



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CUENCA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TITULO**

**EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES  
CONCEBIDOS POR FECUNDACIÓN POST MORTEM**

**TRABAJO DE TITULACIÓN O PROYECTO DE INTEGRACION  
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO.**

**AUTORES: JOHANNA ALEXANDRA AGUILAR GUIRACOCHA**

**MARCO VINICIO CALI CORONEL**

**DIRECTOR: DR. FAUSTO BARRERA BRAVO, MGS.**

**CUENCA – ECUADOR**

**2023**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**





**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TITULO**

**EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES  
CONCEBIDOS POR FECUNDACIÓN POST MORTEM**

**TRABAJO DE TITULACIÓN O PROYECTO DE INTEGRACION  
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO.**

**AUTORES: JOHANNA ALEXANDRA AGUILAR GUIRACOCHA**

**MARCO VINICIO CALI CORONEL**

**DIRECTOR: DR. FAUSTO BARRERA BRAVO, MGS.**

**CUENCA – ECUADOR**

**2023**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**

## DECLARATORIA DE AUTORÍA



Universidad  
Católica  
de Cuenca

### DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD

CÓDIGO: F – DB – 34  
VERSION: 01  
FECHA: 2021-04-15  
Página 1 de 1

#### DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD

**JOHANNA ALEXANDRA AGUILAR GUIRACOCHA** portador de la cédula de ciudadanía N° 0106761521, y **MARCO VINICIO CALI CORONEL** portador de la cédula de ciudadanía N° 0106316904 Declaro ser el autor de la obra: **“EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES CONCEBIDOS POR FECUNDACIÓN POST MORTEM”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 29 de mayo de 2023

F:  .....

**JOHANNA ALEXANDRA AGUILAR GUIRACOCHA**

**C.I. 0106761521**

F:  .....

**MARCO VINICIO CALI CORONEL**

**C.I. 0106316904**

## CERTIFICO



## CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **Johanna Alexandra Aguilar Guiracocha y Marco Vinicio Cali Coronel** con el tema "El derecho a la identidad de los menores concebidos por fecundación post mortem", bajo mi supervisión.

F: 

**Dr. Fausto Barrera Bravo, Mgs.**  
**Docente - Tutor**

## **DEDICATORIA**

El trayecto ha sido largo y difícil, pero sus palabras y consejos siempre han sido mi guía, en especial en esta etapa que está por concluir. Es una satisfacción para mí poder dedicarles este trabajo que refleja mi esfuerzo y el último peldaño en mi vida universitaria. Han sido mis promotores y mi inspiración, mi apoyo y fortaleza, para ustedes mis mentores

**Carlos y Lourdes**

## **DEDICATORIA**

### **Marco Vinicio Cali Coronel**

Este trabajo de investigación de fin de carrera lo dedico a mis padres Luis Cali y Nube Coronel, por guiarme en momentos difíciles, por no haberme dejado solo, por su apoyo y por su sacrificio constante.

Le dedico este trabajo a mi hermana Verónica Cali por acompañarme durante esta etapa, por darme sus consejos que me han ayudado siempre y por haberse preocupado por mí.

Para finalizar le dedico este trabajo a mis abuelas Evangelina Pesantez y Rebeca Orellana por su apoyo incondicional, por su preocupación por mí y por sus consejos siempre valiosos.

## **AGRADECIMIENTO.**

El presente trabajo de titulación representa un aporte en conjunto, en el que varias personas han sido partícipes mediante su respaldo y quienes han permitido que este artículo pueda concluir con éxito. Resulta difícil poder asignar un orden que refleje mi estima hacia cada uno de ellos, sin embargo, debo expresarles mi gratitud por su apoyo y participación en este trayecto.

A mis queridos y amados padres: Carlos y Lourdes, reconozco el esfuerzo que han hecho y el largo camino que han recorrido junto a mí sujetando mi mano, siendo mi apoyo y fuerza en cada momento, sin duda han sido mi inspiración y lo que ha permitido que hoy esté cerca de alcanzar nuevas metas.

A mis hermanos: Jessica y Andrés, su presencia ha sido indispensable para mí, han permanecido fieles y atentos a mi progreso, desde luego ustedes son mi ejemplo de valentía, capacidad y superación.

A mi compañero y autor conjunto de este trabajo: Marco, tu compromiso durante la elaboración de este escrito ha sido fundamental, tus ideas valiosas y aporte hicieron que este trabajo haya podido salir a flote, indudablemente tu apoyo incondicional nos permite estar próximos a cumplir nuestras metas.

A mi tutor, Dr. Fausto Barrera, su guía y confianza en la construcción de este artículo reflejan el arduo trabajo que hemos realizado, en especial agradezco su capacidad de dirección que ha permitido que mis ideas sean plasmadas con claridad, así como también debo resaltar su disponibilidad y predisposición.

A mis profesores, a todos aquellos quienes han marcado y han dejado su aporte en mí, por haber compartido sus conocimientos y experiencias durante cada clase.

Así también, agradezco a todas y cada una de las personas que han permitido y contribuido en mi preparación profesional.

## **AGRADECIMIENTOS**

### **Marco Vinicio Cali Coronel**

Agradezco con mucho cariño y amor a mis padres: Luis Cali y Nube Coronel, quienes han estado en todo momento apoyándome, me han brindado la mejor herencia en vida qué es tener una carrera profesional para construir mi futuro, les doy las gracias por estar siempre conmigo.

También agradezco a mi hermana Verónica Cali por el apoyo que me ha dado en el transcurso de mis estudios y por preocuparse siempre por mi bienestar.

Agradezco a todos los docentes de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca quienes han compartido sus conocimientos conmigo a lo largo de esta etapa universitaria y de manera especial agradezco al Dr. Fausto Barrera quien es un excelente docente y tutor y nos ha guiado con mucho cariño y paciencia en esta investigación.

Agradezco finalmente a mis abuelas Evangelina Pesantez y Rebeca Orellana por su apoyo y sabiduría.

## RESUMEN

Con el surgimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, nacen para el derecho dinámicas familiares distintas a las que tradicionalmente conocemos, la fecundación post mortem es una de ellas y plantea la posibilidad de que las mujeres puedan concebir a un nuevo ser aún después de la muerte de su cónyuge o compañero sentimental, empleando para ello el material genético de la persona fallecida (esperma) o embriones constituidos pero que no han sido implantados en la mujer. En este contexto, este artículo analizó la problemática que conlleva el nacimiento de personas mediante la técnica de fecundación post mortem y la imposibilidad de poder relacionar al hijo con el padre fallecido, lo que ocasiona que el derecho a la identidad de estos menores se vea afectado debido a no poder garantizar a plenitud uno de los elementos que componen este derecho, para ello, se empleó el método sistemático a fin de determinar el alcance de este derecho y las implicaciones de esta práctica en caso de suscitarse en el Ecuador. Con ello, se pudo evidenciar que si bien la Constitución de la República reconoce y garantiza el derecho a la identidad, existen todavía barreras que impiden que todos los niños puedan ver materializado su derecho, debido a la falta de regulación en el Ecuador en lo referente al acceso, procedimientos y requerimientos en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

### **Palabras clave:**

Fecundación post mortem, derecho a la identidad, reproducción asistida, concebidos post mortem

## **ABSTRACT**

With the emergence of assisted human reproduction techniques, family dynamics different from those we traditionally know are born for the right, post mortem fertilization is one of them and raises the possibility that women can conceive a new being even after the death of their spouse or sentimental partner, using for this the genetic material of the deceased person (sperm) or constituted embryos but that have not been implanted in the woman. In this context, this article analyzed the problems involved in the birth of people through the postmortem fertilization technique and the impossibility of being able to relate the child to the deceased father, which causes the right to identity of these minors to be affected. Due to not being able to fully guarantee one of the elements that make up this right, for this, the systematic method was used in order to determine the scope of this right and the implications of this practice in case it occurs in Ecuador. With this, it was possible to demonstrate that although the Constitution of the Republic recognizes and guarantees the right to identity, there are still barriers that prevent all children from seeing their right materialized, due to the lack of regulation in Ecuador regarding access, procedures and requirements in the use of assisted human reproduction techniques.

