



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

ESTUDIO DOCTRINARIO, JURIDICO Y DE CAMPO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO GENÉTICO EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA.- PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL

Tesis previa a la obtención del Título de Abogado.

AUTOR:

SANTIAGO ALBERTO OÑATE REINOSO

DIRECTOR:

ABG. MARCELO ARMANDO COSTA CEVALLOS MG. SC.

LOJA – ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN

DR. MARCELO ARMANDO COSTA CEVALLOS MG. SC., Catedrático de la Universidad Nacional de Loja, en la Modalidad de Estudios a Distancia y Director de la presente Tesis de Abogado:

CERTIFICA

Que el presente trabajo de investigación de la tesis de Abogado titulado "ESTUDIO DOCTRINARIO, JURIDICO Y DE CAMPO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO GENÉTICO EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA.- PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL", realizada por el postulante Santiago Alberto Oñate Reinoso, previa a la obtención del título de Abogado la he dirigido revisado de acuerdo a las exigencias reglamentarias de la Universidad nacional de Loja, por lo tanto autorizo su presentación y sustentación.

Loja, noviembre de 2015



DR. MARCELO ARMANDO COSTA CEVALLOS MG. SC.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Santiago Alberto Oñate Reinoso, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Santiago Alberto Oñate Reinoso

Firma: 

Cédula: 171419349-5

Fecha: Loja, noviembre de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE TEXTO COMPLETO.

Yo, Santiago Alberto Oñate Reinoso, declaro ser autor de la tesis titulada; **“ESTUDIO DOCTRINARIO, JURIDICO Y DE CAMPO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO GENÉTICO EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA.- PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL”**, Como requisito para optar al Grado de: ABOGADO, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 24 días del mes noviembre del dos mil quince.

FIRMA:

AUTOR: SANTIAGO ALBERTO OÑATE REINOSO

CEDULA: 171419349-5

DIRECCIÓN: Quito, Destacamento Bejucal Oe 2-21 y Real Audiencia

CORREO ELECTRÓNICO: san2484_@hotmail.com

TELÉFONO: 0987933044 / 0987114186 / 022486016

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: DR. MG. MARCELO COSTA CEVALLOS

TRIBUNAL DEL GRADO

Dr. Carlos Manuel Rodriguez Mg. Sc. PRESIDENTE

Dr. Sebastian Rodrigo Diaz Páez Mg. Sc. VOCAL

Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc. VOCAL

AGRADECIMIENTO

Dejo expresa constancia de mi profunda gratitud a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, a la Carrera de Derecho, al Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc, Director de la Tesis y a todos los docentes que compartieron con esmero y desinterés sus experiencias en el campo del derecho hasta lograr alcanzar mi sueño anhelado.

Santiago Alberto

DEDICATORIA

Éste modesto trabajo de investigación lo quiero ofrecer de manera especial a mis padres, que han sido la fuente de inspiración y la razón de superarme en mis estudios, de manera particular quiero dedicarlo también a mi esposa e hijos, abuelos y tíos, a mis maestros y amigos, quienes han sabido brindarme el apoyo moral e incondicional en pos de que logre alcanzar una de las metas más importantes dentro de mi vida personal.

Santiago Alberto

TABLA DE CONTENIDOS

CARÁTULA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Derecho Genético

4.1.2. Biotecnología

4.1.3. Genética

4.1.4. Ingeniería Genética

4.1.5. Ser Humano

4.1.6. Derechos Humanos

4.1.7. Código Civil

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. El Derecho Genético.- Origen y Evolución Histórica

4.2.2. Características y Elementos del Derecho Genético

4.2.4. El Derecho Genético y la filiación

4.2.5. Los Derechos Humanos frente al avance biotecnológico

4.2.6.	Realidades y retos del Derecho Genético en la legislación Ecuatoriana
4.3.	MARCO JURIDICO
4.3.1.	Constitución de la República del Ecuador
4.3.2.	Código Civil
4.3.3.	La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO
4.4.	LEGISLACION COMPARADA
4.4.1.	Legislación Argentina
4.4.2.	Legislación Española
4.4.3.	Legislación Mexicana
5.	MATERIALES Y MÉTODOS
5.1.	Materiales
5.2.	Métodos
5.3.	Técnicas
6.	RESULTADOS
6.1.	Resultado de las Encuestas
7.	DISCUSIÓN
7.1.	Verificación de objetivos
7.2.	Contrastación de hipótesis
7.3.	Fundamentación de la propuesta Jurídica
8.	CONCLUSIONES
9.	RECOMENDACIONES:
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA LEGAL
10.	BIBLIOGRAFIA
11.	ANEXOS
	PROYECTO DE TESIS
	ÍNDICE

1. TÍTULO

“ESTUDIO DOCTRINARIO, JURIDICO Y DE CAMPO DE LA APLICACIÓN DEL
DERECHO GENÉTICO EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA.-
PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL”

2. RESUMEN

El avance de la ciencia y la técnica y sobre todo las innumerables aplicaciones y usos de la Biotecnología ha determinado que la ciencia del Derecho tenga como una de sus novísimas ramas al denominado Derecho Genético, que al decir del tratadista Enrique Varsi Rospigliosi es "la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia en el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre".

Pero es más, la creciente preocupación a nivel internacional por los problemas generados por los avances de la biología y, en especial, de la medicina condujeron a conformar una incipiente rama del Derecho: "El Derecho Internacional de la Bioética", que pretende conformar una serie de principios que escapan a la existencia de fronteras cerradas. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano frente a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, y la Declaración Universal de la **Organización de las Naciones Unidas para la Educación y Diversificación, la Ciencia y la Cultura**, sobre los Derechos del Hombre y el Genoma Humano constituyen dos sólidos soportes normativos de esta novedosa rama jurídica.

El Derecho Genético lo que pretende es normar de manera adecuada los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir. Es más, creemos fervientemente que esta labor de regulación no se debe limitar a calificar tal o cual conducta como atentatoria a los derechos que ostentamos todos los habitantes de este planeta, sino que también debe afrontar el reto de reformular concienzuda y meticulosamente la definición y conceptualización de los Derechos Humanos, como el Derecho a la Vida, el Derecho a la Información, el Derecho a la Dignidad y el

Derecho a la Integridad Personal, que han sufrido un grave revés a raíz de los descubrimientos genéticos.

Por estas razones, se hace necesario no perder el tiempo en el asombro y la admiración, pensando en regular fenómenos espectaculares que en ocasiones no son siquiera posibles, y se hace necesario actuar en un marco de colaboración interdisciplinario que permita al jurista, con la información adecuada cierta, regular los desarrollos científicos que son a una realidad en nuestra vida cotidiana y que suceden al margen del orden jurídico, en ocasiones pasando por encima de bienes sociales y jurídicos fundamentales para la vida social. Basta como ejemplo, para nuestro país la temática de la reproducción asistida, y más en específico la fecundación in vitro, que siendo una realidad cotidiana aún no cuenta con la regulación adecuada que delimite con precisión sus consecuencias de carácter jurídico, además de las consecuencias sociales y personales que también debe contemplar y regular el Derecho.

La Constitución Ecuatoriana garantiza el desarrollo del buen vivir y los derechos de la naturaleza, garantías que quedarían en letra muerta sin un marco regulatorio jurídico en Derecho Genético, que salvaguarde la naturaleza, la salud de la población y su diversidad genética.

2.1. ABSTRACT

The advancement of science and technology and especially the many applications and uses of biotechnology has determined that the science of law has as one of its branches very new to the so called Genetic law, which in the words of scholar Enrique Varsi Rospigliosi is "the branch the law governing the development of genetic science and its influence on human beings. That is, it is required to examine and regulate all technical or scientific activities related to the genetic makeup of man."

But indeed, the growing international concern for the problems generated by advances in biology and, in particular, medicine led to shape an emerging branch of law: "International Law of Bioethics", which aims to form a set of principles that are beyond the existence of closed borders. The European Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being off the Application of Biology and Medicine, and the UNESCO Universal Declaration on Human Rights and the Human Genome are two strong policy holders This novel legal branch.

The Genetic law it aims to regulate adequately the developments and applications of Biotechnology and Genetic Engineering, adjusting for this effect genomic research, genetic interventions in the germ line and somatic, the patenting of genes, genetic manipulation, the techniques of assisted reproduction, etc., and the respective legal consequences that such practices can produce. Moreover, we strongly believe that this work of regulation should not be limited to qualify this or that behavior as an infringement of the rights that we hold all the inhabitants of this

planet, but must also face the challenge of reformulating conscientious and meticulous definition and conceptualization Human Rights and the Right to Life, Right to Information, Right to Dignity and the Right to Humane, who suffered a serious setback as a result of genetic discoveries.

For these reasons, it is necessary not to waste time in amazement and admiration, thinking regulate spectacular phenomena that are sometimes not even possible, and we need to act within a framework of interdisciplinary collaboration for the jurist, with the information some proper regulate scientific developments that are a reality in our daily lives and that happen outside the legal order, sometimes bypassing central to social life social and legal rights. Just as an example, for our country the issue of assisted reproduction, and more specifically in vitro fertilization, to be a daily reality still lacks adequate regulation defining precisely the consequences of a legal, as well as social consequences and personal must also contemplate and regulate the right.

The Ecuadorian Constitution guarantees the development of good living and the rights of nature, guarantees that would be a dead letter without a legal regulatory framework in Genetic law, safeguarding nature, the health of the population and genetic diversity.

3. INTRODUCCIÓN

El Derecho Genético es la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Esta disciplina se encarga de estudiar y normar las actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre. En tal sentido el Derecho Genético ha surgido como una disciplina especial que brinda una protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales que se derivan de los avances de la ciencia genética. Se sostiene también que el Derecho Genético es entendido como aquella rama jurídica que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición génica del hombre. El Derecho Genético es una rama del derecho civil que se va encargar el estudio científico de cómo se transmiten los caracteres físicos, bioquímicos y de comportamiento de padres a hijos, la determinación de los mecanismos hereditarios por los que los descendientes de organismos que se reproducen de forma sexual no se asemejan con exactitud a sus padres y estudian las diferencias y similitudes entre padres e hijos que se reproducen de generación en generación según determinados patrones. El derecho genético tiene por objetivo difundir los conceptos teóricos y doctrinarios acerca de la biotecnología y su influencia sobre el ser humano. Dar a conocer las normas nacionales e internacionales así como los criterios jurisprudenciales que regulan el Derecho Genético.

El Derecho Genético está íntimamente vinculado con el Derecho Civil puesto que su aplicación tiene como fin la persona humana. De allí que el derecho de las

personas (el inicio de la vida, la teoría del concebido, la cesión de sustancia orgánicas (), el Derecho de Familia (La filiación y el Derecho de Sucesiones (la transmisión hereditario del hijo póstumo en la inseminación post mortem) se halla influenciados por esta parte de la ciencia biológica. Producto de esta relación ha surgido el llamado Derecho Genético Civil.

Hoy se torna necesario, y hasta diríamos urgente, el asegurar la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía ante un escenario en el que se pueda advertir la fragilidad de su defensa frente a las conquistas de las ciencias de la vida, en tanto amenazan su libertad, su dignidad, su intimidad y su futuro.

Pero ni la necesidad ni la urgencia de estas exigencias pueden llevar a concebir que sólo las normas jurídicas, coactivamente impuestas, puedan alcanzar los fines propuestos. La sociedad -lo destaca Casado- “debe premunirse de un bagaje de normas deontológicas y éticas que colaboren a la función de control y contribuyan a crear un entramado social cohesionado que, aplicando los principios de la bioética, los principios constitucionales y los derechos humanos, nos permita disponer de un adecuado marco de referencia en la toma de decisiones.

La reflexión bioética entronca con el principio fundamental de respeto a la dignidad humana, con los derechos a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a la libertad e igualdad, a la no sujeción de las personas a experimentos médicos que atenten contra sus derechos fundamentales, temas todos ellos de relevancia para el derecho constitucional. Sin embargo de los avances tecnológicos y cada vez una injerencia de los científicos por manipular material genético a seres humanos, nos

conlleva a criterios filosóficos, morales, religiosos, etc., que aún la Legislación Ecuatoriana no ha sido atendida ni ha merecido un mínimo de preocupación por parte de los legisladores. Dejando de esta manera a la moralidad y ética del científico este hecho tan importante en la actualidad.

En vista de la problemática que se ha presentado en relación a los Derechos Reproductivos de las personas, ha sido necesario desarrollar el presente trabajo investigativo titulado: “ESTUDIO DOCTRINARIO, JURIDICO Y DE CAMPO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO GENÉTICO EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA.- PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL”, que analiza la problemática que se presenta al momento de aplicar la bioética en el desarrollo de la salud de las personas contemplados en la Constitución de la República del Ecuador, los que a pesar de tener rango constitucional no se ha desarrollado legislación secundaria en ese sentido a fin de proteger los derechos de las personas. La investigación ha sido estructurada de conformidad con lo que establece el Estatuto de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, dentro del marco conceptual se analizan las definiciones de: Derecho Genético, Biotecnología, Genética, Ingeniería Genética, Ser Humano, Derechos Humanos, Código Civil; dentro del marco doctrinario se analiza: El Derecho Genético.- Origen y Evolución Histórica, Características y Elementos del Derecho Genético, Autonomía del Derecho Genético, El Derecho Genético y la filiación, Los Derechos Humanos frente al avance biotecnológico, Realidades y retos del Derecho Genético en la legislación ecuatoriana; así también se analiza jurídicamente la custodia compartida en la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil y Acuerdos y La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO; y,

desde el derecho comparado con legislaciones de Argentina, España y México, con el objetivo principal de armonizar la normativa en relación al Derecho Genético; es así que a través de los referentes teóricos y la correspondiente investigación de campo se ha determinado que:

El Derecho necesita regular los comportamientos que en genética se manifiesten; la Genética necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios. El Derecho Genético, es entonces la respuesta a esta carencia; el Derecho Genético intenta conciliar la actuación del científico con las normas legales en beneficio de la humanidad. Este es entonces el fundamento del Derecho Genético.

En definitiva lo que pretende el Derecho Genético es normar en adecuada manera los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Derecho Genético

El doctrinario Enrique Varsi Rospigliosi en su obra Fundamentos básicos del derecho genético, define al Derecho Genético de la siguiente manera:

“El Derecho Genético es la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Esta disciplina se encarga de estudiar y normar las actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre. En tal sentido el Derecho Genético ha surgido como una disciplina especial que brinda una protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales que se derivan de los avances de la ciencia genética. Se sostiene también que el Derecho Genético es entendido como aquella rama jurídica que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición génica del hombre¹”.

Por lo tanto puedo decir que el Derecho Genético es una rama del derecho que regula la ciencia genética y su efecto sobre los seres humanos. Es decir norma las actividades científicas relacionadas al trabajo genético brindando una protección y

¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Fundamentos básicos del derecho genético, Editorial Fondo de Cultura Económica- Perú Universidad de Lima.- Lima-Perú, 2001.

seguridad jurídica al ser humano y de su implicancia social que son originadas a través del avance de la ciencia genética.

