



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

Modalidad de Estudios a Distancia
CARRERA DE DERECHO

TITULO:

**REFORMAS NECESARIAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA PARA PERMITIR QUE LAS PERSONAS
ESTERILES DEMANDADAS POR JUICIO DE ALIMENTOS
CUENTEN CON UN TRÁMITE PROPIO**

TESIS PREVIA A OPTAR POR EL
TITULO DE ABOGADO

AUTOR:

Miguel Angel Pardo Cueva

1859

DIRECTOR:

Dr. Gonzalo Ivan Aguirre Valdivieso, Mg.Sc

**LOJA - ECUADOR
2014**

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. GONZALO IVAN AGUIRRE VALDIVIESO DOCENTE DE LA
CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que la presente tesis: **REFORMAS NECESARIAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA PARA PERMITIR QUE LAS PERSONAS ESTERILES DEMANDADAS POR JUICIO DE ALIMENTOS CUENTEN CON UN TRÁMITE PROPIO**, realizado por Miguel Ángel Pardo Cueva; luego de una prolija revisión puede ser presentado para su defensa y sustentación.

Loja, septiembre de 2014



Dr. Mg. GONZALO IVAN AGUIRRE VALDIVIESO
DIRECTOR DE TESIS

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

Yo, Miguel Ángel Pardo Cueva, declaro ser autora 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.

Firma:



Autor: Miguel Ángel Pardo Cueva

Cédula: 1104016876

Fecha: Loja, septiembre de 2014

COMPUESTO ELECTRÓNICO miguel.pardocueva@hotmail.com

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

Yo, Miguel Ángel Pardo Cueva, declaro ser autor(a) de la Tesis titulada: **"REFORMAS NECESARIAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA PARA PERMITIR QUE LAS PERSONAS ESTÉRILES DEMANDADAS POR JUICIO DE ALIMENTOS CUENTEN CON UN TRAMITE PROPIO"**; 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 02 días del mes de octubre del dos mil catorce. Firma el autor.

FIRMA: 

AUTOR: Miguel Ángel Pardo Cueva

CÉDULA: 1104016876

DIRECCIÓN: Catamayo y Eloy Alfaro

CORREO ELECTRÓNICO: miguelpardocueva@hotmail.com

TELÉFONO: 0994445793

DATOS COMPLEMENTARIOS:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

DIRECTOR DE GRADO: Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez (PRESIDENTE)

Dr. Marcelo Costa Cevallos

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud a la institución de Educación Superior, la Universidad Nacional de Loja.

También agradezco a las autoridades, profesores y demás administrativos de la Universidad por su contingente en mi graduación.

A mi Director de Tesis, honorable profesional que ha dedicado tiempo y esfuerzo en la Dirección de Tesis.

El Autor

DEDICATORIA

A todas las personas que apoyaron mi carrea universitaria.

El Autor

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS

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 LA ESTERILIDAD

4.1.2 EL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO

4.1.3 LOS PROCEDIMIENTOS EN EL DERECHO

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRUEBAS GENÉTICAS

4.2.2 CARACTERES DELA PENSIÓN ALIMENTICIA

4.2.3 LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA POR CAUSA

DE ESTERILIDAD

4.3 MARCO JURÍDICO.

- 4.3.1 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DERECHO A LA TUTELA
EFFECTIVA Y A UN DEBIDO PROCESO
- 4.3.2 LA PRUEBA DEL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO EN EL
CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
- 4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA
- 5. MATERIALES Y MÉTODOS
- 6. RESULTADOS
- 6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS
- 7. DISCUSIÓN
- 7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS
- 7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS
- 8. CONCLUSIONES
- 9. RECOMENDACIONES
- 9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA
- 10. BIBLIOGRAFÍA
- 11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

**REFORMAS NECESARIAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA PARA PERMITIR QUE LAS PERSONAS ESTERILES
DEMANDADAS POR JUICIO DE ALIMENTOS CUENTEN CON UN
TRÁMITE PROPIO**

2. RESUMEN

Muchos hombres han sido demandados para la fijación de pensiones alimenticias, sin embargo, desconocían de su esterilidad, y luego en los exámenes de ADN, se determinaba su esterilidad, esto posterior a todos los gastos del proceso y de todo tipo de pruebas y en muchos casos después de que pagaban por varios años las pensiones alimenticias.

Por lo tanto, para garantizar el derecho constitucional de la identidad de las personas, debe establecerse en el Código de la Niñez y Adolescencia, un procedimiento especial cuando el demandado alegue que es estéril, es decir debe demostrar científicamente que es estéril y el trámite para esta excepción ya no sería la práctica del ADN sino la prueba de fertilidad en un Laboratorio ordenado por la Jueza o Juez, como dicho examen tiene un reducido costo, se garantizaría el derecho de la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.

Por ejemplo, si una persona al recibir una demanda conoce que es infértil ya no debería defenderse en el mismo trámite que los demás, sólo pediría al Juez que se ordene un examen de fertilidad y se excluiría su paternidad.

Para que esta situación suceda, se debería reformar el Código de la Niñez y Adolescencia e incorporar dentro del juicio de alimentos este procedimiento especial cuando el demandado alegue esterilidad.

2.1 ABSTRACT

Many men have been sued for fixing alimony, however, unaware of its sterility, and then DNA testing, sterility was determined, that after all the costs of the process and all kind of tests and many cases after several years paying alimony.

Therefore, to ensure the constitutional right of the identity of persons, should be established in the Code of Children and Adolescents, a special procedure where the defendant claims that is sterile, ie must prove scientifically that is sterile and the procedure for this exception would not be practical but DNA testing fertility in a lab ordered by the Judge or Judge, as the review has a reduced cost, the right to an effective remedy and access to justice is guaranteed.

For example, if a person to receive a claim known to be infertile and should not be defended in the same process as everyone else, just ask the Judge for a review of fertility and paternity orders excluded.

For this situation happens, it should amend the Code of Children and Adolescents and incorporate into the food trial this special procedure where the defendant alleged sterility.

3. INTRODUCCIÓN

La tesis final que presento en este informe que se realizó como una investigación documental se originó luego de la problematización respectiva.

Toda investigación se debe originar en la fase de problematización conforme hemos ido adquiriendo conocimientos durante nuestro trayecto como estudiantes de la Universidad Nacional de Loja, fase en la cual identifiqué la problemática social y jurídica que denuncié e investigué.

Mi tesis contiene referentes conceptuales que hacen referencia a la esterilidad, a la prueba genética del Ácido desoxirribunucleico y antecedentes doctrinarios de estas dos instituciones

Al ser mi investigación jurídica, debí analizar los preceptos constitucionales, legales e inclusive realicé un análisis de la legislación comparada para poder abordar nacional e internacionalmente mi investigación.

Luego de los referentes teóricos, también tuve que realizar una investigación empírica, es decir, aplicar una encuesta a diferentes Abogados para conocer su criterio sobre mi problemática.

Antes de presentar los resultados obtenidos por la encuesta, presenté los materiales y métodos utilizados en la planificación y ejecución de la investigación, posterior a ello, ya en la discusión de resultados, presento los resultados obtenidos mediante la encuesta, la verificación de objetivos, la contratación de hipótesis.

Todo lo anteriormente señalado me permitió llegar a conclusiones, frente a las cuales presento las recomendaciones y como fruto de la investigación redacto la propuesta de reforma legal que permitirá solucionar la problemática identificada.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. LA ESTERILIDAD

La esterilidad es una cualidad atribuible a aquellos organismos biológicos que no se pueden reproducir, bien sea debido al mal funcionamiento de sus órganos sexuales o a que sus gametos son defectuosos. Las causas de la esterilidad son diversas y varían en función del sexo.

“Dentro de la especie humana, las causas que llevan a una pareja a la esterilidad son múltiples y variadas. Estas causas se deben en un 65% de los casos a causas femeninas, otro 25% de las veces a causas masculinas, un 10% de las veces a causas que no son ni masculinas ni femeninas sino que son combinadas cuando se pone en contacto el semen masculino con el moco cervical femenino, es lo que llamamos incompatibilidad moco-semen. Por último existe un 15% de casos en los cuales aparece una esterilidad y no se descubre una causa etiológica y es lo que llamamos Esterilidad sin Causa Aparente, conocida por la sigla ESCA. Sin embargo algo que ocurre frecuentemente es que exista más de una causa que desemboca en la esterilidad y se suman más de una causa femenina asociada a una masculina, en lo referente a la mujer, las causas pueden ser la falta de ovulación por cuestiones hormonales, malformaciones en los órganos sexuales, radiaciones nocivas, las

secuelas de enfermedades tales como la tuberculosis o la gonococia y la existencia de quistes, fibromas o pólipos. Los factores tóxicos que ocasionan disrupción hormonal reciben poca atención pero tienen una relevancia creciente, desde los presentes en el ámbito doméstico hasta el laboral y medio ambiente general. Otra causa importante de infertilidad femenina es el peso de la mujer. Tienen menos posibilidades de concebir tanto las mujeres con un índice de masa corporal superior a 29 (sobrepeso, cercano a obesidad leve) como las que tienen un índice de masa corporal inferior a 19 (cercano a desnutrición o problema de salud)”¹.

En cuanto al hombre, una de las causas frecuentes es de origen genético: si se produce una trisomía en algún par de genes del ADN, ésta se manifiesta con efectos generalmente desfavorables, como pueden ser el Síndrome de Klinefelter. La esterilidad es, por ejemplo, una de las manifestaciones de este último síndrome. Otras causas pueden ser la producción de una cantidad de semen por debajo de lo necesario para fecundar el óvulo, la movilidad defectuosa de los espermatozoides aunque su número sea adecuado, la obstrucción de los conductos por los que transitan, la disfunción eréctil, secuelas de enfermedades como las parotiditis, o fiebre urliana, varicocele, radiaciones nocivas (ionizantes y no ionizantes), el cafeísmo y el alcoholismo.

¹www.wikipedia.com

Tipos de esterilidad

Según la ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), la esterilidad o incapacidad de embarazo de una pareja tras un año expuestos al coito puede ser de dos tipos:

Esterilidad primaria: La pareja nunca ha conseguido un embarazo de las maneras naturales.

Esterilidad secundaria: Tras un primer embarazo, la pareja no consigue tener otro embarazo. Tienen que transcurrir al menos doce meses desde el embarazo para que se considere esterilidad secundaria.

