

Problema del anonimato de donantes dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Andrea Lisseth Duran Ramírez, Ana Fabiola Zamora Vázquez,
Enrique Eugenio Pozo Cabrera, Diego Fernando Trelles Vicuña,
Esteban Javier Polo Pazmiño

RESUMEN

Hace tiempo atrás la única forma de ser padres para las parejas infértiles era la adopción. Hoy en día, la ciencia y la biotecnología ha evolucionado a pasos agigantados permitiendo a través de procedimientos de reproducción asistida solucionar este problema. El objetivo de esta investigación hace alusión al anonimato de donantes surgiendo un debate si conocer la verdad biológica o mantener en secreto la identidad de quienes por un acto altruista donaron su material genético para que terceros puedan paliar su infertilidad. Este trabajo se realizó a través de un enfoque cualitativo, con un alcance descriptivo, utilizando métodos con el inductivo – deductivo, analítico – sintético y dogmático – jurídico. Este esfuerzo académico se centra en comprender el anonimato dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, pues en la actualidad existen legislaciones a favor y en contra, lo preocupante resulta el silencio normativo que existe respecto a estos temas de actualidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que al no contar con regulación vulnera el derecho de las personas intervinientes en estos procesos como los usuarios, el niño fruto del tratamiento y el personal sanitario como tal. Además, este tema se relaciona con otros derechos como la filiación, el derecho a la verdad biológica, el derecho a la intimidad, entre otros.

Palabras clave: anonimato; derecho; intimidad; filiación.

Citar como:

Duran Ramírez, A.L., Zamora Vázquez, A.F., Pozo Cabrera, E.E., Trelles Vicuña, D.F., y Polo Pazmiño, E.J. (2023). Problema del anonimato de donantes dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En J.C. Erazo Álvarez y C.I. Narváez Zurita, (Eds.) *Sociedad del Conocimiento. Resultados de investigaciones universitarias* (1era Ed.). (pp. 200-227). Religación Press. <http://doi.org/10.46652/religacionpress.33.c26>



Introducción

Este trabajo de investigación se centra en la discusión sobre la conveniencia respecto al debate de mantener el anonimato del donante de las personas que han donado material genético. Existen diversidad de criterios al respecto, pues en el derecho comparado varias legislaciones permiten conocer la identidad de los donantes, otras que no lo consienten, y también constan sistemas de ordenamientos mixtos.

En este sentido, en la actualidad la preservación de la identidad del donante, es un tema muy discutido, esta problemática debe tener en cuenta la proporcionalidad respecto de diferentes derechos que se encuentran involucrados, las técnicas de reproducción humana asistida en adelante TRHA, han revolucionado los derechos como la filiación, la identidad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

El anonimato de donantes ha generado un desajuste en el derecho, incluso en las diferentes legislaciones no existe unanimidad de criterios al respecto y surgen interrogantes como: ¿Qué pasa con la paternidad – maternidad en el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo? ¿Hasta qué punto llega el rol en la determinación de la filiación de la autonomía de la voluntad? ¿Qué es más conveniente para garantizar el principio del interés superior del menor, el anonimato o la identificación del o los donantes?

En fin, estos son algunos de los muchos cuestionamientos que giran en torno a este tema de actualidad, que en muchos casos se han convertido en insolubles y con diversidad de opiniones que no llegan a un consenso por todos los problemas que acarrea. Ahora bien, dentro de este artículo, se hace alusión a varios temas que se generan en virtud del anonimato de donantes.

En primera instancia se hace referencia a la evolución de las TRHA, luego una revisión de los derechos protegidos al conservar el anonimato en la identidad de los donantes, para luego centrarse en la realidad

actual desde el punto de vista jurídico de diferentes legislaciones y su diversidad de criterios sobre el tema.

También, dentro de la indagación consta el derecho comparado, analizando a la legislación española y su regulación respecto al anonimato de donantes, para concluir con aspectos como la verdad biológica, la presunción de paternidad, la filiación, derechos que están directamente relacionados con el problema de investigación.

Este trabajo, ha sido importante porque al realizar el análisis sobre el anonimato de donantes, se ha podido dilucidar que el Ecuador tiene un silencio normativo sobre las TRHA y este es un problema evidente, pues al faltar esta regulación genera una falta de seguridad jurídica para todas las personas que intervienen dentro de estos procedimientos, llegando a la conclusión que todos estos aspectos deben ser regulados en una ley integral sobre TRHA.

Marco teórico

Antecedentes sobre la reproducción humana asistida

Patrick Christopher Steptoe ginecólogo y Robert Geoffrey Edwards fisiólogo, compartieron el deseo de convertir en padres a los esposos Brown, hicieron realidad un nuevo reto dentro de la medicina reproductiva con el nacimiento emblemático de Louis Brown (primera niña concebida por fecundación in vitro en adelante FIV), este suceso tuvo lugar en 1978. El mismo año, en la India nace Subash Mukhopadhyay, siendo el segundo nacimiento a través de FIV.