4.1.2. Biotecnología

Los autores Jesús Ballesteros Ruiz y Encarnación Fernández Gálvez en su obra Biotecnología y posthumanismo, al referirse a la Biotecnología manifiestan:

“La biotecnología es una herramienta que permite aplicar y aprovechar los amplios conocimientos de varias ciencias como la genética, biología, medicina, química, fisiología e ingeniería entre otras. La biotecnología y todas las ramas que de ella se desprenden son consideradas como “las disciplinas del siglo XXI”.

Su principal objetivo es el uso de los conocimientos adquiridos al paso del tiempo, fruto del esfuerzo de miles de científicos alrededor del mundo, especializados en una ciencia en particular, aprovechando el entendimiento de ciertos mecanismos fisiológicos responsables de algún efecto benéfico (como la ruta de síntesis de alguna vitamina), o bien algún efecto dañino (como el desarrollo de cáncer), el “control” de ciertas características biológicas se logra gracias al aprovechamiento de los avances en la genética, mediante el uso o bien manipulación de ciertos genes responsables de dicho efecto²”.

En conclusión puedo decir que la biotecnología es un término muy amplio que en su definición admite asociarlo a cualquier técnica que utiliza organismos vivos

² RUIZ-GÁLVEZ, Jesús Ballesteros; Encarnación Fernández, Biotecnología y posthumanismo. Editorial Aranzadi, 2007.

para crear nuevos productos, para mejorar los rendimientos de plantas o animales, o para desarrollar microbios con fines específicos. Su definición incluye los métodos tradicionales de cultivo de plantas, ganadería y procesos de fermentación conocidos desde la antigüedad. Y a la vez también recoge métodos de la biotecnología moderna, como el uso industrial del ADN recombinante (ácido desoxiribonucleico), la fusión de células o las nuevas técnicas de bioprocesado.

4.1.3. Genética

KLUG y CUMMINGS en su obra los Conceptos de Genética nos dan la siguiente definición de Genética:

“La Genética es la rama de la biología que se encarga de estudiar el mecanismo de la transmisión de los caracteres físicos, bioquímicos o de comportamiento de generación a generación. En otras palabras estudia la manera en que los rasgos de individuos de una misma especie son transmitidos o heredados. La genética nació a partir de los primeros experimentos de cruzamiento de plantas realizados por el monje Gregor Mendel. Mediante sus análisis concluyó que los caracteres hereditarios están siempre determinados por la presencia de una pareja de factores hereditarios distintos (después se llamarían genes), cada uno procedente independientemente de uno de los progenitores³”.

³ KLUG, W.S. & CUMMINGS, M.R., Conceptos de Genética, 5.ª Edición, Prentice Hall, España, 1998.

En conclusión puedo decir que la genética es el estudio de la herencia, el proceso en el cual un padre les transmite ciertos genes a sus hijos. La apariencia de una persona -estatura, color del cabello, de piel y de los ojos- está determinada por los genes y otras características afectadas por la herencia.

4.1.4. Ingeniería Genética

En la página WEB <http://conceptodefinicion.de/ingenieria-genetica/> encontramos la siguiente definición de Ingeniería Genética:

“La ingeniería genética es una parte de la biotecnología que se basa en la manipulación genética de organismos con un propósito predeterminado, aprovechable por el hombre: se trata de aislar el gen que produce la sustancia e introducirlo en otro ser vivo que sea más sencillo de manipular. Lo que se consigue es modificar las características hereditarias de un organismo de una forma dirigida por el hombre, alterando su material genético. El proceso puede utilizarse ya en bacterias y en células eucariotas vegetales o animales. Las bases de la ingeniería genética han consistido en resolver el problema de la localización e inserción de genes y la multiplicación redituable de las factorías logradas⁴”.

En virtud de lo anterior se considera entonces a la ingeniería genética como el conjunto de técnicas, nacidas de la Biología molecular, que permiten manipular el genoma de un ser vivo, introduciendo genes en un organismo que carece de

⁴ <http://conceptodefinicion.de/ingenieria-genetica/>

ellos, el cual se realiza por enzimas de restricción capaces de cortar el ADN por puntos concretos obteniendo ADN Recombinante segmento de ADN extraño intercalado en un ADN receptor.

4.1.5. Ser Humano

En la página WEB <http://definicion.mx/ser-humano/> encontramos la siguiente definición de ser humano:

“El ser humano es un mamífero primate (orden de los mamíferos a la que pertenecen, entre otras especies, los monos y el ser humano), portador de unas características biológicas que lo diferencian del resto de especies existentes: el pensamiento abstracto y el lenguaje, a través de los cuales puede comunicar ideas y que son los componentes esenciales de la conciencia o capacidad para tener conocimiento de sí mismo y de sus estados anímicos⁵”.

Por lo tanto puedo decir que el ser humano es un mamífero primate portador de unas características biológicas, además de sus características genéticas, el ser humano se reconoce especialmente por el desarrollo y adquisición de elementos que lo hacen único en el reino de los seres vivos. En este sentido, el ser humano es el único que ha podido desarrollar el raciocinio o el uso de una capacidad mental racional y abstracta. Esto le ha permitido construir complejos sistemas sociales que pueden pasar de ser simples comunidades a importantísimas civilizaciones.

⁵ <http://definicion.mx/ser-humano/>

4.1.6. Derechos Humanos

La Comisión Nacional De Los Derechos Humanos de México al referirse a los Derechos Humanos manifiesta:

“Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado⁶”.

En conclusión puedo decir que los derechos humanos son aquellas condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización. En consecuencia subsume aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

4.1.7. Código Civil

Alejandro Guzmán Brito en su obra La codificación civil en Iberoamérica al referirse al Código Civil, manifiesta:

⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, México, 2010.

“Código civil es un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas de Derecho privado, es decir, un cuerpo legal que tiene por objeto regular las relaciones civiles de las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas, en este último caso siempre que actúen como particulares desprovistas de imperium⁷”.

Por lo tanto el Código Civil es el conjunto ordenado sistematizado y unitario de normas sobre el derecho privado. Especialmente, el Código Civil, se ocupa de regular las relaciones civiles a través de las diferentes normas que propone en sus hojas, ya sea que se trate de personas físicas, jurídicas, privadas o públicas.

⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro, La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2000.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. El Derecho Genético.- Origen y Evolución Histórica

“La genética tiene una historia muy antigua: recordemos que en el año 1000 A. C. los babilonios celebraban con ritos religiosos la polinización de las palmeras, sin embargo de aquello cuando los resultados de las investigaciones genéticas empezaron a aplicarse en seres vivos a través de la Biotecnología, el Derecho se vio en la necesidad imperante de regular estas tecnologías procurando que la dignidad del ser humano así como sus derechos fundamentales no sean afectados por las investigaciones genómicas. A esto es necesario recordar que entre 1933 y 1945 el holocausto nazi extermina a seis millones de judíos por medio de su política eugenésica con el agravante de los experimentos genéticos ordenados por Hitler; y, posteriormente, en la década de los ochenta el Departamento de Energía (DOE) de los Estados Unidos se traza como objetivo el conocimiento del genoma humano, iniciativa está que sería apoyada por los Institutos Nacionales de Salud (NIH), dando origen al Proyecto Genoma Humano denominado “HUGO” por su siglas en inglés (Human Genome Organization)⁸”.

El Proyecto Genoma Humano, junto a otros dirigidos a igual fin, marca uno de los momentos estelares de la nueva genética. La disección molecular del genoma abrió caminos que seguramente habrán de llevarnos a mejorar sustancialmente la salud humana, a diagnosticar tempranamente graves dolencias y a encarar una medicina

⁸ SULSTON, Jhon “El Genoma Humano”.- Su aplicación en el campo del Derecho. Cambridge University. Inglaterra, 2000.

a la medida de cada individuo, con todo lo que ello importa para el manejo de los medicamentos y para la optimización de sus aplicaciones.

Constituye un aporte fundamental de la ciencia puesta al servicio del hombre, lo que muestra el lado positivo de estos avances, pero junto a estos logros se presenta la sombra de los efectos negativos que fueron tempranamente advertidos al formarse los grupos ELSI, contemporáneamente al inicio del Proyecto Genoma Humano y otros similares, para investigar las implicancias éticas, jurídicas y sociales que generaban.

“Es allí cuando surge el Derecho Genético como una de las novísimas ramas del Derecho tendiente establecer un marco jurídico acorde a la realidad científica y social pero sobre todo tendiente a la protección de la dignidad del ser humano, recalcando que el hombre es un fin en sí mismo y su instrumentalización por consiguiente afecta su dignidad como elemento esencial.

Es que el conocimiento profundo de las bases moleculares de la herencia arrastra toda una serie de cuestiones que pueden afectar derechos fundamentales del individuo o crearle graves inconvenientes en la vida de relación: la discriminación fundada en razones genéticas, el manejo distorsionado de la información genética, los desvíos en la investigación sobre el genoma humano, la apropiación del material genético y su utilización comercial, etc⁹”.

⁹ VALVERDE MORANTE, Ricardo, “DERECHO GENETICO: Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Editorial Gráfica Horizonte, Lima-Perú, 2001.

El derecho genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la determinación de la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social. De esta manera, el derecho genético nace de la relación ius-gen fijando las pautas para la aplicación de las técnicas biogenéticas.

“En definitiva lo que pretende el Derecho Genético es normar en adecuada manera los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir¹⁰”. Es más, creo fervientemente que esta labor de regulación no se debe limitar a calificar tal o cual conducta como atentatoria a los derechos que ostentamos todos los habitantes de este planeta, sino que también debe afrontar el reto de reformular concienzuda y meticulosamente la definición y conceptualización de los Derechos Humanos, como el Derecho a la Vida, el Derecho a la Información, el Derecho a la Dignidad y el Derecho a la Integridad Personal, que han sufrido un grave revés a raíz de los descubrimientos genéticos.

¹⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Filiación, Derecho y Genética”, Editorial Fondo de Cultura Económica- Perú Universidad de Lima, Lima Perú, 1999.

4.2.2. Características y Elementos del Derecho Genético

El Derecho Genético reviste un conjunto de características que lo diferencian de otras ramas del derecho.

“En especial podemos considerar las siguientes:

- Es una rama del derecho esencialmente técnica, en otras palabras, es un derecho biotecnificado.

Estudia los efectos y repercusiones de los avances biocientíficos sobre el hombre a efecto de predeterminar la relación jurídica biotecnológica.

- Reglamenta la relación y consecuencias que surgen entre el ser humano y la ciencia biológica.

- Está influenciado determinantemente por la tecnología, por ideas morales, religiosas y éticas.

- Norma de manera sustantiva, adjetiva y punitiva las relaciones humanas con la genética.

- Está en constante y rápida evolución, acorde con el desarrollo científico¹¹”.

¹¹ GRACIA, D., Fundamentos de bioética, Eudema, Madrid-España, 1998.

Cuando hablamos de los elementos del Derecho Genético nos referimos a los factores indispensables que se requieren para el surgimiento de las relaciones jurídica que, vinculadas entre la genética y el derecho, sirven de protección al ser humano.

“Los elementos del Derecho Genético son:

a) SUJETOS

Estos están constituidos por el elemento personal y se dividen en:

Sujeto activo

Es esencialmente aquella persona técnica o profesional que con conocimientos biomédicos realiza intervenciones genéticas en otra.

Sujeto pasivo

Puede ser cualquier ser humano, sin distinción alguna, en el que recae la acción.

Indiscutiblemente puede darse el caso de que el mismo sujeto pasivo sea el activo, el científico que experimenta en si mismo.

Sucedan casos realmente especiales en la manipulación genética, cuando se realiza en elementos celulares somáticos (células) o en elementos celulares germinales (espermatozoides y óvulos), así como en cadáveres. Estos casos, que

si bien se apartan de las consideraciones expuestas, deben ser considerados como una excepción, es decir, merecen también de una consideración jurídica.

b) Objeto

El Derecho Genético regula la aplicación de los procedimientos genéticos y su relación con el ser humano. En este sentido su fin es dar pautas de protección legal evitando perjuicios en el hombre y su correspondiente repercusión en la humanidad¹².

Al Derecho Genético le incumbe directamente resolver todas aquellas técnicas biotecnológicas que se aplican en el ser humano, orientándolas con una regulación esencialmente humanista.

4.2.3. Autonomía del Derecho Genético

“El Derecho Genético es un apéndice del derecho médico y de la bioética. Es decir, estudia una parte muy especializada de dichas ramas: la referida a la repercusión jurídica de la biotecnología, la procreática y la genómica.

Si bien no existe uniformidad de criterios en lo referente a la autonomía del derecho genético, por nuestra parte no dudamos de ello, ya que, pedagógica y académicamente, su estudio, análisis y aplicación supera el ámbito de otras ramas

¹²SEIJAQS RENGIFO, Teresa, Aspectos Jurídicos de la Biotecnología Reproductiva Humana en el Perú, San Marcos, Lima-Perú, 1998.

del derecho tradicional, requiriendo por tanto de la formación de especialistas con el objeto de lograr el máximo servicio al ser humano¹³”.

Tomando en cuenta su singular importancia, así como su estrechísima relación con las variadas ramas del derecho, cabe preguntarnos si estamos o no dentro de una nueva rama autónoma de las ciencias jurídicas.

Siendo conscientes de que nuestro derecho positivo no cuenta aún con normas autónomas para este derecho, es claro que doctrinaria y dogmáticamente contamos con material bibliográfico solvente que otorga al derecho genético una razón propia de ser.

“Desde este punto de vista doctrinario y tomando en consideración otros derechos perfectamente diferenciados en su perspectiva, considero que el derecho genético merece una independencia jurídica, pues reúne los elementos necesarios para adjudicarle la correspondiente autonomía¹⁴”.

Asimismo, la especialidad y tecnicismo del derecho genético hace que se constituya en una rama singular que merece normas apropiadas que tengan en cuenta la modernidad de las técnicas y la protección del ser humano. Esto se logra con un estudio detallado “preparando abogados que enfrenten en el próximo milenio los retos que plantean las ciencias biológicas en el campo del derecho¹⁵”.

¹³ ALBARELLOS, Laura, El fenómeno jurídico genómico, Ángel Editor, México, 2001.

¹⁴ ALBARELLOS, Laura. El Entendimiento de una Nueva Rama Jurídica: El Derecho Genómico, SIDEGEB, México, 2001.

¹⁵ MOSQUERA VASQUEZ, Clara, “Fundamentos para un curso de derecho genético”. Ponencia presentada a la IV Convención Nacional Académica de Derecho, Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, 1995.

4.2.4. El Derecho Genético y la filiación

El “Derecho Genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la necesidad de determinación de la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social. De esta manera, el Derecho Genético nace de la relación ius-gen fijando las pautas para la aplicación de las técnicas biogenéticas”. “Se encarga de regular el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano...¹⁶”

Por otra parte, cabe preguntarnos a que hacemos referencia cuando hablamos del Derecho Genético?. Se trata acaso de una novelería dentro de este aparente cúmulo de especialidades en el campo ambiental, informático, entre otros, que en la actualidad escuchamos que pueden adoptar los abogados?. O es verdaderamente una novedad en el ámbito jurídico que, como tal, merece deslindarse de otras ramas del Derecho y ser estudiada en su especificidad?.