Por otro lado la ESHRE engloba otras definiciones más relacionadas con la Esterilidad. Se resumen en las siguientes:

Fertilidad: capacidad de quedarse embarazada tras haber practicado el coito de manera regular durante el periodo de un año.

Infertilidad: es antónimo de fertilidad. Puede definirse como la incapacidad de quedarse embarazada tras haber practicado el coito de manera regular durante el periodo de un año.

Fecundabilidad: probabilidad de quedarse embarazada durante un ciclo

menstrual.

Fecundidad: probabilidad, dentro de un ciclo menstrual con exposición regular al coito, de que el feto esté vivo y sea de condición viable.

Subfertilidad: capacidad de quedarse embarazada sin ninguna ayuda médica, habiendo practicado el coito de manera regular durante más de un año.

Diagnóstico

Para establecer un diagnóstico el especialista seguirá un procedimiento que comprende distintas etapas.

Anamnesis: interrogatorio acerca de datos generales de salud, antecedentes médicos, etc.

Exploración física: inspección y examen de la pareja, del cuerpo en general y del aparato genital en particular.

Pruebas diagnósticas: en el varón se comenzará con el seminograma. En la mujer se realizarán: analítica general, estudio citológico, cultivo cervicovaginal, temperatura basal durante tres meses, analítica hormonal, biopsia endometrial, ecografía ginecológica, HSG (histerosalpingografía),

test poscoital. La HSG o histerosalpingografía consiste en obtener radiografías con contraste del interior de la matriz y de las trompas. En el test postcoital se valora el comportamiento de los sufren alteraciones en una región del sistema nervioso central, en la base del cerebro, llamada hipotálamo. Esta zona, mediante su influencia sobre la glándula hipófisis, determina la cantidad y calidad de un gran número de secreciones hormonales que se pueden ver influidas negativamente si el hipotálamo falla. Las mujeres con serios problemas de peso presentan también alteraciones del hipotálamo. Una de las consecuencias es la anovulación, o sea, la falta de producción de óvulos por parte del ovario. El tratamiento consiste en dar aquellas hormonas que faltan (infusión de LH-RH de forma cíclica, inyecciones de gonadotrofinas como la FSH, HMG, HCG).

Es necesario aclarar los intervalos de tiempo en cuanto a fertilidad/infertilidad. Cuando una pareja lleva practicando el coito de manera regular y sin ningún tipo de protección durante un periodo superior a un año sin éxito de embarazo, se recomienda que dicha pareja inicie un estudio de fertilidad/infertilidad. Sin embargo, cuando se dan causas relacionadas con una posible infertilidad tales como la edad (mayor de 35 años en mujeres), desviaciones del IMC normal (obesidad o bajo peso) que puedan influir a su vez en los ciclos menstruales normales, historial de enfermedades pélvicas o testicular, entre otros, se recomienda que el estudio comience a los 6 meses de exposición regular al coito sin protección, sin obtener ningún resultado exitoso.

Como se viene expresando la esterilidad es absolutamente comprobable, entonces si el demandado dentro de un juicio opone la excepción de esterilidad, lo más lógico es que se debe primero comprobar tal situación que es más económico que llegar a pruebas genéticas y costas procesales, por lo expuesto, mi propuesta es conveniente para garantizar derecho a la defensa oportuna del demandado estéril.

4.1.2. EL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO

Para dar inicio a esta tesis debemos conocer en primer lugar que es el ADN, para lo cual hemos investigado, y vemos que varios autores nos dan una idea más clara de lo que es el ADN, estas siglas, domina al ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO, que es el encargado de la transmisión genética, Está formado por la unión de muchos desoxirribonucleótidos. La mayoría de las moléculas de ADN poseen dos cadenas antiparalelas unidas entre sí mediante las bases nitrogenadas, por medio de puentes de hidrógeno. La adenina enlaza con la timina, mediante dos puentes de hidrógeno, mientras que la citosina enlaza con la guanina, mediante tres puentes de hidrógeno. El ADN es el portador de la información genética, se puede decir por tanto, que los genes están compuestos por ADN".²

Como podemos ver en esta concepción del ADN, apreciamos que la composición química del mismo, es bastante compleja, pues la molécula

²http://faciasweb.uncoma.edu.ar/academica/materias/morfo/ARCHIVOPDF6/PARTE7/aCIDOS_NUCLEICOS2.pdf

del ADN, está compuesta por dos cadenas de nucleótidos, entrelazadas entre sí por moléculas de hidrogeno, los nucleótidos que componen el ADN, son la Adenina Timina Guanina y Citosina, cuya configuración es la que dará, las diferencias genéticas a cada persona de generación en generación, para tener una idea más clara también vamos a citar el siguiente concepto de ADN, “un nucleótido tiene tres componentes: (i) una base púrica o pirimídica, unida a través de un nudo de sus nitrógenos, mediante un enlace N. glicósido, a (ii) un azúcar cíclico de cinco carbonos (la combinación de la base con el azúcar se denomina nucleósido) y (iii) un fosfato, esterificado con el carbono en posición 5 del azúcar. Los nucleótidos existen también en formas activas, tipo di- y trifosfato, en las que uno o dos grupos fosfato están unidos al nucleótido por enlaces de anhídrido fosfórico (pirofosfato)”.³

En esta concepción se denota la estructura primaria de la molécula de ADN, una base pirimídica o púrica que son los nucleótidos de adenina y guanina, y de citosina y timina, los mismos que de igual forma como nos dice los autores anteriores, se enlazan por un átomo de nitrógeno, en un segundo enlace, se forma un nucleósido, que es la combinación con el azúcar y el carbono, y finalmente se une al fosfato, lo que dará como resultado una amplia gama de combinaciones genéticas en las que podemos encontrar los di y tri fosfatos.

³ Manual de Bioquímica, Datos seleccionadas para Biología molecular 2. a edición. The Chemical Rubber Co., Cleveland.

Los ácidos nucleicos son macromoléculas que conforman las subunidades de las cadenas de DNA y RNA, y son clave en el almacenamiento y transmisión de la información genética. Participan en numerosos procesos biológicos, transportan energía, son parte de coenzimas esenciales y regulan numerosas funciones metabólicas. Los nucleótidos están compuestos por tres partes integrales: Fosfatos, azúcares y bases púricas o pirimídicas”.⁴

Estos compuestos químicos son moléculas grandes que son parte de las cadenas de ADN, y ARN, son en donde se encuentra almacenado la información genética, y como el concepto lo dice son parte de muchos de los procesos biológicos de nuestro cuerpo, en el ADN son los compuestos vitales como ya lo hemos manifestado anteriormente un nucleótido es la que conformara las cadenas de ADN y en cuyo interior se hayan contenidas las bases púricas y pirimídicas en una doble hélice.

En lo que respecta a las pruebas genéticas hemos encontrados algunos conceptos en los que tenemos el que manifiesta que: “Una prueba genética implica el análisis de cromosomas, genes y/o productos génicos (tales como proteínas o enzimas) para determinar si una persona tiene la alteración genética relacionada con cierta enfermedad.”⁵

⁴ <http://med.unne.edu.ar/catedras/bioquimica/pdf/gen07.pdf>

⁵ <http://oba.od.nih.gov/oba/sacgt/reports/Public%20Consultation%20Spanish%20Summary.pdf>

Como vemos en este concepto manifiesta que una prueba genética en el análisis de los cromosomas de una persona, en la que se determinara si una persona que padece una enfermedad esta es producto de alguna alteración genética. Estas pruebas genéticas en la actualidad son de mucha importancia ya que gracias a ellas se ha podido determinar que muchas enfermedades son el resultado de alteraciones genéticas, lo que ha sido favorable para el estudio y para equilibrar, a las futuras generaciones.

Otro concepto de pruebas genéticas tenemos las que dice que: pruebas genéticas se entienden aquellas herramientas de la Medicina que, mediante la exploración del código genético de una persona, son capaces de obtener resultados no solo relativos al diagnóstico de una enfermedad, sino respecto de la propensión a padecerla en un futuro”.⁶

En este caso vemos que las pruebas genéticas ya se las trata como las herramientas de las que disponemos los seres humanos, con la finalidad de indagar en nuestro código genético, lo que determinara las enfermedades de las padecemos si las padecemos, sino también de las enfermedades que podemos en un futuro padecer, ya que como sabemos en los genes se trasmite toda la información de padres a hijos, es decir que si nuestros padres sufren de alguna enfermedad lo más probable es que nosotros en un futuro las padezcamos, por la transmisión genética.

⁶ <http://www.fgcasal.org/aes/docs/PruebasgeneticasJulianRuiz%20Ferran.pdf>

En cuanto a este concepto la verdad se hizo un poco difícil de encontrar pero en cuanto al concepto en sí podemos decir que muestra de acuerdo a profesor Cabanellas es: porción de un producto que da a conocer sus cualidades.

En cuanto al concepto de genética podemos decir que genética es la ciencia que estudia la herencia biológica es decir la transmisión de los caracteres biológicos y fisiológicos de un individuo a su descendencia.

Por lo expuesto debo decir que la muestra genética no es más que una porción de un producto en este caso del ADN y que contendrá los caracteres biológicos y fisiológicos que un individuo trasmite a su descendencia.

4.1.3. LOS PROCEDIMIENTOS EN EL DERECHO

Eduardo García de Enterría, en su análisis sobre la seguridad jurídica busca el origen del Derecho en su expresión a través de leyes y lo sitúa en “la Europa del siglo XVIII, refiere como manifestación de este hecho el texto del Art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que se señala que las limitaciones de libertad de los hombres están dadas por el ejercicio de ella en tanto no afecte a otros, y deben estar establecidas únicamente por la Ley, con lo cual –señala- se entierra resueltamente el *quod principi placet legibus habit vigorem* (lo que al príncipe place tiene fuerza

de ley)”⁷.

El siglo XIX, es en tanto el siglo de los códigos, predomina la obra Napoleónica.

