



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

“ANDRÉS F. CÓRDOVA”

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS**

**“DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO CONCEBIDO MEDIANTE
TÉCNICAS HUMANAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA”**

AUTORA

NATALY SOFÍA VILLASÍS REYES

DIRECTOR DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Dr. Msc. José Javier Jarrín Barragán

QUITO, JUNIO 2016

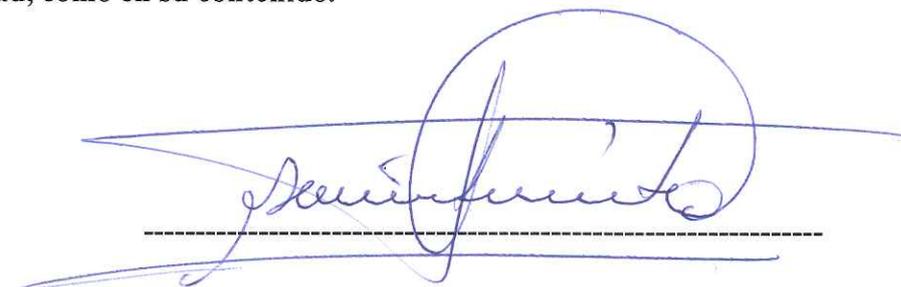
Yo, NATALY SOFÍA VILLASÍS REYES, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.



Firma

Yo, Doctor José Javier Jarrín Barragán, certifico que conozco a la autor (a) del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.



Firma

RESUMEN

El desarrollo de la ciencia y tecnología va más de prisa que la capacidad de los legisladores para poder crear normas jurídicas que regulen las consecuencias derivadas de estas.

Los avances de la medicina y la creación de las técnicas humanas de reproducción asistida han modificado conceptos tradicionales del Derecho de Familia, ya que por medio de su intervención la maternidad y paternidad han adquirido distintas modalidades por las diversas formas de procreación que nos brindan, los vínculos filiatorios ya no se derivan únicamente por el medio natural ni el adoptivo, sino que existen otras posibilidades, las cuales deben tener una regulación clara y expresa que permita a las personas involucradas tener seguridad jurídica, así como también solventar las lagunas jurídicas derivadas de estos procedimientos.

Cuando las parejas acuden a las THRA, existe en ellas un elemento esencial, que es la voluntad procreacional, que no es otra cosa que el deseo de tener hijos y de poder concebir. La voluntad procreacional debe ser considerada como otro tipo de filiación ya que no se adapta ni se acopla a los ya existentes. Siendo de esta manera una fuente y forma de crear un vínculo entre padres e hijos antes de su concepción.

Uno de los puntos más relevantes es el referente a los derechos del niño concebido mediante estas técnicas ya que este tema no es únicamente autonomía de los padres que desean concebir por medio de su voluntad procreacional, sino que también está en juego un elemento del derecho a la identidad del niño que es el derecho a conocer sus orígenes genéticos. El derecho a la identidad, es un derecho esencial a la personalidad, que involucra tener un nombre y apellido, fecha de nacimiento, nacionalidad, sexo y conocer sus orígenes genéticos con el fin de tener un desarrollo y conocimiento completo de nosotros mismos que nos ayude a desenvolver nuestra identidad, en los casos de los niños que han sido concebidos mediante estas técnicas y ha intervenido material genético de un dador, es decir

que no coincide con el de sus padres legales, el niño tienen derecho a conocer a sus donantes por medio de una acción judicial que así lo permita, sin embargo esto no generara para el dador ni para el hijo ningún derecho u obligación entre sí.

Si bien es cierto nuestra legislación permite una acción judicial reservada para poder conocer al donante, la cual se puede ejercer únicamente en los casos en que cuestiones de salud se encuentren en juego. Sin embargo en Ecuador debería existir una norma jurídica que permita a los niños concebidos mediante estas técnicas conocer a sus donantes genéticos con el fin de desarrollar en la mayor forma posible su derecho a la identidad.

Palabras clave: Filiación - Técnicas humanas de reproducción asistida – Derecho a la Identidad – Derecho a conocer los orígenes – Derecho a formar una familia – Voluntad procreacional – Anonimato del donante de gametos.

ABSTRACT

With advances in Medicine and the creation of human assisted reproduction techniques have been modified traditional concepts of family law, since by intervention of these maternity and paternity have acquired different ways by different forms of conceiving a child.

Maternal and paternal figure that until a few years ago could not be other than the biological and adoptive ways. Now a days, have increased through new techniques of assisted reproduction; which must have a clear and explicit provision that allows the people involved to have legal certainty about parentage.

In our country, there is no explicit regulation of these techniques giving a series of loopholes involved. Is mandatory the creation of legal rules that will governed the human assisted reproductive techniques

One of the highlights is the affiliation and the rights of the child. This issue is not unique to parents, but also a right of the child. This topic is the main focus of this work, and this the identity of the child conceived by assisted reproductive techniques is derived.

Children's rights are protected by the constitutional principle called “interests of the child”, rights should take precedence over those of others in our Constitution and international treaties ratified by Ecuador.

According to Ecuadorian law, the child has the right to know their identity and also involves knowing their biological origins through court action, without generating any rights or obligations between the parties.

Keywords: Affiliation - Assisted reproductive technologies - Right to identity – Right to know about their own origins - Right to found a family - Voluntary parentage - Anonymity of gamete dono.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	I
ABSTRACT	III
INDICE DE TABLAS.....	VII
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA	VIII
AUTORIZACIÓN	IX
AGRADECIMIENTOS.....	X
DEDICATORIA	XI
INTRODUCCIÓN.....	XII
1. CAPÍTULO I	1
TÉCNICAS HUMANAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	1
1.1 Concepto	1
1.2 Historia.....	2
1.2.1 Período preparatorio.....	2
1.2.2 Procedimiento de gametos	2
1.2.3 Período del micro manejo de gametos	3
1.2.4 Período de clonación humana	3
1.3 Fecundación	3
1.3.1 Clases de fecundación	4
1.3.1.1. Fecundación homóloga.....	4
1.3.1.2. Fecundación heteróloga	5
1.4 Donante.....	5
1.5 Procedimientos de las técnicas humanas de reproducción asistida	7
1.5.1 Fecundación in vitro (FIV).....	7
1.5.2 Inseminación artificial (IA)	9
1.6 Infertilidad	9
1.7 Embrión	10

1.7.1 Etapas de desarrollo	13
1.8 Bioética	13
1.8.1 Principios fundamentales de la Bioética	14
1.9 Ámbito de aplicación de la reproducción humana asistida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano	15
1.10 Caso Gretel Artavia Murillo y otros vs Costa Rica	18
2. CAPÍTULO II.....	20
FAMILIA	20
2.1 Etimología de familia.....	20
2.2 Concepto	21
2.3 Filiación	23
2.3.1 Antecedentes históricos.....	24
2.3.2 Reconocimiento de los hijos	¡Error! Marcador no definido.
2.4 Diferencia de las técnicas humanas de reproducción asistida con los otros tipos de filiación	26
2.4.1 Filiación natural.....	26
2.4.2 Filiación por adopción.....	27
2.4.3 Filiación por técnicas humanas de reproducción asistida	28
2.5 Nuevas concepciones de familia derivadas de las técnicas humanas de reproducción asistida	28
2.6 Maternidad o gestación subrogada	29
2.6.1 Formas de maternidad subrogada.....	30
2.6.2 Contrato de maternidad subrogada.....	31
2.6.3 Referencias legislativas en Ecuador	31
2.7 Características del contrato de donación de óvulos o semen	32
2.7.1 Procedimiento previo a la donación.	33
2.7.2 Bancos de óvulos o semen	33
2.8 Voluntad procreacional.....	34
3. CAPÍTULO III	37
DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS HUMANAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	37

3.1 Interés superior del niño	37
3.1.2 El interés superior del niño y las técnicas humanas de reproducción asistida en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño	40
3.2 Concepto del derecho a la identidad	40
3.2.1 Derecho a la identidad.....	42
3.2.2 Derecho a la identidad de los niños y niñas	43
3.2.3 La identidad personal como un derecho personalísimo	44
3.2.4 Derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	45
3.2.5 La Identidad como principio constitucional.....	46
3.3 Tratados internacionales que versan sobre el Derecho a la Identidad	47
3.4 Derecho a la intimidad personal y familiar.....	50
3.5 Derecho a conocer los orígenes	51
3.6 Verdad biológica.....	54
3.7 El anonimato del donante	54
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	57
6. REFERENCIAS	66

INDICE DE TABLAS

Tabla 1 Características del derecho a la identidad.....	45
Tabla 2 Tratados internacionales que hacen mención al derecho a la identidad	49
Tabla 3 Posturas respecto del anonimato del donante	55

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Nataly Sofía Villasís Reyes portadora de la cédula de ciudadanía N° 171864151-5 egresada de la Facultad de Jurisprudencia “Andrés F. Córdova” de la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE); declaro que el trabajo de investigación de fin de carrera titulado “Derecho a la identidad del niño concebido mediante técnicas humanas de reproducción asistida” para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados del Ecuador, es de mi autoría exclusiva y producto de mi esfuerzo personal; ideas, enunciaciones, citas de todo tipo e ilustraciones diversas; obtenidas de cualquier documento, obra, artículo, memoria, ente otros (versión impresa o digital), están citadas de forma clara y estricta, tanto en el cuerpo del texto como en la bibliografía.

Estoy plenamente informada de las sanciones universitarias y de otro orden en caso de falsedad de lo aquí declarado, en todo o en parte.

Quito, 06 de junio de 2016

Nataly Sofía Villasís Reyes

AUTORIZACIÓN

Yo Nataly Sofía Villasís Reyes, con cédula de identidad número 171864151-5, en calidad de autora del trabajo de investigación “Derecho a la identidad del niño concebido mediante las técnicas humanas de reproducción asistida”, autorizo a la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE), a hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento en Ecuador.

Quito, 06 de junio del 2016.

Nataly Sofía Villasís Reyes

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer principalmente al Doctor José Javier Jarrín Barragán, por haberme brindado su apoyo incondicional y sus vastos conocimientos de manera generosa a lo largo de toda mi carrera profesional, con quien comparto un sentimiento de cariño y respeto.

A la Doctora María Paula Romo y al Doctor Diego Zambrano, quienes me ha orientado y apoyado en todo momento para que este trabajo se haga realidad brindándome sus conocimientos profesionales.

Muchas gracias.

DEDICATORIA

En primer lugar dedico esta Tesis de Grado a Dios, quien me dio el privilegio de la vida y me ofrece todo lo necesario para cumplir mis sueños.

A mis padres, por ser el pilar fundamental de mi vida y que gracias a su constante dedicación, sacrificio y apoyo no hubiese podido culminar con mis estudios universitarios.

A mi hija Luana, mi ángel; quien ha sido mi principal mi motivación para la culminación de mi vida profesional, por ti y para ti son cada uno de mis triunfos.

Mis hermanos José Antonio y Claudia por ser mi ejemplo, en ellos tengo el espejo en el cual me quiero reflejar pues sus virtudes infinitas y su gran corazón me llevan a admirarlos cada día más. También a mi sobrina Martina, el reflejo de mi hermana, que con sus muestras de afecto me dio la fortaleza para seguir adelante.

A mi mejor amiga Carla, por ser mi apoyo incondicional, por día a día estar junto a mí en la realización de esta tesis y a lo largo de toda mi vida. Aconsejándome y guiándome como una hermana.

A toda mi familia que es lo mejor y más valioso que Dios me ha dado, quienes han creído siempre en mí, y me han provisto del aliento para poder superarme.

Gracias.

INTRODUCCIÓN

Las técnicas humanas de reproducción asistida fueron creadas con el fin de solucionar problemas de infertilidad que afectan a un 15% de la población mundial. (OMS, 2013) (Requeda, 2013)

Estas técnicas brindan un sin número de posibilidades para creación de un nuevo ser, diferente al proceso de fecundación natural. Estas técnicas pueden ser de dos clases: homólogas cuando se utiliza el material genético de la pareja y heterólogas en las que interviene un donante.

Debido a estos antecedentes los conceptos tradicionales del Derecho de Familia han sido modificados, los vínculos filiatorios ya no son únicamente por el medio natural ni adoptivo, sino que estas técnicas crean un tercer vínculo filiatorio, que debe tener una regulación clara y expresa en nuestro sistema legal; que permita a las personas tener seguridad jurídica y solucionar los conflictos que la aplicación de estas técnicas generan.

Los derechos del niño están protegidos por la Constitución y Tratados Internacionales, con el principio denominado interés superior del niño. Sin embargo con la aplicación de estas técnicas uno de los elementos que conforman el derecho a la identidad de los niños se encuentra en juego. Los elementos de este derecho son: nombre y apellido, nacionalidad, fecha de nacimiento, sexo y *conocer su origen genético* como parte fundamental de una persona para poder identificarse y lograr un desarrollo integral de su personalidad. (Fama, 2012) (Cantoral, 2015)

Cuando ha intervenido una técnica de reproducción heteróloga, es decir con material genético de un tercero o un donante, consideramos que se está vulnerando el derecho al niño a conocer sus orígenes ya este niño según nuestra legislación no podrá mediante una

acción judicial conocer a la persona que porto su material genético, afectando así su derecho a la identidad en uno de sus elementos fundamentales.

Por esta razón debemos considerar primeramente que: el donante no es progenitor del niño que ha sido concebido con su donación, ya que para poder ser considerado como progenitor debe existir la voluntad procreacional, que es el deseo de una persona en convertirse en padre. Por esta razón no tiene ningún tipo de responsabilidad ni obligación con el niño procreado.

Por los antecedentes antes planteados recomendamos que en Ecuador se cree una norma jurídica que regule este tipo de procedimientos médicos como son las técnicas humanas de reproducción asistida ya que no son temas aislados y son parte de una realidad social en la que vivimos, de la misma manera creemos de gran importancia que se considere a la voluntad procreacional como un cuarto tipo de fuente filiatoria para que en casos futuros no exista lagunas jurídicas, ni controversias sociales con respecto a la determinación de la paternidad o maternidad. De esta manera debería existir una ley que permita que los niños concebidos mediante alguna de estas técnicas puedan conocer a sus donantes genéticos, con el fin de desarrollar en la mayor forma posible su derecho a la identidad.

1. CAPÍTULO I

TÉCNICAS HUMANAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.1 Concepto

Para (Ciruzzi, 2013) “se llaman técnicas de reproducción asistida a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más procesos de reproducción”, estas técnicas son aquellas que realizadas con asistencia médica, pretenden sustituir el proceso natural de los humanos para poder procrear, mediante el manejo de gametos por medio de procedimientos químicos o biológicos. Se debe destacar que dentro de estas técnicas se involucra a la donación de embriones o gametos. Su objetivo principal es lograr un embarazo el cual posteriormente culmine con el nacimiento de un niño o niña sanos.

Las técnicas humanas de reproducción asistida en adelante THRA, comprenden a todos los procedimientos o tratamientos que implican a la extracción de óvulos de una mujer y los espermatozoides de un hombre, con el fin de lograr un embarazo. (Zeledón, 2015)

Esta definición podemos vincularla con la adoptada por la Organización Mundial de la Salud que las describe como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo” (OMS, 2013)

La reproducción humana asistida mediante un proceso diferente a la fecundación natural brinda un sin número de posibilidades para la creación de un nuevo ser, ya que se utilizan otro tipo de procedimientos o técnicas dentro de las cuales interviene un especialista para lograr el tan anhelado resultado. El hecho de que una fecundación se desarrolle dentro de un laboratorio o una clínica especializada y sea planeada, contribuye a la solución de los distintos problemas, no solo de infertilidad, que se pueden presentar en el hombre o la mujer, sino también para evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo o mal formaciones genéticas.