“Es evidente el nexo del Derecho con las demás ciencias, y dentro de ellas, muy especialmente con la genética, pues temas como las técnicas de reproducción asistida, trasplantes de órganos para daciones entre vivos y cadavéricas, manipulación genética, son frecuentes en el foro jurídico académico, pero lamentablemente no han cuajado todavía en el nivel legislativo, por lo que en nuestro país hay un vacío en esta materia dentro de las leyes secundarias.

¹⁶ VARSÍ, Enrique, “Derecho Genético”, Versión electrónica facilitada por el autor, Lima, 2005.

Al Derecho Genético interesa la determinación de la filiación extramatrimonial, ya sea materna o paterna.

En efecto, en relación al tema de la determinación de la filiación materna, tenemos un célebre axioma romano: “mater semper certa est etiam si vulgo conceperit” tomado por Paulo en el Digesto, quien decía que la maternidad era siempre indubitable con una prueba sencilla y directa: el solo ver a una mujer gestante y después, con el o la infante en brazos, entenderíamos sin esfuerzo que ese hijo/a era suyo/a¹⁷”.

Pero modernamente, las técnicas de reproducción asistida también han echado al trasto este axioma. En efecto, existe la posibilidad de que aplicando cualquier técnica de fertilización extra-corpórea, como complemento se utilice la llamada subrogación de útero, vulgarmente conocida como “vientre de alquiler” y en este caso, tengamos por un lado una madre que da el ovulo para que sea fecundado (madre genética) y por otro lado, la mujer que gesta y alumbra a ese niño o niña (madre gestante).

“Para los casos de determinación de la filiación paterna, recordemos el famoso aforismo romano en materia de filiación: “pater est is quem nuptia demonstrant” es decir, “padre es quien el matrimonio lo demuestra” que presume hijo al concebido en matrimonio dentro de determinado plazo. Por el contrario, hoy en día, podemos afirmar que hemos abandonado el territorio de las presunciones y probabilidades

¹⁷ VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique, Filiación, derecho y genética: Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Universidad de Lima, Lima-Perú, 1999.

que rigió el sistema romano de determinación de filiación y gracias a la genética, hemos podido reformularlo, para obtener una exactitud casi completa en dicha determinación, de tal manera que el aforismo en la actualidad podría enunciarse de la siguiente manera: “Pater est is quem sanguis demonstrat” (padre es quien la sangre demuestra)¹⁸.

Para dar respuesta a estas interrogantes, es útil analizar la relación que existe entre Derecho y Genética, lo que da lugar a estudiar esta nueva rama del Derecho llamada Derecho Genético.

Así, el Derecho en sentido general es “el conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente por la ley en el sentido genérico del término, aseguran de manera efectiva en un medio dado y en una época dada la realización de la armonía social...¹⁹”, es decir que su rol fundamental es armonizar las relaciones humanas en sociedad. Como tal, el Derecho no puede permanecer estacionario, sino que debe cambiar y dinamizarse para poder adecuarse a las diversas variables que influyen de una u otra manera en el ser humano. Dentro de estas variables se encuentra la ciencia médica.

Sin embargo, en sociedades como la nuestra, observamos que a veces el Derecho espera demasiado tiempo para regular determinada situación, quizás a efectos de prever cualquier consecuencia social que pueda generarse, pero esta espera hace

¹⁸ PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena, "Genética y Filiación. Viejos y Nuevos Problemas en la Reproducción Humana", en Diagnóstico Genético y Derechos Humanos, Martínez Bullé Goyri (coord.), Unam, México DF., 1998.

¹⁹ KELSEN, H., Teoría Pura del Derecho, Porrúa, México, 2005.

que en la práctica se observe una separación total entre la realidad y la norma jurídica, la cual indudablemente genera inseguridad jurídica. Situaciones, como por ejemplo las Técnicas de Reproducción Asistida, practicadas en el Ecuador por diversos laboratorios en las principales ciudades desde hace más de una década, aún no han sido reguladas, pese a sus importantes consecuencias jurídicas, pensemos en los embriones crio-conservados.

“De esta manera, las ciencias y en especial, la ciencia genética, remueven las mismas bases de la sociedad y por ello el Derecho debe brindar respuestas a los cambios que ellas producen.

Aunque la procreación es indudablemente el presupuesto biológico fundamental de la filiación, es importante destacar que esta relación jurídica también puede constituirse sin hecho biológico (adopción); o puede existir un hecho biológico sin filiación, como en el caso de los expósitos; y finalmente, puede darse el caso de que no exista una procreación propiamente dicha y que la filiación quede por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada)²⁰.

En consecuencia, hay dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.

²⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “UNA EXPERTICIA INFALIBLE: EL ADN Y EL DERECHO”. En diario “EL PERUANO”, Jueves 05 de Agosto de 1999.

4.2.5. Los Derechos Humanos frente al avance biotecnológico

Frente a los desbordantes avances científicos de la procreática y la manipulación génica, la bioética ha tenido que replantear sus postulados, algunos países han dictado leyes y los organismos internacionales protectores de los derechos humanos se han pronunciado respecto al avance biotecnológico y su influencia en el hombre y en la humanidad.

“Con la conmemoración del 50º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es preciso reflexionar acerca de la nueva dimensión de los derechos frente al avance biotecnológico. Dentro de la jerarquización de los Derechos Humanos se encuentran los de tercera generación referidos al derecho al desarrollo, progreso y calidad, tal es el caso de la manipulación genética y la defensa del patrimonio genésico de la humanidad, que son protegidos como la esencia de la vida. En este sentido, se ha venido trabajando y difundiendo el principio que el genoma humano es patrimonio de la humanidad y como tal merece la más amplia protección.

Es así que la UNESCO, luego de crear en 1993 el Comité Internacional de Bioética, se pone a la vanguardia en el debate de la correcta aplicación de las ciencias médicas en el hombre, con ello se busca canalizar los alcances y fines del Proyecto Genoma Humano, cuyo objetivo es encontrar la información contenida en los genes. La participación de este organismo internacional en el proyecto se da en tres niveles: 1) Coordinación e integración de los esfuerzos de la investigación internacional y la diseminación de los resultados, 2) En la participación de los

países subdesarrollados y, 3) En la estimulación de los debates en los aspectos tanto éticos, sociales, legales y comerciales del proyecto.

Pero la UNESCO no sólo ha venido participando como espectador en los descubrimientos del genoma. En su 29ª Reunión (París, 11/11/1997) aprobó la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos que es el documento más importante que en materia de bioética se haya dictado y si bien no tiene un carácter vinculante, es la base jurídica internacional en que deberán apoyarse los Estados miembros cuando quieran contemplar en su legislación nacional reglas en materia de Derecho genético²¹.

Su objetivo esencial es fijar el marco ético de las actividades relacionadas al genoma humano a fin que no se vulneren los derechos humanos ni se limiten las investigaciones biocientíficas. Es así que, por vez primera, se fija en un texto el marco mundial de las implicancias de la genética sobre el ser humano. Esta Declaración es un Código de Bioética Universal y surge como consecuencia que los Estados registraron el peligro que representaba de la ausencia de normas internacionales en materia de bioética.

“La Declaración se basa en el respeto a la dignidad de cada persona frente a las investigaciones biotecnológicas sobre el genoma. Es así que los principios en que se inspira coinciden con la Declaración Universal de los Derechos Humanos al prohibirse el genoismo o discriminación genética y el rechazo al determinismo genético, que es aquella corriente que tiende a fijar efectos o consecuencias

²¹ GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “Bioética y Derecho”, Compilación de artículos, ITAM/FCE, México, 2004.

tomando como punto de partida las características biogenéticas de las personas (derecho a la igualdad); el derecho al consentimiento previo a cualquier tratamiento, el derecho a saber o no saber los resultados y consecuencias de un examen realizado (derecho a la libertad individual); la confidencialidad de los datos genéticos (derecho a la intimidad); el disfrute de los beneficios resultantes de los avances científicos (principio de solidaridad). Asimismo, el derecho a una reparación justa como consecuencia de un daño genético²².

El principal aporte de la Declaración es negar el reduccionismo genético, es decir rechazar la idea de un "todo genético" que pretenda atribuir todos los comportamientos humanos, individuales y sociales al sólo determinismo biológico, con ello se fija los límites a la discriminación por razones de la sobrestimación biogenética. En la misma línea consagra la regla que el genoma no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.

“El equilibrio de la Declaración es el respeto de los derechos fundamentales y el afán de garantizar la libertad de investigación, sustentándose en el hecho que no todo lo técnicamente posible es éticamente aceptable. Reza que ninguna consideración científica, económica, social o política puede prevalecer por encima del respeto a los derechos humanos, a las libertades fundamentales y a la dignidad de la persona. Tiene como inspiración política buscar los medios para fortalecer la solidaridad mundial. Como documento universal insiste en fortalecer la solidaridad y cooperación entre los países que en el campo de la genética abarca desafíos específicos como son: contar con recursos económicos, busca estimular los

²² BERGEL, Salvador D. y otro, *Bioética y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2003.

trabajos sobre enfermedades raras y endémicas, promover una solidaridad activa con las personas vulnerables a deficiencias de tipo genético, da prioridad a la promoción de la educación en materia de bioética.

Su objetivo es perdurar en el tiempo. Que no tenga que estar modificándose con cada descubrimiento haciéndose una excepción con la clonación, dada las recientes prácticas realizadas, a la que califica de contraria a la dignidad humana²³.

Con estos documentos internacionales de bioética se completa el ámbito del Código de Núremberg y la Declaración de Helsinki y nos ponen en atención de que es tiempo de garantizar la teoría natural de la evolución evitando la práctica de la generación técnica del hombre. No se quiere atar legalmente el avance científico, simplemente fijar su rumbo en defensa y beneficio del ser humano y de la colectividad. Es reconfortante, y representa un gran alivio, que la normativa internacional haya incluido al genoma en su reflexión ya que, más un simple tema, es la esencia básica de los derechos humanos. Ello confirma la real y actual relación Bioética - Derecho y esboza el máximo derecho del hombre, el derecho de ser humano.

4.2.6. Realidades y retos del Derecho Genético en la legislación Ecuatoriana

“Los avances tecnológicos han evolucionado en las últimas décadas dando como resultado el surgimiento de la manipulación del material genético de seres

²³ OSSET HERNÁNDEZ, Miguel, Ingeniería genética y derechos humanos, Legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos, Icaria, Barcelona-España, 2000.

humanos, lo que ha originado una serie de tendencias unas a favor y otras rechazando este tipo de investigaciones. Como también, ha propiciado a la aparición de la bioética, que no es más que la ética aplicada a estas prácticas, en beneficio de mejorar la calidad de vida de las personas.

Hoy se torna necesario, y hasta diríamos urgente, el asegurar la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía ante un escenario en el que se pueda advertir la fragilidad de su defensa frente a las conquistas de las ciencias de la vida, en tanto amenazan su libertad, su dignidad, su intimidad y su futuro²⁴.

Las nuevas tendencias científicas necesitan estar reguladas por el derecho y sobre todo estas deben respetar los derechos fundamentales de los seres humanos. Respetando valores supremos como la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la integridad moral y física, etc.

Los problemas de la Bioética deben ser debatidos por la sociedad en su conjunto antes de que sean adoptadas soluciones normativas, sobre las que, en una sociedad democrática y plural, es preciso lograr consenso. Un consenso que, en cuestiones que atañen a los valores individuales y colectivos en forma tan especial, resulta difícil conseguir. Por ello, conviene centrar la búsqueda del compromiso en la elaboración de unas reglas del juego aceptables para la mayoría de los ciudadanos independientemente de sus opciones ideológicas.

²⁴ PEÑA, Catalina, "La clonación de seres humanos y el derecho civil ecuatoriano", tesis de grado, Universidad de Cuenca, Cuenca-Ecuador, 2000.

“La reflexión bioética entronca con el principio fundamental de respeto a la dignidad humana, con los derechos a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a la libertad e igualdad, a la no sujeción de las personas a experimentos médicos que atenten contra sus derechos fundamentales, temas todos ellos de relevancia para el derecho constitucional. Sin embargo de los avances tecnológicos y cada vez una injerencia de los científicos por manipular material genético a seres humanos, nos conlleva a criterios filosóficos, morales, religiosos, etc., que aún la Legislación Ecuatoriana no ha sido atendida ni ha merecido un mínimo de preocupación por parte de los legisladores. Dejando de esta manera a la moralidad y ética del científico este hecho tan importante en la actualidad²⁵”.

La biotecnología es una cuestión compleja que experimenta cambios a diario y que concentra gran cantidad de grupos con intereses diversos, por lo que constituye un desafío enfrentarlos adecuadamente, para que el Derecho no obstruya los avances de la ciencia ni ésta violente al Derecho, ambas disciplinas deben complementarse estableciendo como prioridad el bienestar de las personas.

²⁵ <http://www.derechoecuador.com>

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

La norma constitucional en relación a la bioética manifiesta lo siguiente:

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

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras

Art. 358.- El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional²⁶.

La Constitución es el marco jurídico general y superior de la organización de los derechos, las funciones del poder, y la economía del Estado. Es un sistema de normas supremas que constituyen el fundamento de otras leyes. La Constitución es la expresión principal del derecho público y como lo señala Marco Gerardo Monroy Cabra, Magistrado Colombiano, “la Constitución es la norma suprema superior, fundamental de un Estado. Es la norma de normas²⁷”.

Los derechos se estructuran con base en valores fundamentales como son la vida, la dignidad, la calidad de vida, la libertad, la igualdad y la solidaridad, estos valores son la fuente o la esencia para otorgar protección y seguridad al ser humano, los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos humanos, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

²⁶ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.

²⁷ MONROY, Marco, La interpretación constitucional, Librería del Profesional, Bogotá-Colombia, 2002.

En la doctrina de los derechos fundamentales, han existido las generaciones de derechos humanos: de primera (civiles y políticos), de segunda (los derechos económicos, sociales y culturales) y los de tercera generación (los derechos de solidaridad, medio ambiente y difusos); la defensa del ser humano frente a los avances biotecnológicos y la manipulación genética debe encontrarse resguardada dentro de alguna de estas fases. Conjuntamente con el derecho a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática, como derechos representativos de la tercera generación, encontramos los derechos a morir con dignidad, cambiar de sexo, ser protegido contra los posibles excesos de la investigación genética.

En este orden de ideas, encontramos entre los nuevos derechos: a) derecho a la integridad, a efecto de proteger la unicidad y esencia genética de todo individuo, impidiendo la manipulación genética germinal; b) derecho a conocer el propio origen biológico, facultando a toda persona cuando sus progenitores le son desconocidos, para poder iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo biológico; c) derecho a la intimidad genética, fundamentado en la protección de la información más personal del hombre, y d) derecho a saber o no saber, sustentado en la facultad para conocer o desear ignorar los resultados obtenidos de una prueba genética.

Al recoger la Constitución principios de la bioética estos se positivizan y se hacen exigibles, esa es la relación e importancia entre la bioética y el Derecho.

4.3.2. Código Civil

La norma contenida en este marco legal en relación a la filiación y al nacimiento de las personas, que es la base de la bioética, establece:

“Art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

Art. 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo²⁸”.