Se va configurando de esta forma un ordenamiento jurídico que el tratadista dice “habría liberado al ciudadano de todo el complejo de servidumbres, lazos y limitaciones, privilegios y fueros que se habrían acumulado sobre él en el largo Antiguo Régimen y que de éste derivó un sentimiento de seguridad y libertad”⁸. No obstante que seguimos estando bajo el imperio de las leyes en los regímenes de ascendencia francesa, según el tratadista en mención dos factores afectan la privilegiada situación de la ley:

- El Constitucionalismo: que otorga a la norma que consagra los grandes valores, el carácter de suprema y la ubica en un plano de jerarquía respecto de la Ley y demás normas imperantes; pasando al decir del tratadista a ser un acto jurídico ordenado, no solo ordenador⁹.
- La explosión normativa: de la *sagelenteur* – sabia lentitud- de Hauriou se arriba a la legislación motorizada de Carl Schmitt (1946) o a la legislación incontinente de Ortega (1953), en la que surge un *maremágnum* de leyes, y reglamentos provenientes de diversos órganos con facultades

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Justicia y Seguridad Jurídica , op.cit., p.27

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Justicia y Seguridad Jurídica p. 32

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Justicia y Seguridad Jurídica p. 42

reguladoras, para García de Enterría un mundo de leyes desbocado, que busca resolver lo concreto. El derecho en general es contingente, mutable, variandi, carácter que se agudiza mientras más evolucionadas, amplias y globalizadas son las relaciones humanas, en estas condiciones señala García de Enterría, que por sobre la envoltura formal de la norma priman los valores sustanciales, que se expresan en principios generales del derecho y agrega al desorden extremo de las normas solo un esqueleto firme de principios puede permitir su orientación¹⁰.

Se encuentra entonces que a la clásica concepción de la seguridad jurídica que es la formal, se va imponiendo una nueva que trae el constitucionalismo y que entraña la presencia del aspecto axiológico.

Para Jorge Millas, citado por el tratadista chileno Agustín Squella, la seguridad jurídica es una “dimensión ontológica del derecho, debido a que solo el derecho, como previsión normativa y coactiva, puede brindar ese saber y esa confianza que son constitutivos de la seguridad jurídica, de modo que el derecho es condición necesaria de la seguridad, aunque también es condición suficiente de la misma”.¹¹ Esta visión considera que la seguridad jurídica existe siempre que exista el derecho sea éste justo o no, las tesis contrarias la vinculan con los valores y con el Estado de Derecho.

¹⁰GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Justicia y Seguridad Jurídica. p. 103 y 105

¹¹SQUELLA NARDUCCI, Agustín, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago-Chile, abril de 2007,p.538

Radbruch, encuentra antinomias entre el principio de justicia y seguridad jurídica porque ata la seguridad jurídica a cualquier derecho, llegando a decidirse al profundizar en sus disquisiciones, en que si se impusiera otro valor a la seguridad jurídica reinaría el anarquismo.

Radbruch, dice “la seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aún cuando sea injusto”, Lo que no coincide con el Nuevo Derecho, como queda expresado en el pensamiento de Dromi - “El Derecho como herramienta de la verdad hace justicia y denuncia injusticias porque el Derecho es justicia o no es Derecho”¹².

García Máynez que cita a Franz Sholz-1955, “para señalar que el término parece haber nacido a mediados del siglo XIX, dice también que va ligado al Estado de Derecho”¹³ y otros tratadistas de la época, la idea actual de seguridad jurídica, está ligada a valores como la justicia, que realiza los llamados valores consecutivos, mediante la aplicación de los que Máynez denomina instrumentales, y propende al bien común, más allá de la norma secundaria y la aplicación por parte de las autoridades, por ello su soporte se encuentra en el texto constitucional que en un Estado de Derecho se funda en valores supremos que reconocen y garantizan derechos fundamentales del ciudadano, derechos sociales y colectivos.

¹² DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Argentina, México y Madrid, Editorial Ciudad Argentina- Hispania Libros, Undécima Edición, 2006 p.138

¹³ GARCÍA MÁYNEZ, Filosofía del Derecho, México, Editorial Porrúa, Décima Quinta Edición, 2005, p. 477.

Afirma Dromi, “una seguridad injusta es precisamente lo contrario al Derecho, pues seguridad y justicia son dos dimensiones radicales del Derecho”¹⁴.

Es un nuevo valor que como se ve con García de Enterría se vuelve indispensable debido a las dos características que imprimen el orden normativo actual, pues anteriormente la Ley por su sola existencia proporcionaba seguridad de ahí que Radbruch trae menciones tempranas de la seguridad jurídica.

García Máynez sigue al sociólogo Théodore Geiger para referirse a dos dimensiones de éste valor:

Seguridad de orientación o certeza de orden, permite que los destinatarios de las normas de un sistema jurídico, tengan un conocimiento adecuado de los contenidos de las mismas y por lo tanto estén en condiciones de orientar su conducta en dicho marco.

Afecta esta certeza la movilidad del derecho que no permite su conocimiento, la explosión de normas o la falta de armonía entre éstas. Favorece la claridad, precisión y congruencia con que el legislador las emite.

Preciado Hernández, cree que “la seguridad jurídica, más que con el

¹⁴ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Argentina, México y Madrid, Editorial Ciudad Argentina- Hispania Libros, Undécima Edición, 2006 p.142

aspecto racional y ético del derecho, se relaciona con el aspecto técnico, positivo y sociológico”¹⁵; y, señala que la seguridad jurídica es “el dato objetivo del saber a qué atenerse- certeza jurídica, es como la verdad para el conocimiento”¹⁶.

Squella también habla del doble componente de la seguridad jurídica, el saber y la confianza. El saber como el conocimiento que “tiene un individuo del ordenamiento jurídico que lo rige y la confianza que emana de ese saber como la expectativa de que ese ordenamiento tiene continuidad y tendrá en todo caso la posibilidad de enterarse de sus modificaciones”.¹⁷

Para Dromi, “la certeza habla de un derecho cierto, conocido, publicado y continuo, característica última que viene dada por la Constitución, la que no puede producir rupturas con el sistema precedente”¹⁸. Considerando sobre todo que dicha norma debe responder a las demandas sociales.

La positividad del Derecho abona a estas cualidades que permiten al ciudadano tener certeza, y a más de ello instituciones como el habeas data, la ley previa, ley promulgada; la publicidad a través de medios

¹⁵ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, México, Tercera Edición, Editorial JUS, 1960. p.238

¹⁶ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, México, Tercera Edición, Editorial JUS, 1960. p.245

¹⁷ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago-Chile, abril de 2007,p.537

¹⁸ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Argentina, México y Madrid, Editorial Ciudad Argentina- Hispania Libros, Undécima Edición, 2006 p.138

oficiales como el Registro Oficial y medios alternativos, hoy que se vive la era de la comunicación; y, transparencia previa a su adopción, a través por ejemplo de audiencias públicas.

Destaca como ingrediente de la certeza a la estabilidad, para garantizar la transformación sin riesgo de atentar contra los derechos y deberes de los ciudadanos, siempre teniendo como norte la solidaridad.

Manuel Atienza citado por Squella, “distingue tres niveles de seguridad el orden, la certeza y la seguridad, los dos primeros responden a un concepto positivista que evoluciona de normas primarias (orden) a normas secundarias (certeza), es decir que en el primero la seguridad jurídica se da por la sola existencia del derecho”¹⁹, en cambio la certeza corresponde a un derecho más evolucionado en su aspecto formal.

¹⁹SQUELLA NARDUCCI, Agustín, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago-Chile, abril de 2007,p.540

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS PRUEBAS GENÉTICAS

El ADN fue descubierto por primera vez en el año de 1868, en esta época en donde no había la tecnología con la que contamos actualmente se pudo aislar el núcleo de la célula, gracias al biólogo Johann Friederich Miescher, quien dio las primeras evidencias del contenido químico del núcleo. Para lo cual utilizó los núcleos de neutrófilos que encontraba en el pus procedente de vendas que cubrían infecciones de enfermos del Hospital de Tübingen en Alemania, este científico descubrió la presencia de sustancias químicas ricas en fósforo a lo que llamó “nucleína”, Además, demostró que esta nucleína contenía una porción ácida, rica en y otra parte básica”.²⁰

Como podemos ver la historia y descubrimiento del ADN, se remonta a la época en la que se dio el auge de los descubrimientos, es también en el área de la ciencia que se da el descubrimiento del ADN, como nucleótido al aislar en el núcleo de la célula, fosfato, que además contenía otras sustancias químicas ácidas y bases, lo que el inicio de lo que actualmente se denomina ADN, que como se posteriormente se ha descubierto es el responsable de la transmisión de las características hereditarias y que además su disposición es lo que permite el descubrir, si un niño es hijo o

²⁰ FRIEDMAN M FRIEDMAN GW. Maurice Wilkins and DNA. In: Medicine's ten greatest discoveries. Yale University Press, 1998: 192-227

no de una u otra persona, y que eso ha servido de mucho sobre todo en el caso de los niños que no ha sido reconocidos por sus padres la ley actualmente hace uso de esta tecnología con la finalidad de obligarlos en algunos casos a asumir su responsabilidad legal.

En 1869, Miescher tenía 25 años de edad y su jefe el fisiólogo Ernst Félix Hoppe-Sey le retuvo el manuscrito por dos años, porque él quería comprobar directamente los experimentos que su joven alumno había realizado. Miescher esperó el tiempo que su maestro juzgó necesario, pero le pidió que cuando apareciera finalmente publicado su artículo, le agregaran una nota en donde se indicara que el manuscrito había estado listo para publicar en 1869, para así proteger la prioridad de este magnífico descubrimiento”.²¹

Con los primeros pasos dados por Miescher, Ernst Félix Hoppe Seyler, quién era el jefe de Miescher, tomo como parte el experimento que inicio Miescher, para demostrar de forma directa el experimento realizado por Miescher, este siguiente paso dado por estos científicos hizo que el descubrimiento del ADN se haga ya un evento de grandes proporciones, que actualmente es uno de los develamientos científicos más grandiosos, pues como ya lo dijimos anteriormente ha servido en los casos penales, pero también en la ciencia es muy importante porque en el ADN, está guardado, cada una de las enfermedades que tuvo o de las podría

²¹ Friedman M Friedman GW. Maurice Wilkins and DNA. In: Medicine's ten greatest discoveries. Yale University Press, 1998: 192-227

padecer el sus hijos y las siguientes generaciones, además que a partir del ADN se puede no solo descubrir las enfermedades, sino que además es la base de las investigaciones para descubrir la cura de ciertas enfermedades.