Con esto podemos decir que las técnicas humanas de reproducción asistida, han sido el resultado de años de estudio por parte de especialistas con el fin de dar solución y brindar otras alternativas a las personas que desean concebir por medios distintos al natural. El objetivo principal de estas técnicas es que las personas que desean tener un hijo lo hagan, sin tener esperanzas únicamente en el método natural para la concepción.

1.2 Historia

El desarrollo de las THRA, se debe gracias a la significativa evolución de la embriología, que fue descubierta con el fin de ayudar a solucionar problemas de infertilidad. Es por esto que se debe considerar “cuatro periodos históricos” (Álvarez, 2007) los cuales resumen el progreso de estas complejas técnicas aplicadas en los humanos.

1.2.1 Periodo preparatorio

Los científicos “Steptoe y Edwards consiguieron el primer gran éxito entendido como un embarazo uterino llevado a término en 1978” (Boada, 2004) con el nacimiento de una bebé llamada Louise Joy Brown la primera “bebé probeta”, este se llevó a cabo mediante una fecundación *in vitro*, en ciclo natural.

Desde que nació la primera persona como resultado de las THRA, “cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de la tecnología.” (Zegers, 2012)

1.2.2 Procedimiento de gametos

Años más tarde en 1980 se producen acontecimientos de gran importancia, el mejoramiento y uso de equipos como el ultrasonido con el fin de recolectar y precautelar los óvulos y el perfeccionamiento del manejo de los gametos en el laboratorio con el objetivo de lograr una fecundación exitosa. Y el primer embarazo, el cual culminó con el nacimiento de Elizabeth Jordan Carr, logrado en América específicamente en Estados Unidos llevado a cabo mediante fecundación *in vitro*.

Esta técnica fue globalizándose, hasta llegar a Chile, el cual es considerado como el cuarto país en desarrollar un embarazo exitoso utilizando fecundación *in vitro*, que se

realiza mediante la implantación de un embrión a una madre subrogada. Producto de esto en 1984 nace el primer niño probeta en Latinoamérica. Posterior a este exitoso nacimiento en los países latinoamericanos se continúa con diferentes estudios para poder evolucionar y mejorar estos procedimientos. (Lira, 2010)

1.2.3 Período del micro manejo de gametos

Debido al evidente desarrollo e investigaciones frente a los gametos, ya no se busca aumentar la probabilidad que estos se encuentren naturalmente, sino de intervenir de una manera directa para poder lograr una fecundación exitosa. En esta etapa se busca como prioridad estudiar los nacimientos de nuevas técnicas para formar un embrión mediante los componentes celulares que se encuentran involucrados en las mismas.

1.2.4 Período de clonación humana

Después de años de desarrollo de las THRA en 1993, se inicia el estudio de la clonación de embriones. Posteriormente en 2001 se comienzan a desplegar estudios vinculados a la clonación humana por medio de transferencia nuclear, la misma que no tiene un fin netamente reproductivo.

El periodo de clonación humana ha sido sujeto de innumerables discusiones bioéticas dado que se deduce que el embrión humano debe ser observado como un ser vivo que merece todo respeto a su integridad, aunque existen ciertos países en los cuales tal consideración no es aplicada, en las cuales las grandes farmacéuticas y transnacionales médicas llevan a cabo este tipo de experimentos, los que con anterioridad eran prohibidos en la mayoría de naciones.

1.3 Fecundación

“La fecundación es un proceso por el cual dos células sexuales se fusionan para crear un nuevo individuo humano con un genoma derivado de ambos padres. La fecundación lleva a cabo dos fines separados: la sexualidad y la reproducción. Por lo tanto, la primera función de la fecundación es transmitir los genes desde los padres a la descendencia, y la segunda es dar comienzo en el citoplasma de

la célula huevo (cigoto) a aquellas reacciones que permiten que el desarrollo continúe.” (Gilbert, 2003)

La fecundación es el proceso por medio del cual la unión de los gametos femenino y masculino de una manera adecuada da inicio a un nuevo humano. Esto se realiza mediante la penetración del espermatozoide en un ovulo maduro y la unión de sus componentes citoplasmáticos y nucleares. En el caso de las THRA este proceso se realiza con la intervención de un especialista. Después de que el proceso de fecundación es efectuado de manera exitosa, el cigoto es trasladado en un tiempo aproximado de ocho a diez días a la cavidad uterina, dentro de esta, las trompas de Falopio son las encargadas de transportar al cigoto mediante su actividad peristáltica de la musculatura, debido a que el cigoto no contiene un mecanismo locomotor propio para realizarlo por sí mismo. La mucosa del útero se renueva de una manera periódica a través de las hormonas producidas por el folículo de crecimiento y cuerpo amarillo por medio de la progesterona, son quienes producen la fase de secreción dentro del ciclo uterino, “este proceso tiene como fin que se produzcan elementos nutritivos para que el embrión pueda anidar y desarrollarse de una manera adecuada en el útero de la mujer.” (Ferrer, 2013)

Cuando el proceso de fecundación por algún motivo biológico o fisiológico no se ha desarrollado de manera natural, los especialistas recomiendan el uso de alguna de las THRA, esto con el fin de facilitar o auxiliar la unión de gametos.

Varias son las THRA, pero en las que se involucran donantes, los de interés en nuestro estudio:

1. Inseminación artificial con donante (IAD),
2. Fecundación in vitro (FIV)

1.3.1 Clases de fecundación

1.3.1.1. Fecundación homóloga

Según (Ronaldo, 2012) la fecundación homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja.

Esta fecundación en la cual la pareja que se somete a las THRA brinda su material genético, por esta razón la voluntad procreacional y el componente genético coincide, de esta manera no desatan problemas jurídicos.

La fecundación homóloga es aquella en la que la pareja a través de las THRA dona el material genético principalmente por un deseo y necesidad de procreación, siendo el material utilizado propio de los padres, situación que evita que se desarrollen disputas legales. En la mayoría de países que ya han regulado las THRA, se comenzó por este tipo de procedimientos debido a su sencillez en consideración de los otros procedimientos.

1.3.1.2. Fecundación heteróloga

“La fecundación artificial heteróloga supone la introducción de un tercer sujeto en la relación de pareja y crea graves problemas en lo que se refiere a la modalidad de extracción y de selección del semen del donante y a la atribución de paternidad.” (Gafo, 1986)

Este tipo de fecundación es aquella en la cual interviene un donante o un tercero con el cual no se constituirá un vínculo filial, brindando solamente un aporte genético distinto al de los padres. La mayoría de países que ha regulado esta temática en específico, ha determinado que no existe ningún vínculo jurídico (*hijo, madre, padre*), con la persona que contribuyó con el material genético, debido a que esta no tenía voluntad procreacional. En estos casos el elemento genético y volitivo no coincide con el de los padres, debido a la intervención del donante.

1.4 Donante

Dentro del ámbito de reproducción humana asistida un donante es una persona que da su semen u óvulo, con el fin de que una tercera en un futuro lo utilice para lograr una concepción en la que no se involucre de manera directa una relación sexual. El donante es una persona anónima es decir que no se conoce su identidad, pero esto es algo relativo ya que según la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en sus artículos 11 y 12 establece que, “no se podrá divulgar información la cual permita identificar al donante”, sin embargo existe una excepción, ya que mediante requerimiento

del juez en los casos que exista riesgo para la salud individual o colectiva, se podrá conocer la identidad del donante mediante una audiencia la misma que tendrá carácter de reservado, es decir no se divulgará la información que se emita dentro de esta, garantizando los derechos de los involucrados.

El donante es una persona que por voluntad propia ha decidido donar sus gametos de manera gratuita. (Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, artículo 14).

Frente a este precepto existe una disposición especial, ya que el Reglamento de Calidad para Donación de Células y Tejidos Humanos, es la norma encargada de regular específicamente a los donantes de óvulos y esperma, dentro de este cuerpo normativo se dispone ámbitos como la adecuada información al donante (riesgos, fines.) El adecuado almacenamiento de la información del donante con el fin de que esta sea veraz, y de igual manera se norma a los establecimientos especializados en temas de donación y las actividades relacionadas con estos entes.

Los casos más comunes en los cuales las personas acuden a un donante para poder concebir son los siguientes:

1. Cuando la pareja no puede concebir de manera natural,
2. Parejas del mismo sexo las cuales requieren un donante para poder proceder a un tratamiento de fecundación in vitro (FIV) que les permita concebir,
3. Personas que desean concebir sin necesidad de tener una pareja,
4. Cuando la persona o pareja tiene conocimiento de que padece alguna enfermedad grave que será transmitida al hijo el momento de la concepción y para evitar que esto suceda acuden a un donante. (Escobar, 2007)

Los gametos (*óvulos o espermatozoides*) donados se almacenan en los denominados bancos de óvulos o de semen, en los cuales se realizan estudios de la persona que va a efectuar la donación, la misma que consiste en:

“...una entrevista en detalle con el objetivo de conocer el historial médico del donante y las enfermedades que sufran sus familiares más cercanos, debido a que es importante que el donante no sufra de enfermedades congénitas, genéticas o hereditarias, ni tampoco enfermedades que afecten al desarrollo normal del feto o del futuro niño o niña.” (Alonso, 2014).

Esto se debe a que las entidades encargadas de la recolección de gametos, deben garantizar al Estado y a la sociedad que las donaciones utilizadas en las técnicas respectivas se encuentra en buen estado tanto genético como clínico, para evitar complicaciones futuras.

Es de tomarse en cuenta aquellos procedimientos y técnicas a ser utilizados en la concepción, destacándose que los mismos pueden variar en dependencia del donante, lo cual se traduce en que en aquellos casos en los que existe un donante de óvulo se llevará a cabo la fecundación in vitro y en los casos en los que existe una donación de espermatozoides se llevará a cabo la inseminación artificial.

1.5 Procedimientos de las técnicas humanas de reproducción asistida

Las THRA es el conjunto de técnicas que implican el manejo de gametos y embriones con el fin de lograr una concepción. Estas pueden ser de dos clases:

1.5.1 Fecundación in vitro (FIV)

Esta técnica se desarrolló a partir de los años 70 con el fin de solucionar la infertilidad.

Según el Diccionario de Medicina VOX, la fecundación in vitro es “una técnica de reproducción asistida que consiste en la fecundación del óvulo fuera del cuerpo de la mujer”, es decir esta modalidad de fecundación artificial que es extracorpórea (*fuera del cuerpo de la mujer*), que se extrae el óvulo de la mujer y se lo mezcla con espermatozoides seleccionados dentro de una probeta. Posteriormente se selecciona los embriones que se encuentren en mejores condiciones y se los implanta en el útero para que continúen su desarrollo dentro del cuerpo de la mujer.

In Vitro significa “en vidrio”, con esto se entiende que la fecundación in vitro se la realiza en un laboratorio. En sus inicios esta técnica se la realizaba dentro de una cápsula de vidrio denominada probeta, de esta nace su nombre, sin embargo en la actualidad se la efectúa en cabinas de flujo laminar.

“Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un ovulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero” (Caruso, 2012)

Las fases de la fecundación In Vitro son las siguientes:

1. “Inducción a la ovulación,
2. Aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios,
3. Inseminación de los óvulos con espermatozoides,
4. Observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones,
5. Transferencia embrionaria al útero materno.” (Zegers, 2012)

Dentro de la fecundación In Vitro existe cinco etapas de desarrollo embrionario, las cuales tienen una duración de cinco días:

“En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Morula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer. Por lo tanto, el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. Dependiendo de la caracterización morfológica y dinámica de la división celular, se toma la decisión respecto de cuando transferir el embrión. La transferencia embrionaria puede ser directamente al útero o a las trompas de Falopio. A los 12 días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores.” (Zegers, 2012)

1.5.2 Inseminación artificial (IA)

La inseminación artificial es considerada como la técnica de reproducción humana asistida más antigua, fue desarrollada en el siglo pasado inicialmente con animales y perfeccionada para su uso con los humanos. Esta técnica reemplaza al método natural que es la relación sexual con el fin de lograr un embarazo, se realiza mediante “el depósito de semen de forma no natural en el tracto genital femenino” (Rodrigo, 2015). Es decir implica la implantación del semen recogido de la pareja o de un donante, el cual ha sido seleccionado cumpliendo previamente los requisitos básicos de calidad y se lo coloca en el útero o vagina de la mujer con el fin de lograr una fecundación que de origen al nacimiento de un niño o niña.

1.6 Infertilidad

“La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más.” (Zeger, 2012)

Según (Díaz de Guijarro, voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación, 1965) “La infertilidad es la incapacidad de la pareja para lograr una gestación que lleve al nacimiento de un hijo”, por esta razón la infertilidad no es considerada una enfermedad, si no como un conjunto de problemas tanto en el hombre como en la mujer, los cuales dificultan a la pareja para poder concebir en los días fértiles de la mujer y en consecuencia se lleve a cabo un embarazo de una manera natural, es decir sin intervención médica. Este problema afecta no solamente al ámbito emocional de la pareja, sino también al rendimiento intelectual, relaciones interpersonales e integridad de la familia, es decir es un problema que afecta a la sociedad en general. (Barón, 2014)

Se considera que “la infertilidad afecta al 15 – 20 % de las parejas en edad reproductiva” (Villalobos, 2012), una pareja se considera infértil después que ha transcurrido por lo

menos un año de relaciones sexuales sin utilizar métodos anticonceptivos y no se ha podido lograr una gestación que culmine con el nacimiento de un hijo(a).

Todavía no se ha podido determinar si es mayor el número de hombres o mujeres que son infértiles, ya que pueden ser ambos los que tengan inconvenientes para la concepción. La infertilidad femenina puede tener sus causas en una situación física, como algún daño en las trompas de Falopio, o quistes en el aparato reproductor que impiden el paso del óvulo para una adecuada fecundación, causas genéticas y hormonales, enfermedades de transmisión sexual o el abuso de productos químicos o drogas pueden ser otra de las causas para que exista una infertilidad femenina. Sin embargo existen casos en los cuales no se ha podido determinar la causa de la infertilidad. (OMS, 2012).

La infertilidad masculina en la mayoría de los casos puede darse debido a la calidad y cantidad de espermatozoides que el hombre produce, también puede ser por alguna enfermedad o afectación que el hombre padeció en alguna etapa de su vida, o ser un tema netamente genético.

Muchas sociedades por su cultura establecen diferentes tipos de reconocimiento en base a la maternidad y paternidad, por esta razón se crean situaciones de discriminación con respecto a las personas que no pueden concebir. La infertilidad causa problemas psicológicos y no aceptación por parte de las personas que los padecen, debido a que consideran que su vida no tiene sentido ni trascendencia ya que no cumplen con los preceptos que impone la sociedad con respecto a las personas que no pueden tener hijos por esta causa. Por estos motivos las personas se ven obligadas a conseguir la aceptación de la sociedad, optando por someterse a una de las THRA. (Robertson, 2015) (Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, 2012)

1.7 Embrión

Según (Nuñez de Castro, 2008), se considera embrión “Al ser vivo desde el estado de cigoto hasta el que precede la implantación en el útero materno”, de esta manera podemos definir a embrión como un ser vivo de la especie humana, producto de la fusión de gametos

femeninos y masculinos, el cual comienza un proceso de multiplicación de células hasta que logra implantarse en el útero.