La existencia legal comienza entonces con el nacimiento y dentro de ese contexto, antes de ese momento, el nasciturus tiene una protección legal como un

²⁸ CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.

reconocimiento a su vida o potencialidad de vida humana, pero no es sujeto de derecho.

Dicha protección jurídica consiste en ciertas medidas que el legislador adopta para proteger la existencia del que está por nacer, como son por ejemplo: la tipificación del aborto, la prohibición de notificación de cualquier sanción civil o penal a la mujer embarazada.

Pero, si el legislador no considera sujeto de Derecho al que está por nacer, entonces, solo nos queda pensar en un simple esfuerzo eliminatorio que para nuestra legislación civilista se trata de una cosa protegida, un objeto protegido, aunque el código civil no utilice estas expresiones y prefiera engañarse con la frase “el que está por nacer” para referirse al embrión y/o feto.

Sin embargo, nuestro Código Civil en ningún momento se aparta del sistema de la ficción de raigambre romanista, reflejado en el Art. 63 que establece: “Los derechos que corresponderían a la criatura -los patrimoniales-, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron²⁹”. En el caso del Art. 60 inciso segundo, -“la criatura que muere dentro del vientre materno se considerará que no ha existido jamás”- pasarán estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido³⁰”.

²⁹ IBIDEM.

³⁰ IBIDEM.

Es evidente el vacío en la legislación nacional en materia de biotecnología, biodiversidad y biotecnología humana, pues la legislación nacional presenta serios vacíos sobre cuestiones referentes a reproducción asistida, fecundación de embriones con fines de investigación, clonación terapéutica y reproductiva, entre otras cosas.

Es el momento de profundizar los debates sobre temas bioéticos, con el fin de enriquecer la Legislación ecuatoriana, a pesar de que ciertos avances científicos y tecnológicos no lleguen inmediatamente al país y parezcan aun de lejano alcance, pues, bajo el principio de responsabilidad y precaución, se debe estar en condiciones aceptables para defender tanto la diversidad biológica y humana del Ecuador.

4.3.3. La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO

La UNESCO no sólo ha venido participando como espectador en los descubrimientos del genoma. En su 29ª Reunión (París, 11/11/1997) aprobó la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos que es el documento más importante que en materia de bioética se haya dictado y si bien no tiene un carácter vinculante, es la base jurídica internacional en que deberán apoyarse los Estados miembros cuando quieran contemplar en su legislación nacional reglas en materia de Derecho genético.

Su objetivo esencial es fijar el marco ético de las actividades relacionadas al genoma humano a fin que no se vulneren los derechos humanos ni se limiten las investigaciones biocientíficas. Es así que, por vez primera, se fija en un texto el marco mundial de las implicancias de la genética sobre el ser humano. Esta Declaración es un Código de Bioética Universal y surge como consecuencia que los Estados registraron el peligro que representaba de la ausencia de normas internacionales en materia de bioética.

La Declaración se basa en el respeto a la dignidad de cada persona frente a las investigaciones biotecnológicas sobre el genoma. Es así que los principios en que se inspira coinciden con la Declaración Universal de los Derechos Humanos al prohibirse el genoismo o discriminación genética y el rechazo al determinismo genético, que es aquella corriente que tiende a fijar efectos o consecuencias tomando como punto de partida las características biogenéticas de las personas (derecho a la igualdad); el derecho al consentimiento previo a cualquier tratamiento, el derecho a saber o no saber los resultados y consecuencias de un examen realizado (derecho a la libertad individual); la confidencialidad de los datos genéticos (derecho a la intimidad); el disfrute de los beneficios resultantes de los avances científicos (principio de solidaridad). Asimismo, el derecho a una reparación justa como consecuencia de un daño genético.

El artículo 1, de la Declaración Universal sobre Bioética, en lo relativo a su alcance establece que:

“1. La declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales. 2. La declaración va dirigida a los Estados.

La declaración también imparte orientaciones, cuando procede para las decisiones o prácticas de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas³¹ .

Si los principios, alcances, objetivos y actividades de la bioética están plasmados o inspirados en instrumentos jurídicos como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, del 10 de diciembre de 1948, y otras declaraciones; así mismo, para que estos principios, alcances, objetivos, sean exigibles en una colectividad nacional, deben ser constitucionalizados en el derecho positivo, como en el caso de la Constitución ecuatoriana.

La relación entre la bioética y el derecho se establece con precisión en el primer objetivo de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, cuando formula como primer objetivo: “proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética³²” .

Esta Declaración responde a una verdadera necesidad a medida que se multiplican, a menudo sin un marco regulador, prácticas que traspasan las fronteras nacionales:

³¹DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS-(UNESCO), 2005.

³² IBIDEM.

la realización simultánea en diferentes países de proyectos de investigación y de experimentos en el campo biomédico, la importación y exportación de embriones y células madre embrionarias, de órganos, de tejidos y de células, y la circulación transfronteriza de tejidos, de muestras de ADN y de datos genéticos. La instauración a nivel internacional de principios éticos es por lo tanto más necesaria que nunca.

El texto adoptado hoy proporciona un marco coherente de principios y de procedimientos que podrán servir de guía a los Estados en la formulación de sus políticas, legislaciones y códigos éticos. En todos los lugares en los que todavía se constate la ausencia de un marco ético, la Declaración incitará y ayudará a llenar ese vacío. Y aunque a los Estados les corresponda elaborar los documentos e instrumentos adaptados a sus culturas y tradiciones, el marco general propuesto por la Declaración puede contribuir a universalizar la ética frente a una ciencia que cada vez tiene menos fronteras.

4.4. LEGISLACION COMPARADA

4.4.1. Legislación Argentina

“En el Derecho Argentino, la ley de Creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, admite las llamadas "pruebas genéticas" en los juicios de filiación, estableciéndose que la negativa del demandado a someterse a tal prueba, puede ser interpretado por el juez como prueba en su contra, solución legal que ha sido considerada como válida desde la perspectiva constitucional en importantes fallos judiciales, siendo esta también la opinión de la mayoría de los juristas. Sin embargo, esa misma opinión es contraria a una extracción compulsiva de sangre para una prueba judicial, por entenderse que en tal caso se violarían garantías constitucionales.

Otra ley que tienen en Argentina es sobre reproducción humana asistida, contiene también diversas previsiones vinculadas con la genética, estableciendo el derecho a la privacidad genética, la prohibición de estudios genéticos de rutina para el ingreso al trabajo, cobertura médica, social o de seguros, o acceso a la educación. Prohíbe también toda forma de discriminación en función de las características genéticas de la persona, admite la terapia génica aunque solamente en células somáticas, consagra la inviolabilidad del patrimonio genético y prohíbe la clonación.

El derecho al consentimiento informado es fundamental y surge como consecuencia de la realización de actos médicos. Permite al paciente ser instruido

acerca de la intervención médica a aplicársele, con la finalidad de obtener su autorización. Es un derecho reconocido en el Derecho médico de la mayoría de los países e, inclusive, al ser una facultad tan inherente a la persona, es parte del Código Civil Argentino. La garantía al consentimiento informado del paciente para la realización de un análisis genético es indispensable, salvo que por razones de urgencia no pueda esperarse para obtenerlo del propio interesado u otras excepciones establecidas por ley. La decisión de la persona es de tal importancia que debe reconocerse, en el mismo sentido, el derecho a conocer o no la información sobre datos genéticos (derecho a saber y derecho a no saber). La legislación Argentina en materia de la salud indica que nadie puede ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos, tratamientos, exploración o exhibición con fines docentes sin ser debidamente informado sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito. Toda experimentación debe sustentarse en los principios de la Declaración de Helsinki, reconociéndose así el derecho a no ser objeto de experimentación médica o científica sin haber prestado el libre consentimiento, pero dentro de los límites establecidos por las leyes³³.

Todos los países, y la Argentina no es una excepción, sienten preocupación por todo lo que está sucediendo en esta área de la nueva genética. Y por todo aquello que se va derivando de la concreción tecnocientífica. De ahí la expansión que la reflexión Bioética va teniendo en Argentina, y su caracterización, propia de las características culturales.

³³ <http://www.monografias.com>

4.4.2. Legislación Española

“En la actualidad son varios los aspectos que parecen más conflictivos desde el punto de vista jurídico en relación con el genoma humano, se destacarían, entre otros: el sometimiento a análisis genéticos predictivos, la intervención en los genes humanos, la selección de sexo, los derechos fundamentales que pueden verse vulnerados si se da un uso abusivo de las nuevas técnicas.

El ordenamiento jurídico español no es ajeno a esta problemática que plantea el conocimiento y el acceso científico y material al genoma humano, y por ello, ofrece una amplia cobertura regulativa al respecto, entre la que destaco:

Normativa general

- a) Preceptos constitucionales que defienden los valores fundamentales del ser humano, que podrían verse vulnerados con un uso inadecuado del conocimiento del genoma humano: igualdad, dignidad o intimidad.
- b) Legislación civil. Tanto el Código Civil como leyes específicas de protección a la intimidad.
- c) En el ámbito penal se regulan, por primera vez, delitos relativos a las manipulaciones genéticas, a la clonación humana, o a las posibles lesiones fetales que pueden derivarse ahora, que cada vez es más fácil el acceso y la intervención en los preembriones.

Legislación más específica sobre las materias que nos ocupan

a) La Ley 35/88 del 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y la Ley 42/88, del 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, junto con los reales decretos que las desarrollan. Con ambas leyes, España se erigió entonces como el primer país en el mundo que abordaba de forma ambiciosa, global y completa los aspectos más relevantes relacionados con los diagnósticos genéticos, la terapia génica, la prevención de enfermedades hereditarias y la investigación biológica sobre gametos, embriones y fetos, entre otras materias, además de las técnicas de reproducción asistida en cuanto tales.

b) La Ley 15/1994, del 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente; y el real decreto 95/1997 que desarrolla la mencionada Ley.

c) Ley orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

d) El Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, del 4 de abril de 1997, del Consejo de Europa. En España entró en vigor el 1o. de enero de 2000, como parte del ordenamiento jurídico interno. Se caracteriza por su naturaleza y fuerza jurídica y su objeto principal son los derechos humanos en relación con los avances de la

biomedicina. Algunas de sus disposiciones más significativas son: el reconocimiento de la identidad humana como merecedora de protección (artículo 1o.), la primacía del individuo sobre el interés exclusivo de la sociedad (artículo 2o.), el consentimiento libre e informado del interesado (artículo 5o.), la protección de la vida privada y el derecho a la información (artículo 10).

Actualmente, la ingeniería genética está dando lugar a diversas intervenciones en los componentes genéticos del ser humano, de entre las que destaca la potencialidad que ya revela para el futuro la terapia génica. Ésta se refiere a la curación o prevención de enfermedades o defectos graves debidos a causas genéticas actuando directamente en los genes, mediante la adición, modificación, sustitución o supresión de genes³⁴.

A la vista de lo estipulado hasta el momento puede decirse que España se encuentra entre los países que más han legislado sobre cuestiones biomédicas y de genoma humano. En algunas ocasiones se ha hecho con gran acierto y precisión y otras veces una inadecuada redacción del tenor literal ha dado lugar a que existan problemas de dobles interpretaciones. No obstante, es importante que se haya dado este primer paso: el legislar estas materias, porque demuestra el gran interés y preocupación que las mismas suscitan al legislador.

³⁴ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros>

4.4.3. Legislación Mexicana

“México no es ajeno a la problemática que presenta el uso del conocimiento del genoma humano, pero dada la falta de infraestructura en el país, no le fue posible participar dentro del Proyecto Genoma Humano (PGH), sin embargo, algunas instituciones nacionales promovieron el análisis de las repercusiones científicas, éticas, sociales y legales que éste representa. La no intervención de México en el proyecto no hizo que el país fuera ajeno a los acontecimientos que sucedían y a través de las instituciones internas se inició un análisis respecto a las posibles implicaciones que traería el conocimiento del genoma humano no sólo en nuestro país, sino internacionalmente; los cambios que se fueron gestando a lo largo de estos años hicieron que el Estado mexicano se concentrara en tratar de iniciar un debate bioético al interior y verlo reflejado con claridad en la legislación nacional.

México ha tenido presencia importante, aunque a veces poco consistente, en los organismos especializados de la ONU donde ha participado para el tratamiento y discusión de múltiples rubros bioéticos como el del genoma humano y temas conexos. Como miembro de la UNESCO actuó en las discusiones parlamentarias sobre el genoma humano que se gestaron en el CIB desde su creación, donde mostró interés y preocupación por el avance biotecnológico surgido de la línea de investigación específica de la genómica y los derechos humanos en la década de los noventas. A partir de ese momento el gobierno del Estado realizó varios coloquios especializados en los que participaron varios expertos internacionales, además de reconocer la necesidad de llevar a cabo una amplia reforma de la legislación nacional en lo relativo a las investigaciones sobre el genoma humano,

tomando conciencia que dicha modificación del marco jurídico mexicano debía velar por la dignidad del individuo frente al manejo de la información genética.

Todo esto debe completarse con la instauración de procedimientos al servicio de individuo que permitan una tutela de su derecho antes de que una violación sea producida o conocida. También aquí conviene trasladar la categoría habeas data para configurar un habeas genoma.

En la actualidad son varios los aspectos que deben ser abordados por las instituciones mexicanas para regular los avances científicos del genoma humano y sus aplicaciones; el gobierno de México a pesar de participar en organismos internacionales que trabajaron desde los noventa, no había creado una institución dedicada al tratamiento del rubro, sino simplemente grupos de trabajo de diferentes organismos nacionales sin una vinculación clara entre sí.

Las noticias que llegaban de la comunidad científica mundial y de otros grupos a México sobre el tema del genoma humano y sus aplicaciones hicieron que en el país se abrieran distintas expectativas por su posible uso, pero a la par comenzó la preocupación por los daños que podrían causarse si los fines previstos se pervirtiesen. Instituciones como la UNAM con el Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas fueron de los primeros en abordar de manera seria el tema del genoma humano y el derecho. Asimismo, a partir de la reforma académica que comenzó en 1993 y culminó en 1997, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales a través de su Centro de Relaciones Internacionales y el Seminario de Derecho Internacional se

estableció, entre otros, el nuevo Programa del Seminario de Relaciones Jurídicas Internacionales, donde bajo la coordinación de quien suscribe y del doctor Antonio Murguía Rosete, se comenzó a estudiar de manera sistemática y bajo un enfoque multidisciplinario pautado por el derecho internacional, los derechos humanos y el derecho de la propiedad intelectual, un conjunto de temas relacionados con el genoma humano, la clonación, la eutanasia y la eugenesia, la bioética y sus regímenes legales, así como los sistemas jurídicos de protección nacional e internacional³⁵.

El problema, en cualquier caso sigue sin resolverse y tendrá que pasar mucho tiempo hasta que las leyes aseguren el buen uso de nuestros genes. No se debe perder de vista que la investigación genética aún está en sus albores y en ella se encuentra la colisión de muchos derechos, tanto de las generaciones presentes como de las futuras. Es tiempo que las cuestiones y problemas derivados de los proyectos Genoma Humano, Diversidad del Genoma Humano y Proteoma Humano, sean analizados por los abogados y legisladores con la anticipación y seriedad debidas.