Miescher indicó en su artículo que la nucleína era una molécula grande y compleja y que el puro isomerismo de los átomos de carbono podría aceptar diversas moléculas que posiblemente llevaran consigo las características genéticas. Previo a su muerte ocurrida, Miescher supo que su alumno Richard Altmann había separado a la nucleína de su componente proteico y le había llamado ácido nucleico y el químico alemán Albrecht Kossel trabajando en el Instituto de Fisiología de Berlín, encontró que la nucleína contenía bases púricas y pirimídicas”.²²

Miescher, demostró que la nucleína era una macro molécula compleja, que el isomerismo de los átomos de carbono podría aceptar diversas moléculas que posiblemente llevaran consigo las características genéticas, es decir que la unión de isómeros de las moléculas de ADN y su disposición que lo hace forma distinta en lo que ha de servir de base de cada una de las características a heredar como el color del pelo de los ojos, su estatura el color de la piel, etc. Posterior a la muerte de Miescher, su alumno continuó con su experimento, separando a la nucleína de su componente proteico al cual había llamado ácido nucleico,

²² Friedman M Friedman GW. Maurice Wilkins and DNA. In: Medicine's ten greatest discoveries. Yale University Press, 1998: 192-227

Kossel, descubrió en la nucleína, las bases púricas y pirimídicas, que son los componentes del ADN.

4.2.2. CARACTERES DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

En lo que concierne a la legislación vigente el concepto de derecho a alimentos para las niñas, niños y adolescentes se fundamenta en el Título V DEL DERECHO A ALIMENTOS, incluido a través de la Ley No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 643 de 28 de Julio del 2009, donde se define este derecho de la siguiente forma: "...Del derecho de alimentos.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario adecuado;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
7. Transporte;
8. Cultura, recreación y deportes; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna

discapacidad temporal o definitiva”.²³

Si bien es cierto la constitución de la República ampara este derecho el Art. 3 –ibídem- establece las características del mismo al manifestar que este: “...es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos...”²⁴

La definición en nuestro marco legal es muy claro sobre este derecho pero la pensión alimenticia tiene su definición doctrinal, tal es el caso del autor Guillermo Cabanellas al definir a la misma como: “...Cantidad que, por disposición convencional, testamentaria, legal o judicial, ha de pasar una persona otra, o a su representante legal, a fin de que pueda alimentarse y cumplir otros fines esenciales para la existencia o en especial dispuestos...”²⁵

La enciclopedia jurídica “OMEBA” define a los alimentos como:

²³CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualización enero 2014

²⁴CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualización enero 2014

²⁵CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo VI, pág. 194.

“...ALIMENTOS: El que tiene por objeto la obligación alimentaria...”²⁶

Con estas definiciones, no cabe duda de que la pensión alimenticia es la contribución económica que presta el progenitor que no tenga la guarda y custodia de un hijo común, para cubrir las necesidades ordinarias del hijo, esta pensión se entiende permitirá cubrir todas las necesidades básicas de alimentación, tales como vestuario, higiene y educación del hijo así como otros gastos tal es el caso de médicos y farmacéuticos, actividades extraescolares, de refuerzo o complemento lectivo, etc., y que normalmente se satisfacen al 50% entre los progenitores.

Así mismo, el derecho de alimentos, hablando desde el punto de vista del derecho de la familia, se puede definir como la facultad jurídica que tiene una persona, denominada alimentista o acreedor alimentario, para exigir de otra, denominada deudor alimentario, lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco cosanguíneo, de la adopción, del matrimonio o del divorcio, en determinados casos, es decir cómo podemos observar una pensión alimenticia no se regula únicamente a favor de las niñas, niños, adolescentes sino que también puede efectuárselos entre cónyuges ya que esta obligación la ampara el Código Civil Ecuatoriano y se lo determina a favor de uno de ello.

Una diferencia de este tipo de alimentos es que para los amparados en el

²⁶Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo AP8 , Página 1164

Código de la Niñez, a falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas (paterna y materna), que estuvieran más próximos en grado, tal es el caso de los abuelos, hermanos mayores de 21 años y tíos. Es por ello que la pensión alimenticia se ampara en la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir, dada su incapacidad de procurárselo solo. Por esta razón, la obligación de dar alimentos no necesariamente termina cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, sino tal como lo expresa el artículo 4 del Título V Capítulo I del Código de la Niñez y Adolescencia, en su numeral dos y tres es decir:

“...2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,

3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse....”²⁷

²⁷ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLSECENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualización enero 2014.

Conforme lo define en su obra Henri Capitant, la obligación alimentaria es aquella que la ley impone a determinadas personas, de suministrar a otras (conyugues, parientes y a fines próximos). Los recursos necesarios para la vida, si estas ultimas se hallan en la indigencia y la primen cuenta con medios suficientes.

El artículo 10 del Título V Capítulo I del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el juez deberá fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, para ello debe tomar en cuenta ciertos parámetros como la negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, si ocurre este hecho, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario es por ello que en la misma providencia se fijará la pensión provisional, misma que será exigible desde la presentación de la demanda; De igual forma en caso de que el examen de ADN arroje resultados positivos, el juzgador deberá declarar la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, para ello en la misma providencia deberá fijar la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda.

Una vez ejecutada las diligencias en mención conforme a lo constante en la norma analizada, y al efectuarse la audiencia única el Juez emitirá la respectiva resolución donde se fijará el pago de la pensión de alimentos y de los subsidios y beneficios adicionales, principalmente, y, si así lo solicitare el alimentario o su representante, a través del depósito de una suma de dinero que deberá efectuarse por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y, en caso de subsidios y beneficios adicionales, en la fecha señalada para el efecto; en la cuenta que para ello se señale; concluyendo este punto que desde que se fija la pensión alimenticia que en este caso sería para la niña, niño o adolescente dada la problemática y trabajo que me encuentro realizando, recién se denomina como PENSIÓN ALIMENTICIA DEFINITIVA, porque no debemos olvidar que conforme el procedimiento para estos grupos de atención prioritaria se fija con la simple presentación de la demanda ya la PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISIONAL.

4.2.3. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA POR CAUSA DE ESTERILIDAD

El término extinción tiene su diverso significado tal es el caso de que para el tratadista Guillermo Cabanellas el mismo se refiere al: "...Hecho de que cesen o acaben, ya por haberlos satisfecho, por haberlos abandonado o

renunciado o por no ser ya legalmente exigibles...”²⁸.

Por otra parte la enciclopedia jurídica OMEBA señala que el término extinción es catalogada como: “...Término, cese, fin, desaparición inmediata o gradual de algo...”²⁹; es decir no cabe duda que este término se relaciona con la cesación, el término, la conclusión, la desaparición de una persona, cosa, situación o relación, y a veces, de sus efectos y consecuencias también, en lo que me corresponde analizar dentro del presente trabajo, no es más que la finalización de la cancelación o finalización de pago total de la pensión alimenticia fijada en legal forma.

Nuestra legislación, es decir el Código de la Niñez y Adolescencia en el Título V, Capítulo I se refiere a la caducidad de este derecho y señala que el mismo se extingue por las siguientes causas:

- “...1.- Por la muerte del titular del derecho;
- 2.- Por la muerte de todos los obligados al pago; y,
- 3.- Por haberse desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley...”³⁰

Es decir una vez suscitado cualquiera de las tres causales anteriormente explicadas, en nuestro país se debe demandar la caducidad o extinción

²⁸CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo III, pág. 194.

²⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo AP8 , Página 889

³⁰CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLSECENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualización enero 2014.

de la pensión alimenticia lo que origina un trámite adicional situación que conforme corresponde a la temática planteada como problema de investigación debe ser emitida de oficio ya que agilizaría los trámites, descongestionaría los juzgados o actualmente las unidades judiciales y permitiría al alimentante no inobservar o verse afectado su desarrollo en la sociedad civil por la no determinación expresa de la extinción pese haberse ya cumplido los requisitos señalados en el artículo 32 –ibídem-.

Encontré un artículo importante que creo necesario citar, sobre la esterilidad y su genética:

“Algunas anomalías genéticas y cromosómicas pueden ser causa de esterilidad o infertilidad. En estos casos es necesario realizar estudios específicos.

¿Por qué las anomalías genéticas o cromosómicas pueden ser causa de esterilidad?

Porque alteran la producción de espermatozoides

Porque alteran el transporte de los espermatozoides

Porque pueden dar lugar a la producción de espermatozoides con un contenido cromosómico anómalo

¿Cuáles son las anomalías genéticas o cromosómicas relacionadas con la

esterilidad?

Si bien existen muchas otras, las que con mayor frecuencia se relacionan con la esterilidad son:

Anomalías cromosómicas constitucionales

Anomalías limitadas a las células germinales

Microdelecciones del cromosoma Y

Mutaciones en el gen CFTR de la fibrosis quística (Cystic Fibrosis Transmembrane Regulator)

1.- ¿Qué son las anomalías cromosómicas constitucionales?

Son las que afectan a los cromosomas de las células somáticas humanas, aunque pueden ser muy complejas, básicamente distinguimos dos tipos: numéricas (pérdida y/o ganancia de uno o varios cromosomas completos que pueden afectar tanto a los autosomas como a los cromosomas sexuales) y estructurales (implican cambios en la estructura de uno o varios cromosomas). Ambos tipos pueden darse simultáneamente. Las células somáticas humanas tienen 46 cromosomas: 22 pares de cromosomas homólogos o autosomas (los cromosomas 1 a 22) y dos cromosomas sexuales. A esto se le llama el número diploide. Las mujeres tienen dos cromosomas X (46, XX) mientras que los varones tienen un X y un Y (46, XY). Generalmente, la pérdida de cromosomas tiene mayor repercusión en un individuo que la ganancia, aunque ésta

también puede tener consecuencias serias. Y la pérdida o ganancia de un autosoma tiene consecuencias más graves que la de un cromosoma sexual.

¿Son frecuentes este tipo de anomalías en pacientes estériles?

La incidencia de anomalías cromosómicas constitucionales es unas 13 veces superior en la población de pacientes estériles que en la población general. Siendo más frecuente la alteración de los cromosomas sexuales que la de los autosomas. Por otro lado en los pacientes estériles o infértiles, la incidencia de anomalías cromosómicas constitucionales es inversamente proporcional al recuento espermático, por tanto cuanto más bajo es el número de espermatozoides en el seminograma, más riesgo de padecer una de estas anomalías. Su incidencia en pacientes estériles oscila entre el 2% en normozoospermias al 13% en azoospermias.

