

UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La vulneración del derecho a la identidad, ocasionada por los vacíos legales existentes, sobre el menor concebido bajo reproducción heteróloga.

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales

Autor:

Daysi Maribel Encalada Llivisaca

CI: 0105816482

Correo electrónico (personal): daysi_encalada@hotmail.es

Director:

Dr. Santiago Patricio Piedra Jaramillo

CI: 0101014538

Cuenca, Ecuador

30-enero-2023

Resumen:

En la actualidad, el desarrollo de la ciencia y de la tecnología cada vez es mayor y más rápido a tal punto que dentro de nuestra sociedad el tema de la concepción ya no se da únicamente de la forma tradicional, sino que después de varios estudios y averiguaciones, se han desarrollado varias formas de concepción que se dan a través del uso de diversas tecnologías y métodos como lo es el tema de la fecundación in vitro o la donación de material genético. En el desarrollo del presente trabajo investigativo, se realizará un estudio de cuáles son estas innovaciones tecnológicas respecto a la concepción en nuestro mundo moderno y se analizará de manera concreta a la concepción de carácter heteróloga realizada mediante donante anónimo y los problemas que esto genera en nuestro país sobre todo para los menores que nacen bajo estas técnicas, pero no solo ello sino que además, se realizará un análisis jurídico de cómo es que se vulnera el derecho a la identidad de los menores que han sido concebidos y que han nacido de estos procedimientos médicos.

Palabras clave: Reproducción heteróloga. Derecho a la identidad. Derechos del menor

Abstract:

At the present moment, the development of science and technology is increasing rapidly. The issue of conception no longer occurs only in the traditional way, but after several studies and Inquiries, several forms of conception have been developed that occur through the use of various technologies and methods, such as in vitro fertilization or the donation of genetic material. In this investigative work, a study will be carried out on what these technological innovations are regarding conception in our modern world, and the heterologous conception carried out through an anonymous donor. The issues that this generates in our world will also be analyzed in a concrete way. Specifically, for minors who are born under these techniques, but also a legal analysis of how the right to identity of minors who have been conceived, and who have been born from these procedures is violated.

Keywords: Heterologous reproduction. Right to identity. Rights of the minor

Índice

INTRODUCCION	9
CAPÍTULO 1	10
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON DONANTE ANÓNIMO, EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	10
1. ANTECEDENTES HISTORICOS:	10
1.1 NOCIONES GENERALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA:	11
1.2 DEFINICIONES GENERALES:	12
1.2.1 REPRODUCCION ASISTIDA Y LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA	12
1.2.2 REPRODUCCIÓN HOMOLOGA:	14
1.2.3 REPRODUCCION HETERÓLOGA:	14
1.2.4 DERECHO A LA IDENTIDAD:	15
1.2.4.1 IDENTIDAD BIOLÓGICA	16
1.2.4.2 IDENTIDAD GENÉTICA	16
1.2.4.3 IDENTIDAD PERSONAL	16
1.3 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:	17
CAPITULO 2	19

EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON DONANTE ANÓNIMO VULNERA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	19
2 USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: VISION MÉDICA....	19
2.1 USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA CON RELACION AL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	20
2.1 USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA CON RELACION AL DERECHO A LA IDENTIDAD EN ECUADOR.....	21
2.3 COMO SE AFECTA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	25
CAPÍTULO 3.....	27
ANÁLISIS JURÍDICO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA MEDIANTE TÉCNICA HETERÓLOGA CON DONANTE ANÓNIMO.....	27
3 ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.....	27
3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.....	27
3.1.1 DERECHO A LA LIBERTAD REPRODUCTIVA.....	27
3.1.2 DERECHO A LA IDENTIDAD.....	28
3.2 DERECHO INTERNACIONAL.....	29
3.2.1 CONVENCION INTERNACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO 1989.....	29
3.3 DERECHO COMPARADO:.....	30
A. ESTADOS UNIDOS:.....	30
B. EUROPA.....	31

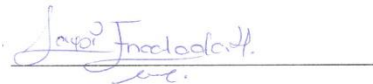
C. LATINO AMERICA.....	32
3.4 EL DERECHO COMPARADO EN RELACION AL DERECHO ECUATORIANO.....	32
3.5 POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS:	33
CONCLUSIONES:.....	34
RECOMENDACIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	37

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Daysi Maribel Encalada Llivisaca, en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación **La vulneración del derecho a la identidad, ocasionada por los vacíos legales existentes, sobre el menor concebido bajo reproducción heteróloga.**, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 30 de enero de 2023



Daysi Maribel Encalada Llivisaca

C.I: 0105816482

Cláusula de Propiedad Intelectual

Daysi Maribel Encalada Llivisaca, autora del trabajo de titulación **La vulneración del derecho a la identidad, ocasionada por los vacíos legales existentes, sobre el menor concebido bajo reproducción heteróloga**, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora

Cuenca, 30 de enero de 2023



Daysi Maribel Encalada Llivisaca

C.I: 0105816482

INTRODUCCION

La concepción es un tema que se encuentra presente desde los orígenes de la sociedad, pero que con el pasar de los años y con el desarrollo de la ciencia y la tecnología ha ido evolucionando de manera significativa; en la actualidad no solo existe la forma de concebir tradicional u originaria, sino que para tratar problemas de infertilidad en las parejas se han creado una serie de procedimientos y tratamientos de carácter médico que permiten que la concepción se realice en un laboratorio o centro médico.

Existen varios tipos de procesos mediante los cuales se lleva a cabo la concepción y uno de ellos es la reproducción asistida de carácter heteróloga que es el tema que nos compete; este tipo de reproducción hace referencia a que una persona realiza la donación anónima o no de material genético para que mediante un proceso médico se pueda dar la concepción y para que en lo posterior pueda ser interpuesto en el útero de la mujer gestante.

Si bien este es un tema de derechos de la salud que se encuentran reconocidos a nivel internacional y en la Constitución de la Republica, en nuestro país no existe ninguna normativa que regule la manera de realizar este procedimiento o cualquier otro de los que se consideran como procesos de reproducción asistida.

Esta falta de normativa, representa un vacío legal relevante dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuya consecuencia principal es la vulneración de una serie de derechos no solo para los progenitores o para quienes realizan la donación de material genético, sino también para los médicos y sobre todo para los menores que han sido concebidos y que han nacido bajo estas técnicas de reproducción asistida.

En virtud de todo lo expuesto entonces, dentro del desarrollo del presente trabajo, lo que se pretende es analizar desde la perspectiva no solo doctrinal sino jurídica, puesto que estas nuevas innovaciones de la ciencia y la tecnología deberían ser reguladas dentro de nuestro sistema jurídico para evitar que se vulneren derechos, pero sobre todo para que la aplicación de estos se lleve a cabo de manera adecuada.

CAPÍTULO 1

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON DONANTE ANÓNIMO, EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. ANTECEDENTES HISTORICOS:

La reproducción humana es tan antigua como la historia de la humanidad y tiene sus orígenes desde la época más primitiva, sin embargo, con el transcurso de los años esta ha ido sufriendo varios cambios o transformaciones. Uno de los problemas modernos que han servido como antecedente para lo que hoy en día se conoce como reproducción asistida, es el hecho de que las parejas presentan con más frecuencia problemas de concepción, y con la finalidad de solucionar estos problemas se iniciaron a realizar experimentos médicos en laboratorios.