El conocimiento de la secuencia del genoma humano parecía un reto inalcanzable hasta hace algunas décadas, hoy todo ello es una realidad y es poco lo que la inventiva humana no puede alcanzar; toca a cada miembro de la sociedad contribuir a decidir el curso que habrá de tomar la investigación en México. Negar la posibilidad de progreso que puede aportar el desarrollo de la investigación genómica es propio de las sociedades antidemocráticas, pero no se trata de firmar

³⁵ <http://www.scielo.org.mx>

un cheque en blanco a la investigación, en donde está en juego no sólo la salud del ser humano en lo individual, sino incluso el desarrollo futuro de la humanidad en su conjunto; no hay que olvidar que en la información genética de cada uno de nosotros se encuentra la historia de todos.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

Los materiales que se empleó para el desarrollo de la presente tesis son en el acopio teórico, fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas, diccionarios, textos jurídicos, internet, la biblioteca en carta disponible, entre los principales.

Para la recopilación empírica se utilizó, cuestionarios impresos para las encuestas, grabadora para la entrevista y fichas de estudio para establecer casos y un cuaderno de campo.

El desarrollo y recopilación de datos de la presente investigación, la realice personalmente, cumpliendo con los términos establecidos en el cronograma previsto en el proyecto de investigación.

5.2. Métodos

El presente trabajo de investigación lo realice mediante la utilización del método científico dentro del cual la observación, el análisis, la síntesis y la experimentación fueron los procesos lógicos requeridos para alcanzar el conocimiento científico.

El Método Hipotético Deductivo, lo empleo para lograr la formulación precisa y específica del problema y la propuesta de los objetivos.

5.3. Técnicas

Las técnicas que fueron empleadas para la revisión de la literatura, principalmente son el fichaje bibliográfico nemotécnico, teniendo como fuentes principales de consulta la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Tratados y Convenios Internacionales así como las obras de eruditos nacionales e internacionales tomados de las bibliotecas, Universidad Nacional de Loja y particulares de profesionales del derecho; y de los diferentes portales de la internet, donde obtengo acceso a diferentes páginas que me proporcionan la información requerida.

En lo referente al acopio empírico, la selección de las muestras poblacionales, para el caso de las encuestas las dirijo a 30 profesionales del derecho de la ciudad de Quito.

Las encuestas aplicadas dentro de la investigación de campo, las realice en forma escrita y de carácter cerradas, el cuestionario está compuesto por cinco preguntas y los resultados de las mismas son tabulados utilizando un cuadro en el constaron la variable, frecuencia y el porcentaje correspondiente a cada una y representadas en gráficos tipo pastel, con la correspondiente interpretación y análisis; título que se encuentran en forma implícita después del gráfico de cada pregunta.

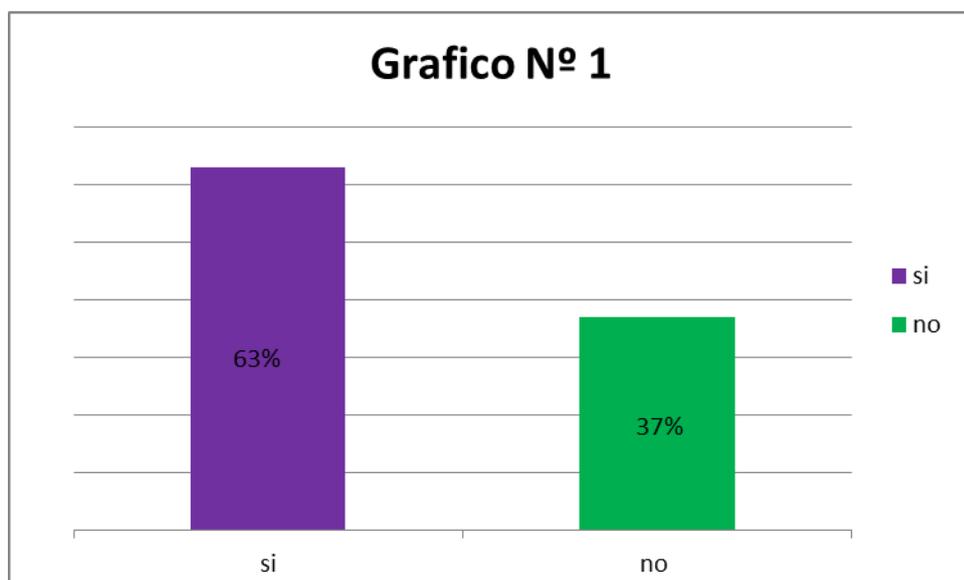
6. RESULTADOS

6.1. Resultado de las Encuestas

PRIMERA PREGUNTA

1. ¿La Constitución de la República del Ecuador establece que la salud es un derecho que garantiza el Estado y lo hará mediante políticas entre ellas de precaución y bioética, por lo tanto se garantiza el empleo de bioética en la medicina?

CUADRO Nº 1		
VARIABLE	FRECUENCIA	POCENTAJE
SI	19	63%
NO	11	37%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio-Quito		
Actor: Santiago Alberto Oñate Reinoso		



Interpretación

De acuerdo a las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de los encuestados, diecinueve que representan el 63% manifiestan que la Constitución de la República del Ecuador establece el empleo de bioética en la medicina, con la finalidad de garantizar el derecho a la salud que es obligación del Estado; mientras que once profesionales que representan el 37%, manifiestan, que en ningún momento se establece el uso de bioética como mecanismo para garantizar la salud de los ecuatorianos.

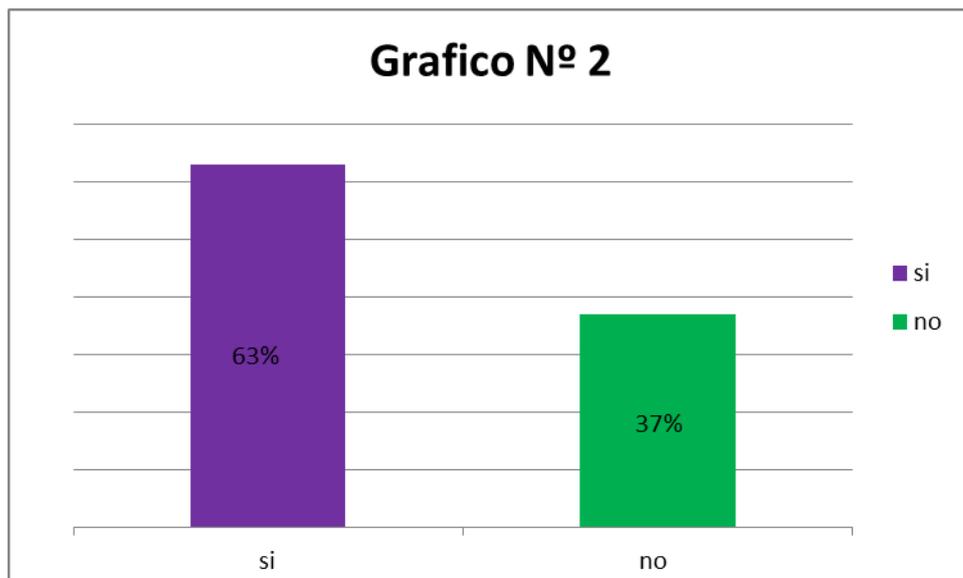
Análisis

De las respuestas vertidas a esta interrogante se puede determinar que la mayoría de los encuestados coinciden plenamente que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador establece el derecho que tiene el Estado de preservar la salud de los ciudadanos y ciudadanas, mediante políticas, entre ellas las de precaución y bioética, lo que significa proporcionar a cada ser humano, desde el momento de su concepción hasta su muerte, salud, en toda su magnitud y la expectativa de vida que le permitan su constitución genética.

SEGUNDA PREGUNTA

2. ¿En vista de la regulación constitucional de la bioética para lograr desarrollar el derecho a la salud que tienen los ciudadanos y ciudadanas del país, estima Usted que se hace necesario regular los comportamientos que en genética se manifiesten, ya que la Genética necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios, por lo tanto El Derecho Genético es la respuesta a este mandato constitucional?

CUADRO Nº 2		
VARIABLE	FRECUENCIA	POCENTAJE
SI	19	63%
NO	11	37%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Actor: Santiago Alberto Oñate Reinoso		



Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos de la segunda pregunta, de los treinta profesionales encuestados, diecinueve que equivale al 63% coinciden que en vista de la regulación constitucional de la bioética para lograr desarrollar el derecho a la salud que tienen los ciudadanos y ciudadanas del país, se hace necesario regular los comportamientos que en genética se manifiesten, ya que la Genética necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios, por lo tanto El Derecho Genético es la respuesta a este mandato constitucional; mientras que once que equivale al 37%, manifiestan que la norma constitucional que establece el empleo de la bioética con fines terapéuticos, no establece el empleo del Derecho Genético para que pueda desarrollar el derecho a la salud que es obligación del Estado.

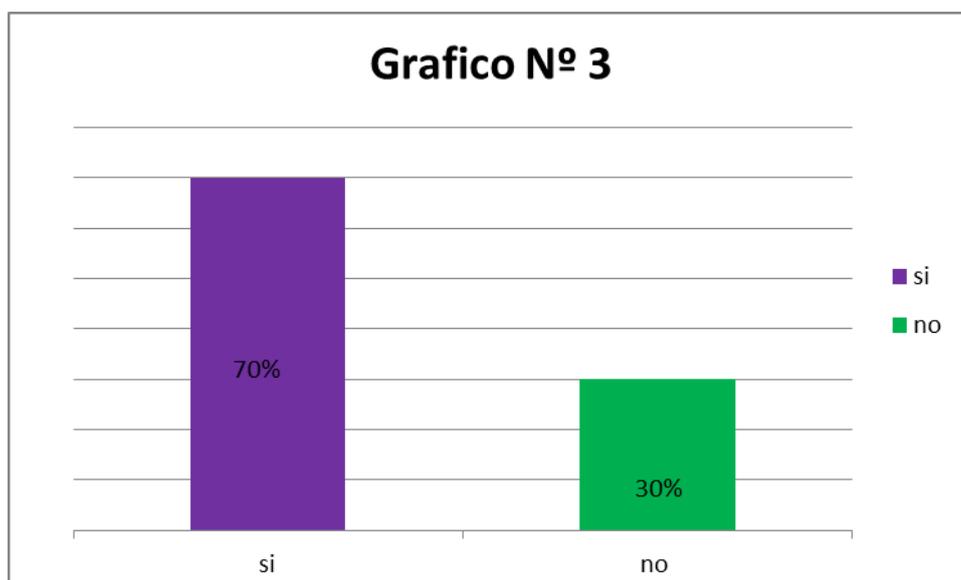
Análisis

Al analizar la respuesta a esta pregunta, se puede determinar que existe el conceso mayoritario de los profesionales encuestados, en el sentido que el principio bioético de la beneficencia se derivan normas que exigen el establecimiento de los riesgos de la investigación, que éstos sean del todo razonables, tomando en consideración los beneficios que se esperan obtener, que la concepción de la investigación que se pretende realizar sea sensata y atinada y que los investigadores que habrán de intervenir en la misma tengan el grado de idoneidad requerido para llevar a cabo debidamente sus tareas, al tiempo que salvaguarden el bienestar de los sujetos de la investigación, todo ello se logra con la aplicación del Derecho Genético.

TERCERA PREGUNTA

3. ¿Considera Usted que el derecho genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la determinación de la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social, por lo tanto es la respuesta para regular la aplicación de la bioética en el desarrollo de la salud de los ecuatorianos?

CUADRO N° 3		
VARIABLE	FRECUENCIA	POCENTAJE
SI	21	70%
NO	9	30%
TOTAL	30	100,00%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Actor: Santiago Alberto Oñate Reinoso		



Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos de la tercera pregunta, de los treinta encuestados, veintiuno que equivale al 70% manifiestan que el derecho genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la determinación de la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social; mientras que nueve que equivale al 30%, manifiestan que el derecho genético no es la respuesta para regular el alcance de la bioética para garantizar la salud de los ecuatorianos.

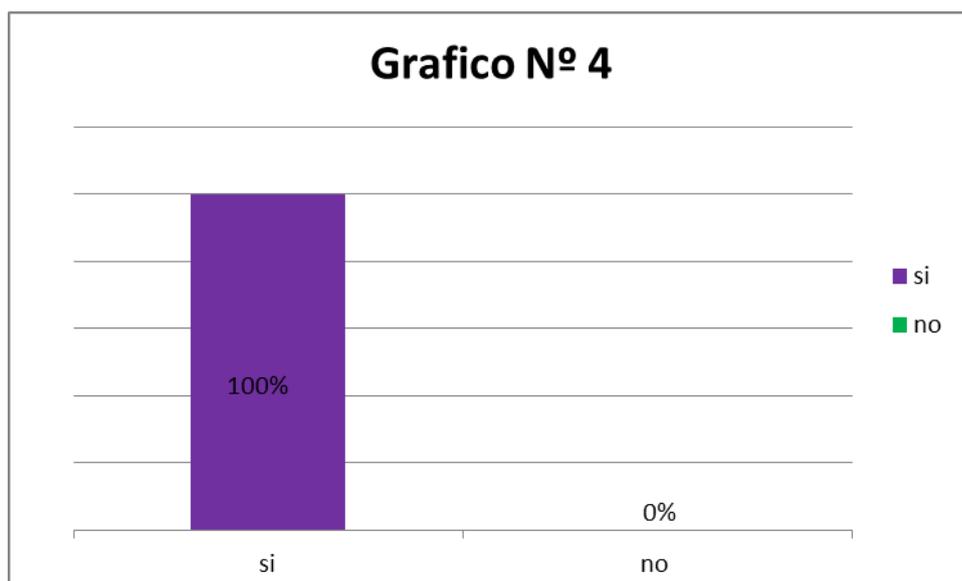
Análisis

En relación a las respuestas vertidas a esta interrogante se puede colegir que hoy se torna necesario, y hasta diríamos urgente, el asegurar la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía ante un escenario en el que se pueda advertir la fragilidad de su defensa frente a las conquistas de las ciencias de la vida, en tanto amenazan su libertad, su dignidad, su intimidad y su futuro, lo que se puede realizar a través del Derecho Genético.

CUARTA PREGUNTA

4. ¿Estima Usted que la finalidad del Derecho Genético es normar de manera adecuada los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir?

CUADRO N° 4		
VARIABLE	FRECUENCIA	POCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Actor: Santiago Alberto Oñate Reinoso		



Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos de la cuarta pregunta, de los profesionales encuestados, treinta que equivale al 100% consideran que la finalidad del Derecho Genético es normar de manera adecuada los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir.