¿Cómo puedo saber si padezco una alteración cromosómica?

Mediante la realización de un estudio de cariotipo en una muestra de sangre.

¿En qué casos está indicado el estudio de cariotipo?

El estudio de cariotipo debería realizarse en todo paciente que consulte

por esterilidad, siendo imprescindible en los casos de azoospermia, oligozoospermia severa (con o sin asteno y/o teratozoospermia), normozoospermia con abortos recurrentes y en especial en pacientes subsidiarios de tratamiento con fecundación "in vitro" con microinyección intracitoplásmica (FIV-ICSI).

¿Si el cariotipo es normal, ya no es necesario hacer más estudios cromosómicos?

Dependiendo de las características clínicas y analíticas, algunos pacientes deberán someterse a otros estudios. Los pacientes con cariotipo normal pueden presentar anomalías de la meiosis, limitadas a la línea germinal (anomalías en el apareamiento de los cromosomas homólogos, desinapsis, asinapsis). Estas anomalías darán lugar a espermatozoides aneuploides, que en caso de fecundación del oocito serán responsables de la formación de embriones inviables.

2.- ¿Cómo se puede saber si mis espermatozoides tienen anomalías en la carga genética?

En los últimos años, el análisis de los cromosomas se ha beneficiado de la aparición de una técnica que combina la citogenética y el estudio molecular, se trata de la hibridación in situ fluorescente (FISH). En una muestra de semen puede realizarse la FISH de espermatozoides. Sin

embargo, las técnicas actuales sólo permiten analizar 5 de los 23 cromosomas (cromosomas 13, 18, 21, X, Y). Por tanto, aunque puede ser una técnica útil si existen anomalías en estos cromosomas, el estudio resulta incompleto. Por esta razón, preferimos realizar un estudio de meiosis, ya que el mismo proporciona información de todos los cromosomas.

¿Qué es la meiosis?

La meiosis es el proceso por el cual las células madre precursoras de los espermatozoides dividen su carga genética a la mitad, y pasan de tener 46 cromosomas a tener 23. Durante este proceso se pueden producir alteraciones que darán lugar a espermatozoides con una dotación cromosómica anómala y podrán provocar esterilidad, abortos o fracasos en las técnicas de FIV.

¿Cuándo está indicado el uso de la meiosis?

La incidencia de anomalías en la meiosis en pacientes estériles es del 4 al 8%. Sin embargo, en pacientes con recuentos espermáticos muy bajos, (oligozoospermia inferior a 1.5×10^6 espermatozoides móviles /ml) se incrementa hasta el 18 %. En un estudio realizado por nuestro grupo en 300 pacientes con esterilidad o infertilidad, encontramos una incidencia de anomalías meióticas del 20.4% en casos de oligoastenoteratozoospermia

severa y del 18% en pacientes con astenoteratozoospermia. Así mismo, en 60 pacientes con semen normal pero que presentaban abortos recurrentes o sucesivos fracasos en FIV (mala calidad embrionaria, baja tasa de fecundación, no gestación), la incidencia de anomalías en la meiosis fue del 45%.

¿Cómo se estudian las alteraciones de la meiosis?

Desde principios de los años 80, los estudios de meiosis se incluyen en los protocolos de estudio de la infertilidad masculina. Se llevan a cabo a partir del análisis de tejido del testículo obtenido mediante una biopsia testicular.

¿En qué consiste la biopsia testicular?

Es una pequeña intervención quirúrgica que se realiza bajo anestesia local (sólo del testículo) y de forma ambulatoria (no requiere ingreso). A través de una pequeña incisión de aproximadamente un centímetro en la raíz de las bolsas del testículo se inciden las diferentes capas que rodean al testículo hasta llegar al mismo, para extraer una pequeña muestra. Las diferentes capas del testículo, así como la piel, son suturadas con puntos reabsorbibles (se caen solos sin precisar ser extraídos). Finalizada la intervención el paciente puede regresar a su domicilio. En ocasiones pueden presentarse molestias durante el postoperatorio, que ceden

habitualmente con la administración local de hielo y con analgésicos.

¿Tienen tratamiento las alteraciones del cariotipo o de la meiosis?

Estas alteraciones no tienen tratamiento y suponen un mal pronóstico de la fertilidad de quien las padece. No quiere decir que los individuos que las padecen no puedan llegar a producir un mínimo porcentaje de espermatozoides normales cromosómicamente, pero no existe ninguna técnica que nos permita separar los espermatozoides equilibrados cromosómicamente de los que no lo están. Por lo que normalmente se obtendrán un elevado porcentaje de embriones inviables. Puede mejorarse el pronóstico de fertilidad seleccionando los embriones mediante técnicas de Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP).

3.- ¿Qué son las microdelecciones del cromosoma Y?

El cromosoma Y es el principal determinante de la diferenciación sexual masculina. El cromosoma Y contiene genes importantes para la producción de espermatozoides (espermatogénesis), desde 1976 se conoce que un 0.5% de los varones infértiles presentan deleciones (pérdida del material genético de un cromosoma) del cromosoma Yq (brazo largo del cromosoma Y). En base a estos resultados se propuso la existencia de un factor de azoospermia en Yq (AZF; Azoospermia Factor). A través de técnicas de análisis molecular basadas en PCR (Polymerase

Chain Reaction) fue posible subdividir al cromosoma Y en las regiones AZFa, AZFb y AZFc atendiendo a la región del cromosoma Y que se microdeleciona en estos pacientes. Posteriormente ha sido posible aislar una familia de genes (DAZ; Deleted in Azoospermia) localizados en la región AZFc.

¿En qué casos está indicado el estudio de las microdeleciones del cromosoma Y?

Las microdeleciones del brazo largo del cromosoma Y afectan aproximadamente a un 10% de los pacientes azoospermicos y a un 15% de los pacientes con oligozoospermia idiopática severa. La mayoría de microdeleciones se producen en la región AZFc y afectan al gen DAZ, siendo éste el principal candidato a explicar la azoospermia de estos pacientes. El estudio se realiza mediante un análisis de sangre.

¿Tienen tratamiento las microdeleciones del cromosoma Y?

No. Los pacientes oligozoospermicos severos con microdelección del cromosoma Y son estériles, pero actualmente a través de la técnica de ICSI es posible que tengan descendencia. Incluso en muchos de los pacientes azoospermicos con microdelección de Yq es posible recuperar quirúrgicamente espermatozoides del testículo mediante TESA (Testicular Sperm Aspiration) o TESE (Testicular Sperm Extraction) con los que

proceder a ICSI. La delección completa y simultánea de las tres regiones (AZFa, AZFb y AZFc) parece comportar un valor pronóstico negativo ya que en todos los casos se asocia a una ausencia total de espermatozoides. Todos pacientes con una microdelección tratados con éxito a través de ICSI transmiten la microdelección y la esterilidad a su descendencia masculina, pero no a su descendencia femenina.

4.- ¿Qué son las mutaciones del gen CFTR de la fibrosis quística?

La fibrosis quística (FQ) es la enfermedad autosómica recesiva más frecuente en la raza caucásica, con una prevalencia de uno en 2000-2500 recién nacidos. Una persona de cada 25 son portadoras de esta mutación. Más del 95% de hombres con FQ son estériles. El gen cuya mutación produce la FQ se denomina gen de la FQ o gen CFTR (Cystic Fibrosis Transmembrane Regulator) según el acrónimo inglés. Se localiza en los brazos largos (q 31) del cromosoma 7. La primera mutación del gen CFTR fue descrita en 1987, habiéndose descrito en la actualidad más de 1517 mutaciones.

¿En qué casos está indicado el estudio de las mutaciones del gen CFTR?

El estudio de las mutaciones del gen CFTR estará especialmente indicado en las azoospermias por ABCD (agenesia bilateral congénita de los conductos deferentes), en la AUCD (agenesia unilateral del conducto deferente) con o sin azoospermia. En la práctica clínica se estudian las

mutaciones más frecuentes, unas 33 mutaciones, que representan aproximadamente el 75% de las mutaciones en el gen CFTR en la población española. Además, es preciso en estos casos estudiar el gen CFTR también en la pareja, pues puede ser portadora, de una mutación del gen. De ser así, el embrión podría heredar una mutación del padre; y otra mutación de la madre y presentar Fibrosis Quística. Si la pareja es portadora de una mutación del gen CFTR, está indicado hacer Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) es decir, estudio del gen de la CFTR en una célula, blastómero, del embrión para conocer si el embrión es afectado o sólo portador de la Fibrosis Quística³¹.

Con este artículo, podemos claramente observar la genética de la esterilidad y no depende del ser humano su situación genética, por lo que dicha esterilidad, debe ser anunciada en forma preferente por una persona que ha sido demandado y debe ser oído en forma especial y necesariamente debe estar regulado en el Código de la Niñez, pues hoy existe el vacío.

³¹ <http://www.institutomarques.com/tecnicas-de-estudio.html>

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN DEBIDO PROCESO

Como lo hemos mencionado que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta, en esencia, garantizar precisamente que podamos llevar la cuestión a un tribunal imparcial e independiente dentro del Poder Judicial, a que la sustanciación de esta causa respete las reglas, la prueba, que tenga un tratamiento regular que dure un plazo razonable y que, posteriormente de tener una petición fundada, ésta se cumpla.

Cassagne considera que, cuando hablamos de tutela judicial efectiva, nos referimos a una garantía que armoniza de modo cabal el reparto de funciones, propio de la separación de poderes, en el que los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado”³².

“El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra ratificado en el plano internacional; así, lo encontramos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, capítulo I, art. 18; Declaración Universal de Derechos Humanos, la que establece derechos y garantías

³² CASSAGNE, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla de agotamiento de la vía administrativa”, RDA, nro. 32, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 527.

judiciales en los arts. 8° a 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, parte I, capítulo II, arts. 8° y 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parte II, art.2°, inc.3°. No cabe duda de que con la incorporación de los tratados internacionales, en el marco del art. 75, inc.22, de nuestra Carta Magna, éstos pasan a ser fuente directa de aplicación”³³.