Más tarde, en 1980, un grupo de australianos médicos (Lopata, Leeton, Wood y Trounson) consiguieron el nacimiento de Melbourne (primer bebé australiano por aplicación de FIV). En 1981, en los Estados Unidos nace el primer niño a través del mismo procedimiento mencionado con anterioridad. Para el año de 1984, en España (Barcelona) nace Victoria Ana Perea.

Ahora bien, en lo concerniente al primer nacimiento por medio de crioconservación y descongelamiento de embriones, se realiza por un equipo australiano en el año de 1983; en España en 1987 se consigue el primer parto llevado a cabo con la aplicación de congelamiento y descongelamiento de embriones.

Las técnicas de reproducción humana asistida en adelante TRHA, surgen derivadas de un problema que se encuentra a nivel mundial llamado “infertilidad”, que se define como un padecimiento asintomático, establecido cuando no se ha podido concebir un hijo, al menos durante un año de forma natural. La Organización Mundial de la Salud (OMS), se refiere a la infertilidad como una enfermedad que debe ser tratada, existiendo un 90% de probabilidades de llegar a ser padres a través de tratamientos.

Entonces, es importante definir las TRHA al conjunto de medios biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Las técnicas que se utilizan implican operaciones intracorpóreas, como la inseminación artificial y extracorpóreas o ex vivo, como la fecundación in vitro (FIV) (Herrera Fragoso, 2021).

En este contexto, en Ecuador se tiene conocimiento la existencia de clínicas que se encargan de realizar este tipo de procedimientos, pero que no cuentan con ningún instrumento legal que los ampare, basándose en el consentimiento informado de los pacientes. El artículo 66 numeral 10 de la Constitución de la República (2008) contempla: “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”. Asimismo, la norma *ibidem* establece en su artículo 363 numeral 6 lo siguiente: “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”.

En virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, el Estado ecuatoriano protege y garantiza el derecho a la salud sexual y reproductiva; sin embargo, esto no se ve reflejado en la realidad por la falta de normativa existente en torno a las nuevas formas de reproducción que existen.

Dentro de la Red Latinoamericana de Reproducción Humana Asistida en adelante REDLARA, “es una institución científica y educativa que agrupa a más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica” (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2022), el Ecuador cuenta con siete centros acreditados que los presentamos a continuación.

Tabla 1. Centros sanitarios que realizan procedimientos de TRHA acreditados por REDLARA

Ciudad	Nombre del Centro
Cuenca	BIOGEPa – Centro de Reproducción Humana
Quito	CERHVALENCIA Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana Dr. Pablo Valencia
Quito	Clínica INFES
Quito	CONCEBIR – Unidad de Fertilidad
Guayaquil	INNAIFEST – Centro Nacional de Reproducción Asistida
Guayaquil	Unidad de fertilidad Hospital Alcívar
Guayaquil	Unidad de Fertilidad Doctores Valdiviezo

Fuente: REDLARA, 2022. Elaborado por los autores.

Todas las clínicas mencionadas realizan procesos de donación de gametos poniendo en riesgo los derechos de las personas intervinientes en los procesos de reproducción asistida pues al no contar con una norma previa, clara, pública, se vulnera la seguridad jurídica.

Derechos que protegen el anonimato dentro de las TRHA

Dentro del anonimato de donantes se encuentran comprometidos algunos derechos como: derecho a la vida e integridad personal, la in-

timidad personas y familiar, a la libre investigación de la paternidad, a la identidad y libre desarrollo de la personalidad, derecho a la igualdad, mismos que constan dentro de la Constitución del Ecuador.

En lo que concierne al derecho a la vida el artículo 45 contempla: (...) El Estado reconocerá y garantizará la vida incluido el cuidado y protección desde la concepción. Al respecto, la Convención de Derechos Humanos, nunca dio una definición sobre concepción, en este sentido García Bustillos, afirmó: “en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones y que juzga inaceptable una Convención que no consagre dicho principio” (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 1969, p. 161). Sin embargo, la concepción, es una palabra que describe el momento de que comienza la vida del ser humano, mismo que debe ser respetado, pues este derecho es universal, es un derecho inherente que esta vinculado con la dignidad de las personas.

Respecto al derecho a la integridad personal, constan dentro del artículo 66 numeral 3 de la norma suprema misma que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual; b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual; c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes; d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

De la misma forma, en lo que respecta al derecho a la intimidad personal y familiar la norma *ibidem* dispone: “El derecho a la intimidad personal y familiar” (Constitución de la República, 2008, art. 66.20). Por

lo tanto, este derecho se relaciona con la vida privada, es decir, guardar la reserva respecto al individuo y la familia. En lo relativo a al derecho a la identidad la Constitución contempla:

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.