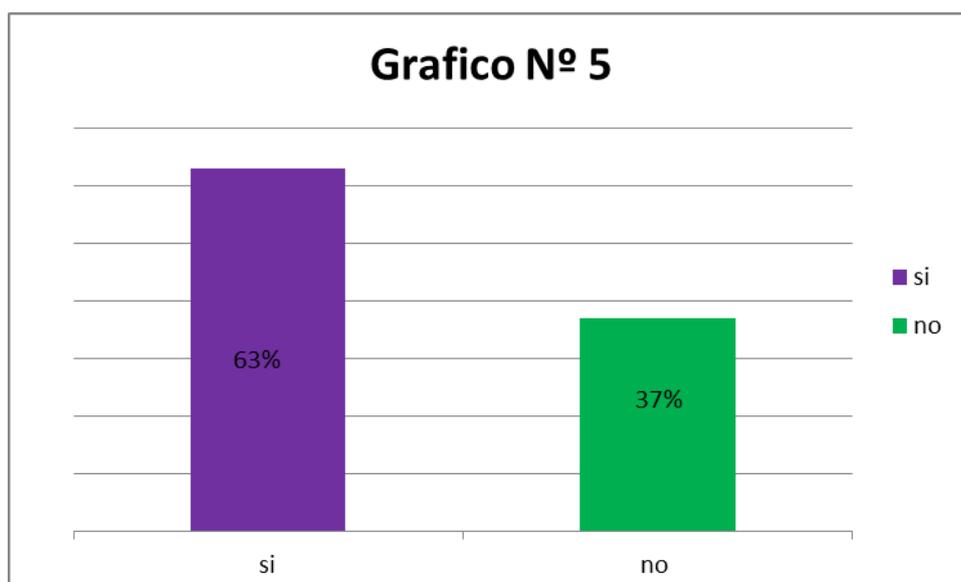
Análisis

Al observar la respuesta a esta pregunta, puedo determinar claramente que todos los profesionales encuestados coinciden en manifestar que la finalidad del Derecho Genético es la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Esta disciplina se encarga de estudiar y normar las actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre. En tal sentido el Derecho Genético ha surgido como una disciplina especial que brinda una protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales que se derivan de los avances de la ciencia genética.

QUINTA PREGUNTA

5. ¿Considera Usted que se debe reformar el Código Civil a fin de establecer las normas para regular el Derecho Genético?

CUADRO Nº 5		
VARIABLE	FRECUENCIA	POCENTAJE
SI	19	63%
NO	11	37%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Actor: Santiago Alberto Oñate Reinoso		



Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos de la quinta pregunta, de los treinta encuestados, veintiuno que equivale al 63% consideran que se debe reformar el Código Civil a fin de establecer las normas para regular el Derecho Genético; mientras que once que equivale al 37%, manifiestan que no es necesario reformar la norma contenida en el Código Civil por cuanto ya existen normas en el Código de la Salud, Código de la Niñez y la Adolescencia que permiten la aplicación de la bioética, como por ejemplo la prueba de ADN.

Análisis

Del análisis realizado a las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de los profesionales del Derecho encuestado, se puede determinar que existe el consenso en el sentido de que se reforme el Código Civil con la finalidad de establecer los parámetros legales que permitan regular el Derecho Genético en beneficio del desarrollo de la salud de los ecuatorianos.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

Objetivo General

El objetivo general planteado al inicio de la investigación que lo enuncio a continuación:

“Realizar el estudio doctrinario, jurídico y de campo del Derecho Genético y su regulación en la legislación ecuatoriana”

Se ha cumplido en su totalidad, puesto que dentro del presente trabajo investigativo se ha realizado el análisis doctrinario que se ha desarrollado en relación al Derecho Genético, lo que ha sido complementado con la verificación de la norma legal contenida en la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil y los Tratados Internacionales, así como con la investigación de campo, llegando a determinar que la biotecnología es una cuestión compleja que experimenta cambios a diario y que concentra gran cantidad de grupos con intereses diversos, por lo que constituye un desafío enfrentarlos adecuadamente, para que el Derecho no obstruya los avances de la ciencia ni ésta violente al Derecho, ambas disciplinas deben complementarse estableciendo como prioridad el bienestar de las personas.

Objetivos Específicos

“Establecer que el Derecho necesita regular los comportamientos que en genética se manifiesten, la Genética necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios, por lo tanto El Derecho Genético es la respuesta a esta carencia”

Este objetivo ha sido cumplido en su totalidad, con el análisis de los contenidos doctrinarios que se han escrito en materia del Derecho Genético, lo que ha sido reforzado con la verificación de la norma legal contenida en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil y los Tratados Internacionales así como con la investigación de campo en base a las respuestas vertidas a las pregunta 3 de la encuesta, lo que me ha permitido determinar que debido al reconocimiento formal que realiza la Constitución de la República del Ecuador de empleo de la bioética para lograr la salud de los ecuatorianos, necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios, por lo tanto El Derecho Genético es la respuesta.

“Demostrar que el derecho genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la determinación de la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social”

Del análisis de la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil en relación a los Derechos Reproductivos, así como de la investigación de campo con la respuesta a la pregunta 4 de la encuesta ha sido posible despejar este objetivo en forma positiva, puesto que se he logrado demostrar que el Derecho

Genético ha surgido como una disciplina especial que brinda una protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales que se derivan de los avances de la ciencia genética.

“Proponer un proyecto de reforma al Código Civil en relación a regular el Derecho Genético”

Este objetivo se verifica en base al análisis jurídico de la norma contenida en la Constitución de la Republica del Ecuador, así como del trabajo de campo en relación a la pregunta 5 de la encuesta, en donde se deja entrever la necesidad de reformar la norma contenida en el Código Civil a efecto de establecer los parámetros legales que permitan aplicar el Derecho Genético en beneficio de la salud de los ecuatorianos.

7.2. Contrastación de hipótesis

Como hipótesis determine la siguiente:

“El Derecho necesita regular los comportamientos que en genética se manifiesten; la Genética necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios. El Derecho Genético, es entonces la respuesta a esta carencia; el Derecho Genético intenta conciliar la actuación del científico con las normas legales en beneficio de la humanidad. Este es entonces el fundamento del Derecho Genético.

En definitiva lo que pretende el Derecho Genético es normar en adecuada manera los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería

Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir.”

Para efecto de esta investigación procedí a su interpretación lógica, determinando una contrastación clara y uniforme, con ello puse en pie el criterio hipotético del cual he partido acerca de las definiciones del problema, que se derivan de los recursos jurídicos que se encuentran en vigencia que han permitido el desarrollo de este fenómeno jurídico.

Todo ello me ha permitido despejar en forma positiva la hipótesis, puesto que he logrado determinar que el Derecho necesita regular los comportamientos que en genética se manifiesten; la Genética necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios. El Derecho Genético, es entonces la respuesta a esta carencia; el Derecho Genético intenta conciliar la actuación del científico con las normas legales en beneficio de la humanidad. Este es entonces el fundamento del Derecho Genético.

7.3. Fundamentación de la propuesta Jurídica

La Constitución de la República del Ecuador establece que el sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades de las personas, el cual se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética.

La Constitución es el marco jurídico general y superior de la organización de los derechos, las funciones del poder, y la economía del Estado. Es un sistema de normas supremas que constituyen el fundamento de otras leyes. La Constitución es la expresión principal del derecho público y como lo señala Marco Gerardo Monroy Cabra, Magistrado Colombiano, “la Constitución es la norma suprema superior, fundamental de un Estado. Es la norma de normas³⁶”.

Los derechos se estructuran con base en valores fundamentales como son la vida, la dignidad, la calidad de vida, la libertad, la igualdad y la solidaridad, estos valores son la fuente o la esencia para otorgar protección y seguridad al ser humano, los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos humanos, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

En la doctrina de los derechos fundamentales, han existido las generaciones de derechos humanos: de primera (civiles y políticos), de segunda (los derechos económicos, sociales y culturales) y los de tercera generación (los derechos de solidaridad, medio ambiente y difusos); la defensa del ser humano frente a los avances biotecnológicos y la manipulación genética debe encontrarse resguardada dentro de alguna de estas fases. Conjuntamente con el derecho a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática, como derechos representativos de la

³⁶ MONROY, Marco, La interpretación constitucional, Librería del Profesional, Bogotá-Colombia, 2002.

tercera generación, encontramos los derechos a morir con dignidad, cambiar de sexo, ser protegido contra los posibles excesos de la investigación genética.

En este orden de ideas, encontramos entre los nuevos derechos: a) derecho a la integridad, a efecto de proteger la unicidad y esencia genética de todo individuo, impidiendo la manipulación genética germinal; b) derecho a conocer el propio origen biológico, facultando a toda persona cuando sus progenitores le son desconocidos, para poder iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo biológico; c) derecho a la intimidad genética, fundamentado en la protección de la información más personal del hombre, y d) derecho a saber o no saber, sustentado en la facultad para conocer o desear ignorar los resultados obtenidos de una prueba genética.

Por esto y otras razones de carácter constitucional y legal, mi propuesta es que se debe reformar en el menor tiempo posible la norma contenida en el Código Civil a efecto de establecer los parámetros legales que permitan aplicar el Derecho Genético con la finalidad de garantizar la aplicación de la bioética en beneficio del derecho a la salud consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

8. CONCLUSIONES

La presente investigación me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- Que La Constitución de la República del Ecuador establece que el sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades de las personas, el cual se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, por lo tanto se reconoce la aplicación del Derecho Genético en la legislación ecuatoriana.
- Que la relación entre la bioética y el derecho se establece con precisión en el primer objetivo de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, cuando formula como primer objetivo: proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética.
- Que Es evidente el nexo del Derecho con las demás ciencias, y dentro de ellas, muy especialmente con la genética, pues temas como las técnicas de reproducción asistida, trasplantes de órganos para daciones entre vivos y cadavéricas, manipulación genética, son frecuentes en el foro jurídico académico, pero lamentablemente no han cuajado todavía en el nivel legislativo, por lo que en nuestro país hay un vacío en esta materia dentro de las leyes secundarias.
- Que el Derecho Genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la necesidad de determinación de

la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social. De esta manera, el Derecho Genético nace de la relación ius-gen fijando las pautas para la aplicación de las técnicas biogenéticas. Se encarga de regular el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano.

- Que La reflexión bioética entronca con el principio fundamental de respeto a la dignidad humana, con los derechos a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a la libertad e igualdad, a la no sujeción de las personas a experimentos médicos que atenten contra sus derechos fundamentales, temas todos ellos de relevancia para el derecho constitucional. Sin embargo de los avances tecnológicos y cada vez una injerencia de los científicos por manipular material genético a seres humanos, nos conlleva a criterios filosóficos, morales, religiosos, etc., que aún la Legislación Ecuatoriana no ha sido atendida ni ha merecido un mínimo de preocupación por parte de los legisladores. Dejando de esta manera a la moralidad y ética del científico este hecho tan importante en la actualidad, de ahí la necesidad de reformar la norma contenida en el Código Civil a efecto de establecer los principios que permitan aplicar el derecho genético en la legislación ecuatoriana.

9. RECOMENDACIONES:

Como producto de la investigación puedo establecer las siguientes:

- Que la Asamblea Nacional proceda a reformar la norma contenida en el Código Civil con la finalidad de establecer los parámetros legales que permitan regular el Derecho Genético en beneficio del desarrollo de la salud de los ecuatorianos, en cumplimiento al mandato contenido en la Constitución de la República del Ecuador.
- Que los problemas de la Bioética deben ser debatidos por la sociedad en su conjunto antes de que sean adoptadas soluciones normativas, sobre las que, en una sociedad democrática y plural, es preciso lograr consenso. Un consenso que, en cuestiones que atañen a los valores individuales y colectivos en forma tan especial, resulta difícil conseguir. Por ello, conviene centrar la búsqueda del compromiso en la elaboración de unas reglas del juego aceptables para la mayoría de los ciudadanos independientemente de sus opciones ideológicas.
- Que el Derecho Genético es una rama del derecho civil que se encarga del estudio científico de cómo se transmiten los caracteres físicos bioquímicos y de comportamiento de padres a hijos, la determinación de los mecanismos hereditarios por los que los descendientes de organismos que se reproducen de forma sexual no se asemejan con exactitud a sus padres, y estudian las diferencias y similitudes entre padres e hijos que se reproducen de generación en generación según determinados patrones. El derecho genético tiene por objetivo difundir los

conceptos teóricos y doctrinarios acerca de la biotecnología y su influencia sobre el ser humano.

- Que desde este punto de vista doctrinario y tomando en consideración otros derechos perfectamente diferenciados en su perspectiva, considero que el derecho genético merece una independencia jurídica, pues reúne los elementos necesarios para adjudicarle la correspondiente autonomía.
- Que la especialidad y tecnicismo del derecho genético hace que se constituya en una rama singular que merece normas apropiadas que tengan en cuenta la modernidad de las técnicas y la protección del ser humano. Esto se logra con un estudio detallado preparando abogados que enfrenten en el próximo milenio los retos que plantean las ciencias biológicas en el campo del derecho.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

QUE, los derechos se estructuran con base en valores fundamentales como son la vida, la dignidad, la calidad de vida, la libertad, la igualdad y la solidaridad, estos valores son la fuente o la esencia para otorgar protección y seguridad al ser humano, los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos humanos, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

QUE, el Derecho Genético regula la aplicación de los procedimientos genéticos y su relación con el ser humano. En este sentido su fin es dar pautas de protección legal evitando perjuicios en el hombre y su correspondiente repercusión en la humanidad, por lo tanto le incumbe directamente resolver todas aquellas técnicas biotecnológicas que se aplican en el ser humano, orientándolas con una regulación esencialmente humanista.

QUE, el Derecho Genético como una de las novísimas ramas del Derecho tiene que establecer un marco jurídico acorde a la realidad científica y social tendiente a la protección de la dignidad del ser humano, recalcando que el hombre es un fin en sí mismo y su instrumentalización por consiguiente afecta su dignidad como elemento esencial.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 120, numeral 6, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO CIVIL

A continuación del artículo 80, en el Título II del Libro Primero, agréguese un Título Innumerado, que contenga los siguientes artículos innumerados:

TITULO INNUMERADO

DEL DERECHO GENETICO

LA DIGNIDAD HUMANA Y EL GENOMA HUMANO

Art. Innumerado (1).- El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Art. Innumerado (2).- El genoma humano, por naturaleza evolutivo, está sometido a mutaciones. Entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno social de cada persona, que comprende su estado de salud individual, sus condiciones de vida, su alimentación y su educación.

Art. Innumerado (3).- El genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.

Art. Innumerado (4).- DERECHOS DE LAS PERSONAS INTERESADAS

1. Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entraña y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional.

2. En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado.

3. Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.

4. En el caso de la investigación, los protocolos de investigaciones deberán someterse, además, a una evaluación previa, de conformidad con las normas o directrices nacionales e internacionales aplicables en la materia.

5. Si en conformidad con la ley una persona no estuviese en condiciones de expresar su consentimiento, sólo se podrá efectuar una investigación sobre su genoma a condición de que obtenga un beneficio directo para su salud, y a reserva de autorizaciones y medidas de protección estipuladas por la ley. Una investigación que no represente un beneficio directo previsible para la salud sólo podrá efectuarse a título excepcional, con la mayor prudencia y procurando no exponer al interesado sino a un riesgo y una coerción mínimos, y si la investigación está encaminada a redundar en beneficio de la salud de otras personas pertenecientes

al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones genéticas, a reserva de que dicha investigación se efectúe en las condiciones previstas por la ley y sea compatible con la protección de los derechos humanos individuales.