Estamos hablando de un derecho de radical importancia, de su respeto depende el mantenimiento del sistema republicano y el Estado de derecho. “Así, conviene recordar que el Estado de derecho es la consagración jurídica de un proyecto político, en el que se estratifica el objetivo de garantizar al ciudadano contra arbitrariedades del poder público, mediante la previa subordinación del poder y de sus agentes a un marco normativo general y abstracto cuya función principal es conformar efectivamente la conducta estatal a ciertos parámetros previamente establecidos como forma de defensa de los individuos”³⁴.

Adelantamos nuestra posición en torno a algunos de los interrogantes. No creemos que la existencia misma del instituto sea lo que transforme en ilusorio el derecho a la tutela judicial efectiva.

“Debemos acotar que para su efecto nuestro Orden Normativo, dentro de

³³TANNO Natalia, Ensayo “EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA, ¿DEBE MANTENERSE COMO REQUISITO OBLIGATORIO PARA LA DEMANDA JUDICIAL CONTRA EL ESTADO”, p 3.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso A., “Control jurisdiccional de los actos administrativos”, Revista de Administración Pública, nro. 110, 1986, ps. 363-366.

nuestra Constitución, en su artículo 424 dispone a ésta como la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, en la Constitución, en lo que a efectos de protección de derechos constitucionales de los individuos se refiere, se puede decir que al Poder Judicial posee un papel primordial, ya que la Constitución otorga al pueblo ecuatoriano las garantías correspondientes y a su principal medio de defensa, valores que mantienen su primacía en nuestra Carta Magna.

En nuestra constitución podemos apreciar la incorporación en la administración de justicia de valores y principios establecidos en la Constitución, que a diferencia del positivismo legal no fueron tomados en cuenta debido a la obligación de la aplicación de la Ley por parte de los jueces. Esto definitivamente, por un lado, afecta la ubicación de la Ley, mientras, que por otro, materializa los contenidos de la Constitución en la aplicación del caso concreto cuando a afectación de derechos constitucionales se refiere. Estructuralmente, se unifican dos fuentes del constitucionalismo, el Estado de Derecho o de la razón y el Estado Constitucional de derechos y justicia, de la razonabilidad y de la racionalidad, no un cambio total de olvido del Estado de Derecho en la aplicación de la Ley, sino un adecuado marco de complementariedad en la aplicación de los principios constitucionales, lo cual significa el sometimiento de todos los poderes públicos y las personas a la Constitución. Respecto de la aplicación de la Constitución, constituye un deber jurídico obligatorio que implica que todos los poderes están

obligados a desarrollar adecuadamente los preceptos constitucionales, dentro de su marco de acción.”³⁵

La tutela judicial efectiva se encuentra como derecho de protección en Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) que dice: “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado con por la ley”

En si, la tutela judicial efectiva comprende: a) acceso a la justicia, b) un debido y justo proceso, dentro del mismo efectivizar las garantías procesales y mandatos de optimización que rigen la administración de justicia c) obtener una sentencia donde se conozca el fondo del asunto controvertido por el órgano judicial.

Este aspecto de la preparación y capacitación de los Jueces y demás operadores de justicia es una necesidad clamorosa. La actividad judicial responsable en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia es fundamental para su éxito o fracaso en una sociedad. Opino de manera personal que no existe aún conciencia en nuestro ambiente jurídico de la profunda transformación que ha sucedido. Bien podría dictarse por la

³⁵<http://corporacionjuridicafarfanyasociados.blogspot.com/2011/05/las-garantias-jurisdiccionales-del.html>

Corte Constitucional y el Consejo de la Judicatura una suerte de “decreto de emergencia” en procura inmediata de poner a tono los despachos judiciales con los retos de nuestra Constitución.

La Corte Constitucional definió la aplicación directa de la Constitución y sus alcances en sentencia interpretativa 001-08-SI-CC publicada Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008 del 2 de diciembre de 2008, de la siguiente manera: Esta transformación progresiva de la Constitución hasta llegar a ser una norma, implica por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma. Lo anterior, como bien señala Ignacio de Otto, trae sustanciales secuelas frente a la interpretación de la Constitución; a saber: a) Habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico, conforme al texto constitucional; b) Habrán de examinarse, a la luz del texto constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conformes con el texto constitucional y con el llamado doctrinariamente bloque de constitucionalidad; c) En la aplicación concreta del Derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de extraer de ella la solución a cualquier litigio o problema jurídico; y solo si ésta no dice nada, se aplicarán las normas secundarias; y, d) La condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas

preconstitucionales (ipso costitutione) y general, previa petición de parte, para las normas infra constitucionales posteriores a la Constitución. La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional, es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional.

La aplicación directa de normas constitucionales está explícitamente contenido en el actual Código Orgánico de la Función Judicial de reciente creación: Art. 5.- Principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 6.- Interpretación integral de la norma constitucional.- Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional

administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos.

4.3.2. LA PRUEBA DEL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El Art. 66 estipula: “Se reconoce y garantizará a las personas:

El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”.³⁶

A la luz de los derechos humanos, el derecho a la identidad lo tiene todo ser humano como algo inherente a su propia condición, por tratarse de un sujeto único, irrepetible e histórico. “Precisamente porque el derecho a la identidad nos remite, a su vez, al más ancestral de los interrogantes: el

³⁶CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. ART. 66

que pregunta acerca del ser que se es. Y porque el derecho a la identidad es el más próximo a los derechos respecto del derecho a la vida.

El derecho a ser el ser que auténticamente se es, es el derecho al reconocimiento de la propia identidad.³⁷”

Poder pensar y desear acceder a un saber sobre los orígenes, de dónde venimos, es una aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende.

Indagación que remite a preguntarnos ¿quién soy yo y por qué?, dando lugar a una historización subjetiva que nunca deja de desplegarse, permitiendo revivir el pasado, pensar el presente y proyectar el futuro. Así la memoria como reconstrucción insoslayable del pasado, y la identidad como posibilidad de proyección de lo que uno fue a lo que uno quiere ser, es esencial y constitutiva de la subjetividad, y de la vida vivida con dignidad y libertad.

Durante el recorrido de este trabajo intentamos responder los interrogantes que se abren y extienden al analizar el concepto identidad. Su incidencia en la constitución y construcción de la personalidad, estudiada desde lo psicológico, en articulación constante con un enfoque de derechos humanos, cuyo núcleo esencial es el respeto a la dignidad

³⁷ PIERINI Alicia El derecho a la identidad: Los avances científicos. La regulación jurídica y los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), Buenos Aires, Buenos Aires SEM, 1993, pp. 9-10.

de todas las personas, lo que, nos permite entrever la importancia de que el derecho a la identidad esté garantizado a todos los habitantes. Derecho inalienable, que se articula con el derecho a la libertad, integridad física, psíquica y moral de las personas, a la seguridad personal, a tener un nombre, a la protección de la familia y al derecho a la verdad como reparadora y necesaria para el crecimiento del niño/a, adolescente en libertad. Expresión de que el sujeto humano sólo se constituye a partir de buscar y lograr su propia identidad

En niños, niñas y adolescentes adoptados/as en Argentina: A partir de un recorrido histórico sobre los orígenes de la adopción como institución, intentamos distinguir las diferentes concepciones que fue adquiriendo la infancia con el correr de los tiempos.

El Art. 286 del referido Código contempla que “Comprobación de identidades y causas de comparecencia.- El Juez verificará con los instrumentos públicos pertinentes, la identidad de relación de parentesco o nombramiento de tutor, según sea el caso, de las personas a que comparecen en virtud de lo previsto en los artículos 163 y 166 de este Código.

Si tuviere dudas sobre la paternidad o maternidad del o los comparecientes, podrá ordenar la práctica del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico(ADN) del

niño, niña o adolescente que se pretende adoptar y de quienes se presentan como progenitores. Si estos últimos se niegan Injustificadamente a la práctica del examen, se tendrá por negado el consentimiento. Si las negativas se fundan en falta de recursos económicos para cubrir sus costos, se procederá en la forma prevista en la regla 4 del artículo 131 de este Código”.³⁸

Art. 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada;
2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el Juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez

³⁸ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR. ART. 286

declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil;

3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el Juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen;

4. Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el Juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días. En el caso de que el informe confirme la alegación del demandado, el Juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya, de inmediato en un programa del Sistema que cubra el costo del examen. Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior;

5. Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales; incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad, o maternidad; y,

6. Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacerse en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco.³⁹”

Art. 132.- Condiciones para la práctica de las pruebas biológicas.- El reglamento contemplará las medidas necesarias para asegurar una adecuada cadena de custodia de las muestras a utilizar en las pruebas de que trata el artículo anterior, para garantizar la identidad personal de los sometidos al examen y las demás condiciones técnicas en que deberán practicarse estas pruebas biológicas”.⁴⁰

El Código de la Niñez, entonces prevé la oportunidad para la prueba genética del ADN, sin embargo no lo hace para determinar esterilidad sino para comprobar la paternidad, por ello, mi propuesta en el sentido de que se observe un procedimiento especial para que pueda alegarse la esterilidad como una excepción perentoria que ponga fin al proceso y no se imponga una pensión alimenticia.

³⁹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR. ART. 131

⁴⁰ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR. ART. 132

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

El 2 de diciembre del año 2010 los legisladores argentinos sancionaron la Ley De Fertilización Asistida, la misma que se considera dentro de los planes de salud de la provincia de Buenos Aires y que entrega a las parejas una posibilidad de concebir de manera artificial.

Esta ley que es prácticamente nueva considera la infertilidad como una enfermedad de acuerdo a lo que sustenta la Organización Mundial de la Salud (OMS) y por eso la incorpora dentro de los planes de salud pública, por tanto se reconoce la cobertura asistencial para estas prácticas de fertilización pero se aclara que las mismas deben ser homólogas, es decir con células germinativas de la pareja que se someterá a este procedimiento.

Al ser considerada la infertilidad como una enfermedad la ley menciona que se deben tomar medidas, por lo que se deben llevar estadísticas, se debe controlar y regular los centros que realizan estas prácticas y llevar campañas de información y capacitación a los profesionales de la salud.

La Ley de Fertilización Asistida señala que solamente las mujeres que tengan entre 30 y 40 años de edad podrán acceder a esos tratamientos y que se dará prioridad a las parejas que no tengan hijos. Estos tratamientos se podrán realizar una vez al año y por un máximo de dos

años por cada pareja que lo solicite”⁴¹.