### **Key words:**

Post mortem fertilization, right to identity, assisted reproduction, conceived post mortem

**TÍTULO EN ESPAÑOL E INGLÉS**

**EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES  
CONCEBIDOS POR FECUNDACIÓN POST MORTEM**

**THE RIGHT TO IDENTITY OF MINORS CONCEIVED THROUGH POST-**

**MORTEM FERTILIZATION**

## INTRODUCCIÓN

Desde los años 70 las técnicas de reproducción humana asistida han marcado una diferencia trascendental en el área de la medicina y la tecnología, ha sido muy reconocida su evolución por el impacto que ha tenido en la sociedad, por el hecho de poder permitir que hombres y mujeres puedan superar las barreras que supone la procreación natural.

Si bien estos procedimientos se presentan como una nueva solución para aquellas personas a quienes les es imposible alcanzar la gestación, lo cierto es que el desarrollo mismo de estas técnicas hizo que cada vez más sea necesaria su regulación, principalmente por los derechos que entran en juego al momento de iniciar estos procedimientos.

En la actualidad en el Ecuador no existe regulación normativa en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, mucho menos en cuanto a la fecundación post mortem, ya que al ser una técnica atípica pocas son las legislaciones que hacen alusión a ella, por tal motivo, este trabajo dará a conocer lo que implica el uso de esta práctica y abordará las diversas aristas que trae consigo la fecundación post mortem.

Es claro que los avances científicos hoy en día han creado nuevas y variadas formas de entender la dinámica familiar y social, es por ello que creemos que el Derecho no debe quedarse atrás sino debe adaptarse y evolucionar para ofrecer una verdadera protección y garantía de derechos, en especial cuando la tecnología reproductiva se inserta de manera abismal en la sociedad y deja aspectos sin regular.

Moadie Ortega (2015), en relación a cómo la ciencia y la tecnología han irrumpido en el Derecho menciona que estas situaciones no reguladas crean inseguridad jurídica por

la inexistencia de normas claras que establecen consecuencias jurídicas acordes a esta problemática (p. 3).

Si bien la fecundación post mortem es un tema ya revisado por los legisladores en legislaciones como la Argentina y la española, en el Ecuador sigue siendo un tema a deber, por consiguiente, es oportuno realizar un análisis sistemático de la legislación existente, la cual en concordancia con el tema propuesto puede ser usada para la determinación del derecho a la identidad.

De esta manera, el análisis se centra en explicar la problemática del derecho a la identidad de las niñas y niños concebidos y nacidos por esta técnica, mediante la revisión de las normas existentes y aplicables a este derecho.

## **DESARROLLO**

### **Las técnicas de reproducción asistida en la legislación ecuatoriana**

Antes de nada, es preciso iniciar este análisis, partiendo de la definición de las técnicas de reproducción humana asistida, por lo que, se debe señalar que estas constituyen un conjunto de tratamientos destinados a facilitar la procreación humana, las cuáles surgen como una alternativa para aquellas personas con problemas de infertilidad, sin embargo, a día de hoy son comúnmente utilizadas por los diferentes tipos de familia.

En la actualidad existen diversas y variadas técnicas de reproducción asistida, que suplen la fecundación natural que es producida por las relaciones sexuales, lo que refleja la evolución y desarrollo de las tecnologías reproductivas en el campo de la Medicina, esta transformación no únicamente incumbe al área de las ciencias de la salud, sino también exige por parte del Derecho una regulación dirigida hacia a estos avances, en virtud de ello, revisaremos el desarrollo de la legislación ecuatoriana sobre la reproducción asistida.

La vigente Ley Orgánica de Salud del 22 de diciembre de 2006, no se refiere en ninguno de sus apartados en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, sino solamente menciona de manera breve a la investigación en salud y a la genética humana.

No obstante, en el año 2016 se presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley del Código Orgánico de Salud, el cual sin estar a la altura de la regulación de los avances científicos existentes, ya dio paso a regular la reproducción asistida, en cuanto a esta, mencionaba que podrán las técnicas de inseminación artificial y otras de reproducción asistida realizarse siempre y cuando se cumpla con los requisitos de la autoridad

sanitaria nacional y estén basadas en evidencia científica (Proyecto de Ley - Código Orgánico de Salud, 2016, Art, 189 segundo borrador)

Con relación a esto, la norma en mención se pronunciaba en cuanto a las células sexuales humanas y las definió como óvulos, espermatozoides y sus formas germinales, y en cuanto al uso de las mismas para la reproducción asistida igualmente se menciona que se deberá contar con la debida autorización. (Proyecto de Ley - Código Orgánico de Salud, 2016, Art, 242 segundo borrador)

Por otra parte, fija algunas reglas generales, por ejemplo, el que la donación de óvulos y espermatozoides sea realizada sólo por mayores de dieciocho años, así como el que “la fertilización de óvulos e implantación de embriones sólo podrán hacerse en mayores de edad, que se encuentren en pleno estado físico y mental” (Proyecto de Ley - Código Orgánico de Salud, 2016, Art, 243 segundo borrador). Así mismo, se dispone que se llevará un registro de los nacidos vivos concebidos por estos procedimientos y se deberá reportar una lista de los mismos mensualmente.

Si bien el proyecto de Ley del Código Orgánico de Salud fue prometedor en cuanto a introducir nueva normativa en relación con las técnicas de reproducción humana asistida, en comparación a su antecesora la Ley Orgánica de Salud, creemos que una de las razones de su veto (no dar paso) fue su limitado avance en la regulación de este y otros apartados referentes al tema de la salud pública, en contraste a otras legislaciones muy avanzadas en estos aspectos. La consecuencia del veto a esta ley supuso que, en el Ecuador no exista normativa especializada en temas de reproducción asistida, lo que genera una incertidumbre jurídica para quienes se sometan a estos tratamientos.

De todos modos, creemos que esto dará paso a que en el futuro si se pueda presentar un proyecto de ley que se halle en plena concordancia a las necesidades actuales

dadas por el cambio científico, que se encuentre a la par de algunas otras legislaciones pioneras en esta materia y que regule en base a valores éticos y morales situaciones como las que hoy son motivo de este análisis.

## LA FECUNDACIÓN POST MORTEM

En cuanto a la fecundación post mortem, el primer caso del que se tiene conocimiento es el ocurrido en Francia en el año de 1984, a partir de una demanda propuesta por *Corine Parpalaix*, quien solicitó al Tribunal de Créteil que se le permita hacer uso del semen que previamente había sido congelado por su esposo, quien en dicho año había fallecido. Tras un largo proceso, el Tribunal decidió aceptar la demanda y dio paso a que Corine pueda implantarse el material genético de su esposo fallecido, utilizando para ello el procedimiento de inseminación artificial, sin embargo, el proceso concluyó sin éxito debido a que el semen entregado era limitado. No obstante, este caso permitió que la fecundación post mortem se abra paso dentro de las técnicas de reproducción asistida, lo que implica para el campo del Derecho un nuevo reto ante esta forma inusual de generar vida (Alza, 2017, p. 33).