Al principio varios científicos como Lázaro Spallanzi, empezaron a combinar material genético, primero en ranas y gusanos de seda, alcanzando con éxito la inseminación artificial de animales mamíferos como en el perro, con la finalidad de descubrir si se puede influir en un acto netamente biológico para lograr la concepción. En 1779, el mencionado científico llegó a plasmar en teoría la necesidad que el espermatozoide fecundara un óvulo para que se formara un embrión.

En el año 1785, en Londres Inglaterra, el cirujano John Hunter tomó material genético masculino y femenino y procedió a combinarlo para verificar si se puede generar o no un embarazo; a partir de dicha prueba, la rama de la reproducción asistida empezó a tener un desarrollo precipitado, con éxito en personas, lo cual se constituye como uno de los grandes avances de la ciencia en torno a la fertilidad y a la reproducción humana. (Unlive, 2021)

En la década de los 80, los esfuerzos por crear nuevas técnicas de concepción cobran una relevancia significativa y se empieza a realizar procesos médicos mayormente de manera heteróloga, es decir mediante donantes de material genético sobre todo masculino de manera anónima, desarrollando nuevas técnicas, bastante innovadoras. El 12 de julio de 1984, en España, nace la primera niña mediante técnica de fecundación invitro con donante anónimo (Cajal, 2014).

Actualmente, estas técnicas se han desarrollado de manera significativa ya que existen procesos que pueden ser homólogos o heterólogos, además de que existen nuevas formas de solucionar los problemas de fertilidad, ya sea mediante la maternidad subrogada o vientre de alquiler, la fecundación invitro, o cualquiera de las técnicas que han sido creadas. En nuestra sociedad contemporánea, se han creado clínicas especializadas que cuentan con personal médico especializado que lleva a cabo estos procedimientos de manera segura.

1.1 NOCIONES GENERALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA:

Para iniciar el desarrollo del presente trabajo de investigación, es necesario partir del análisis de la reproducción y las distintas técnicas de concepción que existen, como bien se sabe, lo común es concebir de manera biológica, sin embargo, existen varias personas que tiene problemas de fertilidad ya sea hombre o mujer y es justo ahí en donde entran las distintas técnicas de concepción que son de carácter médico ya que implican la intervención de un profesional de la salud.

Esta intervención, implica el uso de una serie de tecnologías y tratamientos que manejan tanto óvulos como espermatozoides a fin de que pueda haber una concepción, sin embargo la técnica, el tratamiento, los procedimientos y las tecnologías que serán empleadas dependerá del paciente y sus condiciones biológicas, es por ello que se realizara un estudio previo, centrándonos en el tema que nos concierne en el presente capítulo se abordarán una serie de definiciones acerca del tema pero con un enfoque en las técnicas heterólogas y en las afecciones que esto produce a los menores, producto de esta concepción, tal y como se desarrollara en las siguientes líneas.

La falta de legislación sobre la reproducción heteróloga, no permite la protección total de los derechos consagrados en la Constitución, como el derecho a la identidad, el derecho a la familia e incluso el derecho a la seguridad jurídica, si bien es un acuerdo de voluntades entre la persona receptora y el donante para lograr dicha concepción, debemos tomar en cuenta que para el menor concebido bajo esta técnica, se vulnera sus derechos humanos, que son de trascendental cuidado, como en el Art. 44 de la Constitución Ecuatoriana, fomentado un entorno familiar adecuado y estable para el niño.

Nuestra Constitución Ecuatoriana, garantiza como derecho fundamental del niño, el saber con certeza quienes son sus padres, enfocado en el derecho a la familia y a la identidad, cabe mencionar que son derechos adquiridos, razón por la cual se autoriza la impugnación de la paternidad conforme el transcurso del tiempo; el derecho de identidad, es un derecho que corresponde a todas las personas; constituyéndose una garantía constitucional y un derecho inherente a la persona.

Conforme así lo dispone la Constitución, el estado es el encargado de velar por la tutela judicial efectiva y por la seguridad jurídica, es decir debe encargarse de garantizar que existan normas para todas las situaciones dentro del ordenamiento jurídico, y que estas normas puedan ser aplicadas de manera adecuada; como ya se ha dicho, y conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución, sin embargo, en el caso que nos ocupa esta tutela judicial no existe, puesto que la norma es precaria, lo que hace imposible su aplicación.

Los derechos reproductivos y la libertad sexual se encuentran reconocida como un derecho fundamental respaldado por la Constitución, pero cuando se trata de la reproducción heteróloga con donante anónimo o demás temas relacionados a las distintas técnicas de concepción nuestro país no cuenta con norma suficiente que pueda ser aplicada en los casos requeridos lo cual de manera directa afecta a la tutela judicial efectiva.

Las autoridades judiciales al no tener norma clara y previa para aplicar deben recurrir a la interpretación para administrar justicia de la norma existente en el mejor de los casos, pero cuando no hay norma los derechos de las personas que requieren acudir a la administración de justicia se ven vulnerados, es por ello que en el caso que nos compete se analiza la forma en la que el ordenamiento jurídico debería concebir estos temas para evitar la vulneración de derechos.

1.2 DEFINICIONES GENERALES:

1.2.1 REPRODUCCION ASISTIDA Y LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Uno de los primeros temas que deben ser abordados y analizados es respecto a la reproducción asistida, si bien este es un tema bastante moderno y una terminología contemporánea hay varios autores que la definen, entre algunas de las definiciones más acertadas encontramos la que nos otorga la autora Galicia Coruña, quien lo define como “aquel conjunto de técnicas y tratamientos que tienen como principal objetivo favorecer el embarazo en aquellas personas que presentan problemas de fertilidad” (Coruña, 2021).

Así mismo, la revista médica “MEDLINEPLUS”, concuerda con esta definición y establece que la Reproducción Asistida es un término relativamente nuevo en medicina y que comprende procedimientos que tienen el objetivo de “ayudar o asistir a las parejas que tienen dificultad o imposibilidad de lograr embarazos de manera natural” (MedlinePlus, 2020).

Con estas definiciones entonces, es posible establecer que la reproducción asistida son todos los procedimientos médicos o técnicas empleadas por un profesional de salud para tratar problemas de fertilidad, sin embargo existen diversos procedimientos que pueden aplicarse y que dependerán enteramente de la situación particular del paciente, entre algunas de las técnicas más relevantes encontramos, la reproducción heteróloga con donante anónimo, Inseminación artificial, Fecundación in vitro, Donación de ovocitos, Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), Otras técnicas tales como donación de embriones, congelación de semen, biopsia testicular para la obtención de espermatozoides, eclosión asistida o Embryoscope, etc.

Es necesario hacer una distinción entre las dos técnicas empleadas que son homóloga o heteróloga cada uno de estos procedimientos comprenden extracción de óvulos de una mujer y espermatozoides de un hombre con el objetivo de lograr un nacimiento sano y estable del niño.

- Técnicas de reproducción asistida:

Existen varias técnicas de reproducción asistida en la actualidad, las cuales serán aplicadas por los médicos expertos una vez se analice cada caso en concreto, entre las técnicas más usuales, encontramos las que se detallan a continuación:

a. inseminación artificial:

La inseminación artificial es una de las técnicas modernas más usadas para combatir problemas de fertilidad por los médicos tratantes, el procedimiento consiste en depositar con una cánula una muestra de semen dentro del útero de la mujer en el momento de la ovulación (S.E.G.O, 2020).