La situación jurídica del embrión humano es un tema bastante controversial dentro del Derecho y la doctrina. Antiguamente no se había tratado sobre la temática ya que se veía imposible la concepción de un hijo por métodos distintos al natural, por esta razón la Ley no había utilizado terminología como (*feto, embrión, reproducción asistida, etc.*) hasta que se vio en la necesidad de hacerlo debido al acelerado desarrollo de la bioética, ciencia, tecnología y medicina.

La Corte Interamericana de Derechos humanos menciona que “... si bien algunos artículos señalan que el embrión es un ser humano, otros artículos resaltan que la fecundación ocurre en un minuto pero que el embrión se forma siete días después, razón por la cual se alude al concepto de “preembrión”. Algunas posturas asocian el concepto de preembrión a los primeros catorce días porque después de estos se sabe que si hay un niño o más.” (Lobo, 2012)

“Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada. La Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues

no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

Sin embargo, ni la directiva, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida.” (CIDH, *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*).

Dentro de las THRA un aspecto fundamental es la regulación de la formación de un embrión fuera del útero materno. Existe otra postura del Derecho italiano con respecto al embrión dentro de las THRA que es la siguiente:

La ley 40/2004 de Italia, señala que los embriones tienen derechos en cuanto personas no nacidas, y únicamente se permitirá el uso de las THRA en los casos que se compruebe que no existe otro método para lograr una concepción, sin embargo existen limitaciones para la aplicación de estas técnicas con respecto a los embriones en la Ley 14/2006 de Italia se menciona que: “1. Se prohíbe la crio conservación y la destrucción de embriones... 2. La reproducción de embriones deberá crear un número necesario que no podrá ser superior a tres...”.

Esta es una Ley italiana que trata de normar el manejo de los embriones dentro de las THRA, con el fin de que no sean considerados como objetos ni se abuse de la permisividad que existe para el uso de este tipo de procedimientos dentro de la sociedad, considerando el conflicto que existe entre diversos pensamientos sobre la naturaleza jurídica del embrión dentro de la doctrina y la sociedad.

Con esto podemos concluir que el embrión no es considerado como persona, por ende no tiene los mismos derechos. Los derechos de una persona son considerados graduales y se incrementan dependiendo de su nivel de desarrollo; es decir no podemos considerar que una madre tiene los mismos derechos de un embrión que recién ha sido implantado en su útero. (*Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, 2012)

1.7.1 Etapas de desarrollo

1. Cigoto: es el primer estado de vida cuando se une el óvulo y el espermatozoide, cuando ambos se unifican se crea un célula dentro de la cual se forma un núcleo, que porta 23 cromosomas de la madre y la misma cantidad del padre.
Es un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión.
2. Embrión: Posterior a la fusión de gametos se desarrolla el embrión, entre el séptimo y octavo día comienza a desarrollarse la implantación del embrión dentro del útero, proceso que consiste en la fijación del embrión dentro del útero y dura hasta unos 14 días aproximadamente posterior a la fecundación. Cuando este proceso se desarrolla de manera exitosa, se considera un embarazo.
3. Feto: el embrión termina su periodo de desarrollo a la octava semana de gestación y se convierte en un feto, esta es la etapa más larga del futuro niño ya que durará hasta el término de parto que en la mayoría de los casos oscila entre 38 y 40 semanas de embarazo.” (Carrizo, 2009) (OMS, 2013)

1.8 Bioética

Según (Van Rensselaer, 1970), quien fue el primer médico que propuso este término la bioética es “el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado sanitario, en cuanto tal conducta se examina a la luz de los valores y principios morales”, en otras palabras la bioética es el estudio biológico, la investigación científica combinada con la moral y los valores del humano.

La aparición de nuevas enfermedades y problemas que día a día aparecen en el ámbito médico, han dado paso para la creación de nuevas técnicas y tecnologías con el fin de solucionar los retos médicos – científicos. Es por esta razón que uno de los ámbitos de estudio de la bioética se ocupa de normas éticas en las ciencias, especialmente en la medicina que involucra dentro de si el control de natalidad, inseminación artificial, fecundación in vitro, maternidad subrogada, experimentación de gametos, involucrando las categorías de justicia, autonomía y derecho a la salud.

Debido al creciente desarrollo de la bioética, los profesionales de la salud se han visto obligados a incluir a este campo dentro de comités internos de hospitales, así como en instituciones sanitarias de cada país y día a día son más las legislaciones que involucran a este principio dentro de sus normas y leyes con el fin de orientar la investigación científica y a los médicos dentro de un ámbito de responsabilidad y eficacia en su trabajo debido a los principios básicos que la bioética involucra.

1.8.1 Principios fundamentales de la Bioética

1. Principio de autonomía: este principio se enfoca en la libertad de tomar decisiones con respecto a temas de salud y vida de cada persona adulta, es decir a la libertad de escoger entre distintas terapias o soluciones medicas frente a un aspecto determinado, esta decisión deberá ser respetada y cumplida. Sin embargo en casos extremos deberá prevalecer el bienestar del paciente dependiendo del estudio médico que se haya realizado y las recomendaciones que un profesional de la salud le brinde de acuerdo a su criterio como experto en el tema.
2. Principio de beneficencia: alude al famoso “hacer el bien”, este principio se vincula al anterior, ya que el médico deberá trabajar al máximo con el fin de obtener el mayor nivel de bienestar para el paciente que sea posible. Este principio se considera únicamente en los casos que exista igualdad de criterios y creencias, ya que no todos comparten los mismos valores morales sobre “el bien”. Y lo que para unos puede ser considerado como bueno, no lo es para otros.
3. Principio de no maleficencia: Este principio de manera directa se refiere a que una persona no puede hacer daño a otra de una manera directa, tal y como lo indica la norma “no matar, no atentar contra la integridad personal, no perjudicar a la salud, etc”. Sin embargo se debe considerar que dentro de procedimientos médicos siempre existen excepciones, debido a efectos secundarios o efectos colaterales que pueden afectar la salud de un paciente en específico.
4. Principio de justicia: este principio es conceptualizado dentro de la bioética de manera individual, se refiere a la equidad con respecto al acceso, priorización y

distribución de los recursos médicos. La justicia será entonces brindar a cada paciente lo necesario para poder recuperar su salud. (Ciccone, 2005) (Ferrer, 2003)

1.9 Ámbito de aplicación de la reproducción humana asistida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano

Sin duda las THRA son unos de los temas más polémicos en la actualidad, ya que la sociedad antiguamente no se hubiera imaginado que la tecnología y la medicina puedan traer consigo la posibilidad de que nazca una niña o niño con la ayuda de la ciencia, por otro medio que no sea el natural (*relación sexual*).

Así apreciamos que el silencio de la legislación ecuatoriana es total y absoluto, por lo que desata un sin números de interrogantes con respecto a las THRA. Si bien en Ecuador no poseemos un cuerpo normativo que regule de una manera concreta a estas técnicas la Constitución del Ecuador en su artículo 66, numeral 10 menciona “la libertad de tomar decisiones libres con respecto a la vida reproductiva de las personas”, frente a esta norma se puede considerar que cada ecuatoriano puede optar por el método que mejor les convenga para poder concebir, y poder optar por una de estas técnica para lograr el nacimiento de un niño, sin prohibición alguna. También podemos referirnos a cuerpos normativos que involucran de una manera indirecta y secundaria a sujetos implicados en la reproducción humana asistida como los donantes dentro de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células.

Según el (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos., 2013), “aproximadamente entre un 12 y 15% de parejas en nuestro país tienen problemas de infertilidad”, este problema se remite a cuestiones de salud pública. Visto de este modo las THRA con una necesidad para muchos ecuatorianos. Sin embargo la escasa normativa, implica que no exista una regulación a todos los establecimientos de salud de una manera general y no se brinde una atención ni un control sanitario que proteja los derechos de seguridad e integridad física de las personas que se realizan este tipo de procedimientos médicos.

El acceso a las THRA engloba el ejercicio de una serie de derechos humanos, los cuales no están únicamente contemplados en la Constitución, sino en Tratados Internacionales que han sido ratificados por Ecuador y son de directa e inmediata aplicación (Constitución, artículo 11). Derechos como el de fundar una familia, a la igualdad, a la no discriminación, a la salud sexual y reproductiva, a la procreación y es un deber primordial del Estado garantizarlos debido a que se encuentran establecidos en el cuerpo legal de mayor jerarquía. (Constitución, artículo 425).

En el caso que exista una reforma legislativa en nuestro país que involucre a las THRA, debemos considerar que ha existido un interés social debido a la serie de derechos humanos que se encuentran inmersos dentro de la aplicación de estas técnicas, que se ha visto plasmado en jurisprudencias.

El artículo 32 de nuestra Constitución contempla lo siguiente:

“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

Si bien las THRA están inmersas dentro del derecho de salud reproductiva como lo menciona la Constitución y la doctrina, debido a los conflictos legales y discusiones que legisladores, profesionales de la salud, expertos en reproducción asistida y la sociedad en general han presentado frente al uso de estas técnicas, es necesario normarlas de una manera directa y específica con el fin de precautelar los derechos de los implicados, como

lo son las niñas y niños concebidos mediante estos procesos, los médicos, los pacientes, y regular su uso.

En nuestra Constitución en el artículo 66, numeral 10, se establece que todas las personas tienen derecho a decidir cuándo y cuantos hijos tener. Para que este derecho sea ejercido completamente, es necesario que el derecho a la salud extienda su cobertura, con el fin de crear mayor acceso y disponibilidad a los servicios de planificación familiar, los cuales deben incluir a las THRA y de esta manera brindar información y orientación adecuada y completa para que contribuya a la toma libre y responsable de decisiones en temas de reproducción.

Como consecuencia de que la familia es el núcleo de la sociedad, el derecho a fundar una familia ha sido reconocido por tratados internacionales, los cuales son de inmediata aplicación en nuestro Ordenamiento Jurídico (Constitución, art. 425), siendo estas las más significativas:

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.2,
2. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16.1,
3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 4.

Esto vincula el derecho humano a fundar una familia con el derecho al goce del derecho a la salud, que no conlleva únicamente temas referentes a enfermedades, sino también al goce y disfrute del bienestar físico, moral y psicológico. Por esta razón las THRA auxilian a las personas que no pueden concebir a tener la posibilidad de crear un proyecto familiar por medio de la intervención de una de estas.

El derecho a la salud sexual y reproductiva científicamente se lo ha denominado *salud genésica*. Según (Palacio, 2014) “La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en la libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y de tener acceso a los métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de elección, así como el derecho a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitan a la mujer pasar sin peligro las

etapas del embarazo y parto.” Por esta razón cabe de manera emergente regular las THRA ya que si bien es cierto de manera secundaria están inmersas en nuestro ordenamiento jurídico como lo mencionamos anteriormente, debemos tomar en cuenta que se necesita un régimen especial ya que no se puede involucrar dentro de una temática similar o secundaria a estos preceptos y problemas jurídicos vinculantes a las THRA.

1.10 Caso Gretel Artavia Murillo y otros vs Costa Rica

En Costa Rica mediante un decreto ejecutivo se regulaba la fecundación In Vitro, haciendo énfasis en cuatro aristas principales:

1. Prohibición de fecundar más de seis óvulos,
2. Todos los óvulos que eran utilizados debían ser transferidos ya que estaba prohibido desechar o eliminarlo,
3. Prohibía la experimentación con embriones,
4. Prohibía comercializar óvulos o espermatozoides.

Nueve parejas de este país que se vieron afectadas por este decreto denunciaron frente a los órganos internos pertinentes la inconstitucionalidad de este decreto debido a que viola derechos humanos contemplados en su Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos como lo es el derecho a la vida privada, familiar, formar una familia e igualdad. Posteriormente presentaron el caso frente a la Corte.

Después de conceder tres prorrogas al Estado, la Comisión decidió someter el caso a la Corte.

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el año 2002, emitió el Decreto No. 2429-S, que prohibía la práctica de una de las THRA, específicamente la fecundación In Vitro “FIV”, siendo así el único país del mundo que prohibía de forma expresa estas prácticas. (CIDH, Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, 2012)

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sostuvo su argumento en que se violaba la vida humana, la misma que es protegida en ese país desde la concepción, y que mediante la aplicación de esta técnica existían una gran cantidad de pérdida de embriones

los cuales son seres humanos. Costa Rica sustentó que este Decreto defendía la vida conforme se encuentra regulado en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el año 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante CIDH, se pronunció con respecto a la prohibición de fecundación In Vitro en Costa Rica, debido a que 18 ciudadanos costarricenses presentaron una serie de peticiones las cuales consideraban que esta regulación violaba los Derechos Humanos protegidos por la Convención Americana.

Frente a este proceso, en el año 2012 la CIDH dictó la sentencia del caso *Gretel Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, resolviendo que Costa Rica debe adoptar medidas adecuadas para que la fecundación In Vitro y las acciones legales que se tomaron frente a esta técnica queden sin efecto, con el fin de garantizar el principio de no discriminación. Declarando la inconstitucionalidad del Decreto No. 2429-S y como consecuencia su nulidad, ya que constituía una decisión totalmente arbitraria frente a los derechos a la vida familiar y privada, a la igualdad y a constituir una familia de las personas con problemas de infertilidad por cuanto el Estado prohibió el acceso a un procedimiento médico que les hubiera permitido superar este inconveniente que imposibilita a las personas poder concebir hijos biológicos.

La salud y específicamente la salud reproductiva están vinculadas directamente con las THRA, cuestiones que por el hecho de no ser reguladas de una manera expresa, forman parte de una cuestión privada y particular. Es decir que son personas que por necesidad de concebir una hija o hijo acuden voluntariamente a profesionales de la salud, especialistas en el campo, para poder lograr el anhelado objetivo. Por ser privado, las personas que acuden a estas clínicas y se someten a los métodos médicos sin fiscalización ni un control que se encuentre regulado de forma expresa en la ley, lo que en algunas ocasiones puede provocar un abuso por parte de los médicos y daños y perjuicios a los pacientes, por esta razón se debe realizar una norma expresa por parte del Estado.

Algunos de los aspectos que se deben considerar de manera prioritaria son que los especialistas que realizan estas prácticas deberán ser acreditados y especializados en este campo, para de esta manera los pacientes tengan una atención responsable y adecuada según su caso particular.

A diferencia de otros países, dentro de nuestro ordenamiento jurídico el acceso de las THRA no se encuentra preceptuado de manera integral en una ley especial. Debido a esto no existe una aceptación a las mismas, ni tampoco las rechaza, por lo que resulta complejo dar una solución concreta. Se debe tomar en cuenta que para poder solucionar estos problemas y emitir a futuro una legislación sobre el derecho humano a la reproducción asistida se debe tomar en cuenta que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de otra.