Este derecho es fundamental, los seres humanos desde el momento de su nacimiento gozan del derecho exclusivo de contar con datos biológicos que le reconozcan su identificación como persona única dentro del contexto social. Los padres deben velar por registrar de manera inmediata al menor a fin de garantizar sus derechos.

Martín Bernal (1994) señala “la identidad es el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes” (p. 10). Resulta evidente que todo niño desde el momento de su nacimiento debe ser registrado, esto resulta la prueba de su existencia.

En lo que respecta a la igualdad, esta constituye un principio dentro de la norma supra, establecida en el artículo 11 numeral 2:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los

derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

El derecho de igualdad es esencial para todos los seres humanos, es reconocido a nivel internacional como interno, en la mayoría de legislaciones. Entonces se puede establecer que la igualdad, cohabita con el hecho que todo ser humano debe ser diferente de los demás; es decir, debe aseverar su individualidad con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de su propia personalidad. Constituye un derecho que tiene toda persona a ser tratada con igualdad y homogeneidad, sin ser excluida, con la finalidad de hacer efectivos sus derechos y libertades que tienen carácter fundamental.

Realidad actual de la donación de material genético mediante TRHA en el derecho comparado.

El uso de las TRHA ha sido en los últimos tiempos de alta demanda. En el caso de Europa la mayoría de países han aceptado y regulado este tipo de tratamientos. A continuación, se presenta una tabla con información sobre el anonimato de donantes en diversos países.

Tabla 2. Regulación del anonimato en el Derecho Comparado

País	Regulación de anonimato
Austria	Prohibición de anonimato
Bélgica	Sistema mixto
Bulgaria	Protección del anonimato del donante
Dinamarca	Sistema mixto
Eslovenia	Protección del anonimato del donante
España	Protección del anonimato del donante
Estonia	Protección del anonimato del donante
Finlandia	Prohibición de anonimato
Francia	Protección del anonimato del donante

País	Regulación de anonimato
Georgia	Sistema mixto
Grecia	Protección del anonimato del donante
Hungría	Protección del anonimato del donante
Irlanda	Sistema mixto
Islandia	Sistema mixto
Italia	Protección del anonimato del donante
Letonia	Protección del anonimato del donante
Lituania	Protección del anonimato del donante
Macedonia del Norte	Protección del anonimato del donante
Noruega	Prohibición de anonimato
Países Bajos	Prohibición de anonimato
Portugal	Prohibición de anonimato
Reino Unido	Prohibición de anonimato
República Checa	Protección del anonimato del donante
Rumanía	Sistema mixto
Suecia	Prohibición de anonimato
Suiza	Prohibición de anonimato

Fuente: elaboración propia

La utilización de las TRHA, ha tenido una demanda de tipo progresivo a nivel del mundo. La Unión Europea, no tiene competencia para tratar este tema, generando que exista una disparidad en cuanto a la normativa, por supuesto que en la mayoría de países que forman parte de la misma, se aceptan estas técnicas.

Sin embargo, es importante realizar una interrogante ¿cuál es la situación del anonimato de donantes, donde las TRHA se encuentran reguladas? Lógicamente, no existe una respuesta unánime al respecto. En la actualidad, existen tres tipos de modelos en varios países:

Se mantiene el anonimato de las personas donantes de material genético,
Países que se puede conocer la identidad del donante; y,
Países que tienen una doble posibilidad: el anonimato y el conocimiento de la identidad del donante. (Gómez Bengoechea, 2021)

En los países donde se conserva el anonimato, se basa en una corriente minimalista, aquí constan países como: España, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Chipre, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Polonia o República Checa. El segundo modelo donde se puede conocer la identidad del donante de material genético, corresponde en cambio a una corriente maximalista. Aquí están países como Suecia, Austria, Finlandia, Países Bajos, Reino Unido, Suiza y de manera reciente Portugal.

En Austria, desde el año 1992, se permite que los menores nacidos mediante TRHA, una vez que cumplan 14 años de edad estos puedan acceder a conocer datos; en Suiza a partir del año 2001, al cumplir la mayoría de edad, los hijos tienen derecho a conocer información sobre la identidad e incluso el aspecto físico del donante; en el año 2002 los Países Bajos, tuvieron un sistema de tipo mixto, pero en el año 2004 desapareció el anonimato de manera total, de ahí en adelante quienes cumplan 16 años pueden acceder a obtener información.

En el Reino Unido, a través de la Ley de 1 de abril del año 2005, quienes accedan a los 18 años de edad pueden conocer su origen biológico; en Finlandia en el año 2006, también se da paso que a partir de los 18 años se puede obtener información relativa a los donantes; en lo referente a Portugal, con la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional 225/2018, da lugar a que los hijos puedan conocer su origen genético. Indudablemente, existe una disparidad normativa, no existe un conceso a nivel internacional.