Este es un proceso bastante sencillo que se utiliza cuando la muestra genética es la correcta, pero en su conjunto no es posible concebir.

b. Fecundación in vitro e Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI):

En este procedimiento los profesionales de la salud realizan la unión del óvulo con los espermatozoides en el laboratorio para facilitar que éste sea fecundado y así producir un embrión, que posteriormente será transferido al útero materno.

c. Crio transferencia

La crio transferencia o más comúnmente conocida como transferencia de embriones congelados, consiste en congelar en el laboratorio en condiciones óptimas aquellos embriones resultantes de un ciclo de FIV que no hemos utilizado. Así, gracias a la crio preservación, se pueden utilizar esos embriones en un futuro cuando la paciente lo desee para transferirlos sin necesidad de realizar un nuevo ciclo, o también si existen motivos médicos que hacen desaconsejable la transferencia de los embriones en ese momento, se pueden congelar y transferir cuando las condiciones de la mujer mejoren (S.E.G.O, 2020)

d. Ovo donación:

La donación de óvulos u ovo donación, consiste en realizar una fecundación in vitro utilizando el óvulo de una donante en vez del óvulo de la mujer receptora a la que luego se le transferirán los embriones. Suele ir dirigida a mujeres mayores de 40 años, con problemas en el funcionamiento de los ovarios o alteraciones genéticas.

Actualmente el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano no cuenta con una ley específica sobre la ovo donación y las demás técnicas de reproducción asistida, pese al fruncimiento en el país de las clínicas de fertilización.

e. Embrioadopción:

La embrioadopción es una alternativa reproductiva en la que se adopta un embrión. Este embrión es donado por una mujer o pareja que en la mayoría de los casos han completado su deseo reproductivo y tienen embriones vitrificados sobrantes de ciclos de reproducción asistida realizados. El embrión se transfiere al útero de la mujer receptora de una manera muy sencilla. Suele estar indicado cuando otros tratamientos han fallado, problemas en la estimulación de los ovarios o menopausia (S.E.G.O, 2020).

1.2.2 REPRODUCCIÓN HOMÓLOGA:

El Primer tipo de reproducción que ha sido reconocido es la reproducción homóloga, la cual según el autor Fornos, puede ser entendida como:

“aquella en la cual el semen pertenece al marido o pareja estable de la mujer que espera concebir. Se realiza cuando el hombre es impotente, o existen otros impedimentos como trastornos endocrinos o del metabolismo” (Fornos, 2007)

De esta definición se desprende, que este tipo de reproducción es uno de los tipos de inseminación artificial, mediante la cual se produce la concepción de la mezcla del material genético de la pareja, es importante relevar el hecho de que en este caso se conoce de donde proviene el material genético por lo que el menor conoce quienes son sus progenitores biológicos.

1.2.3 REPRODUCCION HETERÓLOGA:

La reproducción heteróloga, que es el tema que nos concierne, puede entenderse de manera general como un método de inseminación artificial, mediante el cual una pareja o una madre busca concebir y lo hace mediante el uso de material genético de un donante anónimo; al respecto existen varias definiciones, entre las más importantes establece:

“La inoculación de material genético ajeno al de su esposo o conviviente, los gametos a ser utilizados son los de un donante” (Rosas, 1989)

La fecundación heteróloga a modo de contextualización es un procedimiento o técnica en el que se utiliza el material genético, células reproductivas por parte de un donador, en la mayoría de los casos células reproductivas masculinas.

Regular el proceso tanto médico como jurídico de este procedimiento, representa un reto en la actualidad, ya que de no hacerlo de manera debida puede generar varios problemas y conflictos, cuya principal consecuencia sería la vulneración de derechos de los progenitores, del menor concebido bajo esta técnica y sobre todo para quien realiza la donación de manera anónima.

En algunos países alrededor del mundo, existen clínicas especializadas para realizar la donación de material genético tanto masculino como femenino, el éxito de estas clínicas es que aseguran el anonimato del donante, llevan a cabo un procedimiento seguro y en muchos de los casos incluso reciben una remuneración por ello, sin embargo existen varios problemas que no se prevén y que pueden presentarse cuando se realizan estos procesos, dando lugar a ser un tema que se desarrollará más ampliamente en el desarrollo del presente trabajo investigativo.

1.2.4 DERECHO A LA IDENTIDAD:

El derecho a la identidad, es un derecho fundamental reconocido a nivel mundial y que existe desde los orígenes de la humanidad, sin embargo con el paso del tiempo este se ha venido fortaleciendo de manera significativa, a tal punto que incluso es una Garantía Constitucional, varios son los autores que la definen, sin embargo una concepción bastante acertada, es la que establece la UNICEF, la cual se refiere al derecho a la identidad como “aquel derecho mediante el cual niñas y niños tengan un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento. Además, es la puerta a sus otros derechos como el acceso a servicios de salud, educación y protección (UNICEF, 2019).

Así mismo, para los autores Fuentes y Buenaño, quienes, concordando con la definición antes citada, establecen lo siguiente:

“aquel derecho por el cual el niño debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, ya que los padres tienen la obligación de informar el nombre, el apellido y la fecha de nacimiento del recién nacido, permitiendo así que el menor conozca sus orígenes y las relaciones de parentesco entre sus padres biológicos” (Buenaño & Fuentes, 2018)

Estas definiciones ponen claro el panorama en todo lo que respecta a este derecho, pues mencionan que es intrínseco a la persona desde que este nace a saber todo lo que respecta con sus orígenes.

Para hablar del derecho a la identidad, es posible establecer que este es un derecho principal consagrado Constitucionalmente e Internacionalmente y que se constituye como uno de los derechos fundamentales de ser humano; la doctrina establece que, desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad, esta identidad incluye:

“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” (Lucena, 2020)

Con todo lo dicho, y como se puede evidenciar en las distintas concepciones dadas, existen varios tipos de identidad, las cuales es preciso detallar a fin de que no exista confusión alguna, entre estas encontramos:

1.2.4.1 IDENTIDAD BIOLÓGICA

Como su palabra lo dice, la identidad biológica hace referencia a conocer los orígenes de la persona en torno a la filiación, es decir quiénes son sus progenitores biológicos, al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) señala, “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Art,6)

La filiación biológica se basa en la veracidad y voluntad unilateral de asumir la paternidad o maternidad del recién nacido, vínculo familiar considerado como relación filiatoria dentro marco jurídico y social (VERDESOTO, 2018).

1.2.4.2 IDENTIDAD GENÉTICA

La identidad genética consiste en conocer los orígenes genéticos de la persona, su procedencia familiar y antecedentes históricos que forman parte de la identidad de la persona, los cuales se obtienen desde su concepción, respetando la vida formando así su personalidad individual ante los demás y su identidad colectiva ante la sociedad

El derecho a conocer la identidad genética forma parte de derechos constitucionales de la Identidad personal el que se encuentra amparado por la Legislación Ecuatoriana y organismos internacionales.

1.2.4.3 IDENTIDAD PERSONAL

Según la sentencia No 025-10-SCN-CC Caso No 0001-10-CN de la Corte Constitucional, para el período de transición, señala que: dentro de los aspectos fundamentales del derecho a la identidad personal se establece que es un derecho fundamental, que permite determinar la procedencia de

los hijos respecto de los padres, es considerado como un hecho natural que ninguna persona puede desconocer, forja la personalidad más importante de la persona a lo largo de su vida , esta incide dentro del núcleo familiar y del entorno social, en efecto el conocer la identidad de los padres contribuye a la identificación de la persona.