2. CAPÍTULO II

FAMILIA

2.1 Etimología de familia

Etimológicamente el término familia viene de “*dha* (asentar), *dhaman* (asiento, morada, casa). Se ha dicho que también se deriva de *famel* (hambre)” (Piug Peña, 1972). En Roma, la familia era el grupo de esclavos de un mismo dueño, o el conjunto de personas que estaba al mando de un mismo *paterfamilias*. Pero también se consideraba familia al “grupo de personas unidas por cierto parentesco” (Fessia, 1996)

La expansión de Roma se debe a estas organizaciones, ya que dentro de las “familias” se impartía educación, respeto, cohesión y ordenes entre sus miembros.

Se puede considerar que familia es el conjunto de personas que viven bajo un mismo techo y satisfacen sus necesidades. La naturaleza del humano es vivir en comunidad, sin embargo en la actualidad el concepto de familia no lleva ese precepto dentro de sí, sino que determina a una familia por los vínculos de parentesco que existe entre sus miembros.

2.2 Concepto

El término familia ha sido utilizado en varios sentidos, de modo que familia son todas las personas que dentro del orden familiar tienen algún vínculo jurídico. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 16 numeral 3 menciona “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Debido a la dinámica y a la evolución que ha tenido la institución familia desde sus inicios es difícil encontrar un concepto jurídico específico señalado por la Ley. Sin embargo se la puede definir por medio de sus elementos que son:

1. Filiación: conjunto de personas que esta unidas por un vínculo determinado,
2. Sujeción: uno de los miembros de la familia,
3. Parentesco: conjunto de personas que comparten un mismo vinculo jurídico,
4. Convivencia: grupo de personas que viven ligados entre si bajo las mismas costumbres, recursos y generalmente mismo techo.

“Contemporáneamente somos testigos del pasaje de una sociedad tradicional a una globalizada, internacional e intercultural. Del mismo modo la familia, eje del entorno social, político y jurídico de un país, ha sufrido este proceso evolucionista mutando desde la familia tradicional a nuevos paradigmas.” (Tello, 2014)

En nuestro ordenamiento jurídico las normas vinculantes al Derecho de Familia se encuentran en diferentes cuerpos normativos, en la Constitución, Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Civil. La familia es el núcleo esencial de la sociedad, la

Constitución en su artículo 67, “Se reconoce la familia en sus diversos tipos”, además de la familia matrimonial, cuya fuente sin duda es en el matrimonio, existe la familia extramatrimonial que es la unión entre un hombre y una mujer, o dos personas del mismo sexo que conviven por un tiempo prolongado y crea los mismos derechos y obligaciones que un matrimonio. (Constitución, artículo 68).

“Por esta razón nuestra Constitución reconoce la familia en sus diversos tipos:

1. Familia heterosexual o familia nuclear, es tradicionalmente la familia básica cuya base es el matrimonio o la unión de hecho entre un hombre y una mujer.
2. La familia mono parental es aquella familia que se constituye por uno de los padres por diversos orígenes (padres divorciados, embarazo precoz, fallecimiento de uno de los cónyuges).
3. Familias ensambladas son aquellas en las que los padres se han separado y han formado otra familia con otra pareja.
4. Familias biparental sin hijos son formadas por una pareja que no tiene hijos.
5. Familias extensas o consanguíneas, son las que se componen de más de una unidad nuclear, y tiene más de dos generaciones incluyendo padres, hijos, abuelos, tíos, sobrinos, primos y demás.
6. Familias homosexuales son aquellas formadas por personas del mismo sexo, que la legislación del país donde viven ha reconocido el matrimonio gay.”

(García, 2011)

Compartimos la clasificación de familia del Dr. García Falconí sin embargo consideramos que la palabra “*gay*” es discriminatorio y peyorativo, el termino adecuado con el que se debe nombrar a parejas del mismo sexo que han contraído matrimonio debe ser “*matrimonio igualitario*”.

2.3 Filiación

Una de las instituciones más importantes dentro del derecho de familia es la filiación.

(García, 2009) Define a filiación como “...el vínculo jurídico que liga al hijo con su madre o padre, y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado. De este modo, la maternidad y la paternidad constituye la doble fuente de la filiación, la matrimonial en el hecho de que la mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto; y la paternidad en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado su padre”.

De este modo podemos definir a filiación como la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra.

Frente a estos conceptos podemos determinar que la filiación es la declaración de que una persona tiene algún tipo de vínculo *familiar* con otra o en términos más concretos que es hija de otra. Por esta razón la filiación no siempre se va a ver vinculada por el hecho biológico.

Antiguamente en Derecho Romano se aplicaba el axioma “Mater Semper certa est”, que significa madre es la que gesta y pare, el cual se rige por el parto como único hecho de maternidad vinculante y por ende a la identidad del hijo concebido por la mujer gestante. (Magallón, 2000)

Sin embargo con la aparición de las THRA, esta teoría es discutida, ya que la realidad o verdad biológica no es la única que existe, sino también existe una verdad familiar, afectiva y social, las cuales son consideradas cuando los padres no han podido concebir. Por forma natural y han optado por otros métodos para poder concebir por esta razón existen hijos que

genéticamente no son iguales a sus padres. Estos hechos se contraponen a la identidad relacionada con la verdad biológica.

En la actualidad en nuestro Código Civil se reconocen cuatro tipos de filiación:

1. Hijos nacidos en matrimonio, (Código Civil, art, 233)
2. Adopción, (Código Civil, art, 314)
3. Reconocimiento voluntario, (Código Civil, art, 247)
4. Declaración de un juez, (Codigo Civil, art, 273)

Consideramos que la voluntad procreacional debe ser considerada como un quinto tipo de filiación, ya que por medio de esta existen vínculos filiatorios entre padres e hijos que no se encuentran enmarcados dentro de ninguno de los anteriores como lo explicamos más adelante.

2.3.1 Antecedentes históricos

Sociólogos y antropólogos han desarrollado distintas teorías sobre la evolución de las estructuras familiares. La constitución de la familia se remonta a los primeros momentos del hombre, incluso muchas especies animales tienen una organización más o menos compleja referente a materia familiar.

Una de las teorías más aceptadas de la evolución de familia es la siguiente:

- “1. Horda: fue una simple asociación, compuesta por varias familias casi independientes, que no tenían una residencia fija ni un jefe permanente,
2. El Clan: es un grupo de familias que reconocen un origen derivado de un “antepasado común”, que generalmente era una planta o un animal.
3. La Gens: es una agrupación civil propia de la sociedad romana primitiva, sus miembros eran gentiles. Cada gens tenía su propio culto y su organización se basaba en la descendencia masculina.

4. La Tribu: era el conjunto de varios clanes, sometidos al jefe que era el más anciano o de mayor influencia. Tenían una forma de gobierno y un territorio definido”. (Díaz de Guijarro, 1965)

La familia no es un concepto estático, sino que ha evolucionado con el tiempo su estructura e incluso sus funciones, conjuntamente con las transformaciones de la sociedad relacionada con factores políticos, económicos, sociales y culturales.

Dentro del Derecho Romano se reconocían distintas maneras de unión entre un hombre y una mujer, dentro de las cuales se conformaba una filiación:

“1. Justas nupcias, los hijos concebidos dentro de un matrimonio celebrado por ciudadanos romanos eran considerados como hijos legítimos.

2. Concubernio, se denominaba de esta manera a la unión que existía entre esclavos o un esclavo y una persona libre, en el cual el hijo no generaba derechos y seguía la condición de su madre, es decir no creaba parentesco.”

(Vásquez, 2012)

Con estos antecedentes podemos deducir que en el derecho romano no se estipulo derechos con respecto a los hijos nacidos fuera del matrimonio, ni a los nacidos de otros miembros de la sociedad que no eran ciudadanos romanos.

2.3.2 Reconocimiento de hijos

El reconocimiento de los hijos puede ser:

1. Judicial: esta se da cuando no se ha reconocido a la hija o hijo voluntariamente y ha sido necesario acudir a la administración de justicia para que resuelva si existe o no filiación, la cual se determina por medio de una sentencia ejecutoriada o resolución judicial en la cual se declara la existencia o inexistencia de maternidad o paternidad. (Código Civil, art, 252)
2. Voluntaria: los hijos nacidos fuera de un matrimonio, pueden ser reconocidos libre y voluntariamente por sus padres y gozará de los derechos establecidos en la ley. (Código Civil, art. 249)

La determinación de la filiación es de gran importancia, ya que de esta proviene una serie de efectos jurídicos como la tutela, la patria potestad, alimentos, custodia, derechos sucesorios entre otros.

Tomando en cuenta estos antecedentes establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, debemos mencionar que la Constitución del Ecuador en su artículo 69 determina que: “Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.”. Entendemos que no existirá ningún tipo de discriminación por su origen incluyendo a los niños concebidos mediante THRA.

De un lado existe controversia sobre si el donante de gametos puede renunciar a paternidad o maternidad de una forma válida, por otra parte con el mero hecho de la aceptación de la donación y fecundación de un gameto se crea un vínculo filial de la o el hijo que genéticamente no lo es, por el hecho de que interviene la voluntad procreacional.

Referente al planteamiento anterior determinamos que la relación filial que se deriva en una reproducción biológica es la relación sexual, que culmina en una fecundación, sin importar si existía voluntad de los padres en querer procrear, por otro lado tenemos la filiación que se crea por medio de la adopción la cual se establece mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley y de la voluntad de los adoptantes en querer ser padres. Sin embargo no existe una determinación exacta de la filiación de los nacidos por medio de las THRA

2.4 Diferencia de las técnicas humanas de reproducción asistida con los otros tipos de filiación

2.4.1 Filiación natural

Cabe señalar que la filiación derivada de la THRA están fundamentadas en un elemento volitivo, tal situación se traduce en que la determinación e impugnación divergen de la filiación por naturaleza, en el cual el vínculo filial se basa en el elemento biológico, el cual está íntimamente relacionado al elemento genético, es decir la filiación derivada de las

THRA no se deriva de un acto sexual cuyo objetivo es la procreación, tomándose en cuenta que la filiación por naturaleza se subordina al acto sexual para procrear.

En casi todos los casos de THRA con excepción de las técnicas heterólogas, el elemento volitivo y el genético son aportados por la misma persona.

La impugnación por naturaleza se basa en el vínculo biológico, mientras que en las THRA se habilita en la existencia del elemento volitivo (*la persona que consintió o que no consintió el acto*) ya que no puede derivarse de lo genético ni de lo biológico porque no siempre estos existen.

La importancia de esta diferencia se basa en los casos en los cuales se consintió la procreación, es decir que si existía un elemento volitivo previo no se podrá impugnar, ya que existe un consentimiento previamente prestado y dado, esto se fundamenta básicamente en los casos en los cuales las THRA no son heterólogas y no existe el mismo vínculo genético entre los padres y el hijo. En teoría podría impugnarse alegando la falta del mismo.

2.4.2 Filiación por adopción.

Es de destacar que las técnicas humanas de reproducción asistida, así como la adopción se subordinan a un elemento volitivo, el cual en las THRA debe ser plasmado legalmente con anterioridad al nacimiento del niño, lo cual revela que el niño nace como resultado de la voluntad previa a su nacimiento, en el caso de la adopción el elemento volitivo es posterior al nacimiento del niño, es decir la voluntad de adopción se materializa con el niño presente físicamente.

Debe destacarse que la mayor diferencia que se verifica entre estos dos tipos de filiación está dada porque en la adopción no existe un vínculo genético, lo cual se traduce en que no se verifican vínculos biológicos y genéticos entre padres y progenitores, mientras que en los casos en los que se utilizaron las técnicas homologas de reproducción asistida el factor genético es coincidente con los padres o al menos uno de los mismos.

2.4.3 Filiación por técnicas humanas de reproducción asistida

Como lo mencionamos anteriormente la filiación derivada de las THRA no se involucra en ninguno de los dos tipos antes mencionados (*naturaleza y adopción*) existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Por esta razón es necesario que los legisladores regulen e implementen en nuestro Código Civil y normativa en general este tercer tipo de filiación.

La decisión de tener hijos pertenece a la esfera más importante de la vida privada familiar y a formar como se constituye dicha decisión que es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. (CIDH, *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, 2012)

Cada día son más los nacimientos de niños concebidos mediante THRA. Por esta razón la filiación derivada de estas técnicas debe ser se vea reflejada en una norma jurídica en nuestro país.

2.5 Nuevas concepciones de familia derivadas de las técnicas humanas de reproducción asistida

Las técnicas homologas de reproducción asistida propiciaron que la capacidad reproductiva del ser humano se ampliase de modo que la relación sexual directa no sería la única forma de lograr la reproducción, es decir se logró que a través del semen con el uso de la inseminación o a través del óvulo fecundado in vitro se lograra una reproducción efectiva, estableciéndose un nexo directo con la genética gracias a estas técnicas homologas de reproducción asistida. Resultado de dichas transformaciones hoy se evidencian tres criterios diferenciados de biológico, genético y voluntario.

“La relación jurídica derivada de las TRA no es la filiación que hasta ahora se conocía ni la paternidad/maternidad predicables son las que el Derecho occidental de Roma hacia acá, y la cultura universal, habían elaborado.”
(Rivero, 1998)

Las THRA han creado numerosos cambios dentro del Derecho de Familia, la determinación de la filiación de los niños concebidos mediante estas técnicas es,

posiblemente, el punto más importante considerando que nuestras normas vigentes se muestran insuficientes frente a estos casos.

Por esta razón las THRA modifican y separan dos aspectos diferentes a la reproducción natural, que son:

1. “Voluntario,
2. Genético - biológico.” (Lamm, 2013)

En la procreación natural el aporte biológico es netamente genético, mientras que en las THRA no sucede lo mismo y el aporte puede ser únicamente genético. Por esta razón el elemento volitivo dentro de la procreación asistida es de gran importancia, debido a que cuando existe un conflicto entre lo biológico y genético, se toma en cuenta el elemento volitivo con el fin de solucionar las controversias, esto se debe a que prevalece la paternidad consentida y deseada, sobre la genética. Es aquí donde surge el término “voluntad procreacional”, donde la filiación se determina no por medios biológicos o genéticos si no en torno al consentimiento prestado de querer concebir a un hijo.

2.6 Maternidad o gestación subrogada

Para (Zannoni, 1998) “La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja

Puede definirse a la maternidad subrogada o gestación sustitutiva como aquella práctica en la cual la “*mujer gestante*”, se compromete a llevar a cabo un embarazo por medio de un acuerdo previo entre las partes, en el cual se determina que se someterá a una de las THRA y desarrollará un embarazo. El momento del nacimiento del niño lo entregará a las personas que previamente han solicitado este proceso, renunciando así a los derechos que le corresponderían como madre y evitando así que exista un vínculo de filiación con el recién nacido y la madre que lo gestó.

Este concepto se debe a que la carga genética de los hijos concebidos mediante esta técnica no pertenecen a la madre que lo gestó, sino a los padres que han recurrido a estas

técnicas o a un tercero (*donante*) que ha sido solicitado por parte de los mismos, en los casos en los cuales existe un donante y los hijos procreados no tienen ninguna carga genética de los padres solicitantes los hijos son considerados como “adoptivos”.

Este proceso ha facilitado la maternidad a las mujeres que biológicamente no pueden llevar a cabo un embarazo o en el caso de las parejas homosexuales. Este tipo de gestación implica una forma distinta de determinar la filiación (*Filiación determinada por THRA*), ya que en algunos casos la madre sustitutiva puede o no coincidir con el material genético.