Caso España

La donación en España, consta dentro de la Ley 14/2006, hace referencia a la donación de gametos hace referencia en el artículo 5.1 y 5.5, que establece:

1) La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado; 5) La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

No obstante, hoy en día uno de los grandes debates surge sobre la donación anónima y la identificativa, teniendo como consecuencia detractores y defensores. Es importante indicar la existencia de diferentes niveles de anonimato, respecto a la donación de material genético:

Tabla 3. Niveles de anonimato

Niveles	Característica
Nivel 1	Información no identificadora.
Nivel 2	Información no identificativa por cuestiones médicas.
Nivel 3	Información personal no identificadora.
Nivel 4	Información identificadora.
Nivel 5	Persona donante conocida.

Fuente: elaborado por autores

La ley española de TRHA, se refiere al anonimato al establecer que la donación es anónima, también determina la garantía de los bancos de material genético respecto de la confidencialidad sobre la identidad de donantes, situación que guarda relación con la infracción grave para la conducta, misma que se fundamenta en el rompimiento de la confidencialidad respecto a los datos de los donantes de acuerdo lo establece el artículo 26.2, letra b, cuya sanción, además de la multa económica hasta 10.000 euros, incluso puede contener la inhabilitación de la autorización conferida al centro o servicio de reproducción asistida (art. 27.1).

Ahora bien, en la ley española el anonimato de donantes no es total, existen cuestiones excepcionales por ejemplo cuando se encuentra comprometida la vida del menor o cuando los tribunales lo consideren necesario.

Asimismo, el art. 8.3 de la norma *ibídem*, misma que alega que dar a conocer la identidad del donante en los supuestos que proceda, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. En este sentido, en el imprevisto acontecimiento que se rompa el anonimato y el hijo nacido como producto de las TRHA consiga conocer a su progenitor biológico, no cambia la filiación determinada de manera previa con sus padres legales.

En este contexto, es importante el aspecto mencionado ya que manifiesta en caso de eliminarse el anonimato, esta situación no conferiría más derechos a los descendientes producto de donación de gametos, pues de ningún modo se cambiaría la preestablecida filiación. En otras palabras, los hijos de personas que han sido donantes anónimos que lograrán identificar a sus ascendientes biológicos van a seguir siendo hijos de los padres que lo obtuvieron a través de las TRHA, por lo tanto, no se beneficiarían de nuevos derechos en ningún ámbito.

No obstante, en el hipotético caso que una persona hijo de donante de material genérico tuviera una complicación de salud que evidenciara la importancia de romper el anonimato, habría la posibilidad de llevarlo

a cabo, subsistiendo de esta forma su supuesto derecho a conocer su origen biológico.

La verdad biológica

La verdad biológica es un trascendental principio para determinar de la filiación, pues la regla sería que la filiación debe coincidir con el hecho biológico de la procreación. Esto era una realidad hasta hace unas décadas atrás, no obstante, el avance de la ciencia y la tecnología en materia de técnicas de reproducción humana asistida, ha sido un aporte importante. La verdad biológica y social se apoyaban la una en la otra; sin embargo, el principio de la verdad biológica hoy en día es autónomo, esto gracias a las pruebas genéticas.

Esencialmente, una de las controversias que más se plantean en la actualidad, se fundamenta en solucionar si el principio de verdad biológica debe predominar, conciliarse, o ceder frente a la verdad social.

La filiación constituye un hecho natural y jurídico. Como hecho natural, siempre existe, esto como consecuencia de la procreación, pues todas las personas tienen progenitores de los cuales descienden. En este contexto, para que adquiriera relevancia para el derecho debe ser determinada. El autor Carbajo González explica:

La filiación es la relación o vínculo que une a una persona con sus progenitores. Evidencia un lazo sanguíneo, carnal, biológico. Se es hijo por nacimiento de unos padres, lo cual constituye una circunstancia puramente natural, a la que ningún ser humano es ajeno. A los ojos del Derecho, sin embargo, la filiación consiste en algo más que una pura relación biológica. La filiación es esencialmente una relación de índole jurídica entre dos personas, padre o madre e hijo; es decir, es una relación de nacimiento elevada a la categoría de jurídica. La filiación para que produzca efectos jurídicos, tiene que ser conocida por el Derecho, tiene que estar reafirmada jurídicamente, porque, si esto no ocurre, el vínculo sanguíneo resulta, en principio, irrelevante. (Carbajo Gonzalez, 2007, p. 297)

La determinación de la filiación se basa en constatar a través de diferentes mecanismos legales, la identidad de los padres de un descendiente, concediendo a estas personas la calidad de padre o madre. En este sentido, se puede establecer que la determinación no es constitutiva sino declarativa. Al momento de determinarse el vínculo de la filiación se da lugar al estado civil, esto quiere decir, la situación jurídica que tiene una persona dentro de la familia, en calidad de hijo.