A decir de Cravioto (2021), la fecundación post mortem es una de las técnicas de reproducción humana asistida, que puede consistir en; Fecundación Artificial Post Mortem y Transferencia Post Mortem, siendo la primera la implantación del material genético reservado anteriormente al fallecimiento del propietario del mismo, y la segunda; se refiere a la implantación de un preembrión el cual fue anteriormente fusionado y reservado para su uso a futuro (p. 82).

Ahondando en estos dos procedimientos, vale decir que, la fecundación artificial post mortem se produce cuando el cónyuge o compañero habiendo consentido el inicio

de la técnica de reproducción asistida prestó sus gametos para tal fin, sin embargo, estos al momento de su fallecimiento se mantuvieron criopreservados, sin unirse aún a los óvulos de su pareja, por lo que no se constituyó nunca un pre embrión, en este contexto, la fecundación post mortem plantea la posibilidad de generar un embrión con el material genético del cónyuge fallecido.

Por otro lado, la transferencia post mortem hace alusión al proceso dentro del cual el varón con anterioridad a su fallecimiento se somete a un proceso de captación y congelación de espermatozoides, con el propósito de ser empleados en la técnica de fecundación in vitro (FIV), la misma que se refiere a un procedimiento efectuado en un laboratorio en el que de manera controlada se unen el óvulo y los espermatozoides, para dar paso a la formación de embriones que posteriormente serán implantados en el útero de la mujer, proceso último de la FIV que se conoce como transferencia de embriones y que más adelante producirán el embarazo, sin embargo, la técnica que analizamos no se produce sino en el momento en el que la muerte del varón antecede a la implantación de los embriones, por lo que al ser transferidos, se considera a esta técnica como post mortem (Rodríguez, 2022, p. 4).

Adicionalmente, esta técnica de fecundación post mortem plantea un último escenario dentro del cual se puede generar vida y aunque pueda parecer un hecho insólito, diversos autores se refieren a este procedimiento. Para Oliver (2013), esto se produce cuando ocurrida la muerte del hombre, su cónyuge solicita la extracción del material genético del difunto para ser procesado en un laboratorio y una vez obtenida una muestra de gametos aptos para la reproducción, se implante en el útero de la mujer con el objetivo de dar paso a la gestación (p. 8-9).

Cualquiera que fuere la modalidad, la fecundación post mortem plantea la utilización del material genético reproductivo del cónyuge o compañero de proyecto familiar quien ha fallecido y que en vida comenzó el proceso de reproducción asistida ya sea aportando solamente sus gametos reproductores o consintiendo en la formación de un preembrión con los mismos para una posterior implantación en su pareja.

Por último, corresponde analizar el impacto de la fecundación post mortem en el caso de producirse en el Ecuador y por lo tanto ¿Cuáles serían los pasos a seguir para que se reconozcan los derechos propios de la filiación en especial el derecho a la identidad a la niña o niño nacidos por esta técnica?

### **El Derecho a la identidad y su aplicación en la Fecundación Post Mortem**

Para empezar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011) ha definido al derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos del que se trate y las circunstancias del caso” (Corte IDH, 2011, p. 37).

Igualmente, en 2011 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos citada por la CORTE IDH señaló que:

El reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales. (p. 37)

Asimismo, estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno

ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales” (Corte IDH, 2011, p. 37). En ese orden de ideas “el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” (Corte IDH, 2011, p. 37) por lo tanto es un derecho humano fundamental.

Según la Corte Constitucional (2021), el derecho a la identidad se relaciona estrechamente con el reconocimiento a la personalidad jurídica, la cual “garantiza la titularidad, ejercicio y goce de derechos,” por lo que ésta asegura el reconocimiento de la existencia jurídica de una persona y la identidad reconoce los “elementos, características y atributos que individualizan” a la misma (p. 25).

Además, la Corte Constitucional (2021) en la Sentencia No. 2185-19-JP mencionó que:

La inscripción de nacimiento es el primer momento en el que una niña o niño adquiere una identidad legal con base a sus datos personales . . . esto con el fin de que cuenten con un nombre para identificarlos de forma individual a su vez que un registro de vínculos familiares para establecer su relación de filiación con sus progenitores. (p. 25)

Como hemos podido ver en la exposición anterior, el derecho a la identidad si bien tiene un sinnúmero de elementos y variables, creemos que el elemento clave vinculado con el reconocimiento del mismo por el uso de técnicas de reproducción asistida y de fecundación post mortem en especial, es las relaciones familiares, elemento con el cual la identidad misma de un sujeto no estaría completa, pues como se menciona el reconocimiento de la identidad es el medio para el ejercicio de otros derechos, en este caso los relacionados con el Derecho de Familia.

Por consiguiente, para entender de mejor manera el derecho a la identidad en su relación con la fecundación post mortem, es necesario revisarlo desde su basamento constitucional, mismo que reconoce y garantiza el derecho a la identidad personal, así como a “conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la misma, como la procedencia familiar” (Asamblea Nacional, 2008) el cual es el tema central en referencia a la determinación de la identidad en la fecundación post mortem.

Al respecto de lo mencionado, el Código de la Niñez y Adolescencia igualmente se pronuncia en cuanto a la identidad y manifiesta que “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” (Congreso Nacional. CNA, 2014) como se puede apreciar esta norma igualmente establece correspondencia entre la identidad y las relaciones familiares siendo esta la esencia y el principal tema a discutir en los casos de fecundación post mortem.

Por otra parte, según varios autores la identidad se puede clasificar en estática y dinámica, la primera se refiere a aquellos atributos que hacen única a una persona, al respecto Fernández (1992) menciona que estas características permiten distinguir indudablemente a una persona de otra y estas pueden ser la información genética, nombres y filiación, son estos datos en esencia inalterables. En cambio, la identidad dinámica está constituida por los elementos propios de la personalidad del individuo siendo estos las creencias, la religión, la cultura y costumbres, su formación personal, su ocupación, etc. De esta manera, este conjunto de atributos y características individuales se exteriorizan y le permiten al individuo ser identificado como tal sujeto de derechos en relación a su misma identidad (p. 4).

En este sentido, como ya se ha revisado, la determinación de la identidad personal es fundamental a la hora de generar en el individuo un reconocimiento de los factores propios desprendidos de los atributos y características de la identidad, es decir, aquellos derechos fundados en razón de su procedencia familiar, derecho a la familia, derecho a conocer la identidad de sus progenitores, derecho a pertenecer a una familia, etc.

De esta manera, tenemos que examinar todos los aspectos fundamentales y necesarios para determinar la identidad de una niña o niño nacido por la técnica de reproducción asistida fecundación post mortem, siguiendo un orden establecido en base a las circunstancias que se tienen que llevar a cabo para que concurran las consecuencias jurídicas que mencionamos, empezaremos por analizar el consentimiento, es decir, la voluntad procreacional que tuvo o no pudo haber tenido el cónyuge o compañero fallecido; será también importante analizar la capacidad de disposición de los gametos del donante fallecido por su cónyuge superviviente o compañera basándonos en el derecho a procrear y el derecho de acceso a las TRHA. Una vez analizado esto, se procederá a revisar la normativa aplicable para el nacido vivo en cuanto a la determinación del derecho a la identidad de esta persona en relación con su ascendiente fallecido con anterioridad y por consiguiente la filiación con el mismo.