Art. Innumerado (5).- Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad.

Art. Innumerado (6).- Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad.

Art. Innumerado (7).- Toda persona tendrá derecho, de conformidad con el derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación equitativa del daño de que haya sido víctima, cuya causa directa y determinante haya sido una intervención en su genoma.

Art. Innumerado (8).- Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Art. Innumerado (9).- Ninguna investigación relativa al genoma humano ni sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrán prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de la libertades

fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de los grupos humanos.

Art. Innumerado (10).- Están prohibidas las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos.

Art. Innumerado (11).- Examen genético: consiste en la evaluación de la información genética de una persona para detectar posibles alteraciones cromosómicas y/o enfermedades genéticas; a los fines del diagnóstico, orientación terapéutica y asesoramiento genético familiar. Comprende además los análisis de ADN humano, cromosomas, proteínas y ciertos metabolitos para detectar genotipos, mutaciones o cambios de cromosomas usados como medio de diagnóstico.

Art. Innumerado (12).- Información Genética: Comprende información sobre genes, productos de genes o herencia de características que pudieran derivar de una persona o miembros de su familia, especialmente de aquella que pudiera proporcionar información acerca de la incidencia de enfermedades, obtenida a través de exámenes genéticos.

DISPOSICION TRANSITORIA: Derogase todas las normas que se opongan al Derecho Genético.

Artículo Final: La presente reforma al Código Civil, entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, a los.....días del mes de..... del
año.....

LA PRESIDENTE

LA SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFIA

- ALBARELLOS, Laura. El Entendimiento de una Nueva Rama Jurídica: El Derecho Genómico, SIDEGEB, México, 2001.
- ALBARELLOS, Laura, El fenómeno jurídico genómico, Ángel Editor, México, 2001.
- BERGEL, Salvador D. y otro, Bioética y Derecho, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2003.
- CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, México, 2010.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS-(UNESCO), 2005.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto. "Bioética y Derecho", Compilación de artículos, ITAM/FCE, México, 2004.
- GRACIA, D., Fundamentos de bioética, Eudema, Madrid-España, 1998.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2000.
- KELSEN, H., Teoría Pura del Derecho, Porrúa, México, 2005.
- KLUG, W.S. & CUMMINGS, M.R., Conceptos de Genética, 5.ª Edición, Prentice Hall, España, 1998.
- MONROY, Marco, La interpretación constitucional, Librería del Profesional, Bogotá-Colombia, 2002.

- MOSQUERA VASQUEZ, Clara, "Fundamentos para un curso de derecho genético". Ponencia presentada a la IV Convención Nacional Académica de Derecho, Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, 1995.
- OSSET HERNÁNDEZ, Miguel, Ingeniería genética y derechos humanos, Legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos, Icaria, Barcelona-España, 2000.
- PEÑA, Catalina, "La clonación de seres humanos y el derecho civil ecuatoriano", tesis de grado, Universidad de Cuenca, Cuenca-Ecuador, 2000.
- PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena, "Genética y Filiación. Viejos y Nuevos Problemas en la Reproducción Humana", en Diagnóstico Genético y Derechos Humanos, Martínez Bullé Goyri (coord.), Unam, México DF., 1998.
- RUIZ-GÁLVEZ, Jesús Ballesteros; Encarnación Fernández, Biotecnología y posthumanismo. Editorial Aranzadi, 2007.
- SEIJAQS RENGIFO, Teresa, Aspectos Jurídicos de la Biotecnología Reproductiva Humana en el Perú, San Marcos, Lima-Perú, 1998.
- SULSTON, Jhon "El Genoma Humano".- Su aplicación en el campo del Derecho. Cambridge University. Inglaterra, 2000.
- VALVERDE MORANTE, Ricardo, "DERECHO GENETICO: Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Editorial Gráfica Horizonte, Lima-Perú, 2001.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Fundamentos básicos del derecho genético, Editorial Fondo de Cultura Económica- Perú Universidad de Lima.- Lima-Perú, 2001.

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Filiación, derecho y genética: Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Universidad de Lima, Lima-Perú, 1999.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “UNA EXPERTICIA INFALIBLE: EL ADN Y EL DERECHO”. En diario “EL PERUANO”, Jueves 05 de Agosto de 1999.
- VARSÍ, Enrique, “Derecho Genético”, Versión electrónica facilitada por el autor, Lima, 2005.

PAGINAS DE INTERNET

- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros>
- <http://conceptodefinicion.de/ingenieria-genetica/>
- <http://definicion.mx/ser-humano/>
- <http://www.derechoecuador.com>
- <http://www.monografias.com>
- <http://www.scielo.org.mx>

11. ANEXOS

PROYECTO DE TESIS

1. TEMA

ESTUDIO DOCTRINARIO, JURIDICO Y DE CAMPO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO GENÉTICO EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA.-
PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL

2. PROBLEMÁTICA

El avance de la ciencia y la técnica y sobre todo las innumerables aplicaciones y usos de la Biotecnología ha determinado que la ciencia del Derecho tenga como una de sus novísimas ramas al denominado Derecho Genético, que al decir del tratadista Enrique Varsi Rospigliosi es "la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia en el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre".

El Derecho Genético lo que pretende es normar de manera adecuada los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir. Es más, creemos fervientemente que esta labor de regulación no se debe limitar a calificar tal o cual conducta como

atentatoria a los derechos que ostentamos todos los habitantes de este planeta, sino que también debe afrontar el reto de reformular concienzuda y meticulosamente la definición y conceptualización de los Derechos Humanos, como el Derecho a la Vida, el Derecho a la Información, el Derecho a la Dignidad y el Derecho a la Integridad Personal, que han sufrido un grave revés a raíz de los descubrimientos genéticos.

Por estas razones, se hace necesario no perder el tiempo en el asombro y la admiración, pensando en regular fenómenos espectaculares que en ocasiones no son siquiera posibles, y se hace necesario actuar en un marco de colaboración interdisciplinario que permita al jurista, con la información adecuada cierta, regular los desarrollos científicos que son a una realidad en nuestra vida cotidiana y que suceden al margen del orden jurídico, en ocasiones pasando por encima de bienes sociales y jurídicos fundamentales para la vida social. Basta como ejemplo, para nuestro país la temática de la reproducción asistida, y más en específico la fecundación in vitro, que siendo una realidad cotidiana aún no cuenta con la regulación adecuada que delimite con precisión sus consecuencias de carácter jurídico, además de las consecuencias sociales y personales que también debe contemplar y regular el derecho.

3. JUSTIFICACION

El desarrollo del conocimiento genómico aplicado a la salud humana ofrece grandes beneficios bajo la forma de medicina genómica, predictiva o reparativa; sin embargo, conlleva profundas implicaciones de índole social, política, ética, económica e ideológica, las cuales requieren un marco regulatorio, que de manera

genérica se denomina derecho genético, esta problemática está tutelada por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a materias de Derecho Civil, para optar por el grado de Abogado.

La cercana relación entre los temas jurídicos, biológicos y médicos, así como los conflictos originados en la interacción de la vida con la tecnología en el ámbito de la salud han dado origen al desarrollo de una nueva área del derecho, que en su conjunto ha recibido diferentes nombres: bioderecho, biolegislación, biojurídica, biojurisprudencia, derecho biológico, biotecnología jurídica, bionómica, derecho médico, derecho sanitario, derecho médico sanitario, derecho de la salud, derecho genético, entre otros, de allí la necesidad de la tutela efectiva del Estado en la protección de los Derechos individuales de las personas desde el punto de vista social y jurídico.

Socio-Jurídicamente la investigación es necesaria para lograr que las personas gocen de seguridad jurídica y que no se violenten sus derechos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador, estudiando y regulando el Derecho Genético en el Ecuador.

Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios alternativos de carácter jurídico.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, se cuenta con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo del Derecho Genético en la Legislación Ecuatoriana.

La presente investigación científica servirá para brindar un aporte a la colectividad y contribuirá a acoplar nuestros cuerpos legales a los cambios y transformaciones que sufre la sociedad dentro del constante proceso dialéctico por el que atraviesa.

4. OBJETIVOS:

4.1 General

- ❖ Realizar el estudio doctrinario, jurídico y de campo del Derecho Genético y su regulación en la legislación ecuatoriana.

4.2 Específicos:

- ❖ Establecer que el Derecho necesita regular los comportamientos que en genética se manifiesten, la Genética necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios, por lo tanto El Derecho Genético es la respuesta a esta carencia.
- ❖ Demostrar que el derecho genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la determinación de la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social.

- ❖ Proponer un proyecto de reforma al Código Civil en relación a regular el Derecho Genético.

4.3 HIPOTESIS

El Derecho necesita regular los comportamientos que en genética se manifiesten; la Genética necesita que el Derecho le asigne sus límites y sus beneficios. El Derecho Genético, es entonces la respuesta a esta carencia; el Derecho Genético intenta conciliar la actuación del científico con las normas legales en beneficio de la humanidad. Este es entonces el fundamento del Derecho Genético.

En definitiva lo que pretende el Derecho Genético es normar en adecuada manera los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir.

5. MARCO TEORICO

“El Derecho Genético es la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Esta disciplina se encarga de estudiar y normar las actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre. En tal sentido el Derecho Genético ha surgido como una disciplina especial que brinda una protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales que se derivan de los avances de la ciencia genética. Se sostiene también que el Derecho Genético es entendido como aquella rama jurídica

que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición génica del hombre. El Derecho Genético es una rama del derecho civil que se va encargar el estudio científico de cómo se transmiten los caracteres físicos, bioquímicos y de comportamiento de padres a hijos, la determinación de los mecanismos hereditarios por los que los descendientes de organismos que se reproducen de forma sexual no se asemejan con exactitud a sus padres y estudian las diferencias y similitudes entre padres e hijos que se reproducen de generación en generación según determinados patrones. El derecho genético tiene por objetivo difundir los conceptos teóricos y doctrinarios acerca de la biotecnología y su influencia sobre el ser humano. Dar a conocer las normas nacionales e internacionales así como los criterios jurisprudenciales que regulan el Derecho Genético³⁷".

El derecho genético como tal es un tema reciente, a pesar de que existe influencia en materia de manipulación genética desde hace varias décadas, estudios, obras, leyes y jurisprudencia, el tema aun continua siendo novedoso.

En un primer momento se le considero inclusive, como un derecho aplicable solo a los seres humanos, para que de tal manera pueda identificarse la paternidad de una persona. Posteriormente, es empleado en el ámbito de la reproducción humana asistida, para luego, ser utilizado para ceñir los principios del inicio de la vida.

³⁷ BERGEL, Salvador, Bioética y Derecho, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Argentina, 2003.

"El derecho genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la determinación de la ética que fundamenta los principios a seguir a fin de no vulnerar la esencia social. De esta manera, el derecho genético nace de la relación ius-gen fijando las pautas para la aplicación de las técnicas biogenéticas.³⁸"

Una de las funciones del Derecho consiste en identificar los valores implicados en cada caso concreto, en cada situación conflictiva. Pero a este respecto debe tenerse presente la famosa frase de que el siglo XX se ha caracterizado por el gran desarrollo y eficacia de los medios, pero al mismo tiempo por una confusión en los fines. ¿Ocurrirá algo semejante en el siglo XXI? ¿De dónde se deberá nutrir el Derecho para identificar esos valores? ¿Qué cometido corresponderá en este sentido a la Bioética?.

"En el amanecer de un nuevo siglo y milenio, la humanidad se encuentra inmersa en un torbellino de descubrimientos científicos y tecnológicos que modifica, obviamente, conceptos tradicionales, origina replanteamientos de carácter axiológico y, desde luego, crea situaciones jurídicas que no pueden ser resueltas a la luz de la normatividad vigente.

Así, los avances de las últimas décadas nos han puesto al borde de un nuevo universo, impidiéndonos deslindar el hoy del mañana. Vivimos una época regida por la conquista del espacio, el imperio de los microchips y cerebros electrónicos,

³⁸ VALVERDE MORANTE, Ricardo, "DERECHO GENETICO: Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida".- Editorial. Gráfica Horizonte.- Lima-Perú, 2001.

los trasplantes de órganos y cambios de sexo, la intervención en los procesos reproductivos del hombre, la decodificación del material protéico contenido en el ADN de los genes, y, el debilitamiento de las fronteras nacionales a consecuencia de la globalización; lo que en opinión de algunos estudiosos es parámetro del progreso³⁹.

Ahora bien, siendo el Derecho un producto de la vida social, a cuya formación contribuyen diversos factores y elementos, es imprescindible que se ajuste a las exigencias cambiantes de la realidad, ya que de lo contrario se convertirá en algo obsoleto, caduco, totalmente inoperante, que no debe pasar desapercibido ante los ojos de juristas, legisladores y amantes de la ciencia jurídica.

“El Derecho Genético está íntimamente vinculado con el Derecho Civil puesto que su aplicación tiene como fin de la persona humana. De allí que el derecho de las personas (el inicio de la vida, la teoría del concebido, la cesión de sustancia orgánicas (), el Derecho de Familia (La filiación y el Derecho de Sucesiones (la transmisión hereditario del hijo póstumo en la inseminación post mortem) se halla influenciados por esta parte de la ciencia biológica. Producto de esta relación ha surgido el llamado Derecho Genético Civil.

En este sentido el Derecho Genético a través de estudios genoma humano y específicamente del ADN, regula la investigación biopositiva indispensable para el

³⁹ BLASQUEZ, Niceto, Bioética la nueva ciencia de la vida, BAC., Madrid-España, 2000.

Derecho pues se ha utilizado en la indagación de los problemas criminológicos de paternidad⁴⁰.

Hoy se torna necesario, y hasta diríamos urgente, el asegurar la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía ante un escenario en el que se pueda advertir la fragilidad de su defensa frente a las conquistas de las ciencias de la vida, en tanto amenazan su libertad, su dignidad, su intimidad y su futuro.

Pero ni la necesidad ni la urgencia de estas exigencias pueden llevar a concebir que sólo las normas jurídicas, coactivamente impuestas, puedan alcanzar los fines propuestos. La sociedad -lo destaca Casado- "debe premunirse de un bagaje de normas deontológicas y éticas que colaboren a la función de control y contribuyan a crear un entramado social cohesionado que, aplicando los principios de la bioética, los principios constitucionales y los derechos humanos, nos permita disponer de un adecuado marco de referencia en la toma de decisiones⁴¹".

En el escenario actual se reconstituye una nueva imagen de la bioética: no sólo una "rama del saber" sino una multiforme experiencia de la formación del consenso en torno a problemas, elecciones morales, opciones políticas y jurídicas que se relacionan con el vínculo entre ciencia y valores del hombre.

En la formación de ese consenso juega un papel protagónico esencial el derecho como elemento ordenador de la sociedad y -en última instancia- como normativa

⁴⁰ BUSTOS PUECHE, José, El derecho civil ante el reto de la nueva genética, Dykinson, Madrid-España, 1996.