De acuerdo a lo expuesto en el párrafo anterior, nace la existencia de una relación jurídica entre padres e hijos que acarrea una serie de derechos y efectos: derecho a la identidad, derecho de alimentos, derechos sucesorios, entre otros. La mayor parte de ordenamientos jurídicos a nivel del mundo, en relación a la verdad biológica, pretende en el mayor número posible la coincidencia de la filiación biológica y jurídica.

Investigación de la paternidad

En tiempos anteriores, la investigación de la paternidad se ejercía solamente en ciertas situaciones que eran determinadas por la ley. Esta limitación tenía como respuesta el hecho de la protección respecto de la familia legítima, esto con la finalidad de evitar demandas que pongan en entredicho la dignidad y el honor de las ascendientes, pero a la vez generaban situaciones que vulneraban derechos como dar asistencia a la descendencia. Es importante explicar que, los hijos ilegítimos eran aquellos concebidos fuera del matrimonio, entre personas que no tenían impedimento para contraer el mismo.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 252 del Código Civil establece: “El que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez lo declare hijo de determinados padre o madre”. Asimismo, el artículo 255 *ibidem* expresa:

La acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales.

Quien tenga a su cargo la patria potestad del hijo menor de edad representará sus derechos para exigir dicha investigación, garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia y de manera supletoria este Código.

Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad serán imprescriptibles.

Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto en el artículo citado con anterioridad, quienes ejercen la investigación son los descendientes por sí mismos o a través de un representante legal, lo fundamental es siempre el respeto por los derechos del menor y tener en cuenta que esta acción no prescribe.

Pruebas biológicas

El principio de verdad biológica lleva consigo la libertad de prueba en los juicios de filiación, esto tiene como finalidad hacer eficaz la investigación de la paternidad y la maternidad, con el objeto que se acredite el vínculo de la filiación. Esto responde que, en la actualidad, existen muchas opciones como prueba, entre las que se tienen: las pruebas biológicas, documentos públicos y privados, pruebas testimoniales y periciales, etc. Una de las pruebas que más se utilizan es el ADN, que ha servido como medio para garantizar la filiación por la certeza que tiene. Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo el artículo 258 del Código Civil que establece:

Si propuesta la demanda de investigación para que se declare la maternidad o paternidad, el demandado negare ser suyo el hijo, el actor solicitará al juez la realización del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). En el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a este examen dispuesto por el juez, se presumirá de hecho la filiación con el hijo.

Uno de los principales argumentos de los demandados para no someterse a las pruebas biológicas se basan en el derecho a la integridad física e intimidad personal, pues estos constan dentro de la Constitución como derechos fundamentales, pues argumentan que estas pruebas son una intromisión e incluso van en contra de su derecho a la dignidad. El Código de la Niñez y Adolescencia al respecto dispone en el artículo 10 letra b) sobre la obligación del presunto progenitor lo siguiente:

Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda.

Entonces, a partir que la prueba de paternidad o maternidad tengan un resultado positivo, el menor adquiere derechos y el padre o madre contrae obligaciones. Ahora bien, dentro de este contexto se puede hablar de un principio importante dentro de la verdad biológica que es el favor filii (principio de protección integral de la prole), que tiene como finalidad la protección de los menores de manera independiente a su origen y genera una obligación fundamental de que los padres deben prestar asistencia de todo tipo a los menores. “El favor filii, por consiguiente, constituye una directriz básica de toda la legislación, pero se incardina de manera especial en el ámbito del Derecho de Familia”. (de Castro, 2013, p. 57)

Hoy en día la ciencia ha permitido establecer la paternidad certera con su avance a pasos agigantados, en el derecho ecuatoriano existe la presunción que el marido es el padre legal de los hijos de la esposa. Sin embargo, esta presunción en muchos casos sirve como un encubrimiento cuando no existe una coincidencia respecto al hecho biológico, siendo uno de los mayores conflictos de índole legal.

En la reproducción humana asistida, para determinar la filiación, es necesario se rijan por reglas comunes, pues vale la pena acotar que la voluntad es el elemento, la “*condictio sine qua non*”, es decir, el eje para la adecuada ejecución del acto médico; así como también los efectos jurídicos que este tipo de tratamientos causa. En este contexto, el consentimiento reemplaza la propia relación sexual. En la actualidad, las TRHA han venido a cambiar aspectos importantes entre ellos se encuentra la filiación, pues el hecho de procrear sin que exista por medio una relación sexual, y en estos casos los niños son concebidos dentro de un laboratorio.