1.3 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

Un tema fundamental a ser tratado, es respecto a un derecho fundamental reconocido internacionalmente, el cual es denominado como:

“interés superior del niño” este derecho es tratado alrededor del mundo y reconocido dentro de varios ordenamientos jurídicos, en el nuestro por ejemplo esto se garantiza en el artículo 44 de la Constitución de la Republica; de manera bastante amplia y general este derecho puede ser entendido como:

“Todo aquel conjunto de medidas, de procesos y de acciones que buscan garantizar de manera holística o en la mayor medida que sea posible el crecimiento, el desarrollo, la formación y el bienestar integral del menor para que de este modo pueda alcanzar la vida digna” (Cisneros, 2016, pag.37).

Otra de las definiciones aceptadas que se tiene con respecto a este derecho, es el otorgado por el tratadista Miguel Cillero, el cual la define como “aquella garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar medidas o acciones que los afecten, se adopten aquellas medidas que lo protejan y que promuevan sus derechos y que no se los quebranten” (Bruñol, 1998, pag.38). Estas definiciones son fundamentales porque ponen en evidencia el objetivo principal del interés superior del niño, el cual es el de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes garantizando su bienestar y evitando la vulneración de sus derechos.

Este derecho es de tal magnitud, que, en varios artículos de nuestra Constitución, así como en varios artículos del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se reconocen estos principios, ya que se garantiza y se reconoce que es deber primordial del estado garantizar el desarrollo integral y la vida digna del menor para que de esta forma alcance su máximo desarrollo y un buen vivir. (Constitución, 2008).

Algunos de los derechos que reconoce este principio Internacional, y que se encuentra reconocido en nuestra Constitución, es el derecho a una vida digna, a un ambiente sano, a gozar de un ambiente armonioso y de afectividad hacia su ser para que pueda vivir a plenitud y logre alcanzar el máximo bienestar posible, a la educación, a su manutención y cuidado, etc.

Las principales funciones que presenta el interés Superior del niño es el de ayudar a que los jueces reconozcan los derechos que tiene este grupo de atención prioritaria garantizándoles su

seguridad jurídica, además de que fomenta la creación de medidas y de políticas públicas orientadas a priorizar los derechos de los menores; otra de las funciones que la doctrina establece para este derecho fundamental, es el de orientar a la sociedad, a los padres, y al estado en general a proteger y ayudar a que exista un correcto desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

El interés superior del niño, tiene su fundamento jurídico en la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, y en la Declaración de Derechos Humanos que mantienen un vínculo directo entre sí. (Cisneros, 2016, pag.40.49)

CAPITULO 2

EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON DONANTE ANÓNIMO VULNERA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

2 USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: VISION MÉDICA

Las distintas técnicas de reproducción asistida, resulta una innovación y un reto para los profesionales de la salud, quienes son los encargados de realizar estas intervenciones o prácticas médicas, ya que no basta con que conozcan el procedimiento, sino que más bien deben saber observar y respetar las reglas jurídicas para evitar problemas o posibles sanciones.

Hablar de ello resulta de suma importancia para el análisis que nos concierne ya que al no haber una norma expresa los médicos no conocen los límites de la aplicación de estos tratamientos o procedimientos médicos. Centrándonos en el caso que nos concierne existe una doble perspectiva que debe ser analizada, por un lado, el tema de los menores y por otra el tema de los donantes.

Según la perspectiva médica, el uso o práctica de estos procedimientos es beneficiosa para tratar todos aquellos procedimientos de infertilidad que puedan producirse en el ser humano, ayudado a que la concepción pueda realizarse incluso en personas con problemas de fertilidad severos; a pesar de que los procedimientos no son complejos, existe una falta de regulación respecto a las distintas técnicas que pueden ser empleadas como por ejemplo el caso de la donación genética.

En este caso los médicos únicamente realizan el procedimiento e implantan el óvulo ya fecundado dentro de la paciente quien podrá concebir, sin embargo, posterior a ello independientemente del éxito o fracaso del tratamiento, existen varias dudas sobre ciertas circunstancias que puedan presentarse.

Por un lado, de haber la concepción y el nacimiento de un menor, en un futuro este querrá saber sus orígenes, pero por haberse dado la concepción mediante un donante anónimo esto se complica ya que el menor al preguntar a la clínica o al médico tratante este está en la obligación de respetar el derecho del donante, pero también el derecho del menor, y es justo ahí en donde existen conflictos, sin embargo, esta particularidad se estudiará más ampliamente en el desarrollo del presente capítulo.

Existe miedo por parte del personal médico al momento de realizar los procedimientos debido al temor de extralimitarse en lo que la ley así lo permite esto a causa de la falta de normativa, lo cual de llevar a darse el caso les podría acarrear responsabilidad personal ya sea esta de carácter civil, penal o incluso administrativa. Es por ello que resulta de suma importancia la implementación dentro de nuestro ordenamiento jurídico de normas que regulen a estas distintas técnicas y procedimientos modernos, para que exista una mejor seguridad tanto para los pacientes que se someten al tratamiento, como para el médico que lo practica y para la persona que dona su material genético, así como también para el menor que ha sido concebido mediante cualquiera de estas técnicas.

2.1 USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA CON RELACION AL DERECHO A LA IDENTIDAD

Uno de los puntos más relevantes que deben ser analizados dentro del trabajo investigativo es respecto a la incidencia que tiene el uso de estas nuevas tecnologías en el ámbito de la concepción en relación con el derecho a la identidad de los menores, para ello es importante citar una normativa internacional fundamental como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual establece que “Las relaciones familiares y los aspectos biológicos o genéticos de la persona niña, niño constituyen parte de su identidad por lo que cualquier omisión constituye violación del derecho” (CIDH, 1979)

Esta norma pone en evidencia la relevancia de conocer los orígenes para el derecho a la identidad de las personas, al respecto existen varias interrogantes que hasta la fecha no han podido ser resueltas sobre todo en lo que respecta a las personas nacidas por cualquiera de las técnicas de reproducción asistida heteróloga, es decir mediante donante anónimo, ya que estos, al tener su mayoría de edad tienen la necesidad de conocer sus orígenes y su procedencia para reafirmar su identidad, sin embargo, uno de los problemas que sucede frecuentemente y que representa un vacío legal gigantesco en los diversos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, es respecto a la imposibilidad de conocer quien fue el progenitor donante.

Para ello es necesario realizar una aclaración y es que la mayoría de los casos, los donantes son anónimos y se les hace firmar un contrato de confidencialidad, es decir de que en un futuro nada deberá ser comentado sobre su identidad ni a quien hará uso del material genético ni al niño que será concebido por lo que entra en pugna dos derechos, el del menor y el del donante. Como bien se sabe, existen en el mundo clínicas capacitadas que realizan estos procedimientos, pero muchas de ellas se han visto en conflicto cuando los hijos nacidos mediante técnicas heterólogas reclaman su derecho a la identidad y el progenitor donante se niega a que esto sea conocido por los derechos del contrato que se firmó.

Como es evidente aquí existe un problema trascendental que a lo largo de los años no ha podido ser solventado en ningún país y por ningún ordenamiento jurídico puesto que ambas partes tienen los mismos derechos y no sería procedente vulnerar los derechos de uno de ellos a costa del otro.

Otra de las dudas y de los principales problemas que se producen a consecuencia del uso de estas técnicas de reproducción heteróloga es respecto a la filiación; cabe destacar que si bien quien dona su componente genético sería el padre biológico, la ley no reconoce de esta manera el vínculo filial jurídico, sino que únicamente lo identifica como lo que es “un donante”, el problema de esto es que genera incertidumbre y muchas de las veces incluso miedo por parte de los donantes ya que se cuestiona el hecho de que si en la mayoría de edad se plantea una demanda y se realiza un examen genético de ADN la decisión judicial influya en el establecimiento de la relación parento filial, el único respaldo del donante en este caso es el contrato que se firma con la clínica en la cual se realiza la donación sin embargo este en la práctica muchas de las veces ha sido insuficiente.