Según Zannoni (1998), “en 1975 se publicó un anuncio en el cual se buscaba un niño “artificial”, esta publicación fue hecha por una pareja, que la mujer era estéril. En el mismo año un médico inseminó con el semen del anunciante a una mujer, cuando él bebé nació, la pareja lo recibió y nunca conocieron a su madre biológica.”

2.6.1 Formas de maternidad subrogada

Existen distintas maneras para que exista una maternidad subrogada, estas son:

1. La pareja que va a utilizar un método como la maternidad subrogada aporta el material genético en su totalidad, es decir la pareja da a la madre sustituta el gameto (unión de ovulo con espermatozoide), en este caso el hijo producto de este procedimiento no tendrá material genético vinculado a la madre que desarrolló el embarazo.
2. La madre sustituta aporta el ovulo para que este sea fecundado por el esperma de la pareja solicitante o de un donante, en este caso si existe material genético de la madre gestante en el hijo. (Bolton, 2011)

La diferencia entre la madre genética y la gestante es que la primera es aquella que da su óvulo, por esta razón transmite su carga genética al hijo, mientras que la segunda presta únicamente su vientre para que dentro de él se desarrolle el embrión durante los nueve meses aproximados que dura un embarazo.

2.6.2 Contrato de maternidad subrogada

Según la Naranjo, G. (1994) “el contrato de maternidad delegada es un contrato de derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria, o por un sentimiento altruista, a dejar que se le implante un óvulo fecundado de otra mujer o, un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante inseminación con el espermatozoides de un hombre diverso de su marido o compañero permanente (si los tiene) con la obligación de entregar la criatura después de su nacimiento a la(s) otra(s) parte(s) contratante(s).”

Tomando estas referencias, en el caso hipotético que dentro de nuestra legislación se encuentre regulado este tipo de acto jurídico, se hablaría de un contrato con las siguientes características básicas “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer...” (Código Civil, artículo 1454), el cual pese a la falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico de este tipo de contratos tendrían las siguientes características consideradas como básicas serían contratos innominados ya que no se encuentra expresamente en la ley, de igual manera serían de tracto sucesivo debido a que la prestación tiene un tiempo de nueve meses aproximados para que se cumpla. Obviamente las personas que realizan este tipo de contratos deben tener la capacidad legal para contratar.

2.6.3 Referencias legislativas en Ecuador

En Ecuador en el año 2000, la Comisión de la Mujer presentó un proyecto del Código de Familia. En este proyecto queda clara la prohibición de la maternidad subrogada haciendo énfasis en la importancia de la realidad de este tema y su regulación.

No existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico una ley que apruebe o prohíba estas prácticas, referente a esto nos encontramos con un vacío legal, el cual ha permitido que estas prácticas se las realice de forma particular sin control alguno.

La realidad de la sociedad está regulada por el Derecho, por esta razón la maternidad subrogada es una realidad cierta en nuestro país, por esta razón es necesario que se legisle mediante un profundo análisis para de esta manera evitar que se produzcan conflictos con las normas vigentes, afectando así el interés superior del niño y familia.

2.7 Características del contrato de donación de óvulos o semen

Pese a que dentro de nuestra legislación no existe la figura concreta de un “contrato de donación de semen u óvulos”, intentaremos definir tomando en cuenta las referencias y las disposiciones legales que existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Como lo mencionamos con anterioridad un contrato es el acuerdo con mutuo consentimiento entre dos o más personas, que crean entre si un vínculo obligatorio, de esta manera se obligan unos con otros. (Código Civil, art, 1481).

Las principales características de un contrato de donación de óvulos o semen:

1. Gratuito: la donación es un acto gratuito y altruista, que nunca tendrá un carácter lucrativo o comercial, por esta razón solo se puede compensar aspectos como molestias físicas, gastos de desplazamiento y laborales que se derivan de la donación, esta “*compensación económica resarcitoria*” debe estar determinada en la ley dependiendo del caso y la intervención médica que involucre, con el fin de marcar límites a estas compensaciones.
2. Bilateral imperfecto: porque el donante es el único obligado, que debe suministrar la institución. Sin perjuicio de las obligaciones del donatario como brindar información.
3. Consensual: Porque nace del acuerdo de voluntades.
4. Formal: la donación se formaliza mediante un contrato escrito entre el donante y banco receptor, que generalmente está compuesto por información del paciente, de la institución y la ley. (Sociedad Española de Fertilidad, 2015)

2.7.1 Procedimiento previo a la donación.

El donante antes de poder realizar su donación, debe realizarse varios estudios para poder determinar su estado psicofísico, para poder determinar cuáles son las características fenotípicas del donante y a su vez conocer su historia clínica, esto para poder prevenir enfermedades genéticas, infecciosas o hereditarias, estos exámenes se realizan con seis meses previos a la extracción donación, esto se debe ya que las muestras requieren un tiempo determinado dentro del laboratorio para su estudio, el cual no podrá ser menor a 40 días. (Instituto de Reproducción CEFER, 2016)

El donante debe tomar en cuenta las siguientes situaciones previas a la donación:

El donante casado o en unión de hecho legalmente constituida, deberá tener el permiso de su conyugue, esto se lo realiza para precautelar a estas instituciones. Considerando que no existe un derecho frente al óvulo o espermatozoide de la pareja.

“No debe ser menor a 18 años ni mayor a 50”. (Salazar, 2012)

2.7.2 Bancos de óvulos o semen

Los bancos de óvulos y semen surgen a raíz de la aparición de las THRA, con el objetivo de corregir la infertilidad humana, aunque también se los ha utilizado con fines terapéuticos para evitar y para curar distintos tipos de enfermedades en las niñas y niños.

En Ecuador no existe una norma expresa que regule cuáles son los requisitos y principios básicos para el adecuado funcionamiento de estos bancos en específico, si existen normas internacionales las cuales nos pueden servir de guía para el correcto ejercicio de las mismas.

Sin embargo pese a esta dificultad, la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida se ha encargado de regular y controlar a estos bancos con el fin de que se normalice, el funcionamiento de los mismos, sobre todo en América del Sur.

2.8 Voluntad procreacional

Díaz de Guijarro (1965), años atrás definía a la voluntad procreacional como “el deseo o intención de crear una nueva vida”.

“La biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la voluntad procreacional y de su exteriorización a través del consentimiento informado. Mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo” (Herrera, Kemelmajer De Carlucci, & Lamm, 2011)

La voluntad procreacional en términos generales es el deseo de tener un hijo. Dentro de este concepto entran algunos elementos que desglosan su significado en concreto, y estos son:

1. Amor filial: que es el deseo de tener hijos,
2. Acto volitivo: es decir tener la voluntad, el ánimo de ser padre,
3. Autónomo: debido a que es una decisión independiente de cada persona o de cada pareja, sin necesidad de que sea influenciado por alguna causa externa. (Herrera, 2012)

La forma de procrear por medio de las THRA ha creado nuevos paradigmas de familia, lo cual separa a la maternidad y paternidad del ámbito biológico. Por esta razón Díaz de Guijarro (1965), postula la “teoría de la *voluntad procreacional* como herramienta de inteligibilidad jurídica por medio de la cual se procura dar cuenta de la nueva realidad filiatoria que introducen las Técnicas de Fertilización asistida al establecer, con base en ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad.”

Ante estos conceptos se determina una separación de lo sexual, lo reproductivo y la voluntad procreacional, lo que constituye un vínculo filial que se crea por medio de la

voluntad expresa del hombre o mujer que desean procrear sin la necesidad de un aporte biológico o genético.

La voluntad procreacional es considerada como una de las bases fundamentales de las THRA esto se debe a que se encuentra inmersa en el desarrollo de la identidad de una manera distinta al vínculo biológico o genético, esto se sustenta a la filiación y desarrollo social del hijo. En otras palabras mediante el elemento volitivo o voluntad procreacional se han creado nuevas posibilidades para determinar la filiación de un hijo concebido mediante las THRA, ya que de aquí nace *“el anhelado o deseo de procrear”*

Este concepto es de gran importancia sobre todo en los casos de maternidad subrogada o cuando ha intervenido un donante dentro del proceso de concepción. El fin de este precepto es que los “padres” que desearon tener al hijo lo inscriban como suyo pese a que biológica o genéticamente no sea igual a estos, de esta manera se forja el compromiso de crear un ambiente familiar adecuado para el niño y se inscribe al hijo con los progenitores que tienen vínculo volitivo con el niño.

Considerando estos aspectos la identidad del humano es un conjunto de distintos elementos, que se van formando a lo largo de la vida de cada persona de una manera cambiante y dinámica.

En conclusión la voluntad procreacional, es un hecho que va mucho más allá del ser padre o madre, dentro de un vínculo biológico - genético, es el querer ser o la voluntad de engendrar, de esta manera las personas acuden a las THRA con el fin de lograr que su voluntad de procrear se cumpla por medio de estas.

En Argentina el artículo 9, Ley 26.994 reconoce la filiación por “voluntad procreacional” en favor de quienes hayan tenido hijos e hijas por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).”

Se debe considerar la voluntad procreacional como fuente de filiación autónoma, ya que si nos negamos a su regulación nos estaríamos negando tácitamente a la aplicación las THRA, debido a que este elemento volitivo es el elemento principal y fundamental cuando

una persona desea someterse a las THRA, ya que en un futuro en el caso de que exista negación frente a la voluntad procreacional, una tercera persona podría reclamar un vínculo filial materno o paterno con respecto a un hijo concebido a través de una de las técnicas. También debemos tomar en cuenta que los donantes dejarían de dar su material genético, porque en un futuro tendrían una alta posibilidad de acción de paternidad o maternidad en su contra considerando que no lo hacen con el objetivo de procrear sino con un fin “solidario”.

3. CAPÍTULO III

DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS HUMANAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

3.1 Interés superior del niño

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, provocó un cambio radical en nuestra sociedad con respecto a los derechos del niño ya que lo reconoció como sujeto pleno de derechos. El principio del interés superior del niño es considerado principal con respecto a las demás medidas de protección referentes a los niños, tomando en cuenta a este principio como guía para la aplicación o interpretación de los demás artículos de la Convención.

Tomando en cuenta estas consideraciones existen tres elementos fundamentales para poder comprender de mejor manera la definición de este principio:

1. “Principio garantista, de esta manera todas las decisiones que incluyan a niños o niñas deben ser prioritarias haciendo referencia a la satisfacción de la garantía integral de sus derechos.
2. Amplitud, este principio va más allá del aspecto judicial o legislativo, incluyendo a toda la sociedad.
3. Norma de interpretación, debido a que es una pauta fundamental para solucionar controversias que incluya a otros sujetos de derechos. (SIPI, 2014)

Desde el punto de vista jurídico, la elevación del interés superior del niño al rango de principio tiene dos implicancias fundamentales.

1. Cumple una función hermenéutica, en tanto permite que se haga una interpretación sistémica y acorde con el predominio de los derechos de la infancia. Como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del niño es un “principio regulador de la normativa de los derechos del niño fundamentada en la dignidad del ser humano”. En este sentido, se entiende como clave del conjunto de

derechos centrados en la infancia (instrumentos jurídicos internacionales y nacionales).

2. 2. Su cumplimiento se impone como obligación tanto en el ámbito público como privado. (Alegre, Hernández, Roger, 2014)

Con la influencia positiva que tuvo la Convención sobre los Derechos del Niño, los Derechos de los Niños fueron tomando importancia constitucional y se comenzó a desarrollar una nueva etapa con respecto al ámbito jurídico que implica los derechos de los niños, es por esto que en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 11 consagra al interés superior del niño de la siguiente manera “Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justa equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías...”.

Este principio es el conjunto de medidas tomadas por el Estado, la sociedad y familia que garantizan y protegen el pleno ejercicio de los derechos y su desarrollo integral, considerando la dignidad, la libertad y equidad como fundamentos principales, es por esta razón que se consolida al niño como sujeto titular autónomo de sus derechos, todo esto con el fin de lograr un desarrollo de sus derechos.

El principio de interés superior del niño, desde un aspecto doctrinario es una jerarquización de los derechos de los niños por ser considerados como sujetos vulnerables frente a los demás, es decir que en los casos en los que existan controversias entre derechos de los niños y otros derechos se resolverá a favor de los primeros. Es decir que tomando en cuenta principios procesales, el interés superior del niño es considerado como una interpretación de preceptos legales del ordenamiento jurídico que pondera sobre los demás los vinculados a los niños. (Código de la niñez y Adolescencia, artículo 12)

Dentro de estos preceptos se debe considerar que el ejercicio de sus derechos y obligaciones son considerados progresivos ya que dependen de su nivel de desarrollo y madurez para su atención. (Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 13)

Cada sector de la doctrina le ha otorgado un alcance distinto al principio del interés superior del niño. Por una parte se sostiene que las THRA no violan los derechos del niño, ni su principio fundamental, sino que lo fomentan ya que obviamente es mejor existir a no hacerlo.

Aceptamos los criterios de (Herrera, Kemelmajer De Carlucci, & Lamm, 2011), cuando menciona que:

“No discutimos que el interés superior del niño es el eje central de toda decisión, resolución o consideración relativa a los derechos de niños y adolescentes, pero las técnicas, por el sólo hecho de ser tales, no lo contradicen: el deseo de los adultos no se opone necesariamente al de los niños; más aún, en el campo de la filiación por naturaleza se observa, con frecuencia, una importante cantidad de niños que nacen cuando los progenitores deciden, después de haber organizado y programado su llegada cuando las condiciones familiares son las adecuadas. Esta connotación se extiende a la filiación derivada de las TRHA en la cual, precisamente, la voluntad procreacional constituye un elemento fundamental para que una persona nazca, se la cuide, proteja y desee”.

El artículo 3 de la Convención menciona el interés superior como una “consideración primordial” para la toma de decisiones que afecten a los niños. En otras palabras, los derechos del niño no son asimilables a intereses colectivos porque pueden entrar en conflicto con un determinado grupo de interés social. En estos casos, el interés superior del niño adquiere una ponderación primordial frente a intereses colectivos. (SIPI, 2014)

Por otro lado existe la negación de la doctrina frente a lo que señalamos anteriormente, ya que menciona que la pregunta que se la haría al niño con respecto a que si desearía existir o no la respuesta sería obviamente positiva en todos los casos. Por esta razón no se

debería tomar en cuenta únicamente al deseo de existir del niño, si no se deberían hacer distintos cuestionamientos referentes a la vida del niño y su situación futura.

3.1.2 El interés superior del niño y las técnicas humanas de reproducción asistida en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en adelante CDN reconoce:

1. El principio de no discriminación de los niños (CDN, artículo 2),
2. El interés superior del niño (CDN, artículo 3)
3. “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a: un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos en la medida de lo posible.” (CDN, artículo 7)

Considerando lo mencionado en la CDN, el tema más importante que se debe tomar en cuenta para la regulación jurídica de las THRA, es el referente a los niños destinatarios de esta ley. Por esta razón se considera como prioridad a los derechos del niño concebido y su interés superior, por ser el principal implicado en las mismas.

Esta Convención involucra de forma sistematizada a todos los derechos humanos vinculados a los niños y adolescentes. Ha dado gran importancia al interés superior del niño y se fundamenta en este para crear políticas públicas y crear conciencia en la sociedad para una convivencia respetuosa e igualitaria con todos sus miembros especialmente los niños, por esta razón se lo ha considerado un principio “rector-guía” dentro de la Convención.