### **La voluntad procreacional como factor determinante**

El problema jurídico en estudio nace por el anhelo de procrear de manera artificial de parte de una pareja, por lo que el primer momento a examinar será en el que estos se predisponen a aportar sus gametos ya sea para su utilización en conjunto (embrión) o solamente los gametos del cónyuge o conviviente varón para su posterior uso en la fecundación de su pareja, es así que el elemento a estudiar es el consentimiento o voluntad de

la persona aportante de su material genético para continuar con su proyecto familiar aun cuando le haya sobrevenido la muerte.

Miguel Reale citado por Henry Martínez (2018) respecto a la voluntad procreacional señala que “la autonomía de la voluntad ... es, el poder que, dentro de los límites previstos por las leyes, tiene cada hombre de ser, obrar y de abstenerse, para obtener algo que entra en la escena de su interés” (p. 372). Es decir, la autonomía de la voluntad es la libertad de decisión de quien se encuentra en plenitud de sus facultades (Martínez, 2018), para actuar conforme a sus aspiraciones. De esta manera, la voluntad procreacional ha de ser vista como el medio por el cual una persona pone de manifiesto su intención de tener descendencia mediante la fecundación post mortem.

La voluntad puede constituirse de diferentes maneras, en primera instancia, el titular del material genético reproductor puede firmar un contrato con el centro médico encargado de la realización de la técnica de reproducción asistida, en el cual se ponga de manifiesto tal voluntad, sin embargo, vale aclarar que dicho contrato ha de configurarse con características especiales, pues como menciona Valverde Morante citado por Henry Martínez (2018) se trata de fluidos corporales que no constituyen cosas muebles que puedan entrar en el ámbito del comercio (p. 376) por lo que la fecundación post mortem en este caso no sería admisible .

Al contrario, la voluntad procreacional post mortem de acuerdo con la Legislación Española (2006) puede manifestarse por medio de una escritura pública, testamento debidamente otorgado o documento de instrucciones previas (Jefatura del Estado, p. 10). En tal sentido, conviene hacer las siguientes interrogantes: ¿Puede declararse una voluntad procreacional post mortem en el Ecuador a través de estos medios? y ¿Es dicha manifestación válida para conceder derechos de filiación?

Según el Código Civil (2015) esto no sería posible, debido a que de manera expresa el artículo veinticuatro indica las formas en que se establecerá la filiación, siendo estas: a) El hecho de haberse concebido a una persona dentro del matrimonio o unión de hecho; b) Por el reconocimiento voluntario y; c) Por declaración judicial.

En el caso de que el consentimiento haya sido otorgado durante la existencia del matrimonio ¿Es este suficiente para generar una filiación matrimonial? En el Ecuador no sería posible debido a que el matrimonio termina por la muerte de uno de los cónyuges por lo que no se podría generar una filiación de este tipo, sin embargo al respecto Martínez (2018) comentando la Ley 14/2006 menciona que por el consentimiento se reconoce la filiación como hijo del matrimonio (p. 388), al contrario Krasnow (2017) basándose en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina menciona que “si la fecundación post mortem no se realiza con el consentimiento del marido... el hijo no podía ser emplazado como hijo matrimonial... y quedaría emplazado solamente a la madre” (p. 209).

En segundo lugar, el reconocimiento según el Código Civil (2015) “puede realizarse por escritura pública, declaración judicial, acto testamentario...”, en ese caso cabe plantearse la interrogante ¿Es posible reconocer a un hijo que aún no se ha engendrado? En respuesta a esto como indica la Gaceta Judicial (1996) del 19 de marzo “pueden ser reconocidas las personas no solo de existencia actual, sino también los hijos que están en el vientre de la madre o por nacer y aun los fallecidos” (p. 1) Si bien se menciona en cuanto a las diferentes posibilidades del reconocimiento en relación al estado en que se encuentren los hijos, no se manifiesta en cuanto a tal posibilidad, por lo que, este reconocimiento no sería válido y por tanto no se haría valedera dicha voluntad procreacional.

Aunque si bien la figura del reconocimiento mediante acto testamentario es amplio y abarca diferentes situaciones, no permite que se realice un reconocimiento de una

persona cuya existencia se espera, si bien se hace alusión a este tipo de personas en el Código Civil (2015) en el artículo mil cinco inciso tercero, al mencionar que las asignaciones a personas que no existen pero cuya existencia se espera son válidas, si existieren dichas personas antes de que expire el plazo correspondiente, por lo que, valdrá una asignación y la calidad de heredero si así lo expresara en el testamento el causante pero no siendo así el reconocimiento.

Finalmente, creemos que la vía adecuada para establecer la filiación entre el padre fallecido y el menor concebido por fecundación post mortem es la declaración judicial, sin embargo, la misma escapa del ámbito de la voluntad procreacional pues aunque se la podría tomar en cuenta, lo que tendrá un verdadero valor jurídico a la hora de decidir sobre una determinada filiación es el carácter genético de los involucrados.

Por otro lado, la Legislación Argentina contempla que el consentimiento por escrito es la herramienta fundamental para determinar la voluntad procreacional que pudo haber tenido el aportante fallecido para procrear, a decir de esto, en la normativa se menciona que el interviniente deberá prestar su consentimiento previo, libre e informado, el cual para su instrumentalización deberá contener los requisitos correspondientes para ser protocolizado ante autoridad pública, además, también podrá ser revocado en cualquier tiempo y deberá renovarse cada que se proceda a la utilización de gametos o embriones. (Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2016)

De lo mencionado surge el análisis de la existencia o inexistencia de un instrumento público que acredite la voluntad del fallecido de procrear. En cuanto a la existencia se puede considerar su voluntad escrita como consentimiento, sin embargo ¿Puede este consentimiento caducar por su muerte? En efecto si, a menos que exista cláusula expresa en la que se dicte lo contrario, pero de no haberlo es sobre todo lógico que su voluntad

caduque con su muerte, en todo caso el consentimiento informado en el supuesto de que valga con posterioridad a la muerte equivaldrá como el documento que acredite la paternidad del nacido por la técnica de Fecundación Post Mortem.

Asimismo, es necesario analizar cuánto puede perdurar el consentimiento del varón aportante del material genético una vez fallecido, al respecto la ley española 14/2006, dispone que no se relaciona filialmente al nacido y al padre donante si a la fecha de su fallecimiento su material genético no se halle en el útero de la mujer, y en cuanto a la caducidad establece que su consentimiento ya sea dado por testamento, escritura pública o documento de instrucciones previas, valdrá por los 12 meses subsiguientes a su fallecimiento (Jefatura del Estado, 2006). Es decir, aun existiendo la voluntad procreacional del marido debe culminar el proceso de fecundación post mortem en un límite de tiempo establecido, en efecto, si bien la normativa señalada es clara en cuanto a sus disposiciones, en el caso de no obrar conforme el plazo, este caducará e igualmente se verá afectado el derecho a la identidad de la niña o niño nacido por esta técnica al privarle de ser relacionado filialmente con su progenitor.