Cabe destacar que el derecho a la identidad del menor nacido bajo técnicas heterólogas consiste en conocer sus raíces, reconocer comportamientos, procedencia familiar e inclusive tener conocimiento sobre las posibles enfermedades congénitas que a futuro se podrían desarrollar, mas no establecer en si un vínculo de filiación directo con el donante, sin embargo este vincula como ya se manifestó es uno de los principales problemas y preocupaciones que existen por las autoridades y por quien es donante de material genético.

2.1 USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA CON RELACION AL DERECHO A LA IDENTIDAD EN ECUADOR.

Como ya se ha venido desarrollando, las técnicas de reproducción asistida son innovaciones tecnológicas de nuestro mundo contemporáneo, mediante las cuales se puede tratar varios problemas de fertilidad producido tanto en hombres como en mujeres; sin embargo estas técnicas son bastante comunes y por ello controversiales, esto se produce gracias a que dentro de nuestro país no hay una normativa específica que lo regule, sino únicamente existen normas subjetivas y generales cuya aplicación y efectividad para solventar conflictos es bastante precaria.

Entre algunas de las normas que hacen referencia a estos procedimientos, los encontramos dentro de la Constitución de la República, normas que reconocen el uso de estas tecnologías modernas e innovadoras y que sobre todo reconocen el derecho de la libertad sexual y reproductiva, pero no se establece de forma precisa como es que se van a llevar a cabo estos procedimientos o como regular las consecuencias que se produce a causa de esto, sin embargo este análisis legal y normativo se realizara de manera más específica en el desarrollo del siguiente capítulo.

A falta de ley, entonces cuando existen estos casos en nuestro país es necesario acudir a la legislación internacional o al derecho comparado el cual muchas de las veces también resultan

insuficientes por lo que se produce una evidente vulneración de derechos para quienes acceden a este tratamiento, para los donantes y para el niño concebido en torno a su identidad.

En nuestro país existen clínicas que realizan este tratamiento, pero no existen clínicas de donación como en el caso de varios países europeos o de Estados Unidos, en donde existen clínicas propiamente para donantes tanto masculinos como femeninos que donan su material genético a cambio de un porcentaje de dinero previo estudios médicos, sin embargo, como ya se mencionó esto no se encuentra regulado en nuestro país, pero debería ya que sería una forma de tener mejor control de los procedimientos.

Como se mencionó, en nuestro país no hay normas específicas para cada una de estas novedosas tecnologías reproductivas, ni tampoco existen instituciones médicas que promuevan la práctica de estos métodos, ya que los procedimientos se llevan a cabo en clínicas generales, sin embargo al no haber normas reguladoras no solo se limita el ejercicio de este derecho sino que además se vulnera una de las garantías más importantes que existen en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la de la Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica se encuentra establecida dentro de la Constitución, más específicamente en el artículo número 82 el cual establece lo siguiente: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitucion, 2008).

Como se puede evidenciar de este artículo, la seguridad jurídica se refiere a la existencia de normas claras que puedan ser aplicadas a cada caso que pueda presentarse evitando la vulneración de derechos de quien le asiste, sin embargo, debido a la carencia de normas expresas y claras respecto a los procedimientos de reproducción asistida este principio no se estaría cumpliendo, cuya consecuencia es la vulneración de derechos.

2.2 ANONIMATO DEL DONANTE Y DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR:

Como se mencionó, existen varios problemas a consecuencia de la utilización de métodos heterólogos para la concepción y uno de ellos es el derecho al anonimato por parte del donador sea este hombre o mujer, y el derecho a la identidad de quien fue concebido mediante esta técnica; este problema contraponen derechos igualmente importantes dentro del marco legal y social que se reconocen dentro y fuera de nuestro ordenamiento jurídico por lo que resulta indispensable analizar qué derecho debe ser ponderado ¿El derecho a la identidad personal del niño concebido mediante las técnicas de reproducción heteróloga? o ¿El derecho al anonimato del donante de células reproductivas? (Lucena, 2020).

El anonimato según Cabanellas, hace referencia a la condición de una persona o entidad de ser desconocida, es decir, que no quiere que su identidad sea revelada (Cabanellas, 2008), esto puede darse por dos motivos, el primero de ellos es porque no se le haya solicitado o simplemente porque

es voluntad del sujeto o entidad no hacerlo. Este concepto concuerda plenamente o puede ser relacionado con el derecho a la identidad el cual de manera bastante general puede ser definido como:

El anonimato es el carácter o la condición de anónimo, es decir, que la identidad de una persona o entidad es desconocida. Esto puede ser simplemente porque no se le haya pedido su identidad, como en un encuentro ocasional entre extraños, o porque la persona no puede o no quiere revelar, también se relaciona con el concepto de pertenencia de una persona hacia determinado lugar (ETECE, 2021)

Ahora bien, una vez definido, responder esta interrogante no es fácil, es por ello que debe realizarse el análisis en base a una doble perspectiva, la primera se encuentra a favor de mantener el derecho al anonimato, esta postura defiende los derechos de lado y lado y establece que no es voluntad del padre biológico serlo, sino que lo hace de manera voluntaria ya sea por una paga o no por lo que los lazos afectivos con el menor a ser concebido son nulos, a consecuencia de ello si el menor conoce su identidad esto podría afectar su desarrollo y crecimiento integral tanto de manera psicológica como emocional y afectiva por lo que podría sentirse como si no fuera parte de la familia y generar un rechazo hacia esta lo cual vulneraría otro de los principios fundamentales reconocidos a nivel internacional y dentro de nuestro ordenamiento jurídico como lo es el Interés superior del Niño.

Analizando esta premisa existen varios puntos que deben ser considerados, uno de ellos es que, quien fue concebido mediante técnica heteróloga ya goza de un hogar con sus padres, con una identidad familiar por lo que conocer su identidad genética sería perjudicial para su formación, pero esta no es la única consecuencia que se defiende sino que además representa un perjuicio significativo para la clínica y para los médicos en donde se realizó el procedimiento de reproducción asistida ya que de haber una demanda y de saberse que hay problemas con el anonimato del donante muchas otras personas se negarían a ser donantes por lo cual no solo existiría una pérdida económica sin que se quitaría la capacidad a muchas familias de concebir mediante el uso de estas técnicas.

Por otro lado, continuando con el análisis, la otra postura defiende al derecho a la identidad de los niños concebidos mediante técnicas heterólogas, para lo cual se establece que es necesario que cada persona conozca sus orígenes sean estos genéticos o personales para poder desarrollarse, sin embargo esto genera cierta controversia ya que este principio implica varias cosas y a su vez se interrelaciona con otros derechos como el de la igualdad, dignidad, igualdad, la posibilidad de utilizar la información y complementar una identidad propia.