En la legislación argentina al menos se ha normado sobre la esterilidad como enfermedad, que es un gran avance, en nuestro país, no tenemos ni siquiera esa norma, menos aún, tratamiento especial a este tipo de enfermos.

En los demás países no se ha contemplado sobre la esterilidad como posibilidad de excepción dentro de un juicio de alimentos, por ello, mi propuesta se convierte en pionera de llegar a ser una realidad.

⁴¹ <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/1496/1/UDLA-EC-TAB-2013-07.pdf>

5. MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación requirió de la utilización de varios materiales entre los cuales constan los materiales que se utilizan como equipo de oficina o estudio académico, en tal virtud necesité y utilicé, hojas de papel, impresora, el respectivo ordenador informático y todos los demás implementos como clips, grapas, goma, esferográficos, corrector y lápices.

En la investigación de campo utilicé copiadora para fotocopiar las encuestas que se aplicaron a los Abogados en libre ejercicio. En cuanto a los métodos utilizados son aquellos que ofrece la investigación científica, a saber:

El método científico, es un método general de conocimiento que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva, es por ello que en este trabajo investigativo me apoyé en el método científico, como el método general del conocimiento, así como también en los siguientes:

El método deductivo me permitió abordar el estudio de los conocimientos

generales de las instituciones jurídicas abordadas y poder comprender los conocimientos particulares.

El método inductivo permite conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular hasta llegar a lo general, es decir me permitió conocer inversamente las instituciones estudiadas con lo cual se alcanza el tratamiento global y general.

El método descriptivo permite realizar como su nombre lo indica una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes cuando no se garantiza que los estériles cuenten con un procedimiento propio para poder defenderse en un juicio de alimentos.

Otro método muy utilizado es que me permitió conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos, es decir, el método materialista histórico.

El método analítico por su parte permite estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y, analizar

los efectos que se producen por no permitir que los estériles puedan defenderse en un procedimiento propio para que su excepción sea considerada como perentoria y con un juicio propio se ponga fin al proceso.

Como técnicas de investigación para la recolección de la información utilicé fichas, luego de lo cual y a través de las que pude recolectar información doctrinaria, así mismo mantuve una agenda de campo para anotar todos los aspectos relevantes que se pudieron establecer durante la investigación y en la recolección de la información o a través de la aplicación de la encuesta.

La encuesta fue aplicada a treinta Abogados en libre ejercicio profesional, por tratarse de reformas legales; para conocer su criterio y para que me den a conocer su perspectiva sobre la temática a investigar y poder desarrollar con normalidad y absoluta profundidad este trabajo.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo fueron expuestas en el informe final el cual contiene la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados que fueron expresados mediante cuadros estadísticos, culminando este trabajo, realizando la comprobación de los objetivos y la verificación de la

hipótesis planteada, para finalizar con la redacción efectuada de las conclusiones, recomendaciones y posteriormente con la elaboración del proyecto de reformas al Código de la Niñez y Adolescencia.

6. RESULTADOS

6.1. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA.

La encuesta que apliqué a los Abogados en libre ejercicio en la ciudad de Loja, fue diseñada en base a los objetivos que formulé en el proyecto de investigación y la hipótesis que guió la investigación general.

De este modo pude lograr diseñar la respectiva encuesta que fue aplicada como he dicho a los Abogados porque se trata de una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.

PRIMERA PREGUNTA

¿El Código de la Niñez y Adolescencia permite la prueba genética del ADN?

INDICADORES	f	%
SI	30	100%
NO	-	-
TOTAL	30	100%

Autor: Miguel Angel Pardo Cueva
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Toda mi población encuestada contesta que conoce que el Código de la Niñez y Adolescencia prevé la prueba genética del ADN, esto es el 100% de los encuestados.

ANÁLISIS.

El conocimiento de los encuestados es básico para asegurar el éxito de mi investigación, pues su conocimiento permitirá que pueda contar con mejores elementos que concluirán en la propuesta que al final presentaré y al ser los encuestados profesionales del derecho esto garantiza su aplicación y sobre todo los conocimientos en los cuales uno debe basarse para luego conectar su finalización.

SEGUNDA PREGUNTA

¿El Código de la Niñez y la Adolescencia ha previsto normativa alguna para el caso de los demandados estériles?

INDICADORES	f	%
SI	-	-
NO	30	100%
TOTAL	30	100%

Autor: Miguel Angel Pardo Cueva
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Al igual que en la primera pregunta, los encuestados son muy enfáticos al contestar que no se ha previsto ninguna norma en el Código de la Niñez y Adolescencia para el caso de los demandados estériles.

ANÁLISIS

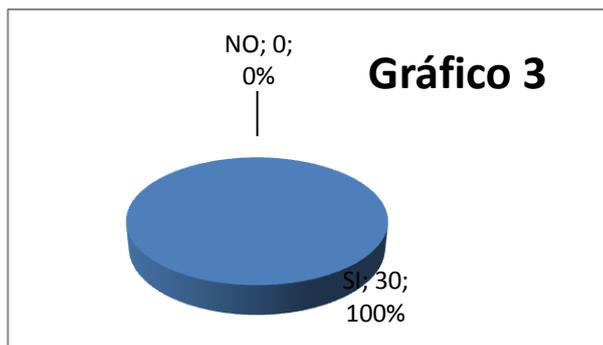
Evidentemente que los encuestados van a manifestar que no se ha previsto ninguna norma en el Código de la Niñez y Adolescencia por cuanto, este cuerpo legal carece de dicha normativa, vacío por el cual, ejecuté la presente investigación.

TERCERA PREGUNTA

¿Cree usted que se debe regular en forma especial a los demandados que sufren de esterilidad?

INDICADORES	f	%
SI	30	100%
NO	-	-
TOTAL	30	100%

Autor: Miguel Angel Pardo Cueva
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Nuevamente el cien por ciento de la población investigada considera que se debe proteger en forma especial a los estériles, esto lo consideran el 100%.

ANÁLISIS

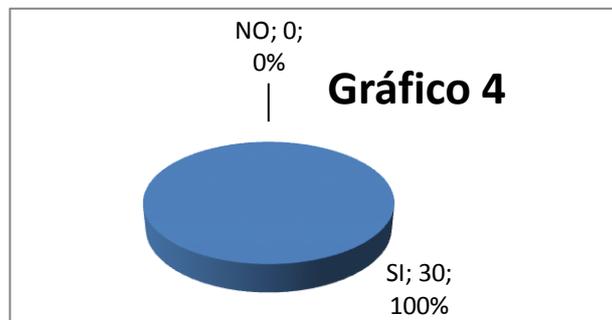
Las personas encuestadas consideran al igual que yo consideran que se debe tratar en forma especial a los estériles, considerando que es una enfermedad genética e inclusive hereditaria de la cual no son responsables y si pretenden ser demandados en un juicio de alimentos a un hijo que no pueden tener, evidentemente que deben tener un tratamiento especial.

CUARTA PREGUNTA

¿Cree usted que es necesario que se deba incorporar en el Código de la Niñez y Adolescencia un procedimiento propio para el juicio de alimentos en contra de un demandado estéril?

INDICADORES	f	%
SI	30	100%
NO	-	-
TOTAL	30	100%

Autor: Miguel Angel Pardo Cueva
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

La mayoría absoluta considera que se debe incorporar en el Código de la Niñez y Adolescencia un procedimiento especial cuando el demandado alegue ser estéril, así lo destaca el 100% de los encuestados, es decir las treinta personas.

ANÁLISIS

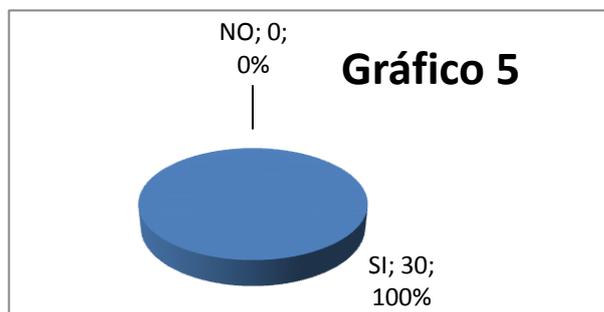
Comparto plenamente con el criterio mayoritario de los encuestados toda vez que los demandados por juicio de alimentos que aleguen ser estériles, deben tener un tratamiento especial.

QUINTA PREGUNTA

¿Está de acuerdo que se reforme el Código de la Niñez y Adolescencia estipulando que cuando el demandado alegue ser estéril se pedirá al juez que se ordene un examen de fertilidad y se resolverá sobre la misma fijando la pensión o archivando del proceso?

INDICADORES	f	%
SI	30	100%
NO	-	-
TOTAL	30	100%

Autor: Miguel Angel Pardo Cueva
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Se puede evidenciar con claridad que nuevamente la mayoría absoluta de la población investigada, es decir, el 100%, están de acuerdo con mi propuesta de reforma legal.

ANÁLISIS

La población investigada concuerda con mi criterio de reformar el Código de la Niñez y Adolescencia para permitir que los estériles tengan un tratamiento especial a la hora de ser demandados en un juicio de alimentos se impone ante el criterio de los encuestados.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Corresponde en este apartado de mi tesis referirme a la verificación de los objetivos propuestos en la planificación e inicio de mi tesis de Abogacía. Al iniciar la problematización de mi proyecto inclusive, me planteaba ya ciertos objetivos que fueron delineados y redactados en mejor forma una vez planificada la investigación mediante la cual presenté el proyecto con los objetivos e hipótesis y luego fueron aprobados debidamente por la Universidad Nacional de Loja.

De esta forma, el objetivo general el cual fue redactado de la siguiente manera:

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y empírico sobre los juicios de alimentos y del derecho a la defensa de los estériles.

Este objetivo lo pude verificar a lo largo de toda mi investigación determinación la realicé al desarrollar el análisis bibliográfico en todos sus parámetros, ya que analizando jurídicamente el régimen legal que regula

el juicio de paternidad y en fin de todas las normas jurídicas conexas que se pueden constatar en los numerales constantes en el acápite de la revisión de literatura.

Por lo tanto este objetivo ha sido plenamente verificado tanto por el desarrollo de la revisión de la literatura presentado.