En este sentido, de no haber tal voluntad escrita, que el caso sea el que por descuido o negligencia no se hizo constar su consentimiento ante autoridad pública y por coacción o por otro medio su cónyuge supérstite accedió al uso de la técnica de reproducción asistida fecundación post mortem y que dicha técnica concluya con éxito con el nacimiento del niño fecundado; de tal manera, ya sin un documento que acredite la paternidad y voluntad del aportante fallecido. ¿Cómo se determina la filiación del nacido vivo con su padre fallecido? y ¿Hasta qué punto el derecho a la identidad del menor es perjudicado por no serle reconocida dicha filiación?

Respecto de la primera interrogante, es importante partir expresando que la determinación de la filiación es esencial dentro del derecho de familia, pues este permite a los hijos establecer un vínculo con sus padres, el cual les atribuye el poder hacer uso del apellido de sus progenitores, como se mencionó con anterioridad, el Código Civil reconoce únicamente tres formas de establecer la filiación, que son: primero, la filiación natural que emerge sobre la base del matrimonio o de la unión de hecho, circunstancia clave para atribuir la paternidad; segundo, la filiación voluntaria, es aquella que se produce por un reconocimiento deliberado de una persona y; tercero, la filiación judicial, que surge de la declaración hecha por el juez, si bien son claras las formas de establecer la paternidad y maternidad, la fecundación post mortem y en general las técnicas de reproducción asistida, originan un serio problema al ordenamiento jurídico, en razón de que los supuestos planteados para la filiación no se ajustan a las técnicas de reproducción asistida, dado que plantea un tipo de filiación distinta, que no puede adecuarse a las formas que actualmente se prevén, por lo que al presentarse situaciones nuevas para el derecho de familia, es necesario aplicar soluciones propias.

Eleonora Lamm (2012) expone que es esencial el nacimiento de una nueva forma de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, sostiene que la maternidad o paternidad así producida, presenta nuevos problemas que no pueden ser solucionados con reglas antiguas, refiere que los nacimientos producidos por este tipo de procedimientos no son excepcionales, ya que existen muchos casos de niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, por lo que es importante que la ley contemple y determine este tipo de filiación, en el que se abarquen todos los casos y formas de generar vida por parte de las tecnologías reproductivas, de modo que no se de un diferente tratamiento a casos iguales, puesto que, esto desembocaría en resoluciones discriminatorias (Lamm, 2012, p. 86-87).

Ahora bien, concretamente refiriéndonos a la fecundación post mortem hay que establecer en primer lugar que la disposición de los gametos masculinos solamente puede efectuarse con el consentimiento del titular, puesto que, este es el único que puede disponer de sus fluidos corporales, sin embargo, en el caso de que estos sean utilizados, se genera una de las mayores controversias, que es el poder establecer la filiación y su correspondiente paternidad, puesto que si bien se conoce que genéticamente el fallecido es el aportante del material genético para la gestación del nuevo ser, el dilema surge por el hecho de que el nacido es hijo de una persona fallecida que no ha consentido en concebir, por lo que, al no contar con la voluntad procreacional, no es posible relacionar filialmente al concebido con el difunto. No obstante, nada impide que se verifique la filiación mediante estudios genéticos con el fallecido.

Martínez (2018) señala que, al efectuarse la fecundación post mortem necesariamente se tiene que contar con el consentimiento del esposo o compañero sentimental titular del material genético, ya que de no ser así y llevarse a cabo este procedimiento, se debe considerar a los gametos empleados como si hubiesen sido aportados por un donante, lo que consecuentemente impide que se puedan establecer relaciones familiares que vinculen al aportante con el concebido.

En esta misma línea, se debe hacer alusión a un aspecto importante que conlleva el no poder establecer la filiación y es precisamente la vulneración hacia el derecho a la identidad del menor, si bien este podrá contar con un nombre, apellido y su respectiva nacionalidad, la identidad implica también un elemento importante como lo es la procedencia familiar, que le será negada por el hecho de no poder establecerse el vínculo de parentesco que una al menor con el fallecido.

La legislación ecuatoriana garantiza a todas las personas el derecho a la identidad, el mismo que se ve reflejado en el momento de la inscripción de la persona en el Registro Civil, puesto que desde ese instante, adquiere su identidad mediante su nombre y con ello surgen las relaciones familiares con sus reputados padre y madre, lo que permite gozar de un derecho a conocer con certeza los orígenes biológicos de la persona, a pesar de ello, se produce una excepción en el caso de la fecundación post mortem y no se garantiza en plenitud este derecho, puesto si bien el concebido goza de elementos como el nombre y nacionalidad, se ve privado de uno de los elementos esenciales como es el establecer vínculos con su familia paterna, al verse despojado del derecho a la filiación y por consiguiente afectado su derecho a la identidad, lo que se traduce en una evidente distinción entre los nacidos naturalmente y aquellos que nacen por la técnica de reproducción asistida de fecundación post mortem.

### **Derecho a procrear y acceso a las TRHA**

Si bien la legislación nacional no contempla como tal el derecho a procrear, lo que sí contempla la Constitución de la República es el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos, así como se menciona que el Estado deberá garantizar condiciones favorables para que dichas familias logren la consecución de sus fines, siendo posible que uno de esos fines sea por su puesto el procrear (Asamblea Nacimiento, 2008).

Además, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en su artículo 16 señala que “las personas tienen derecho a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

Igualmente, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo diecisiete numeral dos señala que:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten el principio de no discriminación establecido en dicha convención. (Organización de Estados Americanos, 1969)

“Del derecho a fundar una familia procede indudablemente el derecho a procrear” (Escribano, 2016, p. 9). Esto tiene relación con la (autodeterminación) el derecho a la toma de decisiones sobre la propia existencia vital, por lo que, en el Capítulo sexto de la Constitución de la república “Derechos de libertad”, se reconoce y garantiza a las personas en el numeral diez “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” (Asamblea Nacional, 2008)

Farnos Amorós (2006) citado por Escribano menciona que:

El derecho a procrear comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada por los miembros de la pareja... El Derecho a procrear es entonces un Derecho complejo formado a partir del derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar, el derecho a la salud, entre otros, y resulta protegible a través de estos derechos. (Escribano, 2016, p. 9)

Cabe entonces preguntarnos si la fecundación post mortem o en general las técnicas de reproducción asistida, derivan precisamente del derecho a procrear o este viene a ser una excepción que no ha sido contemplada pero que ha surgido por el avance de la tecnología reproductiva.

En efecto, las técnicas de reproducción asistida nacen precisamente como una forma alternativa de procreación para aquellas personas que por diversas causas no pueden tener hijos, o que, simplemente anhelan conservar sus gametos para en un futuro concluir con su proyecto familiar. El derecho a procrear corresponde tanto al hombre como a la mujer, demanda su participación mediante su consentimiento de acceder a dichas técnicas y su aprobación de que su material genético sea utilizado para una posterior gestación.