TABLA No. 1

Argumentos a favor y en contra del anonimato de donante y el derecho a la identidad

A favor	En contra
Los aspectos sobre la concepción desempeñan un papel importante en la formación de la identidad personal de un individuo	Crea un desincentivo para que las personas donen
La información médica y familiar del donante su historial tendría valor para evitar enfermedades congénitas futuras	Es menos probable que los padres mencionen que sus hijos nacieron por fecundación por temor a perderlos y que el padre genético genere un vínculo filial
No es favorable que el estado guarde información sobre alguien que tiene prohibición de conocerla	No puede haber un derecho absoluto de conocer a los padres genéticos de lo contrario a los padres se les exigiría por ley el derecho a informar quienes son sus padres genéticos para no vulnerar su derecho a la identidad personal

Fuente: (VERDESOTO, 2018)

Esta tabla establece ciertos aspectos sustanciales respecto al anonimato del donante en los procedimientos de reproducción asistida en relación al principio de identidad, si bien algunos de estos puntos ya han sido desarrollados, es importante recalcar que el “anonimato” en muchos de las casos resulta favorable ya que permite que más personas contribuyan con material genético para ayudar a parejas con problemas de fertilidad que quieren concebir, pero por otro lado, muchas de las veces los niños que nacen de este proceso quieren saber de dónde provienen y esto genera desventajas y problemas jurídicos significativos que no solo traen problemas para la clínica y los médicos, sino para el estado, el donante anónimo y demás personas que intervienen en este proceso.

2.3 COMO SE AFECTA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El principio del interés superior del menor, es uno de los principios más importantes de todo el sistema jurídico respecto a menores, este principio fue creado y nace en el año de 1989 como una forma de proteger a los menores y garantizar que todo lo que tenga que ver con ellos sea en beneficio de su bienestar y de su desarrollo integral.

Este principio de manera amplia y conforme así lo establece el diccionario jurídico EUKADISAI, puede ser definido de la siguiente manera:

“El principio del interés superior del niño o niña, también llamado interés superior del menor, es un conjunto de mecanismos, de acciones y de procesos cuyo fin primordial es el de garantizar el desarrollo integral y la vida digna, pero sobre todo busca garantizar que este desarrollo no solo se de en condiciones materiales sino también afectivas, permitiéndole vivir plenamente” (EUSKADI, 2008)

La definición que ya ha sido citada, es de suma importancia ya que establece que lo que se busca no solo es que el menor tenga un buen desarrollo material, sino además emocional permitiéndole que pueda alcanzar el bienestar integral en todos los aspectos de su vida. Sin embargo este no es el único punto relevante de este principio, ya que en el aspecto jurídico, este principio procura que cuando cualquier tipo de autoridad ya sean estas públicas o privadas administrativas o judiciales o de cualquier índole deberán de manera obligatoria aplica las normas que resulten más beneficiosas para el menor incluso se prevé que de no entenderse la norma pues se podrá realizar una interpretación extensiva de la misma o aplicarla en el sentido literal pero siempre velando por que el resultado de este actual sea en beneficios de los derechos

Si bien el interés superior del niño busca garantizar en sus mejores condiciones el desarrollo del menor, muchas de las veces, esto se ve limitado de manera significativa, sobre todo cuando nos referimos a los niños nacidos a consecuencia de la aplicación de técnicas heterólogas de concepción sobre todo en lo que se respecta a su núcleo familiar, lo cual puede generarle graves consecuencias en lo que respecta a su desarrollo psicológico y emocional.

El estado es el ente encargado de garantizar, la aplicación de este principio y sobre todo de velar por el bienestar de los menores, sin embargo, en el caso en cuestión, resulta bastante difícil garantizar el pleno ejercicio a este derecho debida a la falta de regularización que existe respecto a las consecuencias surgidas a raíz de la concepción por métodos heterólogas por lo que no es posible garantizar este principio en la práctica de manera integral.

Así mismo, uno de los puntos que más se ve afectado es respecto a la salud emocional de los menores, lo cual incide y permanece hacia su adultez, entre algunos factores que influyen encontramos que si la noticia de su procedencia lleva a saberse por un tercero o siendo la noticia

dada por su madre biológica puede generar un rechazo hacia su familia y hacia su padre, lo que desencadenan problemas sociales y falta de relacionamiento del menor, en su adultez genera la búsqueda de respuestas y la falta de identidad puede ser algo grave en el comportamiento del sujeto, lo cual afecta el principio del interés superior del niño, puesto que no se está garantizando su bienestar de manera integral

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA MEDIANTE TÉCNICA HETERÓLOGA CON DONANTE ANÓNIMO

Para realizar el presente análisis es necesario fundamentarnos en una doble perspectiva, la primera es respecto a la libertad sexual y reproductiva y la segunda es respecto al derecho a la identidad, para ello resulta necesario partir de un estudio del ordenamiento jurídico interno y posterior a ello a la normativa Internacional ratificada por nuestro país tal y como se desarrollará en el presente capítulo.

3 ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

3.1.1 DERECHO A LA LIBERTAD REPRODUCTIVA

Uno de los derechos más relevantes que se encuentran reconocidos dentro de la Constitución y que deben ser analizados, es respecto al derecho a la libertad sexual y reproductiva, como bien se sabe este es un derecho de salud que permite que todas las personas sin distinción alguna pueda tomar decisiones de manera libre e informada sobre su salud sexual y su vida reproductiva, es así que en el art. 32 numeral 6 se establece que

El Estado será el encargado de garantizar 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 (Constitución, 2008).

Así mismo, dentro del Art. 66 que respecta a la libertad se refiere de manera bastante específica a esta libertad y en su numeral 10 manifiesta que se reconoce el derecho a “El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener” (Constitución, 2008)

Para dar cumplimiento a este principio y garantía el estado a su vez dispone la forma en la que debe hacerlo, para ello dentro del artículo 363 numeral sexto establece que es deber del estado

“Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto” (Constitucion, 2008).

Con todo lo dicho entonces es necesario realizar un análisis de los artículos que han sido citados, enfocándose en el tema que nos concierne el estado garantiza la libertad sexual y reproductiva de todas las personas y es más establece que dará las facilidades y los medios idóneos para que este derecho sea cumplido sin embargo eso se estaría violentado si nos referimos a la aplicación de las distintas técnicas de reproducción asistida sean estas heterólogas o no; estas técnicas vulneran en principio ya que si bien se reconoce su uso y práctica, no hay una norma que lo regule o una norma que pueda ser aplicada garantizando el pleno ejercicio del derecho y que resulte eficaz en la práctica.

Al no haber una norma específica los procedimientos médicos se realizan únicamente en consideración de la salud del paciente, pero no se ve las consecuencias que pueden producirse a casusa de esta como por ejemplo el caso del derecho a la identidad de los menores.

3.1.2 DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad es un derecho fundamental reconocido dentro de nuestra Constitución en varios artículos y ha ido sufriendo mejoras y cambios normativos significativos, por ejemplo, dentro de la Constitución de 1998 si bien si se reconoce al derecho a la identidad se establece únicamente como “El derecho a la identidad, de acuerdo a la ley”, mientras que en la nueva Constitución de 2008 se amplía esta concepción y en su artículo 66, dentro de los derechos de libertad en su numeral 28 establece que:

“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” (Constitución, 2008).

Es indispensable esta distinción para el desarrollo del presente trabajo ya que además de solo consagrar el derecho a la identidad dentro del ordenamiento jurídico también está dando los elementos y las características de este, cuya finalidad es precautelar de manera significativa el ejercicio del mismo. Cabe recalcar que esta no es la única vez a la que se hace alusión a este derecho ya que así mismo dentro del reconocimiento de los menores el Estado en su artículo 45 en su parte pertinente establece: “(...) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía (...)” (Constitucion, 2008)

Este artículo, a su vez se encuentra respaldado por lo dispuesto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cuyo artículo 33 y siguientes abordan el tema del derecho a la identidad de Niños Niñas y Adolescentes, para lo cual se establece:

“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” (CONA, 2022).