Derecho a la identidad

Si bien, la protección de los diferentes elementos que configuran la identidad personal y a través de los cuales ésta se manifiesta, tales como el nombre, la nacionalidad, y especialmente la filiación, ha sido más habitual, la protección autónoma de este derecho es reciente, pues en los últimos años cuando empieza a aparecer mencionado tanto en el ámbito internacional como en el Derecho interno de los distintos países. Dentro de la norma suprema, sobre la identidad contempla:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. (Constitución de la República, 2008, art. 45, inc. 2)

De acuerdo a lo expuesto, los menores gozan del derecho a su identidad, pues constituye un derecho humano, tiene la característica de in-

alienable, abarca el derecho a tener un nombre, apellido, nacionalidad, a tener una familia. Este derecho consta también dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que dentro del artículo 7 numeral 1 que dispone: “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.”

En esta línea, lo mencionado anteriormente es completamente concordante con el artículo 8 numeral 1 de la misma convención: “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”.

En el Estado ecuatoriano cuenta con la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), que en el artículo 1 establece: “La presente Ley tiene por objeto garantizar el derecho a la identidad de las personas y normar y regular la gestión y el registro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y su identificación”.

Dentro de la sentencia Nro.184-18-SEP-CC, intrínsecamente de los argumentos de los demandantes, consideran que durante de la controversia han sido vulnerados sus derechos en dos ocasiones. La primera por la autoridad administrativa y la segunda por parte de los jueces. En el caso del Registro Civil estos violentaron los derechos de la menor a la igualdad y no discriminación regulado en los artículos 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución, así como en el artículo 66 numeral 28 constitucional:

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.

Los jueces por otro lado, por medio de sus decisiones vulneraron derechos como la tutela judicial efectiva estipulada en el artículo 75 de la Constitución, y el derecho al debido proceso materializado en la garantía de debida motivación reconocida en el artículo 76, numeral 7, literal l):

El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Se puede establecer que con el caso Satya, se dio una evolución de derechos respecto a la doble filiación materna, el defensor del pueblo; la directora nacional de protección de derechos humanos y de la naturaleza; y, el coordinador nacional de protección prioritaria, presentaron acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional en contra de la sentencia dictada el 9 de agosto de 2012, por los jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección N.º 0223-2012-VC, dentro del cual se solicita la inscripción de una menor, manteniendo sus nombres, apellidos y reconociendo su filiación como hija de dos personas del mismo sexo.

La Corte Constitucional declara la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso en la garantía de motivación, a la identidad personal en relación a la obtención de la nacionalidad, a la igualdad y no discriminación; a la familia en sus diversos tipos; así como también al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, además aceptar la acción extraordinaria de protección planteada y varias medidas de reparación integral (Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 2018).

En virtud de todo lo expuesto, en el Ecuador es necesario contar con una ley que ayude a mitigar todos los vacíos legales que han generado las TRHA, el tema del anonimato de donantes acarrea mucha incertidumbre respecto al derecho a la verdad biológica, la identidad, la filiación, situación que resulta preocupante para todas las personas involucradas dentro de estos procedimientos.

Metodología

Este trabajo de investigación se realizó a través del enfoque cualitativo, que permitió la revisión documental y la aplicación de fundamentación teórica. Para el autor “está orientada principalmente hacia la descripción y la comprensión de una situación o fenómeno (caso del Derecho) a diferencia de la cuantitativa que se centra en la cuantificación, predicción y control” (Aranzamendi, 2015, p. 148). Las investigaciones cualitativas generalmente utilizan la recolección de datos, sin medición estadística.

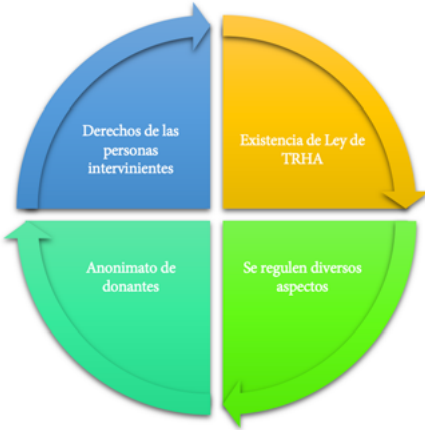
El nivel de alcance o profundidad que se utilizó es el descriptivo – exploratorio. “La investigación descriptiva, comprende la colección de datos para probar hipótesis o responder a preguntas concernientes a la situación corriente de los sujetos del estudio. Un estudio descriptivo determina e informa los modos de ser de los objetos”. (Gay, 1996, p. 8). En lo relativo al nivel exploratorio “(...) sirve para ejercitarse en las técnicas de documentación, familiarizarse con la literatura bibliográfica, hemerográfica y documental, sobre las cuales se elabora los trabajos científicos como las monografías, ensayos, tesis y artículos científicos. Por ello algunos hablan de investigación bibliográfica” (Esteban Nieto, 2018).

