vida.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albert, M. (2013). Hacia un bioderecho universal; bioderecho en acción y funcionalización del valor de la vida humana. *Cuadernos de bioética*, 21(2), 223-237. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=875/87528682007>
- Altisent, R. (2002). Bioética, deontología y derecho: invitación a una convivencia productiva. *Organizacion médica colegial de España*, 1-90.
- Andrueti, A. S. (2019). El impacto de la Bioética en el Derecho. *Revista Direito e Justicia*, 19(34). Obtenido de shorturl.at/nJO26
- Aso Escario, J. (2009). Bioética de la actividad pericial médica. *Cuadernos de medicina*, 105-117.
- Avila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya - Yala.
- Baldi, C. A. (enero-julio de 2013). Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista de derechos humanos y estudios sociales*, 5(9), 51-72.
- Barié, C. G. (2000). *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. México: Abya YAla.
- Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*, 135-165.
- Bernal Crespo, J. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. Opinión jurídica. *Scielo*, 193-204.
- Bidart Campos, G. (1987). *Lecciones elementales de política*. Buenos Aires: Ediar.
- bio.etica. (2008). *Principio de autonomía y beneficencia. Dos principios en tensión*. Obtenido de categorías en bioética: <https://www.bioeticaweb.com/autonomasa-y-beneficiencia-dos-principios-en-tensiasn/>

- Bolzan de Moraes, J. L., & Magalhães Barros, F. (2014). Estado y función social: del malestar de la civilización al síndrome del miedo a la barbarie. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, 12(VI), 89-105.
- Brugo Olmedo, S., Chillik, C., & Kopelman, S. (febrero de 2003). *Definición y causas de la infertilidad*. Obtenido de <https://revista.fecolsog.org/index.php/rcog/article/view/567/614>
- Cambra, B., Mastandrea, I., Mart, P., & Delfina, & Paragis, M. (2019). Perspectiva bioética sobre el aborto en Argentina a través del aporte del cine. *Acta Bioética*, 253-264.
- Ciccone, L. (2005). *Bioética: Historia. Principios. Cuestiones*. Madrid: Ediciones palabra.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 29 de enero de 2019, de www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf
- Costa Alcaraz, A., & Almendro Padilla, C. (2006). Los principios de la bioética: beneficencia y no maleficencia. *Médicos en familia*, 177-194.
- Cuéllar Saavedra, J. (2018). Agricultura transgénica. Una valoración bioética del caso colombiano. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 215-225.
- Díez-Picaso, L. M. (2004). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas . Obtenido de shorturl.at/wACO6
- Drane, J. (2019). *Centro Interdisciplinario de estudios en bioética*. (U. d. Chile, Productor) Obtenido de Origen y Evolución de la Bioética en Estados Unidos: <https://bit.ly/32sJ3Er>
- Duran Ribera, W. R. (2002). La Protección De Los Derechos Fundamentales En La Doctrina Y Jurisprudencia Constitucional. *Ius et Praxis*, 8(2), 77-94. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200006>

- Escobar López, M. T., García Pereáñez, J., & Rivas Muñoz, F. (2018). Aproximación a la equidad en salud en perspectiva de dignidad: notas para una bioética social. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 172-190.
- Ferrajoli, L. (2005). *La democracia constitucional y derechos fundamentales, la rigidez de la constitución y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferro, M., Molina Rodríguez, L., & Rodríguez, W. (junio de 2009). La bioética y sus principios. *Acta Odontológica Venezolana*, 481-487.
- García Ramirez, S. (2002). *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México, México: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- García, D. (1995). Hard times, hard choices: founding bioethics today. *Bioethics*, 9(3), 192-206.
- Global Surrogacy. (2019). *The sensible surrogacy guide*. Obtenido de International Surrogacy Options: <https://www.sensible-surrogacy.com/international-surrogacy/>
- Hobsbawm, E. (1997). *La era de la revolución: 1789-1848*. (F. Jimenes de Sandoval, Trad.) Buenos Aires: Crítica.
- Jouve de la Barreda, N. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 153-162.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (s.f.). Maternidad y paternidad. En E. Lamm, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- La Biblia. (1995). *Génesis* (108 ed.). Navarra, España: Verbo Divino.
- López Baroni, M. J. (2016). *Dónde y cuando surge la bioética, en "El origen de la bioética como problema"*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Marín Castán, M. L. (2007). La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, 1-8.
- May, W. E., & McGivney, M. (2007). Bioética y Teología: ¿Cómo se relacionan? *Bioética y Ciencias de la Salud*, 5(4), 133-153.