Como se puede evidenciar entonces, el derecho a la identidad esta respaldado por el estado ecuatoriano sobre todo para los menores, es por ello que centrándose en el tema que nos concierne es necesario establecer que es obligación del estado proteger a los menores y velar por el derecho a su identidad, derecho que se ve violentado de manera significativa cuando se trata de niños nacidos a causa de la reproducción heteróloga con donante anónimo.

3.2 DERECHO INTERNACIONAL

3.2.1 CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO 1989

Una de las normativas internacionales más importantes es respecto a la Convención de los derechos del niño de 1986 la cual consagra una serie de pautas y principios relacionados al derecho a la identidad, por citar algunos encontramos los que se destacan a continuación:

“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. (Convencion Internacional de derechos del Niño, 1989)

Estos artículos son fundamentales ya que son de obligatoria aplicación para todos aquellos países que se encuentran ratificados, y uno de ellos es Ecuador, como se puede evidenciar se reconoce el libre ejercicio de los menores a tener y conocer su identidad, sus orígenes además de que se establece que para el pleno ejercicio de estos es obligación del estado dar los medios y las facilidades del caso para que esto ocurra.

En la misma convención, se establece que “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” (Convención Internacional de derechos del Niño, 1989). En el tema que nos concierne en el caso de que se dé la reproducción heteróloga es obligación del estado dar las facilidades del caso para que el menor conozca sus orígenes, sin embargo, como ya se analizó también es importante respetar el anonimato de quien lo dono por lo cual la autoridad judicial competente deberá realizar la ponderación de estos derechos y aplicara la norma a su sana crítica y discrecionalidad que considere más factible para solventar la situación.

3.3 DERECHO COMPARADO:

A. ESTADOS UNIDOS:

Estados Unidos, es un país vanguardista en lo que respecta a los diferentes procedimientos y técnicas de reproducción asistida, ya que no solo cuenta con una serie de procedimientos ya sean homólogos o heterólogos reconocidos, sino que además cuenta con legislación propia que regula cada una de las situaciones que pueden presentarse no solo al momento del procedimiento sino también en un futuro.

Si bien regular el tema en su totalidad resulta imposible debido a la complejidad del tema, Estados Unidos, en varios estados cuenta con normativa propia que regula cada uno de los procedimientos e intervenciones, este tema no es reciente por lo que incluso existen clínicas especializadas en estos procedimientos las cuales se dedican a prestar asistencia de manera integral a quien así lo requiera.

En los Estados Unidos, no existen leyes, en cuanto a este tema que sean de carácter federal, sino que se basan de acuerdo a las leyes estatales. En este país, generalmente se permite la investigación con embriones siempre que sea realizada dentro de los catorce días desde la fecundación, y además son siempre embriones que han sobrado de procesos o tratamientos de fertilizaciones in vitro anteriores (CÓRDOVA, 2006)

A partir de 1994, existen varias resoluciones cuya finalidad es la de regular el tema de la donación de material genético ya sea este femenino o masculino, al respecto en el dictamen del Comité de Ética de la Sociedad Americana de Fertilidad se determinó que es fundamental que si se realiza la donación o venta de material genético se mantenga la confidencialidad del donador, y estableció este particular como un mecanismo eficiente para garantizar el anonimato de quien dona a tal punto que ni siquiera quien lo recibe puede tener conocimiento de quien es el donante.

Entre algunas de las circunstancias reguladas por este país es el tema de la maternidad subrogada, la fecundación in vitro, las técnicas heterólogas, etc.

Cada una de las clínicas de fertilidad, cuentan con reglamentos internos no solo del procedimiento sino de los requisitos que debe cumplir una persona para ser apta no solo como donador o paciente, con ello se deja por escrito mediante la celebración de un contrato las condiciones propias de cada caso, así si en un futuro se presentaren ciertas circunstancias o problemas, los Jueces podrán analizar el caso y llegar a una conclusión mediante el documento firmado que es el contrato de reproducción asistida.

B. EUROPA

En Europa, en países como, Alemania, España, Francia e Inglaterra, existen una serie de normas establecidas con la finalidad de regular todo lo existente a las técnicas de reproducción asistida, si bien está permitido que todas las parejas heterosexuales puedan acceder a estos tratamientos en instituciones públicas o privadas, presentan una coincidencia en su regulación ya que tienen una prohibición expresa respecto a las madres o padres solteros que quieran concebir. Según lo dispuesto en países como España y Alemania, existe un requisito fundamental que debe ser analizado dentro del proceso que vaya a realizarse y es que la madre o el padre no seas progenitores solteros y que sean estables económicamente para el cuidado y nacimiento del menor.

La legislación europea hace un especial análisis en los derechos del menor y establece que si bien cualquiera puede tener acceso a estos procedimientos deben cumplir con el requisito de que el menor o los menores concebidos se encuentren en buenas manos, con padres estables, que puedan cuidarles y velar por el interés superior del niño y su desarrollo integral. (BERNARDO, 2021).

De toda Europa, España es la que cuenta con regulaciones propias para estos procedimientos que se encuentran promulgados en varios decretos de ley a partir del año 2006, en el cual establecen particularidades y exigencias para que se lleven a cabo los procedimientos médicos.

Alguna de las particularidades que presenta la normativa europea en materia de la reproducción asistida es que establece una expresa prohibición a usar material genético de manera inadecuada, prohibiendo la clonación de seres humano o la experimentación con el material genético sin fines científicos.

C. LATINO AMERICA

En varios países de América Latina, no existe una normativa que regule el tema de la reproducción asistida y sus diversas técnicas, si bien se reconoce la libertad sexual y reproductiva y el acceso a cualquiera de estos procedimientos, son muy pocas las regulaciones propias que existen, ya que, en la mayoría de los casos de haber conflictos, la norma empleada es la del derecho internacional.

La principal fuente de información que se tiene al respecto de la reproducción asistida es el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) de 1990, este registro contiene toda la información respecto a los distintos procedimientos que deben ser aplicados y la manera en la que los médicos pueden aplicarla en cada caso concreto (Schwarze, 2010)

Jurídicamente hablando, no existe norma propia en cada país, pero sí existen ciertas regulaciones que pueden traerse a colación, una de ellas es que existen centros especializados para realizar estos procedimientos sobre todo en países como México, Brasil Chile y Argentina, pero las regulaciones son bastante precarias, un claro ejemplo de ello es respecto a las técnicas heterólogas ya que no hay regulaciones sobre la forma en la que se procede con los donadores de material genético, ya que únicamente firman un contrato pero no hay una norma que garantice la confidencialidad de esta.

Además, existe una expresa prohibición a usar de manera inadecuada el material genético ya sea para experimentos o clonación, incluso se establece un periodo de tiempo en el que deben ser utilizados para fines investigativos el diferente material genético.

3.4 EL DERECHO COMPARADO EN RELACION AL DERECHO ECUATORIANO

Como se ha venido desarrollando a lo largo de este trabajo investigativo, en varios países alrededor del mundo y en Ecuador, se encuentran reconocidos como un derecho a la salud el poder realizarse cualquier tipo de tratamiento para los problemas de fertilidad incluso los heterólogos, sin embargo conforme se ha desarrollado nuestro país, y algunos de América Latina, reconocen la práctica de estas técnicas de reproducción asistida, pero no cuentan la normativa suficiente para poder regular de mejor manera todos los aspectos que conllevan estos procesos a comparación de países más desarrollados de Europa o Estados Unidos, que incluso cuentan con lugares idóneos y norma clara para regular estos procesos.

Si bien normar este tema es bastante complejo, los países de América Latina, tienen mucho camino por recorrer ya que muchos aun no cuentan ni siquiera con norma respecto al tema, para ello deberían tomar como ejemplo a las disposiciones y a la normativa de otros países.