El derecho a procrear lleva implícito un derecho individual de la persona para relacionarse o no con otra, que a su vez le confiere la libertad para decidir sobre su vida sexual y con ello, su deseo de tener o no descendencia, no obstante, es necesario tener presente que el hecho de que una pareja inicie su proyecto familiar mediante una técnica de reproducción asistida, pone de manifiesto su voluntad de que ese plan llegue en algún momento a concretarse y no puede romperse por el abrupto fallecimiento de uno de los progenitores, en este caso del varón, puesto que el acto de iniciar una técnica de reproducción asistida denota ya el ánimo del hombre de procrear y su consecuente reconocimiento paterno, por lo que, negar el uso de los gametos masculinos o lo que viene a ser la transferencia post mortem, limita el derecho de la mujer a tomar decisiones libres sobre su vida reproductiva, puesto que, se reduce su derecho de procrear a la existencia de consentimiento de disposición de gametos por parte de su cónyuge fallecido, dejando a un lado o ignorando por completo el proceso al que ya ha sido sometido la mujer y que será entorpecido por un requerimiento que se puede colegir del propio acto de otorgar su material genético.

## **Determinación de la identidad**

Para empezar tenemos que tener en cuenta el carácter atípico jurídicamente en el que se enmarca dicha determinación, por la inexistencia de normativa especializada, sin embargo creemos que las normas existentes, llámese Constitución de la República, Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y su Reglamento, han de suplir el vacío normativo y determinar el derecho a la identidad para las niñas y niños nacidos por fecundación post mortem.

De esta manera, la Ley Orgánica de Gestión a la Identidad y Datos Civiles a partir del artículo veintisiete, contempla un apartado que hace alusión al nacimiento de las personas y su inscripción, esta normativa prevé un proceso de registro que le permite al nacido vivo adquirir elementos que permitan individualizarlo dentro de la sociedad y que, de acuerdo con la Constitución le garantizan su derecho a la identidad, para ello, es necesario el establecimiento de los siguientes requisitos:

1. Lugar y fecha de inscripción.
2. Número único de identificación asignado.
3. Lugar donde ocurrió el nacimiento.
4. Fecha del nacimiento.
5. Nombres y apellidos de la nacida o nacido vivo.
6. Sexo.
7. Nombres, apellidos, nacionalidad y número de cédula de identidad del padre y de la madre o de solo uno de ellos según el caso.
8. Captura de los datos biométricos.
9. Apellidos, nombres, nacionalidad y número de cédula de identidad del solicitante.

10. Firma de la autoridad competente.

11. Firma del o los solicitantes de la inscripción. (Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, 2016)

Si bien la inscripción puede llegar a ser un proceso sencillo, al que pueden sujetarse también los niños y niñas concebidos por fecundación post mortem, el problema surge al momento de registrar al menor con los apellidos del padre fallecido, puesto que, la normativa en análisis, es decir, la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016) plantea que para establecer la filiación materna y paterna, lo que viene a ser, el poder inscribir al menor con los apellidos de ambos progenitores, se requiere que se produzcan uno de los siguientes supuestos:

1. Si existe vínculo matrimonial o unión de hecho inscrita legalmente, la inscripción de nacimiento lo podrá hacer cualquiera de sus progenitores o ambos, siempre y cuando se pruebe la existencia de dicho vínculo, pues el menor se reputa hijo de ambos por el hecho de haber sido concebido dentro de estas instituciones.
2. Si los padres no se encuentran unidos por ninguno de los vínculos del punto anterior, se requiere para la inscripción del menor la presencia de ambos progenitores.
3. Si la madre por el hecho del parto fallece, para poder registrar al menor con sus apellidos, es necesario presentar el certificado de defunción y su historial clínico que acredite que su fallecimiento se debe a tal suceso; y
4. Si ninguno de los padres puede registrarlo, lo podrá hacer una tercera persona a través de un poder conferido por los padres en el que se autorice la inscripción del menor.

En este sentido, la ley es clara, si el padre no se presenta a reconocer al hijo como suyo o no media un documento en el que se exprese su voluntad de relacionarse filialmente con el menor, no es posible que el nacido vivo cuente con los apellidos paternos. Precisamente esto es lo que ocurre en el caso de la fecundación post mortem, puesto que, al haberse producido la muerte del progenitor es imposible que este pueda pronunciarse y manifestar su voluntad de reconocer o no al niño o niña como hijo suyo. A pesar de ello, el menor sí podría ser registrado, pero únicamente con los apellidos maternos en el caso de que se siga con el proceso que la ley prevé. Si bien no se le impide al concebido post mortem acceder a la inscripción de nacimiento y ser individualizado dentro de la sociedad mediante su nombre, apellido y nacionalidad, su derecho a la identidad si se ve restringido al no permitirse el reconocimiento del vínculo de parentesco que une al menor con el fallecido.

### **El interés superior del niño**

En esta situación ha de ser merecedor de un importante análisis, el hecho de revisar el interés superior de la niña o niño nacido por esta técnica de reproducción asistida, acorde con esto Escribano (2016) señala que, el interés superior del niño implica que este ha de nacer con un padre y una madre, sin embargo, la señalada autora propone que ha de estudiarse si lo verdaderamente importante es el número de progenitores o “el que realmente reciba la asistencia moral, afectiva, y material que todo progenitor ha de prestarle a un hijo” (p. 18), dado que, en su seno esta técnica tiene como consecuencia el nacimiento de un menor huérfano de padre, por haber este perecido antes de consumarse el proyecto parental o familiar, el cual continuó su viuda de manera individual, surgiendo así la interrogante ¿Es vulnerante al interés superior de una niña o niño el ser concebidos con la certeza de que no tendrán un padre quien vea por sus intereses? y si ¿Es vulnerante

a ese mismo interés superior que su identidad personal en relación con su familia no sea reconocida?

Para dar respuesta a estas interrogantes es preciso referirnos en primer lugar al concepto mismo de interés superior del niño, que ha sido recogido por el Código de la Niñez y Adolescencia, el cual señala que:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (Congreso Nacional. CNA, 2014)

En este sentido, el interés superior del niño es el principio rector encaminado a proteger todos y cada uno de los derechos de los niños, y uno de esos derechos es precisamente el tener una familia y poder crecer dentro de ella, pues como señala este mismo código “la ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente” (Congreso Nacional. CNA, 2014).

Pérez Contreras (2013) expresa que:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho natural y jurídico a tener una familia a lado de sus padres o en su caso de sus familiares, en los términos de la ley, tomando en cuenta que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños, las niñas y los adolescentes, ya que en ella recibirán la protección, el amor, la comprensión y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente su desarrollo y responsabilidades en la sociedad. (p.

1158)

Si bien se da a entender que la familia constituye la institución que cimienta el desarrollo de los menores, el caso de la fecundación post mortem nos pone en una posición en la que es imposible que el niño cuente con la asistencia que el padre puede brindarle, por el hecho mismo de haberse producido su fallecimiento, sin embargo, creemos que esto no obsta para que se niegue la relación filial entre el padre y el hijo, puesto que, si bien este no podrá cumplir con su obligación de satisfacer las necesidades básicas del niño o niña, el menor tiene derecho a conectarse con su origen y a ver materializada su identidad personal en relación con su familia paterna, quienes podrán en cierta medida suplir dicha obligación, o simplemente por el hecho de que se reconozca al hijo como suyo se pueda dar paso a que el menor acceda a los derechos que le competen.

Igualmente se ha de señalar que, el interés superior de niño promueve que el menor debe crecer con un padre y una madre, ya que es la situación ideal que propicia que efectivamente los niños se desarrollen con normalidad, noción compartida por los autores de este trabajo, pese a ello, creemos que la discusión no se centra en que el niño cuente o no con la asistencia de su progenitor, puesto que se está ante el hipotético caso de que la muerte del cónyuge o compañero inevitablemente ha ocurrido y que la mujer se ha sometido al procedimiento de fecundación post mortem por cuenta suya.