3.2 Concepto del derecho a la identidad

Para (Morales, 2008) “la identidad personal es ser uno mismo, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, constituyendo la misma verdad de la persona.”

Para (Fernández, 1992) la identidad como “todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”.

La identidad puede ser definida como la congruencia de características, condiciones, pensamientos y actitudes del individuo que lo hacen único y diferente, constituyéndose dicha reunión de elementos cualitativos en identidad, la cual garantiza que el individuo posea una conciencia de su lugar y efecto dentro del grupo social.

La construcción de la identidad es un proceso que se desarrolla dentro de nuestro medio social, cultural y familiar. Y es lo que nos diferencia a uno de otros por características personales que individualmente poseemos pese a tener muchas veces algunos caracteres compartidos con otros miembros de nuestra sociedad o familia, cada persona es diferente y única. (UNICEF, 2016)

Desde un punto de vista individual, el derecho a la identidad incluye garantizar la tolerancia y no discriminación entre las personas y a su vez las relaciones personales que abarcan familia, comunidades, religiones, costumbres. Estos vínculos son denominados identidad grupal que desde un aspecto más amplio desarrollan la identidad personal de cada individuo.

Frente a estos conceptos (Andorno, 1993), afirma que “los medios masivos de comunicación influyen en la construcción de la identidad y la misma cultura en una persona y sociedad y como consecuencia de la sociedad”, es decir que nuestra identidad depende de aspectos internos y exigencias del medio en el que vivimos.

Debemos destacar la diferencia ente el origen biológico y el genético que muchas veces es confundido. El primero tiene que ver con los vínculos filiatorios que son parte de la historia de una persona, mientras que el segundo es el dato técnico vinculado con la herencia genética. (Kemelmajer, 2010)

Pese a que la identidad está relacionada con aspectos externos, es algo propio de cada individuo, lo que crea una esencia concreta de las cualidades propias de cada uno de nosotros.

3.2.1 Derecho a la identidad

El derecho a la identidad es considerado como un derecho humano, el cual se fundamenta en el desarrollo de la sociedad, este derecho conlleva distintas características y aspectos los cuales diferencian a las personas unas con otras, como el nombre, la nacionalidad, edad, entre otros. Esto se ve plasmado en un documento de identificación que es responsabilidad del Estado que todas sus miembros lo posean.

“Según UNIFEC (2007) el derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad, una familia y sus orígenes como condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas. El reconocimiento del derecho a la identidad a través del registro de nacimiento permite al niño o niña adquirir una identidad, un nombre y una nacionalidad. Asimismo, implica su incorporación como sujeto de derechos dentro de un Estado y su acceso a un conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

La identidad personal tiene dos aspectos fundamentales: el individual que corresponde a los hechos, es decir los datos que incluye la cédula de identificación, y los referentes a la identidad cualitativa que es todo lo relacionado con cultura, valores y formas de vida.

El Derecho a la identidad involucra otros derechos constitucionales:

1. Derecho a la libertad,
2. Derecho a una identificación,
3. Derecho a una sana y libre formación de la identidad personal,
4. Derecho al conocer la identidad biológica y gozar de un emplazamiento familiar,
5. Derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones. (Morales, 2015)

La identidad dentro del ámbito de vista jurídico, da a las personas jurídicas colectivas e individuales atributos que son nacionalidad, capacidad de goce, estado civil, patrimonio entre otras. Se considera identidad personal a todas aquellas cualidades que diferencian a

una persona del resto, esto le otorga individualización a cada individuo para no ser confundido hasta su muerte.

Considerando estas perspectivas del derecho a la identidad que involucra más allá de cualidades físicas y biológicas de las personas como lo son aspectos espirituales, profesionales. Considero que coinciden con lo expresado por (Zannoni, 1998), cuando menciona que “el concepto de identidad filiatoria como pura referencia de su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección de la dinámica de la identidad filiatoria”. Es decir se tiene que considerar todos los aspectos que intervienen en una relación familiar para poder conocer una verdadera identidad filiatoria, es decir no es únicamente el ámbito biológico el que lo determina como en los casos de adopción o de aplicación de la THRA.

3.2.2 Derecho a la identidad de los niños y niñas

Una parte importante dentro del derecho a la identidad es el referente al aspecto familiar, que una persona se identifique dentro de un núcleo familiar específico.

“Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás. Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores” (Zeledón, 2015)

Referente al concepto expresado, el derecho a la identidad consiste en el derecho de todos los niños a poseer un nombre, apellido y fecha de nacimiento, datos sobre los cuales se inicia el desarrollo de la identidad de las personas.

Para nuestro criterio el derecho a la identidad es uno de los bienes jurídicos fundamentales de los humanos, porque nos ayuda a conocer con certeza quienes somos y poder identificarnos dentro de una sociedad con las características que nos pertenecen en

contextos sociales y familiares, ya que la identidad familiar ayuda a desarrollar las bases para el adecuado desenvolvimiento de los niños dentro del medio. (Aldeas Infantiles SOS, 2015)

3.2.3 La identidad personal como un derecho personalísimo

(Salvat, 1946), mencionaba hace algunos años que “la proyección de los derechos de la personalidad era inevitable y que serían ampliados constantemente a medida que la humanidad progresara.”

Esto se hace evidente en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que antes se lo consideraba al derecho a la identidad como parte de otros derechos, sin embargo actualmente lo encontramos de expresado de forma individual. Esto se debe a la realidad fundada en que la persona es el eje principal y el fin para lo que es creado nuestro sistema legal.

El jurista italiano (Andorno, 1993), fue el primer doctrinario en Derecho Comparado, en tratar de diferenciar el derecho a la identidad de los demás derechos, este mencionaba que la identidad personal es “*aparente*” el cual se manifiesta en la sociedad en la que vive, y también está “*ser en sí mismo*” constituido por los caracteres y acciones propias e independientes de cada persona, de esta manera se constituye la “*misma verdad de la persona*”. Considerando este concepto se evidencia los dos elementos de la identidad estáticos y dinámicos. (Cantoral, 2015)

Tomando en cuenta los conceptos antes mencionados lo que cada persona busca o pretende buscar con su identidad es la verdad sobre sus orígenes en todo sentido, esto es parte del desarrollo y de la formación de cada persona, parte de esto es la filiación, lo que engloba vínculos de sangre y afectivos. Lo que tiene como consecuencia el ser único de cada persona.

La evolución de cada individuo independiente, inicia con su nacimiento, y todas las características que un recién nacido conlleva, su genética, cultura, nacionalidad, sociedad, que continúan en desarrollo durante toda su vida y culmina con la muerte. Por esta razón es

de gran importancia que el niño conozca su identidad en todos sus aspectos, conservando y apoyando de esta manera con su formación personal e individual.

Cuando hablamos de identidad involucramos distintas características inherentes al humano como idioma, costumbres, expresiones y rasgos específicos que los diferencian unos de otros. Dentro de un ámbito jurídico las principales características del derecho a la identidad son las siguientes:

Tabla 1 Características del derecho a la identidad

Característica	Descripción
Innato	Con el simple hecho del nacimiento de una persona aparece la individualidad, que se ve reflejada en el reconocimiento de los demás con respecto a un individuo. Es un atributo de la personalidad.
Originario	Se refiere al poder jurídico de la protección y consideración de cada persona frente a los demás.
Vitalicio	Porque es un derecho esencial que se concede para toda la vida.

Fuente: Morales, 2008

Elaborado por: Nataly Villasis Reyes

3.2.4 Derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El derecho a la identidad es un derecho que se encuentra enmarcado en nuestra Constitución, este derecho ha ido evolucionando de una manera progresiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y esto se debe a la importancia que ha tenido dentro de los instrumentos internacionales que con el pasar del tiempo han influenciado de manera positiva para garantizar y proteger de forma más amplia y concreta a los Derechos Humanos.

La evolución de este derecho la podemos palpar cuando realizamos una comparación con la Constitución Política de 1998, y la Constitución actual, en la primera se refería al derecho de identidad en su artículo 23 y mencionaba que “el Estado reconocerá y garantizará a las personas lo siguiente:... artículo 24. El derecho a la identidad, de acuerdo a la ley.”. Mientras que en la actual Constitución en el artículo 66 se encuentra tipificado dentro de los Derechos de libertad, en de los cuales “se reconoce y garantiza a las personas:... 28. 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.”

La principal diferencia radica en que, nuestra anterior Constitución solo hablábamos de un derecho a la identidad, sin embargo en la actual menciona los elementos o características que se involucran dentro del derecho a la identidad, con el fin de que los ecuatorianos conozcan todo lo que conlleva el derecho de identidad con un enfoque más garantista y proteccionista por parte del Estado.

Este derecho no está únicamente enmarcado en la Constitución, ya existen normas secundarias que están vinculadas con el fin que se cumpla con mayor eficacia, esto se ve reflejado en la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación principalmente en su artículo 30 que menciona cuales son los datos que deberá contener la inscripción de un niño recién nacido, la importancia de estos datos se debe a que son los primeros conocidos por la sociedad y dar una referencia de la identidad del niño.

3.2.5 La Identidad como principio constitucional

El Estado es considerado como una sociedad que está organizada jurídicamente, la cual tiene poder de coerción con sus habitantes, y tiene como deber principal garantizar los derechos consagrados en su Constitución y Tratados Internacionales sin discriminación alguna con el fin de lograr un goce y ejercicio de los mismos, es por esta razón que los

derechos tomado gran importancia y han tenido una atención especial por parte de los legisladores.

El derecho a la identidad es parte de la dignidad humana, por esta razón abarca no únicamente a la norma constitucional si no también se amplía a distintas normas que regulan este derecho, con el fin de lograr una directa y plena aplicación, como lo está expresado en el Código de la Niñez y Adolescencia específicamente en su artículo 33 el cual menciona "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho."

Por esta razón se considera que este derecho va más allá de la nacionalidad, nombre, edad. Sino que recoge un amplio conjunto de características que desarrollan la realidad individual de las personas, búsqueda que se da desde los primeros días de vida del individuo.

Lo importante de este derecho en resumen, es que brinda a la persona la posibilidad de conocer su procedencia, considerada como un hecho innegable y natural que debe ser reconocido como la relación más importante de las personas no solo dentro del ámbito familiar sino también social que ayudan a que una persona se sienta identificada consigo misma.

3.3 Tratados internacionales que versan sobre el Derecho a la Identidad

El derecho a la identidad es un punto complejo dentro del estudio de lo jurídico, por la inexistencia de normas referentes a este derecho en los cuerpos internacionales de la antigüedad.

En el año de 1989, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño se reconocieron varios elementos vinculantes al derecho a la identidad, debido a este antecedente este derecho tomo gran importancia y notoriedad para los países del mundo

que consideraron a los niños como sujetos jurídicos, frente a esto la Convención menciona que:

“Artículo 7: 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 11: 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.”
(Convención Internacional de los Derechos del Niño, 1989)

Actualmente la Convención sobre los Derechos del niño, se refiere expresamente a la identidad de los menores de una forma más clara y concisa y señala “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los Tratados Internacionales son considerados como fuente de derecho (Constitución, artículos 424 y 425). Entre los Tratados que han sido ratificados por Ecuador referentes al derecho de identidad podemos mencionar los siguientes considerados como “básicos”:

Tabla 2 *Tratados internacionales que hacen mención al derecho a la identidad*

Tratado Internacional	Artículo referente al derecho a la identidad
La Declaración de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas.	Artículo 7.1 y 8 “El derecho del niño a conocer su identidad familiar.”
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Artículo 24.2 “Todo niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”
Convención de los Derechos de los Niños	Artículo 7.1 “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

Elaborado por: Nataly Villasis Reyes

Estos tratados tienen una relación con el marco del derecho comunitario europeo, “Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina” el cual fue dictado en 1997 por el Consejo de Europa, dentro de este se dispuso que “se protegerán al ser humano en su dignidad e identidad” (Fama, 2012). Y garantizar a todas las personas los derechos fundamentales con respecto a estas ciencias.

Pese a que el derecho a la identidad ha sido reconocido internacionalmente como un derecho humano fundamental, sin embargo existen conflictos el momento de limitar cuales son los alcances que tiene este derecho.

3.4 Derecho a la intimidad personal y familiar

Este Derecho se encuentra señalado en el artículo 66 de la Constitución, dentro de los derechos de libertad en su numeral 20, este se refiere especialmente a los aspectos reservados de las personas los cuales están ligados al libre desarrollo y a la dignidad.

La calidad de vida de las personas está vinculada a la intimidad personal y familiar, la primera se refiere a la vida de la persona la cual deberá ser respetada y no será violada o interrumpida ilegítimamente por otra persona, mientras que la segunda es el derecho a que los aspectos referentes a la vida familiar a la que cada uno pertenece sean respetados.

Vinculado a este Derecho se encuentra la privacidad de la vida de las personas la cual debe ser protegida y respetada. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 12 expresa lo siguiente “y que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni su familia, ni cualquier entidad, ni de ataques a su honra o su reputación.” Considerándolo como un derecho humano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica (2012), menciona que “la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual

como de pareja. Señalo que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.”

El uso de las técnicas humanas de reproducción asistida está vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico. Referente a esto la Corte menciona que:

“El derecho a la vida privada se relaciona con:

1. La autonomía reproductiva,
2. El acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer este derecho, El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. (CIDH, Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, 2012)

3.5 Derecho a conocer los orígenes

Según Gonzáles, N. (2014) “El derecho a conocer los orígenes biológicos es defendido por una parte de la doctrina como un derecho derivado de los otros derechos humanos, como el derecho a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad o a la integridad física o moral”.

La Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño, en su artículo 7 menciona “el derecho del niño a conocer y a ser cuidado por sus padres, este derecho a conocer los orígenes biológicos cobra mayor importancia, especialmente en el ámbito de las personas concebidas mediante las THRA”. (Gonzales, 2014)

El derecho a que todas las personas puedan considerar sus orígenes está ligado al derecho a la identidad, y puede agregarse también como parte del principio del interés

superior del niño, derecho a la información, respeto de la dignidad humana y el derecho a la verdad.

Debemos considerar de gran importancia el texto relacionado con la *filiación a finales del siglo XX*, del II Congreso Mundial vaso, que expone lo siguiente:

“...la relación biológica del nacido de fecundación asistida respecto del donante de gametos tiene una enorme importancia para toda persona, pues determina una herencia genética de la que derivan importantes caracteres hereditarios ser moreno oscuro o albino, padecer hemofilia o tener una especial proclividad para el cáncer o la depresión, con notable trascendencia para la persona y en la conformación de su personalidad. Todo ello excede del ámbito de la relación jurídica familiar que es la de filiación, para afectar un derecho fundamental de la persona emparentado con el derecho a conocer el propio origen y con su dignidad personal.”