3.5 POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS:

Con todo lo dicho entonces, resulta necesario que para evitar la vulneración de derechos, del menor así como también para regular el uso de estas nuevas tecnologías reproductivas, se dé la creación de una normativa propia y de un reglamento de aplicación, en la que conste todos los aspectos relevantes respecto a cada una de las técnicas reconocida y practicadas en nuestro país, además resulta necesario que existan pautas hacia los médicos y regulaciones hacia las entidades que practican y ofertan estos servicios sobre todo en lo que respecta a la reproducción heteróloga ya que es la única manera que se tiene de garantizar el ejercicio pleno de los derechos a la salud sexual y reproductiva reconocida en nuestro país.

Otra de las soluciones es dar la creación de instituciones propias en las que pueda darse la donación de material genético, que cuente con todas las medidas de seguridad, así como también con profesionales que puedan asesorar y asegurar que la donación va a realizarse de la manera adecuada previendo las consecuencias que puedan producirse al respecto en un futuro.

CONCLUSIONES:

Del desarrollo del presente trabajo investigativo, se pudieron extraer las siguientes conclusiones:

- La reproducción asistida es un término bastante moderno, el cual se emplea para englobar las distintas técnicas de reproducción que existen y que implican la intervención de un profesional de la salud para poder concebir, uno de estos métodos es el de la reproducción heteróloga con donante anónimo.
- La reproducción heteróloga con donante anónimo, es una forma de concepción a través de la cual un hombre dona de manera anónima uno de sus esperas el cual será fecundado con el ovulo de la madre que así lo desea, sin embargo, un detalle que debe ser recalado es que el padre biológico no tiene responsabilidad alguna puesto que este es desconocido.
- La concepción mediante donación anónima genera varios perjuicios que ya fueron analizados pero el más relevante es el hecho de que vulnera de manera directa el derecho a la identidad de los menores concebidos bajo esta técnica, ya que por la reserva del donador estos no pueden conocer quién es su padre biológico, a consecuencia de ello se causa una afección en conocer los orígenes del menor.
- El derecho a la libertad sexual y reproductiva está reconocido en la Constitución y en el sistema normativo internacional, sin embargo, nuestro sistema jurídico, a pesar de reconocer esto como derecho fundamental es bastante precario ya que no contiene una normativa expresa

que regule los distintos procedimientos de reproducción asistida, lo que representa un vacío legal que debe ser de manera obligatoria solventado.

- Un principio fundamental que es reconocido y que también se ve violentado de manera significativa es el interés superior del menor, ya que lo que se quiere es que este tenga un desarrollo integral del menor en todos los aspectos de subida y este se ve limitado tanto emocional como psicológicamente cuando se vulnera su derecho a la identidad.

RECOMENDACIONES

Del desarrollo del presente trabajo investigativo, se pueden establecer las siguientes recomendaciones:

- El derecho a la libertad sexual y reproductiva se encuentra debidamente reconocido y garantizado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, el estado debería crear más políticas públicas orientadas a garantizar el cumplimiento de este derecho en todo su sentido y más aún en lo que respecta a los métodos modernos de concepción como lo es la reproducción asistida.
- A falta de ley debe crearse más normas expresas que regulen todas las consecuencias de su aplicación y las técnicas que deben emplearse en los diversos métodos de reproducción asistida, ya que los vacíos legales y la falta de regulación está ocasionando la vulneración de derechos sobre todo de los menores.

BIBLIOGRAFÍA

BERNARDO, Á. (02 de noviembre de 2021). Obtenido de reproducción asistida:

<https://civio.es/medicamentalia/2021/11/02/reproduccion-asistida-en-Europa/>

Buenaño, J. C., & Fuentes, F. M. (2018). *El derecho a la identidad personal frente al cambio de apellido en personas mayores de edad en la legislación ecuatoriana*. Obtenido de

Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato:

<https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2328/1/Derecho.pdf>

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario juridico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Cajal, R. (13 de noviembre de 2014). Obtenido de Historia de la Reproducción Asistida:

<https://www.vitafertilidad.com/blog/actualidad/historia-reproduccion-asistida.html>

CIDH. (1979). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*,. San Jose de Costa Rica: Corte IDH.

CONA. (2022). *Codigo Organico de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Asamblea Nacional.

Constitucion. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional.

Constitución. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional.

Convencion Internacional de derechos del Niño. (1989). *Convencion Internacional de derechos del Niño*. Madrid: Unicef.

CÓRDOVA, O. C. (mayo de 2006). “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA REPRODUCCION ASISTIDA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL”. Obtenido de <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/69/1/An%C3%A1lisis%20jur%C3%ADdico%20del%20reproducci%C3%B3n%20asistida.df>

Coruña, G. (10 de marzo de 2021). Obtenido de Equipo Ron Ginecologico:
<https://equiporon.com/noticias/cuales-son-los-tipos-de-reproduccion-asistida-mas-comunes/>

ETECE. (05 de agosto de 2021). *que es identidad*. Obtenido de diccionario ETECE:
<https://concepto.de/identidad/>

EUSKADI. (2008). *PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR* . Obtenido de
<https://diccionario.cear-euskadi.org/principio-del-interes-superior-dela-menor/#:~:text=Se%20trata%20de%20una%20garant%C3%ADa,no%20las%20que%20los%20conculquen.>

Fornos, I. E. (junio de 2007). *DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA*. Obtenido de
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005#:~:text=La%20inseminaci%C3%B3n%20artificial%20puede%20ser,la%20mujer%20que%20espera%20concebir.

Lucena, R. M. (2020). *derecho a una identidad*. Obtenido de humanium:
<https://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>

MedlinePlus. (27 de julio de 2020). *Biblioteca Nacional de Medicina de EE. UU.* . Obtenido de
de Tecnología de reproducción asistida:
<https://medlineplus.gov/spanish/acercade/uso/citar/>

Ortiz, M. A. (01 de 12 de 2018). *Efectos jurídicos de la reproducción asistida heteróloga en la regulación civil y familiar en Mexico*. Obtenido de revista iberoamericana:
<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/8155-Texto%20del%20art%C3%ADculo-18424-1-10-20180209.pdf>

Rosas. (1989).

S.E.G.O. (2020). *TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA*. Obtenido de Sociedad Española de Ginecología y obstetricia :
https://sego.es/mujeres/Reproduccion_asistida.pdf

Schwarze, J. E. (mayo de 2010). *Reproducción asistida en latinoamérica y chile*. Obtenido de
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864010705575#:~:text=N%C3%BAmero%20de%20ciclos%20de%20t%C3%A9cnicas%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida%20por%20mill%C3%B3n%20de%20habitantes.&text=La%20mayor%20de%20los%20ciclos%20fueron%20rea>

UNICEF. (enero de 2019). Obtenido de derecho a la identidad:
<https://www.unicef.org/mexico/informes/derecho-la-identidad>

Unlive. (18 de OCTUBRE de 2021). *Historia de la reproducción asistida*. Obtenido de
<https://unilive.com.mx/historia-de-la-reproduccion-asistida/#:~:text=La%20primera%20asistencia%20m%C3%A9dica%20para,esposa%20para%20obtener%20un%20embarazo.>

VERDESOTO, K. P. (diciembre de 2018). Obtenido de “EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL VINCULADO A LA PROCEDENCIA FAMILIAR DE LAS PERSONAS NACIDAS MEDIANTE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN HETERÓLOGA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA:
<https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2539/1/76816.pdf>