No obstante, consideramos también que el interés superior del niño no se ve vulnerado por el hecho de nacer sin una figura paterna, pues si ese fuera el planteamiento, los menores que nacen dentro de una familia tradicional, denominando así en este análisis a aquellas personas que nacen por medios naturales que cuentan con un padre y una madre al momento del parto, siendo esta la generalidad se puede dar el caso que estos se separen y el menor crezca solamente con la asistencia y cuidado de uno de sus progenitores, ¿Diríamos entonces que de presentarse esta circunstancia se desconoce el interés superior de

los niños? Por supuesto que no, en vista de que, el hecho de que una persona no crezca con la presencia de un padre no supone necesariamente que se vulneren sus derechos, lo mismo sucede en el caso de la fecundación post mortem, que una persona desde un inicio no cuente con un padre no implica que sus derechos sean violentados o que estos se hallen reducidos.

Por el contrario, el limitar el derecho a la identidad personal del menor concebido por fecundación post mortem, de conocer sus orígenes biológicos, tener una familia y relacionarse con ella, si incide negativamente en el desarrollo de los niños y niñas lo que refleja un claro acto discriminatorio hacia los diferentes tipos de familia que consagra la Constitución de la República, dado que, se da un trato diferente a los niños y niñas concebidos por fecundación post mortem y se les desconoce un elemento fundamental de su identidad como es el poder relacionarse con su familia paterna, privándoles de esta manera de la protección y asistencia que estos pueden prestarle.

En definitiva, la inexistencia de uno de los progenitores no atenta en contra del desarrollo integral de su descendencia, más si puede afectar el mismo el desconocimiento de los lazos sanguíneos, es decir, el reconocimiento de la identidad personal en base a las relaciones familiares y biológicas, de ahí que, la protección integral se presente como el mecanismo por excelencia por el cual se deben velar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Del análisis de lo antedicho podemos mencionar que, el Código de la Niñez y Adolescencia basa su codificación en la protección integral, siendo esta:

La garantía efectiva por parte del estado, la sociedad y la familia con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, ...para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas

y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución y los instrumentos jurídicos internacionales. (Congreso Nacional. CNA, 2014)

### **Declaración Judicial de la paternidad**

Como se mencionó en líneas anteriores y en relación al análisis planteado creemos que la única manera existente en la legislación ecuatoriana para precautelar el derecho a la identidad de los menores concebidos por fecundación post mortem es la declaración judicial de paternidad, de manera que se declare la relación de filiación existente entre el peticionario y su padre, otorgando así los derechos provenientes de la misma como es en este caso la identidad personal basada en las relaciones de familia.

En primer lugar, este derecho está establecido en el Código Civil (2015) el cual en su artículo doscientos cincuenta y dos menciona que “el que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez lo declare hijo de determinados padre o madre” (p. 72). Al igual que el artículo doscientos cincuenta y cinco en su inciso segundo se pronuncia en cuanto a la identidad y relaciones familiares, el cual literalmente manifiesta: “garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares” (Asamblea Nacional, 2015).

En virtud de ello, se podrá interponer una demanda de investigación de paternidad en la que la legitimación activa le corresponderá al hijo si es mayor de edad, a sus descendientes si ha fallecido y a quien tenga la patria potestad si el hijo es menor de edad, así como la legitimación pasiva de manera general le corresponde al legítimo contradictor qué es el padre, pero en el caso de la fecundación post mortem este habría fallecido por lo que en este particular éste será reemplazado por sus herederos.

Asimismo, en dicha demanda se deberá solicitar al juez la realización de un “examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN)” acompañado de la petición de exhumación dado el hecho del fallecimiento del padre (Asamblea Nacional, 2015).

Por otra parte, si el proceso ha concluido de manera en la que mediante sentencia se declare la paternidad del fallecido, se deberá inscribir dicha sentencia ya que debe ser asentada en el registro personal único y en el de las demás personas afectadas por tal reforma. (LOGIDAC, 2016)

A su vez, el Código Civil en cuanto a los derechos correspondientes tanto a padres como a hijos, menciona que en caso de que haya sido establecida la filiación por haberse declarado judicialmente, le corresponden al hijo todos los derechos como los demás hijos, aclaración que vale mencionar puesto que en las demás formas de establecer la filiación los derechos de hijos y padres son correlativos, más por la declaración judicial de paternidad el padre pierde el poder exigirle a su hijo ningún derecho, en todo caso en la situación que se ha planteado a lo largo de este trabajo no perdería ningún derecho el padre fallecido sino sus herederos.

### **La necesidad de una regulación**

Para finalizar, creemos que es necesario que el derecho se interese más en la temática de la tecnología reproductiva, pese a que no es un campo relativamente nuevo, si requiere por parte de los legisladores importante consideración, dado que al emplear cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida, muchos son los derechos que se ven comprometidos. Si bien algunas prácticas reproductivas las podemos ver hoy en día en nuestro país y son utilizadas con frecuencia, lo cierto es que respecto de la fecundación

post mortem no se tiene conocimiento o acceso a registros públicos que indiquen que esta se haya producido dentro del Ecuador.

No obstante, por las consecuencias que hemos expuesto a lo largo de este trabajo, consideramos elemental la creación de una Ley que establezca reglas claras y coherentes respecto al acceso y aplicación de este procedimiento. Conscientes de que el proceso de crear normas que regulen nuevas situaciones sociales, no es tarea sencilla, estimamos que se debe tomar en cuenta los avances que otras legislaciones han tenido respecto a esta temática, a fin de tener mayor control sobre el uso de esta técnica, por supuesto sin descuidar la realidad social de nuestro país, para de esta forma poder garantizar los derechos de las personas que busquen acceder a esta técnica de reproducción asistida.

En definitiva, consideramos que la regulación de la determinación de la filiación por el uso de técnicas de reproducción asistida es primordial ya que por este hecho se fijarán los correspondientes derechos derivados de la misma, como el derecho a la identidad, para ello es importante resaltar que es necesario realizar un amplio análisis constitucional de los derechos y garantías involucrados en la temática así como el fundamento existente de los mismos en el Derecho Internacional, de este modo se creará certeza jurídica para los involucrados en dicha práctica y se evitará posibles vulneraciones de este derecho.

De la misma manera, dicha regulación debe responder a la creación de un sistema eficaz en el que exista desde la Constitución hasta las normas inferiores una coherencia normativa a la hora de reglamentar tanto los aspectos de la reproducción asistida, así como la consecuencia de la misma en los derechos de los involucrados, lo cual, debe reflejarse en el Código Civil, Ley Orgánica de Gestión a la Identidad y Datos Civiles, Ley Notarial, Ley Orgánica de Salud, entre otras.

## DISCUSIÓN

El objetivo central de esta investigación fue analizar la garantía del derecho a la identidad de menores nacidos por fecundación post mortem en el Ecuador, con base a la información obtenida y la exposición desarrollada en este trabajo, se pudo demostrar que la fecundación post mortem supone un gran reto en cuanto a la protección de este derecho, puesto que al no existir legislación especializada nos hemos visto en la obligación de apoyarnos en normas comunes que permitan relacionarnos con la problemática, de modo que se pueda reconocer una filiación póstuma y en consecuencia de ello el desarrollo de la identidad.