En las legislaciones que se ha tratado sobre las THRA, se ha limitado a dos corrientes. La primera pretende eliminar cualquier obstáculo de carácter jurídico para el uso de estas técnicas, lo cual no permite al niño nacido mediante estas técnicas poder conocer la identidad del donante que aportó su material genético para su concepción, a menos que exista alguna circunstancia en la cual la salud o la vida del niño se encuentre en peligro, únicamente en situaciones extraordinarias se podrá conocer la identidad de la persona que facilitó el material genético. La segunda situación reconoce el derecho del niño a conocer su verdad genética y biológica, por ende tiene derecho a conocer la identidad del donante. (Garrina, 2010)

Las posibilidades de conocer la identidad de los donantes anónimos comenzó en Suiza evidenciándose cuando la “Swedish Insemination Act No 1.140 reconoce el derecho del hijo nacido por TRA a conocer la identidad de quien proporcionó el material genético cuando alcance madurez suficiente” (Fama, 2012). Posteriormente se expandió por Europa, contemplándose en otras legislaciones.

El artículo 8 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño menciona que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Frente a lo expresado anteriormente nos queda claro que el niño tiene derecho a conocer sus orígenes. En Latinoamérica con respecto a este tema podemos hacer referencia a los siguientes países:

En el caso de Argentina la Ley 23.511 en su artículo 4, se crea un Banco Nacional de Datos Genéticos, “cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciera verosímil o razonable... se practicara el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia,; la negativa de someterse a los análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente” (La Gaceta Tucumán, 2013).

El Código de la Infancia de Colombia señala que todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar.

En el caso de Venezuela, el art. 56 de la Constitución declara que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y el de la madre, y a conocer la identidad de los mismos”.

En Bolivia, el Código del Niño afirma que “todo niño, niña o adolescente que haya sido adoptado tiene derecho a conocer los antecedentes de su adopción y referencias de su familia de origen”.

Este derecho no afectará a la filiación que ha sido atribuida en su debido tiempo de manera concreta, es decir que conocer la identidad del donante no tendrá ningún efecto secundario con respecto a la filiación establecida de manera oportuna ante la autoridad competente. Sin embargo pese a que los hijos concebidos mediante estas técnicas si pueden conocer la identidad de las personas que han brindado su material genético, las personas que se han sometido a estas técnicas no tendrán el derecho a esta información.

3.6 Verdad biológica

El Derecho de Familia y sus nuevas características se desarrollaron y esquematizaron a partir del siglo XX, esto se debe a la sustitución de la verdad formal por la verdad biológica con respecto a las relaciones filiales. El principio de la verdad biológica fue impulsada por dos factores: el primero se debe a la evolución científica que ha permitido que se realicen exámenes para poder conocer el ADN de las personas con distintos fines como el de conocer la verdadera paternidad, y también se debe a los grandes cambios culturales e ideológicos de la sociedad.

La maternidad, si bien es cierto, antiguamente no se dudaba, ya que se le otorgaba a la madre que dio a luz a su hijo, sin embargo la paternidad sí, pero fueron los test genéticos que ayudaron a despejar las dudas existentes en tema de paternidad y a dar al hijo el derecho a conocer su realidad genética y brindarle todos los derechos que la ley le concede como hijo.

De esta manera el principio de la verdad biológica no solo regula temas vinculados a la filiación, sino que es considerado como un elemento que favorece de manera directa al hijo, que es a quien le interesaría a futuro conocer a sus donantes con el fin de crear su propia identidad. En consecuencia este principio tiene las cualidades de un derecho humano fundamental, protegido por la Constitución e Instrumentos Internacionales. En nuestro Ordenamiento Jurídico se reconoce el derecho a vivir, desarrollarse y por ende conocer a su familia biológica. (Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 22).

3.7 El anonimato del donante

Dentro de las THRA, el anonimato del dador es un tema muy complejo de resolver, y esto se debe a que existen distintas posturas dentro de la doctrina.

Existen algunos aspectos que son importantes mencionarlos desde una postura neutra con respecto a cuestiones que favorecen y se contraponen al anonimato del donante, y entre ellas tenemos:

Tabla 3 Posturas respecto del anonimato del donante

A favor	En contra
El donante no tiene una voluntad procreacional, es decir que esta únicamente actuando de una manera “solidaria”.	Se viola en la mayoría de los casos el acceso a la información del donante que puede ser necesaria la salud física y psicológica del niño.
Que el donante mantenga su anonimato es parte fundamental de su derecho a la intimidad.	Es posible que en el futuro exista un posible vínculo de consanguinidad entre parejas.
Si existiría un registro de donantes publico sería posible de que muchas personas reclamen derechos con respecto a los niños o paternidad.	
Si no existiera el anonimato en los donantes de gametos la posibilidad de que personas donen sería más compleja por ende no se podría desarrollar las THRA.	

Elaborado por: Nataly Villasis Reyes

Dentro de esta explicación considero más importante destacar lo expresado por (Cabaleri, 2014), con respecto al anonimato de los donantes el cual menciona que “en principio, tanto la dación de gametos como su recepción, integrarían el ámbito de la intimidad y, en consecuencia, debería preservarse toda intrusión que quiebre el derecho de secreto o reserva de los sujetos involucrados. Sin embargo, frente a este anonimato, se encuentra el derecho del hijo concebido con el empleo de estas técnicas a conocer su realidad genética.”

Estamos frente a una colisión de derechos los cuales deben ser resueltos por nuestros legisladores con el fin de que se resuelva lo concerniente al derecho de identidad del niño considerando como situación principal el principio del interés superior del niño.

Considerando estos aspectos, el interés del donante a mantener su anonimato o de los padres afectivos a que no se vea perjudicado su relación filial que mantienen con su hijo, no puede ser sobrevalorada frente al derecho a la identidad de una persona.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las técnicas humanas de reproducción asistida favorecen al derecho a la vida y no perjudican a la dignidad humana, más bien constituyen un instrumento que la ciencia y la técnica han concebido al ser humano para favorecerlo, ya que la infertilidad debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad. Y se ofrecen como medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad, libertad personal, familiar y de fundar una familia. (Ramírez y Calzada, 2012)

Si bien es cierto actualmente el uso de estas técnicas se ha incrementado, debido a eficacia y a la esperanza que da a las parejas con problemas de infertilidad o parejas del mismo sexo para poder concebir, las cuales antiguamente veían la posibilidad de poder tener un hijo como algo imposible, sin embargo con los avances científicos y médicos la sociedad ha podido superar esta dificultad.

Tomando en cuenta que la familia es el núcleo central de la sociedad y el Estado, este último debe garantizar su protección en todos los aspectos que esta engloba, es decir si una familia se forma por medio de THRA estas deberían estar normadas de forma concreta dentro de algún cuerpo normativo con el fin de que su uso al igual que los sujetos que están involucrados sean responsables, tanto médicos, donantes y las personas que acuden a las mismas con el fin de que existan garantías exigibles el momento de su aplicación y uso. Considerando que “La falta de salvaguardas legales con respecto a la salud reproductiva resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva.” (CIDH, Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, 2012)

Dentro de estas técnicas están inmersos una serie de derechos como los de igualdad, no discriminación, salud sexual y reproductiva, los cuales desde una perspectiva a favor de estos procedimientos hacen que el uso de estas técnicas tenga validez total basándose principalmente en los principios enmarcados en nuestra Constitución con respecto a que el Estado se regirá a la bioética y a sus principios con el fin de garantizarlos.

Hacemos referencia principalmente a la bioética porque tiene gran importancia dentro de reproducción asistida, ya que este nace con el fin de combinar la tecnología, la medicina, la ciencia con los valores y la moral de la sociedad y así solucionar de manera responsable y ética retos de la ciencia como la infertilidad. La bioética se fundamenta en cuatro principios: “justicia, autonomía, no maleficencia y beneficencia” (Ciconne, 2005). Los cuales a mi criterio deberían ser considerados como fundamentales en la Constitución ya que actualmente la ciencia y la medicina tienen nuevas perspectivas y soluciones que haciendo referencia a estos principios daría soluciones responsables, adecuadas y efectivas para las personas y esto dará paso a una libre decisión de las personas con respecto a la salud y una responsabilidad directa de los médicos con respecto a los procedimientos que realizan.

Debido a la inexistencia de una ley que regule en nuestro país estas técnicas, podemos considerar a Argentina con la reciente aprobación de su Código Civil y Comercia de la Nación en el 2015, ha incrementado dentro de su legislación la regulación de las técnicas humanas de reproducción asistida y de esta manera se reconoce una tercera fuente filial, la derivada de las THRA. (Rodríguez, 2015)

Considerando Argentina como una realidad “similar” a la nuestra y tomando en cuenta lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Gretel Artavia Murillo y otros vs Costa Rica) y doctrina, los legisladores de nuestro país deberían tomar en cuenta estos antecedentes y comenzar estudios para legislar sobre el tema ya que es una realidad de la cual no estamos exentos y esto lo podemos comprobar con cifras ya que desde 1990 hasta 2011 nacieron 1100 niños por medio de THRA (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2016). Por esta razón debe existir una pronta normativa que regule no únicamente a los profesionales de la salud que las practican, sino también a las personas que se someten a estas técnicas y a la calidad de los procedimientos que se practica.

Otra dificultad que como consecuencia derivamos de la falta de normativa de las THRA, es la inexistencia de vinculo filiatorio proveniente de estas técnicas. Si bien es cierto que algunos doctrinarios la asocian con la filiación por adopción, no compartimos estos

criterios ya que consideramos que las características y problemas derivados de estas no son compatibles en su totalidad ya que la filiación derivada de las THRA, tiene un elemento sumamente importante que es la voluntad procreacional, que no es más que el deseo o el ánimo previo al nacimiento del niño, de tener un hijo, por esta razón las parejas se someten a este tipo de procedimientos y esta filiación debe ser reconocida como un quinto tipo en nuestro Código Civil.

Cuando un niño ha sido concebido mediante alguna de estas técnicas heterólogas, en las cuales se ha utilizado material genético de un tercer distinto al de sus padres, este niño mediante una acción judicial podrá conocer la identidad de su dador. Una persona que desea conocer su origen genético está precautelando su salud psicológica ya que de esta forma está buscando su historia personal con el fin de sentirse identificado con sus orígenes, elemento fundamental dentro del Derecho a la Identidad; con el fin de lograr un desarrollo de su vejez personal; teniendo el mismo derecho que como nuestra Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células brinda a las personas que han recibido una donación y exista algún problema de salud el beneficiario de esta podrá solicitar mediante una acción judicial conocer la identidad del dador, con el fin de resolverla. Todas las personas, deben gozar del derecho a conocer su origen genético es decir a sus donantes y su origen, lo cual es parte esencial de la identidad individual y de su desarrollo como personas desde un ámbito psicológico y sociológico.

Actualmente en nuestra legislación, por cuestiones de salud es la única razón por el cual el donante podrá obtener información de su dador. Todas las personas, deben gozar del derecho a conocer su origen genético es decir a sus donantes y su origen, lo cual es parte esencial de la identidad individual y de su desarrollo como personas desde un ámbito psicológico y sociológico.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma expresa que regule a las THRA, ni permita el acceso a la información del donante de un niño concebido mediante estas técnicas, pero podríamos sustentarnos en el propio derecho a la identidad (Constitución, artículo 66) que tiene como fin el desarrollo integral de una persona,

incluyendo el derecho a conocer sus orígenes y su verdad biológica y genética para obtener datos del dador. (Herrera, 2011)

Sin embargo consideramos de gran importancia que nuestra legislación permita que las personas concebidas mediante estas técnicas puedan mediante una acción judicial conocer la identidad del dador, pero esto no implica únicamente la creación de una ley que así lo permita; si no también la creación de un banco de información de los donantes para que así esta información sea segura y veraz.

Debemos considerar que, si bien el hijo tiene la opción de conocer la identidad de su padre sustentándose en su derecho a la identidad, no podrá reclamar paternidad, ya que no existe una voluntad procreacional de su dador genético, elemento fundamental para el nacimiento del niño procreado mediante THRA. Este derecho es para ambas partes, pues bien si el hijo no puede reclamar derechos ni obligaciones sobre su padre genético este tampoco podrá hacerlo con respecto al niño concebido con su material genético donado.

En nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra regulado el derecho a conocer el origen genético de un niño concebido mediante las THRA, esto es un impedimento a la investigación de paternidad o maternidad, que crea una infravaloración del interés superior del niño. Esto se debe a que la inexistencia de una norma expresa conlleva la negación de la misma, que como consecuencia estaría vulnerando la dignidad del niño y su desarrollo integral

Si bien es cierto, existe una contraposición con respecto al anonimato del donante y al derecho a conocer el origen biológico del niño concebido mediante estas técnicas, en nuestra legislación como lo habíamos mencionado se determina el anonimato de donante como regla principal, es decir que solo en casos excepcionales se podrá conocer su identidad, esto implica que será más valorado su derecho al anonimato que el principio del interés superior del niño. En los casos que prevalece el anonimato, estaríamos dejándole al niño sin su Derecho a conocer sus orígenes, y por encima estaría prevaleciendo el de su donante genético a mantenerse anónimo, lo cual restringe el desarrollo de la personalidad del niño, si bien este precepto no se encuentra regulado de forma directa en nuestro marco

legal, podemos hacer énfasis en Tratados Internacionales que lo aceptan y que son ratificados por Ecuador.

Debemos aceptar que nuestra legislación no nos permite conocer nuestros orígenes y no se encuentra descrito de forma expresa el “Derecho a conocer los orígenes” como se encuentran en legislaciones como la colombiana (Código de la Infancia y Adolescencia, artículo 76). Esto dificulta aún más a las personas a que desarrollen su personalidad como individuo independiente y a su formación completa como personas.

Los niños concebidos mediante estas técnicas no deben ser privados de su derecho a conocer su origen genético ya que están vulnerando derechos como la “dignidad humana”¹ y también se les estaría discriminado, considerando que los niños que no han nacido con estas técnicas si tienen derecho a conocer a la persona que porto su material genético y a conocer sus orígenes.

En estos casos debería primar el interés superior del niño con respecto a conocer sus orígenes, a conocer su historia y de donde provienen sus raíces lo cual aporta en su desarrollo como persona individual. Ya que el objetivo central de revelar la identidad del donante es únicamente de conocer su origen y sus raíces sin otro fin por los cuales los donantes puedan responsabilizarse o pueda existir acción judicial frente a estos por parte de los niños, por esta razón debe existir una ley concreta que lo enuncie ya que si no se expresa detalladamente por miedo a obligaciones futuras los donantes dejaran de donar su material genético y la posibilidad de que las personas que no pueden concebir lo hagan a través de un donante seria cada vez más difícil y menor.

En consecuencia, consideramos que los niños concebidos mediante THRA y su interés superior debe prevalecer sobre el anonimato y la voluntad de sus padres legales de mantenerlo, ya que conocer sus orígenes y la realidad sobre su vida debe ser primordial

¹ Andorno, R. (1998). Dignidad humana es respeto incondicionado que merece todo individuo en razón de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer”

considerando que es una necesidad de todas las personas como algo innato de sí mismas. El derecho del hijo a conocer la verdad biológica esta sobre el derecho de los padres de proteger su intimidad y en los casos en que exista conflicto el primero deberá prevalecer sobre el segundo. Frente a esto se debe considerar también la supra protección de los Instrumentos Internacionales con respecto a los Derechos del Niño frente a los demás.