Respecto a los métodos se aplicaron el inductivo – deductivo, permitiendo recoger ideas particulares para luego consolidar en ideas generales, admite adentrarse en los elementos fundamentales de una teoría e identificables en el tema de estudio. El método histórico comparativo fue aplicado haciendo un recuento de la evolución de las TRHA, así como la

referencia de las leyes en varios países, de manera específica España. El método sistemático permitió secuenciar y ordenar la información obtenida, relacionando aspectos aislados para unificar una teoría y proponer una mejor comprensión.

Una de las técnicas utilizadas en la investigación fue el fichaje, realizando una recolección de datos de manera ordenada. También se utilizó la investigación bibliográfica propia del enfoque cualitativo indagando todo lo relacionado con el tema y problema.

Gráfico 1. Proceso para garantizar derechos respecto al anonimato de donantes



Fuente: elaborado por autores.

Discusión

Con todo lo expuesto en este artículo, se puede dilucidar los cambios dentro del Derecho de Familia, todo el avance de la ciencia en materia de reproducción ha sido un aliciente para las personas que sufren esterilidad, parejas del mismo sexo que desean ser padres, mujeres u hombres solteros que a través de donación deciden convertirse en padres, entre otros. Todas estas situaciones han traído problemas para el derecho, más en legislaciones como la ecuatoriana que no tiene ningún tipo de ordenamiento sobre el tema de TRHA.

La irrupción de las técnicas de reproducción es un tema necesario de plantear, el derecho de familia debe ser garantizado dentro del Estado ecuatoriano, más aún en cuestiones de filiación en los que prevalece el interés superior del menor. En el contexto del argumento central de investigación sobre el anonimato de donantes, la legislación debe decantarse por definir si mantiene el anonimato de los donantes de material genético que suele ocurrir en las técnicas heterólogas (gametos de personas diferentes de uno o de los dos progenitores), o dar un paso eminentemente progresivo respecto de que se pueda conocer a los ascendientes biológicos que hicieron posible su existencia a través de la donación; situación que debe ser analizada el momento que por parte del legislativo se decida abordar de manera integral las TRHA, dentro de las mismas debe constar el anonimato de donantes, la institución responsable, el funcionamiento de los bancos genéticos, las características y condiciones para optar por este medio para la realización de un procedimiento que permita garantizar los derechos de las personas que intervienen en estos tratamientos.

Tabla 3. Razones en favor y en contra del anonimato de donantes

A favor	En contra
Protección al menor forma parte de su intimidad.	El anonimato de donantes ha generado un negocio en las TRHA.
Precautelar el bienestar del menor.	En la actualidad existe el turismo reproductivo
Derecho a la privacidad de los padres.	Los menores tienen derecho a conocer la verdad biológica.
Derecho a la intimidad de parejas que sufren infertilidad.	La donación de material genético en verdad va a ser altruista.

Fuente: Elaborado por autores.

Conclusiones

Las TRHA han revolucionado el mundo al enfrentar la esterilidad, permitir ser padres entre parejas del mismo sexo a través de la maternidad subrogada, que se pueda ser padres sin tener una relación sexual, etc. Sin embargo, al mismo tiempo le ha puesto retos a la parte jurídica, pues con esta evolución de la ciencia los ordenamientos jurídicos han tenido tarea por la diversidad derechos que acarrea; en el caso de la donación de gametos, se ha explicado a lo largo del texto que existen variedad de criterios en las legislaciones, esto en el mejor de los casos.

En Ecuador, no existe norma que garantice la aplicación de estos procedimientos, simplemente se hace alusión a “lo que no está prohibido, está permitido”; no obstante, por la relevancia y la complejidad del tema al tratarse de material genético, el legislador debe tomar cartas en el asunto, la parte del derecho civil no da respuestas a todos los acontecimientos que generan como caso concreto “*el anonimato de donantes*”. Mientras la legislación ecuatoriana no ha dicho nada al respecto, otros países debaten ya si es necesario conocer la identidad del donante.

Por lo tanto, el ordenamiento legal ecuatoriano se ha quedado en el detrás de otras legislaciones, sin nada respecto a un tema de trascendental importancia en la actualidad, que está directamente vinculado a los derechos de familia, mismos que deben ser protegidos, sobre todo el interés superior de los menores que son producto de las diferentes TRHA.

Indudablemente, resulta complejo regular las TRHA, pues traen consigo problemas jurídicos, mismos que requieren ser tratados por las demandas sociales que generan los avances de la ciencia y tecnología. Aparte el tema conlleva vinculaciones de diversos contextos presentes en todos los tiempos como la igualdad de género, el interés superior del menor, la religión, etc. En definitiva, la reproducción asistida soporta problemas jurídicos en el ámbito público y privado, la creación de una norma hace referencia a dos puntos fundamentales como son los derechos reproductivos y la sexualidad.