En lo que respecta a los objetivos específicos, considero adecuado verificar cada uno de ellos y transcribirlos en su orden, así:

- Determinar que en la actualidad no existe un mecanismo directo para la defensa del estéril en un juicio de alimentos

Para la verificación de este objetivo realicé el estudio constante en el marco jurídico, cuando realicé el estudio del Código de la Niñez y Adolescencia y al requerir información empírica en base al criterio de los encuestados.

Por todo lo enunciado anteriormente y en base a todas las consideraciones expuestas ha sido posible la verificación de este objetivo

específico.

El siguiente objetivo estuvo redactado de la siguiente forma:

Demostrar que en el Código de la Niñez y Adolescencia dentro del juicio de alimentos debe insertarse reformas necesarias para permitir que las personas estériles demandadas por juicio de alimentos cuenten con un trámite propio

Para la verificación de este segundo objetivo específico planteado, luego de la aplicación de las encuestas, se pudo determinar de mejor manera dicho parámetro, pues todos los encuestados manifestaron que existe la necesidad de contemplar un procedimiento especial cuando se trate de demandados estériles.

Por todas las versiones vertidas como autora y obtenidas tanto por el estudio realizado, así como por el trabajo de campo aplicado se ha llegado a la verificación o comprobación de este segundo objetivo planteado en la presente investigación.

En cuanto al siguiente objetivo, estuvo redactado de la siguiente forma, obsérvese:

- Proponer reformas al Código de la Niñez y Adolescencia estipulando un procedimiento especial dentro del juicio de alimentos cuando se oponga la excepción de esterilidad.

Del mismo modo de acuerdo a las versiones obtenidas en el trabajo de campo aplicado se ha llegado a la verificación o comprobación de este tercer objetivo planteado en la presente investigación.

Por todo lo enunciado anteriormente, y en base a todas las consideraciones expuestas ha sido posible la verificación de este objetivo específico, además a este objetivo se lo pudo comprobar finalmente y de forma categórica, verificarlo aún más al presente, con la aplicación de las encuestas, cuyo análisis me permitió idear de mejor forma la propuesta que la incluiré en el punto respectivo.

Es por ello que con todo lo estipulado y analizado oportunamente me ha sido posible la verificación de último objetivo específico.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Terminada la comprobación de los objetivos, me corresponde efectuar la contrastación de la hipótesis que me formulé al iniciar mi investigación la cual se estipuló de la siguiente forma:

- Se debe estipular en el Código de la Niñez y Adolescencia un procedimiento especial cuando los demandados opongan la excepción de esterilidad y con ello evitar el curso del juicio y gastos innecesarios en exámenes genéticos y costas procesales.

Los encuestados al contestar las preguntas cuarta y quinta de la encuesta aplicada, mayoritariamente coincidieron en indicar que se debe proceder a reformar el Código de la Niñez y Adolescencia incorporando que se debe estipular en el Código de la Niñez y Adolescencia un procedimiento especial cuando los demandados opongan la excepción de esterilidad y con ello evitar el curso del juicio y gastos innecesarios en exámenes genéticos y costas procesales.

8. CONCLUSIONES

Como conclusiones de la presente investigación puedo presentar las siguientes:

- La esterilidad es una enfermedad genética que puede ser inclusive hasta hereditaria por la cual, muchos hombres y mujeres no pueden concebir
- La Constitución garantiza a las personas el derecho a la defensa y a una tutela judicial efectiva.
- El Código de la Niñez y Adolescencia dispone la obligación del presunto progenitor de ser responsable y pagar alimentos en favor de sus hijos.
- Los exámenes de patrones de bandas genéticas de ácido desoxirribonucleico, conocidos como exámenes de ADN, solo están previstos para garantizar la paternidad de una persona, pero no se los ha previsto para determinar si el demandado es estéril.

Es necesaria la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para permitir que las personas estériles demandadas por juicio de alimentos cuenten con un trámite propio

9. RECOMENDACIONES

Las principales recomendaciones que pueden hacerse en relación con la problemática investigada son las siguientes:

- Que los miembros de la Asamblea Nacional procedan a la modernización de la normativa jurídica contenida en el Código de la Niñez y Adolescencia.
- Que, la Federación Nacional de Abogados a nivel nacional, y cada Colegio de Abogados organicen seminarios, y talleres de capacitación dirigidos a sus socios, cuyas temáticas versarán sobre el Derecho de Familia.
- Que es necesario que se garantice en el Código de la Niñez y Adolescencia la posibilidad de incorporar que un procedimiento especial cuando los demandados opongan la excepción de esterilidad y con ello evitar el curso del juicio y gastos innecesarios en exámenes genéticos y costas procesales.
- Que las Juezas y Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia presenten proyectos de ley que vayan en beneficio de la actualización de la normativa legal con la finalidad de que se garanticen los derechos de las personas y se procure la celeridad

procesal.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA.

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

Que, es deber primordial del Estado garantizar el cumplimiento efectivo de las normas constitucionales.

Que, el Código de la Niñez y Adolescencia no contempla un procedimiento especial para los demandados que aleguen ser estériles.

De conformidad al numeral 6 del Art. 120 de la Constitución:

En ejercicio de sus atribuciones:

Resuelve:

EXPEDIR LA SIGUIENTE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art.- 1.- A continuación del Art. 45 innumerado incorpórese uno que diga:

Si al momento de comparecer a juicio el demandado alega ser estéril, se dispondrá de inmediato un procedimiento especial, demostrando científicamente que es estéril y el trámite para esta excepción ya no sería la práctica del ADN sino la prueba de fertilidad.

De ser positivo se continuará el trámite imponiendo la multa al demandado de uno a diez salarios unificados del Trabajador, en beneficio del menor.

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los veintiocho días del mes de junio del 2014.

10. BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho Usual, tomo VI 31ª ed. Buenos Aires Argentina, 2009.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II 31ª ed. Buenos Aires: Healista. 2009.

CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental" Nueva Edición Actualizada, Editorial Heliasta.

CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.

CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito-Ecuador 2008.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2013.

Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L

Manual de Bioquímica, Datos seleccionadas para Biología molecular 2. A edición. The Chemical Rubber Co., Cleveland.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: "Guarda y Custodia Compartida: Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley, p. 1.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: "La Guarda y Custodia..." Op. Cit. p. 289.

Friedman M Friedman GW. Maurice Wilkins and DNA. In: Medicine's ten greatest discoveries. Yale University Press, 1998: 192-227.

A Lehninger, D. L. Nelson & Michael M. Cox, "Lehninger Principles of Biochemistry", W. H. Freeman Publisher, 4th Edition (2005).

F. Griffith, "The Significance of Pneumococcal Types", Journal of Hygiene (Cambridge University Press) 27, 113 (1928).

A. Hershey & M. Chase, "Independent Functions of Viral Protein and Nucleic Acid in Growth of Bacteriophage", Journal of General Physiology 36, 39 (1952).

L. Pauling & R. B. Corey, "A proposed structure for the nucleic acids", Proceedings of the National Academy of Sciences 39, 84 (1953).

Gavilanes JG (1986) Historia de la bioquímica a través de su instrumentación. En: Real Academia de Ciencias. Historia de la Ciencia: Historia de la Bioquímica. Madrid: Realigraf SA. Pgs 41-47.

Induction of transformation by a desoxyribonucleic acid fraction isolated from Pneumococcus Type III. Journal Experimental.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO HUMANO Primera edición, junio de 2010 Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico.

PIERINI Alicia El derecho a la identidad: Los avances científicos. La regulación jurídica y los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), Buenos Aires, Buenos Aires SEM, 1993, pp. 9-10.

WEBGRAFIA

http://faciasweb.uncoma.edu.ar/academica/materias/morfo/ARCHIVOPDF6/PARTE7/aCIDOS_NUCLEICOS2.pdf

<http://med.unne.edu.ar/catedras/bioquimica/pdf/gen07.pdf>

<http://oba.od.nih.gov/oba/sacgt/reports/Public%20Consultation%20Spanish%20Summary.pdf>.

<http://www.fgcasal.org/aes/docs/PruebasgeneticasJulianRuiz%20Ferran.pdf>

http://www.deslinde.org.co/IMG/pdf/50_anos_del_descubrimiento_de_la_estructura_del_ADN.pdf

11. ANEXOS

ENCUESTA

PRIMERA PREGUNTA

¿El Código de la Niñez y Adolescencia permite la prueba genética del ADN?

SI () NO ()

SEGUNDA PREGUNTA

¿El Código de la Niñez y la Adolescencia ha previsto normativa alguna para el caso de los demandados estériles?

SI () NO ()

TERCERA PREGUNTA

¿Cree usted que se debe regular en forma especial a los demandados que sufren de esterilidad?

SI () NO ()

CUARTA PREGUNTA

¿Cree usted que es necesario que se deba incorporar en el Código de la Niñez y Adolescencia un procedimiento propio para el juicio de alimentos

en contra de un demandado estéril?

SI () NO ()

QUINTA PREGUNTA

¿Está de acuerdo que se reforme el Código de la Niñez y Adolescencia estipulando que cuando el demandado alegue ser estéril se pedirá al juez que se ordene un examen de fertilidad y se resolverá sobre la misma fijando la pensión o archivando del proceso?

SI () NO ()

ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1 ABSTRACT	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA	6
4.1 MARCO CONCEPTUAL	6
4.1.1 LA ESTERILIDAD	6
4.1.2 EL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO	11
4.1.3 LOS PROCEDIMIENTOS EN EL DERECHO	15
4.2 MARCO DOCTRINARIO	22
4.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRUEBAS GENÉTICAS	22
4.2.2 CARACTERES DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA	25
4.2.3 LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA POR CAUSA DE ESTERILIDAD	30

4.3 MARCO JURÍDICO.	42
4.3.1 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DERECHO A LA TUTELA EFFECTIVA Y A UN DEBIDO PROCESO	42
4.3.2 LA PRUEBA DEL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	48
4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA	54
5. MATERIALES Y MÉTODOS	56
6. RESULTADOS	60
6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS	60
7. DISCUSIÓN	67
7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS	67
7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	71
8. CONCLUSIONES	72
9. RECOMENDACIONES	74
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA	76
10. BIBLIOGRAFÍA	78
11. ANEXOS	82
ÍNDICE	84