- Meslin, E., & Schwartz, P. (2015). How bioethics principles can aid design of electronic health records to accommodate patient granular control. *Journal of general internal medicine*, 3-6.
- Millán, J. (1986). *Compendio de historia universal*. Cuenca: Kapelúz.
- Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado el 19 de junio de 2019, de https://www.un.org › documents › udhr › UDHR_booklet_SP_web
- Nino, C. S. (2007). *Ética y Derechos Humanos - un ensayo de fundamentación* (segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea. Recuperado el 21 de marzo de 2019
- Padovani Cantón, A. M., & Clemente Rodríguez, M. E. (enero-marzo de 2010). ¿Qué es la bioética? *Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río*, 14(1), 370-374. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-31942010000100036
- Pérez Royo, J. (2007). *Curso de derecho constitucional* (undécima ed.). Madrid: Marcial Pons. Recuperado el 27 de marzo de 2019
- Rempel, N. G. (2016). *La protección jurídica del embrión*. Buenos Aires: Ediar.
- Rendón López, A. (2012). El bioderecho como investigación interdisciplinaria: una respuesta jurídica. *Amicus Curiae*, 4(6), 1-21. Obtenido de <http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/num6/03.pdf>
- Revista colombiana de obstetricia y ginecología. (1950). *Definición y causas de la infertilidad*. Obtenido de Definición y causas de la infertilidad
- Rojas, A., & Lara, L. (2014). ¿Ética, bioética o ética médica? *Revista chilena de enfermedades respiratorias*, 30(2), 91-94.
- Sachedina, A. (2006). The search for Islamic bioethics principles. *Principles of health care ethics*, 117-125.

- Salinas Meruane, P., & Cárdenas Castro, M. (2009). *Métodos de investigación social*. Quito: Intiyal Ediciones Ciespal.
- Sarmiento, A. (2008). El servicio de la teología moral a la bioética. *ScriptaTheologica*, 780-787.
- Sastré Orosco, J. (2 de mayo de 2017). *Hechos y derechos*. Obtenido de La maternidad subrogada como derecho humano y su regulación en México: shorturl.at/AIMX5
- Schultze, R.-O. (2014). El bien común. *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*, 156-165. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3710/13.pdf>
- Siurana Aparici, J. C. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. *Veritas*, 121-157.
- Squella, A. (1998). Libertad e igualdad en el pensamiento político de Norberto Bobbio. *Isonomía, revista de teoría y filosofía del Derecho*, 351-366.
- Toynbee, A. (1977). *Historia de las civilizaciones*. Barcelona: Bergara.
- Universidad de Chile. (s.f.). *Centro interdisciplinario de estudios en Bioética*. Obtenido de Origen y Evolución de la Bioética en Estados Unidos: shorturl.at/inEP6
- Valdés, E. (2015). Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 1197-1228.
- Vita: Medicina reproductiva. (2020). *Historia de la fertilidad: de rito a ciencia*. Obtenido de shorturl.at/emM56
- Zárate Cuello, A. (2018). Diálogo bioético y del bioderecho en torno a la conformación y naturaleza biojurídica de la familia homoparental en Colombia. *Investigación y desarrollo*, 26(1), 29-54.

7. ANEXOS

UNIVERSIDAD TECNICA DE AMBATO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Encuesta dirigida a: Profesionales del Derecho registrados en el Foro de Abogados de Tungurahua.

Objetivo: Analizar la relación de los principios fundamentales de la bioética en relación al reconocimiento de la gestación subrogada como derecho de familia en la legislación ecuatoriana.

CUESTIONARIO DE LA ENTREVISTA

Pregunta 1: ¿Sabe usted que es la bioética?

Si _____ No _____

Pregunta 2: Tomando como referencia que la bioética tiene un origen teológico y deontológico ¿Es adecuado limitar algunas prácticas médicas por razones religiosas?

Es adecuado _____

No es adecuado _____

Pregunta 3: Considerando que la bioética, tiene como objetivo la protección del ser humano ¿Cree usted que los avances tecnológicos y científicos atentan contra la naturaleza humana?

Si _____ No _____

Pregunta 4: Los principios fundamentales de bioética, son autonomía de la persona, beneficencia, no maleficencia y justicia. ¿Conoce usted si estos principios se encuentran regulados en alguna norma jurídica en Ecuador?

Si están regulados _____

No están regulados _____

Desconoce _____

Pregunta 5: Considera usted que la aplicación de los principios fundamentales de la bioética; descritos en la pregunta anterior: ¿Favorecen a la protección del ser humano cuando se aplican en procedimientos médicos?

Si favorece _____

No favorece _____

Pregunta 6: ¿Conoce usted qué es la gestación subrogada?

Si _____ No _____

Pregunta 7: ¿Ha escuchado usted acerca de los comúnmente denominados, vientres de alquiler?

Si _____ No _____

Pregunta 8: ¿Piensa usted que existe regulación legal para la aplicación de la gestación subrogada en Ecuador?

Si existe _____

No existe _____

Desconoce _____

Pregunta 9: ¿Considera que la gestación subrogada tiene protección jurídica y está garantizada en la Constitución ecuatoriana?

Si _____ No _____

Pregunta 10: ¿Cree usted que regular normativamente la gestación subrogada, garantizará la protección de los derechos de la familia en sus diversos tipos?

Si _____ No _____

Gracias por su participación.