⁴¹ CASADO, M., La bioética ante las nuevas tecnologías genéticas. En: Casado M, González D, (eds.) Los retos de la genética en el Siglo XXI: genética y bioética, Ediciones Universitat de Barcelona; Barcelona-España, 1998.

en cuya elaboración no sólo juega el arbitrio del legislador. Si el derecho es norma -según lo entiende Kaufmann- “entonces no se puede conformar con la legalidad, pues la norma exige moralidad. En esta exigencia de moralidad se da la conexión entre bioética y derecho⁴²”.

El legislador, cuando la dimensión social del problema en el campo de las ciencias de la vida requiere de su intervención, crea normas de incuestionable contenido bioético, por ejemplo, las leyes francesas de bioética de 1994, y las distintas regulaciones nacionales sobre temas parciales: Alemania, Gran Bretaña, Holanda, Italia, etc.

“De esta conexión también nos habla la actitud de los jueces llamados a resolver los complejos problemas que trae el avance de las ciencias de la vida. Día a día se ven precisados a decidir sobre temas novedosos generados por las ciencias médicas que jamás pudieron ser imaginados, no obstante lo cual deben resolverlos por aquello que “el juez no puede dejar de pronunciarse so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”. En estas situaciones recurren con frecuencia a los principios generales de la bioética, a instrumentos derivados del “derecho internacional de la bioética” o a la opinión de los Comités de Ética⁴³”.

Es más, aun existiendo normas de derecho positivo aplicables al caso planteado, la fundamentación bioética dota a la resolución judicial de un mayor grado de aceptación social. Es que -en última instancia- los procedimientos a los que recurre

⁴² KAUFMANN, A., Filosofía del Derecho, Editorial Universidad Externado de Colombia; Bogotá-Colombia, 1995

⁴³ DONATO BUSNELLI, Francesco, Bioética y Derecho Privado, Grijley, Lima-Perú, 2003.

la bioética, en especial el debate participativo y multidisciplinario, dota a cualquier acto jurisdiccional que se funde en ella de una mayor legitimación.

La reflexión bioética entronca con el principio fundamental de respeto a la dignidad humana, con los derechos a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a la libertad e igualdad, a la no-sujeción de las personas a experimentos médicos que atenten contra sus derechos fundamentales, temas todos ellos de relevancia para el derecho constitucional que, en su conjunto, llevan a incluir las cuestiones bioéticas en lo que se ha dado en denominar el "bloque de constitucionalidad".

“Pero es más, la creciente preocupación a nivel internacional por los problemas generados por los avances de la biología y, en especial, de la medicina condujeron a conformar una incipiente rama del derecho: "El Derecho Internacional de la Bioética", que pretende conformar una serie de principios que escapan a la existencia de fronteras cerradas. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano frente a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, y la Declaración Universal de la UNESCO sobre los Derechos del Hombre y el Genoma Humano constituyen dos sólidos soportes normativos de esta novedosa rama jurídica.

El primero de ellos, en tanto que es una Convención, integra formalmente el derecho internacional. En cuanto al segundo, si bien puede ofrecer algunas dudas, no resulta difícil insertarlo en el orden jurídico internacional, en tanto que, conforme lo enseña Gros Espiell, las declaraciones de los organismos internacionales adoptadas por consenso o por unanimidad pueden llegar a adquirir el carácter de

formulación de principios de derecho o de cristalización de la costumbre internacional que los transforma en fuentes del derecho, tal como pasó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Derecho y bioética son, pues, disciplinas que se integran y se complementan para configurar una respuesta adulta y responsable de la sociedad ante los problemas y dilemas que nos ofrece el avance de las ciencias de la vida⁴⁴.

El avance de la ciencia y la técnica y sobre todo las innumerables aplicaciones y usos de la Biotecnología ha determinado que la ciencia del Derecho tenga como una de sus novísimas ramas al denominado Derecho Genético, que al decir del tratadista Enrique Varsi Rospigliosi es "la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia en el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre⁴⁵".

En definitiva lo que pretende el Derecho Genético es normar en adecuada manera los avances y aplicaciones de la Biotecnología y de la Ingeniería Genética, regulando para dicho efecto las investigaciones genómicas, las intervenciones genéticas en la línea germinal y somática, el patentamiento de genes, la manipulación genética, las técnicas de reproducción asistida, etc., y las respectivas consecuencias jurídicas que dichas prácticas pueden llegar a producir. Es más, creemos fervientemente que esta labor de regulación no se debe limitar a calificar

⁴⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Fundamentos básicos del derecho genético, Editorial Fondo de Cultura Económica- Perú Universidad de Lima.- Lima-Perú, 2001.

⁴⁵ SULSTON, Jhon, "El Genoma Humano", su aplicación en el campo del Derecho, Cambridge University- Inglaterra, 2000.

tal o cual conducta como atentatoria a los derechos que ostentamos todos los habitantes de este planeta, sino que también debe afrontar el reto de reformular concienzuda y meticulosamente la definición y conceptualización de los Derechos Humanos, como el Derecho a la Vida, el Derecho a la Información, el Derecho a la Dignidad y el Derecho a la Integridad Personal, que han sufrido un grave revés a raíz de los descubrimientos genéticos.

El Derecho Genético ha surgido como una rama especial que brinda una protección y seguridad jurídica al ser humano y las relaciones sociales que se derivan de aquellos avances de la ciencia genética.

“El Derecho Genético está íntimamente vinculado con el Derecho Civil puesto que su aplicación tiene como fin de la persona humana. De allí que el derecho de las personas (el inicio de la vida, la teoría del concebido, la cesión de sustancia orgánicas (), el Derecho de Familia (La filiación y el Derecho de Sucesiones (la transmisión hereditario del hijo póstumo en la inseminación post mortem) se halla influenciados por esta parte de la ciencia biológica. Producto de esta relación ha surgido el llamado Derecho Genético Civil⁴⁶”.

En este sentido el Derecho Genético a través de estudios genoma humano y específicamente del ADN, regula la investigación biopositiva indispensable para el Derecho pues se ha utilizado en la indagación de los problemas criminológicos de paternidad.

⁴⁶ BUSTOS PUECHE, José, El derecho civil ante el reto de la nueva genética, Dykinson, Madrid-España, 1996.

La ciencia nos pone cada día frente a nuevas técnicas y tecnologías que facilitan nuestro actuar cotidiano. Las ciencias biológicas, en especial, avanzan a ritmo acelerado, de modo que cada día nos encontramos ante posibilidades que antes sólo eran ficción. Tal es el caso de la Biogenética, la cual nos ofrece hoy en día cuestionamientos éticos y jurídicos muy grandes. Así pues, la Reproducción Humana Asistida es uno de sus mayores logros. Conceptos “clonación”, “fecundación in vitro”, o “inseminación artificial” en pocos años dejarán de ser términos científicos o académicos, para acoplarse a los “juegos” del lenguaje cotidiano. “En el ámbito nacional no han sido pocos los casos en los cuales nuestros Tribunales se han pronunciado sobre materias que son objeto de estudio del Derecho Genético, haciéndolo con particular acierto y cautelando la dignidad de la persona, sobre cuya base se erigen derechos tales como el derecho a la vida, integridad, identidad, intimidad, etc.; siendo ésta la regla, no obstante, una desafortunada excepción se dio con la STC N° 7435-2006-PC/TC al permitir y, más que eso, exigir que el Estado promueva la anticoncepción oral de emergencia, criterio éste que felizmente ha variado por un pronunciamiento posterior del Tribunal Constitucional hoy Corte Constitucional que se aparta radicalmente de su anterior sentencia.

Toda Constitución sintetiza un momento histórico. En toda Constitución se cristalizan procesos sociales acumulados. Y en toda Constitución se plasma una determinada forma de entender la vida. Es más, una Constitución no puede ser simplemente el resultado de un ejercicio de jurisprudencia avanzada, vista desde la lógica de los entendidos en materia constitucional. Tampoco una Constitución puede ser el producto de un individuo o grupo de individuos iluminados. Una

Constitución, más allá de su indudable trascendencia jurídica, tiene que ser un proyecto de vida en común, que debe ser elaborado y puesto en vigencia con el concurso activo de la ciudadanía⁴⁷".

La Constitución ecuatoriana garantiza el desarrollo del buen vivir y los derechos de la naturaleza, garantías que quedarían en letra muerta sin un marco regulatorio jurídico en Derecho Genético, que salvaguarde la naturaleza, la salud de la población y su diversidad genética.

6. METODOLOGIA

La investigación a realizarse es de tipo bibliográfica, documental y de campo, para ello utilizare el método científico y sus derivaciones, con la finalidad de descubrir la verdad o confirmarla de ser el caso.

Como derivaciones del método general científico utilizaré los siguientes:

6.1 Métodos

Método Deductivo e Inductivo

El primero permite hacer un estudio de los diversos temas desde asuntos generales a los particulares y el segundo desde ideas particulares permite llegar a razonamientos generales.

⁴⁷ REVISTA JUDICIAL, derechoecuador.com

Método Histórico – Comparado

Este método permite el estudio de la evolución del Derecho y realizar especialmente un análisis del Derecho Genético en la legislación ecuatoriana.

Método Descriptivo

Este método permitirá hacer una observación del problema planteado, para realizar una síntesis actualizada, con la finalidad de cumplir con los objetivos y comprobar la hipótesis.

En el desarrollo del trabajo de investigación y la aplicación de los métodos antes referidos, se cumplirán fases:

Fase de recolección.- Durante esta fase haré el acopio de datos bibliográficos que harán factible la recopilación de la información necesaria.

Fase de sistematización.- Los resultados obtenidos en la fase de recopilación serán debidamente sistematizados y ordenados en atención a los contenidos temáticos a abordarse.

Fase de análisis.- se desarrollará esta fase a través de un estudio analítico referente a los fundamentos jurídicos, doctrinarios y de criterio, logrando en el desarrollo de la investigación misma que contribuirá al sustento de referentes teóricos para recreación del conocimiento relativo a los aspectos tratados en torno al tema.

Fase de Síntesis.- Corresponde en esta fase la elaboración del informe de tesis, la verificación, de los objetivos trazados y la contrastación de la hipótesis así como la conexión de la propuesta reformatoria.

Técnicas

Dentro de las técnicas de investigación, el fichaje utilizando las nemotécnicas y bibliográficas para especificar los datos de los textos consultados; haré uso de otros mecanismos como la encuesta. Aplicaré a treinta Abogados en libre ejercicio profesional.

7. CRONOGRAMA

AÑO 2015

MESES ACTIVIDADES	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO
<i>Selección del tema y problema</i>	■						
<i>Aprobación del proyecto de tesis</i>		■					
<i>Desarrollo de la Tesis</i>		■					
<i>Elaboración de la revisión de literatura</i>		■	■				
<i>Investigación de campo</i>			■	■			
<i>Presentación de análisis de resultados</i>			■	■	■		
<i>Aprobación de la tesis</i>						■	
<i>Defensa de la tesis</i>							■

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

8.1 RECURSOS Y COSTO

8.2 RECURSOS HUMANOS:

- Proponente del Proyecto.
- Director de Tesis: Por designarse
- Encuestados.

8.3 RECURSOS MATERIALES

Entre los recursos materiales utilizaré:

- Útiles de Oficina: Papel, esferográficos, carpetas; Cds, Memory flash
- Recursos Técnicos: Computadora, impresora, copiadora, grabadora, calculadora, cassettes;
- Recursos Bibliográficos: Libros, documentos, folletos, revistas, servicio de Internet.

DETALLE	COSTO EN DÓLARES
Material de escritorio	\$200,00
Material bibliográfico	\$100,00
Fotocopias	\$100,00
Reproducción y empastado de tesis	\$100,00
Derechos y aranceles	\$300,00
Internet	\$60,00
Movilización	\$60,00
TOTAL	\$920,00

8.4 FINANCIAMIENTO

La presente se financiará exclusivamente con recursos propios del postulante.

9. BIBLIOGRAFIA

- BERGEL, Salvador, Bioética y Derecho, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Argentina, 2003.
- BLASQUEZ, Niceto, Bioética la nueva ciencia de la vida, BAC., Madrid-España, 2000.
- BUSTOS PUECHE, José, El derecho civil ante el reto de la nueva genética, Dykinson, Madrid-España, 1996.
- CASADO, M., La bioética ante las nuevas tecnologías genéticas. En: Casado M, González D, (eds.) Los retos de la genética en el Siglo XXI: genética y bioética, Ediciones Universitat de Barcelona; Barcelona-España, 1998.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.
- CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.
- DONATO BUSNELLI, Francesco, Bioética y Derecho Privado, Grijley, Lima-Perú, 2003
- KAUFMANN, A., Filosofía del Derecho, Editorial Universidad Externado de Colombia; Bogotá-Colombia, 1995.
- MOSQUERA VASQUEZ, Clara, "Derecho y Genoma Humano".- Editorial San Marcos, Lima Perú, 1997.
- REVISTA JUDICIAL, derechoecuador.com
- SULSTON, Jhon, "El Genoma Humano", su aplicación en el campo del Derecho, Cambridge University-Inglaterra, 2000.

- VALVERDE MORANTE, Ricardo, “DERECHO GENETICO: Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”.- Editorial. Gráfica Horizonte.- Lima-Perú, 2001.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Fundamentos básicos del derecho genético, Editorial Fondo de Cultura Económica- Perú Universidad de Lima.- Lima-Perú, 2001.

ÍNDICE

CARÁTULA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
AGRADECIMIENTO	V
DEDICATORIA.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	10
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	10
4.1.1. Derecho Genético.....	10
4.1.2. Biotecnología	11
4.1.3. Genética.....	12
4.1.4. Ingeniería Genética	13
4.1.5. Ser Humano	14
4.1.6. Derechos Humanos	15
4.1.7. Código Civil.....	15
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	17
4.2.1. El Derecho Genético.- Origen y Evolución Histórica.....	17
4.2.2. Características y Elementos del Derecho Genético.....	20
4.2.4. El Derecho Genético y la filiación.....	24
4.2.5. Los Derechos Humanos frente al avance biotecnológico.....	28
4.2.6. Realidades y retos del Derecho Genético en la legislación Ecuatoriana	31

4.3.	MARCO JURIDICO	34
4.3.1.	Constitución de la República del Ecuador	34
4.3.2.	Código Civil.....	37
4.3.3.	La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.....	39
4.4.	LEGISLACION COMPARADA	43
4.4.1.	Legislación Argentina.....	43
4.4.2.	Legislación Española	45
4.4.3.	Legislación Mexicana	48
5.	MATERIALES Y MÉTODOS	52
5.1.	Materiales	52
5.2.	Métodos.....	52
5.3.	Técnicas	53
6.	RESULTADOS	54
6.1.	Resultado de las Encuestas	54
7.	DISCUSIÓN	64
7.1.	Verificación de objetivos	64
7.2.	Contrastación de hipótesis	66
7.3.	Fundamentación de la propuesta Jurídica.....	67
8.	CONCLUSIONES	70
9.	RECOMENDACIONES:	72
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.....	74
10.	BIBLIOGRAFIA.....	80
11.	ANEXOS.....	83
	PROYECTO DE TESIS.....	83
	ÍNDICE.....	103