La existencia de una Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Ecuador, sería un paso formidable para la evolución de derechos, la protección de las personas intervinientes (naturales y jurídicas). Todos los juicios emitidos hacen indispensable abordar la discusión del anonimato de donantes de material genético (masculino y femenino) en el ámbito de las leyes que tratan las TRHA, esto exige a brindar una solución legal para proteger los diferentes derechos que constan dentro del artículo.

Referencias

- Aranzamendi, M. (2015). *Investigación Jurídica*. Ed. Jurídica Grijley.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi: Registro Oficial N° 449.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Asamblea Nacional. (2016). *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.684.
- Boletín Oficial Español. (2006). *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. BOE-A-2006-9292.
- Carbajo Gonzalez. (2007). *Manual de Derecho de Familia*. Edisofer.
- de Castro, M. R. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson.
- Esteban Nieto, N. (2018). *Tipos de Investigación*. Obtenido de repositorio.usdg.edu.ec: <http://repositorio.usdg.edu.pe/bitstream/USDG/34/1/Tipos-de-Investigacion.pdf>
- Gay, L. (1996). *Educational Research New Jersey*. Prentice Hall Inc.
- Gómez Bengoechea, B. (2021). Anonimato del donante, conocimiento del propio origen y técnicas de reproducción asistida. *Actualidad Civil*(14).
- Herrera Fragoso, A. (2021). *El derecho a la vida desde su inicio. Una visión transdisciplinaria desde la biojurídica y derechos humanos*. Tiran lo Blanch.
- Martín Bernal, J. M. (1994). *Identificación del nacido. Historia y estado actual*. Colex.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1969). Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos. San José.

Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. (20 de octubre de 2022). *REDLARA*. Obtenido de <https://redlara.com/default.asp>

Sentencia No. 184-18-SEP-CC, CASO N° 1692-12-EP (Corte Constitucional 29 de Mayo de 2018).

Andrea Lisseth Duran Ramírez
<https://orcid.org/0000-0002-8382-1335>
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
aduranr@ucacue.edu.ec

Ana Fabiola Zamora Vázquez
<https://orcid.org/0000-0003-3196-1616>
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
afzamorav@ucacue.edu.ec

Enrique Eugenio Pozo Cabrera
<https://orcid.org/0000-0003-3335-4158>
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
epozo@ucacue.edu.ec

Diego Fernando Trelles Vicuña
<https://orcid.org/0000-0002-8466-7165>
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
dtrelles@ucacue.edu.ec

Esteban Javier Polo Pazmiño
<https://orcid.org/0000-0002-9927-388X>
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
epolo@ucacue.edu.ec

Donor anonymity problem within Assisted Human Reproduction Techniques

ABSTRACT

Long ago the only way to be parents for infertile couples was adoption. Today, science and biotechnology have evolved by leaps and bounds, allowing assisted reproduction procedures to solve this problem. The objective of this research refers to the anonymity of donors, arising a debate whether to know the biological truth or keep secret the identity of those who, through an altruistic act, donated their genetic material so that third parties can alleviate their infertility. This work was carried out through a qualitative approach, with a descriptive scope, using inductive–deductive, analytical–synthetic and dogmatic–legal methods. This academic effort focuses on understanding anonymity within assisted human reproduction techniques, since there are currently laws for and against, what is worrying is the regulatory silence that exists regarding these current issues in the Ecuadorian legal system, that by not having regulation violates the right of the people involved in these processes such as users, the minor product of the treatment and the health personnel as such. In addition, this issue is related to other rights such as filiation, the right to biological truth, the right to privacy, among others.

Keywords: anonymity; right; privacy; affiliation.

O problema do anonimato dos doadores nas técnicas de Reprodução Humana Assistida

RESUMO

A única maneira de casais inférteis se tornarem pais era a adoção. Hoje em dia, a ciência e a biotecnologia evoluíram a passos largos, permitindo procedimentos de reprodução assistida para resolver este problema. O objetivo desta pesquisa alude ao anonimato dos doadores, dando lugar a um debate sobre se conhecer a verdade biológica ou manter em segredo a identidade daqueles que, através de um ato altruísta, doaram seu material genético para que terceiros pudessem aliviar sua infertilidade. Este trabalho foi realizado através de uma abordagem qualitativa, com um escopo descritivo, utilizando métodos indutivo-dedutivos, analítico-sintéticos e dogmático-legais. Este esforço acadêmico está centrado na compreensão do anonimato dentro das técnicas de reprodução humana assistida, pois atualmente existe legislação a favor e contra, o preocupante é o silêncio regulatório que existe em relação a estas questões atuais no sistema jurídico equatoriano, que ao não ter regulamentação viola os direitos das pessoas envolvidas nestes processos, como os usuários, a criança resultante do tratamento e o pessoal de saúde como tal. Além disso, esta questão está relacionada a outros direitos como a filiação, o direito à verdade biológica, o direito à privacidade, entre outros.

Palavras-chave: anonimato; direito; privacidade; filiação.