RECOMENDACIONES

Han transcurrido varios años después de aparición de las THRA como solución a los problemas de infertilidad, por esta razón es que los legisladores ecuatorianos deberían tomar medidas al respecto, y regular y adaptar las leyes y reglamentos a las nuevas situaciones jurídicas respecto a las THRA. El objeto de esa ley será regular su aplicación y que estas se realicen únicamente en los casos en los cuales se hayan extinguido todas las posibilidades de concepción natural; siempre y cuando no afecten a la salud de la mujer ni del niño que será concebido por medio de una de estas técnicas.

Debemos considerar como elemento fundamental la voluntad procreacional, con el fin de que exista una responsabilidad completa y absoluta de los padres que desean concebir al niño en cualquiera de los métodos que existen, de esta manera se estaría precautelando el derecho de los padres, el derecho de niño a tener una familia, y el derecho de los donantes los cuales actúan de forma solidaria y altruista, por esta razón no están procreando por sí mismo si no únicamente realizando una donación “responsable”.

Los donantes deberán cumplir con ciertas condiciones y características especiales, con el fin de lograr una concepción sin complicaciones por el hecho de que el material genético donado no se encuentra apto para lograr una fecundación exitosa, lo que pueda tener repercusiones en la salud física y mental del paciente. Estas deberán ser:

1. Que sea mayor de 18 años,
2. Que se encuentre en buen estado de salud,
3. Tener capacidad para obrar,
4. Que no tenga enfermedades genéticas.

Por otra parte si hablamos del niño concebido mediante estas técnicas debemos hacer referencia a la importancia que tiene su origen genético frente al derecho de identidad. Si bien es cierto que se protege el anonimato dentro de nuestra legislación y la única forma de conocer la identidad del donante es mediante una acción judicial confidencial que permite únicamente cuando la salud del receptor de la donación se encuentra en peligro.

Considerando a las THRA y a su regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, debemos tomar en cuenta que, debe a su vez existir una norma expresa que permita que se conozca la información del donante en los casos en los cuales el niño concebido por medio de estas técnicas lo requiera con el fin de precautelar y de desarrollar su identidad personal por medio de uno de los elementos que involucra este derecho que es el conocer sus orígenes, sin embargo, se debe señalar que, pese a que el niño tiene este derecho frente a su donante, no podrá exigir derechos ni se generaran obligaciones ni viceversa, considerando que este reconocimiento se lo hace con el único fin de desarrollar la identidad del niño.

Se debe expresar dentro de esa ley que si bien los hijos tienen el derecho a conocer a sus progenitores y estos a los hijos producto de su donación, con el fin de precautelar el Derecho a la Identidad del concebido mediante una de las THRA, estos no podrán reclamar obligaciones ni derechos con respecto al otro ni viceversa. Ya que no ha existido una voluntad procreacional de parte del donante para su concepción.

Es por esto que se debe tomar en cuenta la voluntad procreacional de las personas que acuden a estas técnicas al momento de solucionar un conflicto de filiación producto de un niño genéticamente distinto a sus padres. Si bien es cierto que existen vínculos de filiación por adopción y por medio natural, debe estar de la misma manera regulada la creación de un vínculo filial por parte de estas técnicas ya que no se engloban dentro de ninguna de las anteriores y debe existir norma expresa y especial, es decir concreta, sobre los casos de reproducción asistida. Esto principalmente con el objetivo de solucionar las controversias en cada uno de los casos ya que se presentan dificultades distintas y especiales para cada tipo.

La voluntad procreacional se debe considerar dentro de nuestra legislación como un vínculo para crear filiación por medio del cual se pondere el deseo de las personas de concebir antes que el de ser un donante, que únicamente ha brindado de forma solidaria su material genético sin tener el deseo de procrear.

Por esta razón, debe existir una acción judicial que permita al niño concebido mediante estas técnicas averiguar y conocer la identidad de sus progenitores sin que esto afecte a sus

vínculos filiales. Mediante esta acción no se generará ningún tipo de responsabilidad entre los padres biológicos y el niño, ni viceversa. El niño únicamente tendrá el objeto de conocer su información para poder identificarse consigo mismo.

Esta acción obviamente será realizada por el niño que ha sido concebido por medio de la intervención de una de estas técnicas cuando tenga la mayoría de edad y las condiciones mentales adecuadas para poder realizarla porque estaremos precautelando y ponderando el principio constitucional al interés superior del niño, el cual debe prevalecer frente al anonimato del donante, ya que por medio de este se vulnerarían una serie de derechos enmarcados en nuestra Constitución. Debemos considerar que dentro de esta normativa debe prevalecer el interés del niño considerado universalmente como la parte más protegida cuando existe conflicto de derechos.

Es necesario recomendar que dentro en nuestro ordenamiento jurídico se reconozca el derecho a conocer nuestros orígenes, como parte fundamental del desarrollo individual y colectivo de las personas. Tomando en consideración que el derecho a conocer nuestros orígenes, estaríamos aludiendo a normas y principios constitucionales.

5. REFERENCIAS

Alegre, S; Hernández, X; Roger, C. (2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Buenos Aires: Arcor.

Aldeas Infantiles SOS. (2015). *Derecho a la identidad*. Argentina. Versión digital.

Alonso, D. (2014). *El embarazo mes a mes*. España: Papa en apuros. Versión digital.

Álvarez, J. (2007). *Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida*. México: Medigraphic Artemisa. Recuperado de: <http://www.academia.edu/>. Fecha: 17 de marzo del 2016.

Andorno, R. (1993). *El embrión humano ¿Merece ser protegido por el Derecho?* Paris: Cuadernos de Bioética. Versión digital.

Andorno, R. (1998). *Bioética y dignidad de la persona*. Buenos Aires: Tecnos.

Anuario de Estadísticas Vitales y Censos: nacimientos y difusiones (2013). Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Baron, L. (2014). *Aspectos psicológicos de la reproducción*. Argentina: IMPSI.

Boada, M. (2004). *La reproducción asistida. Problemática Actual*. España: Revista Debat Politic. Versión digital.

Bolton, R. (2011). *Maternidad Subrogada. Análisis desde la bioética*. Argentina: Enciclopedia de bioética. Versión Digital.

Cabaleri, D. (2014). *Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica*. Argentina: Documento inédito. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>. Fecha: 03 de enero del 2016.

Cantoral, K. (2015). *El derecho a la identidad del menor: en el caso de México*. Santa Cruz de la Sierra: Iuris Tantum Reista Bolivariana de Derecho. Recuperado de: <http://www.scielo.org.bo>. Fecha: 3 de enero del 2016.

Carrizo, E. (2009). *Desarrollo embrionario y fetal humano*. Argentina. Educar.

Caruzo, A. (2012). *Audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937.210)*. Versión digital.

Ciccone, L. (2005). *Bioética. Historia, principios y cuestiones*. Madrid: Ediciones palabra.

Ciruzzi, M. (2013). *El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de la reforma al Código Civil y Comercial*. Argentina: Microjuris. Versión digital.

Código Civil. (2011). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2011). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Código de la Infancia. (2015). Colombia: Versión digital.

Constitución de Venezuela. (2015). Versión Digital.

Código del Niño. (2015). Bolivia. Versión Digital.

Constitución de la República del Ecuador. (2012). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Convención sobre los Derechos del Niño (2013). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Declaración Universal de Derechos Humanos (2013). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

- De Cupis, A (1982). *II diritto della personalita*. Milano. To. II. Traducido por: Cantoral, k. (2015). *Derecho a la identidad del menor: el caso de México*. México: Creative Commons. Recuperado de: <http://www.scielo.org.bo/>. Fecha: 5 de marzo del 2016.
- Díaz de Guijarro, E. (1965). *Evolución de la Familia*. Buenos Aires. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/>. Fecha: 9 de febrero del 2016.
- Díaz de Guijarro, E. (1965). *La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/>. Fecha: 12 de marzo del 2016.
- Díaz de Guijarro, E. (2013). *La familia: conceptos y elementos*. Buenos Aires: Jurídica. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/>. Fecha: 6 de febrero del 2016.
- Escobar Fornos, I. (2007). *Derecho a la reproducción humana*. Nicaragua: Managua.
- Espinoza, J. (2001). *Derecho de las personas*. Lima: Huallaga. Versión digital.
- Fama, M. (2012). *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana*. Argentina: Lecciones y ensayos, Nro. 90. Versión digital.
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Ferrer, J. (2003). *Para fundamentar la bioética: teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Ferrer, J. (2013). *Cómo se produce la fecundación humana*. Barcelona: BarcelonaIVF. Recuperado de: <http://www.reproduccionasistida.org/>. Fecha: 24 de enero del 2016.
- Fessia, R. (1996). *Breve síntesis histórica de Roma y su Derecho*. Argentina: Jurídica. Recuperado de: <https://books.google.com.ec/>. Fecha: 13 de marzo del 2016.
- Gafo, J. (1986). *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Madrid: Edice.
- García, J. (2011). *Diversos tipos de familia reconocidos por la Constitución*. Recuperado de: <http://www.derechoecuador.com/>. Fecha: 20 de diciembre del 2016

- García, J. (2009). *Manual Teórico – Práctico en Materia Constitucional y Civil*. Quito: Ediciones Rodin.
- Garrina, M. (2010). *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial*. Madrid: Aranzadi.
- Gilbert, S. (2003). *Biología del desarrollo*. Buenos Aires: Panamericana. Versión digital.
- Herrera, M. (2012). *¿Qué función cumple el Derecho de Familia?*. Argentina: Lecciones y ensayos Nro.90. Versión Digital.
- Herrera, M. Kemelmajer De Carlucci, A. Lamm, E. (2011). *Ampliando el campo del derecho filial en derecho argentino*. Buenos Aires: Ley, 20/09/2011
- Iáñez, E. (2013). *Clonación: aspectos científicos*. Granada. Versión digital.
- Instituto de Reproducción CEFER. (2016). *Donación de óvulos*. Barcelona: Instituto de Reproducción CEFER. Recuperado de: <http://www.institutocefer.com/>. Fecha: 7 de marzo del 2016.
- Kemelmajer, A. (2010). *El nuevo derecho de familia*. Buenos Aires: Versión digital.
- La Gaceta, Tucumán, (2013). Argentina, 02.10.2007.
- Lamm, E. (2013). *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. España: ISSN 186-5887. Versión digital.
- Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. (2016). Ecuador: Lexis.
- Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. (2011). Ecuador: Lexis.
- Ley 14/2004 sobre la Crio Conservación de Embriones. (2004). Italia. Versión digital.
- Ley 40/2004 sobre Reproducción Asistida. (2004). Italia. Versión digital.

Ley 1096. Artículo 76. Código de la Infancia y Adolescencia. (2006). Colombia. Versión digital.

Ley 23.511. (2015). *Código Civil y Comercial*. Argentina. Versión Digital.

Lira, S. (2010). *El primer niño probeta chileno*. Chile: Tendencias. Versión digital.

Lobo, T. (2012). *Inicio de la vida (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656)*. Costa Rica: Versión Digital.

López, D y Silva, S. (2015). *Estática y dinámica: idas y vueltas en busca de un abordaje omnicomprendido de la identidad*. Argentina: Comisión No. 14, Estudiantes “Identidad y filiación”.

Magallón, J. (2000). *La doctrina del derecho de familia*. México: Doctrina Jurídica 23.

Morales, D. (2015). *Derechos de las personas*. Quito. Versión Digital.

Morales, L. (2008). *Identidad de las personas*. Carabobo: Castillo&Villegas.

Naranjo, G. (1994). *La maternidad sustituida, delegada o por encargo*. Medellín: Tesis, Universidad Pontificia Bolivariana. Recuperado de: <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/>. Fecha: 18 de febrero del 2016.

Núñez de Castro, C. (2008). *La dignidad del embrión*. Madrid: ICADE. Versión digital.

Organización Mundial de la Salud. (2013). *Informe infertilidad 2013*. Recuperado de: <http://www.who.int/>. Fecha: 4 de abril del 2016.

Organización Mundial de la Salud. (2012). *La infertilidad constituye una enfermedad del sistema reproductivo*. Expediente de fondo, tomo V, folio 2818. Versión digital.

Palacio, C. (2014). *La voluntad procreacional*. El salvador: Enfoque Jurídico. Versión digital.

Piug Peña, F. (1972). *Compendio de Derecho Civil Español. Tomo III*. España: Arazandi.

- Ramírez, A y Calzada, M. (2012). *Salvamento de Voto del 15 de marzo del 2000, expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 10994*. Costa Rica. Versión digital.
- Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. (2016). *Cada vez son más las parejas que recurren a técnicas de reproducción asistida en Ecuador*. Ecuador: Versión digital.
- Reglamento de Calidad para Donación de Células y Tejidos. (2006). Ecuador: Lexis.
- Requeda, A. (2013). *V Congreso Internacional sobre medicina reproductiva*. Sevilla: IDaction. Versión digital.
- Rivero, F. (1998). *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*. Madrid: Editorial Trivium.
- Robertson, S. (2015). *Efectos psicológicos de la infertilidad*. Recuperado de: <http://www.news-medical.net/>. Fecha: 6 de marzo del 2016.
- Rodrigo, A. (2015). *Inseminación artificial*. España: Consuling S.L. Versión digital.
- Rodríguez, M. (2015). *La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad*. Buenos Aires: Iturburu.
- Ronaldo, P. (2012). *Inseminación artificial*. México: DiCastro. Versión digital.
- Salazar, C. (2012). *Donación de órganos*. Ecuador: Sociedad Ecuatoriana de Bioética.
- Salvat, R. (1946). *Tratado de Derecho Civil Argentino V*. Buenos Aires: La Ley.
- Sistema de Información obre la Primera infancia en América Latina. (2014). *05 Cuaderno*. Buenos Aires. Versión Digital.
- Sociedad Española de Fertilidad. (2015). *Documento informativo*. España: Asebir. Recuperado de: <http://www.sefertilidad.net/>. Fecha: 4 de febrero del 2016.
- Tello, L. (2014). *La maternidad subrogada y su reconocimiento extraterritorial en el nuevo paradigma*. Argentina: Universidad de la Plata.

UNICEF. (2016). *Derecho a la identidad*. Argentina. Recuperado de: <http://www.unicef.org/>. Fecha: 17 de febrero del 2016.

UNIFEC. (2007). Presentación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia unicef en el iv encuentro de Directores del Registro Civil, Identificación y Estadísticas Vitales. México. Versión Digital.

Van Rensselaer, P. (1970). *Bioética, la ciencia de la supervivencia*. Alemania: Reich. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/>. Fecha: 13 de abril del 2016.

Vasquez, J. (2012). *Vulneración de los derechos del progenitor cuando la filiación es declarada judicialmente*. Ecuador. Recuperado de: <http://dspace.unl.edu.ec/>. Fecha: 9 febrero del 2016.

Villalobos, A. (2012). *Infertilidad: consideraciones generales*. Costa Rica: Infomédicos. Recuperado de: <http://infertilidadcr.com/>. Fecha: 20 de marzo del 2016.

Zegers-Hochschild, F. (2012). *Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido en audiencia pública ante la Corte (Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica)*. Versión Digital: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Zeledón, M. (2015). *Derecho Humano a la identidad y su relación con la niñez. Elementos de la identidad*. Buenos Aires: Enfoque Jurídico.

Zannoni, E. (1998). *Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica ¿Nuevo paradigma de familia?* España: Dianalet. Versión digital.

II Congreso Mundial Vasco. (1997). *La filiación a finales del siglo XX*. España: Versión Digital.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. (2012). CIDH