Si bien la declaración judicial suple el vacío normativo que trae consigo este procedimiento, al ser el medio idóneo por el cual se puede solicitar la declaratoria de condición de hijo del padre fallecido, creemos que una pronta regulación en lo que respecta a las técnicas de reproducción humana asistida será fundamental para garantizar a los menores nacidos por estas técnicas el correcto goce de todos los derechos que les corresponden, en especial en el caso de la fecundación post mortem el estado de filiación entre el progenitor fallecido y su hijo biológico póstumo, con el fin de asegurar su desarrollo integral fundado en la adquisición de las relaciones de familia como parte del derecho de identidad.

Como se mencionó en el inicio de esta investigación, existió ya una propuesta de ley cuya intención era regular algunos aspectos de las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, de manera personal creemos que esta fue deficiente a la hora de regular todos los aspectos que estas técnicas engloban, lo cierto es que por este u otros motivos la propuesta del Código Orgánico de Salud fue vetada y a partir de este suceso

no hubo ninguna otra proposición que permita acercarnos o adentrarnos en esta problemática, por esta razón, es necesario una regulación acorde a los avances científicos y sociales de hoy en día, una propuesta normativa a la vanguardia de estos mismos hechos y a la par de otras legislaciones como las citadas en esta investigación.

Es importante mencionar que dicha regulación no deberá desconocer o dejar de lado el componente ético y moral, el cual plantea diversas discusiones sobre lo pertinente a la aplicación de la reproducción asistida o incluso al uso de la fecundación post mortem, por lo que creemos que la investigación futura en este campo debe basarse en estos aspectos para lograr una correcta legislación acorde a los estándares sociales y culturales de nuestro país.

## CONCLUSIÓN

La reproducción humana asistida se presenta como un nuevo reto para la legislación ecuatoriana, debido a que el acelerado avance científico ha dejado sin tiempo de reacción a los encargados de crear normas que regulen las diversas cuestiones relacionadas a la temática, ya sea acceso, procedimientos, requerimientos, entre otras, es por esto que es necesario una pronta regulación, pues actualmente existe inseguridad jurídica al no conocer a ciencia cierta las consecuencias legales de muchas de las situaciones que engloban estas técnicas, creemos que es importante tanto tener en claro el componente ético y social como los principios y derechos constitucionales ligados a esta problemática como son la no discriminación, el derecho a formar una familia, a decidir cuándo y cuántos hijos tener y el derecho a la identidad, el cual es el tema central de este análisis, pues como se ha revisado en el caso de la fecundación post mortem, la identidad de quien nace por esta técnica es gravemente vulnerada pues contando con una relación genética parental, no está regulado aún como se puede tener acceso a la misma.

Uno de los puntos clave para que este derecho le sea otorgado a quien nace por esta técnica según la doctrina es el consentimiento del propietario del material genético a utilizarse posterior a su muerte, es así que este consentimiento constituye la voluntad procreacional y a de ser dado en estricto cumplimiento a la normativa aplicable, es decir, a de ser expreso y manifestará de forma clara el consentimiento para el uso póstumo de ya sea sus espermatozoides o los preembriones constituidos con su aportación en su cónyuge o pareja, el mismo se ha de dar en escritura pública para que opere su validez, pues este documento, el cual en su interior contiene el consentimiento escrito, libre e informado, será el medio por el cual se una filialmente al padre fallecido y al hijo super póstumo, protegiendo así el acceso del menor a un sinnúmero de derechos relacionados con

las relaciones de familia, como son los derechos sucesorios, los relacionados a la patria potestad, de los cuáles aún cabe un análisis profundo, sin embargo, en cuanto al derecho a la identidad como se ha visto, la garantía del mismo es mínima pues si bien la doctrina presenta una respuesta a la problemática, el carácter normativo inexistente dificulta su constitución.

Finalmente, la declaración judicial de la condición de hijo de determinado padre puede ser el medio por el cual se reconozca la filiación y los derechos derivados de esta, sin embargo, es importante mencionar que mientras se de dicha declaración existirá un periodo de tiempo en el que se desconozca el derecho de la identidad del hijo biológico póstumo, lo que indudablemente genera una vulneración a ese derecho, lo cual únicamente podrá evitarse con una legislación que garantice este derecho.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Alza, C. (2017). El Concebido In-Vitro Post Mortem y sus Derechos Sucesorios. *Derecho y Sociedad*, 49.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Asamblea Nacional. (2005). Código Civil. VLex. <https://app-vlex-com.vpn.ucacue.edu.ec/#search/jurisdiction:EC/código+civil/WW/vid/63147977>  
9
- Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2016a). Borrador Para Segundo Debate Del Proyecto De Código Orgánico De Salud. Ministerio de Salud Pública, 1–151. <https://www.salud.gob.ec/enterate-mas-sobre-el-proyecto-de-ley-codigo-organico-de-salud/>
- Asamblea Nacional. (2016b). Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Registro Oficial Suplemento 684 de 04-Feb.-2016.
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (2016). Código Civil y Comercial de la Nación. <http://scholar.google.com/scholar?hl=en&btnG=Search&q=intitle:No+Title#0>
- Congreso Nacional. (2014). Código de la niñez y adolescencia. Registro Oficial No. 737, Publicado el 3 de enero de 2003.

Constitucional, C., & Salazar, D. (2021). Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21 (Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de adolescentes migrantes) Jueza ponente: Daniela Salazar Marín. 21(2185), 1–55.

Corte IDH. (2011). Caso Gelman Vs. Uruguay. 2011, 92.

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)

Craviotto, P. (2021). Seguridad jurídica de los derechos sucesorios en la fecundación post mortem en España Legal certainty of post-mortem fertilisation inheritance rights in Spain \*. 79–104. <https://doi.org/10.14679/1268>

Escribano, P. (2016). Algunas cuestiones que plantea la reproducción humana asistida post mortem en la actualidad. In Anuario de Derecho civil (Vol. 69, pp. 1259–1320).

Fernández, C. (1992). DAÑO A LA IDENTIDAD PERSONAL. Editorial Astrea, Buenos Aires, 245–272. [http://www.tse.go.cr/ified/pdf/identidad\\_personal.pdf](http://www.tse.go.cr/ified/pdf/identidad_personal.pdf)

Jefatura del Estado. (2006). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial Del Estado, BOE No 126. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>

Krasnow, A. (2017). La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad. Revista de Derecho Privado, 32. <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.07>

- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, 24, 76–91. <https://doi.org/10.4321/S1886-58872012000100008>
- Martínez, H. (2018). Fertilización post mortem. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 11, 367–396. [www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm).
- Moadie Ortega, V. (2015). REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA FECUNDACIÓN POST-MORTEM COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO FILIAL Y SUCESORAL. XI Jornadas de Sociología. <https://www.academica.org>.
- Oliver, E. (2013). La reproducción humana asistida post mortem. Universitat de Les Illes Balears.
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. *Tratados Multilaterales Interamericanos*, 9460, 24.
- Pérez, M. (2013). El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación. Scielo.
- Rodríguez, J. (2022). La fecundación post mortem y la necesidad de su regulación en el sistema legal argentino.pdf.
- Sala de lo Civil y Mercantil. (1996). RECONOCIMIENTO DE HIJO POR TESTAMENTO. Serie XVI, 1141.

Santolaria, I., & Ramón, F. (2020). Determinación de la filiación y derechos sucesorios en la reproducción humana asistida post mortem en España. In *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* (Issue 50, p. 036). <https://doi.org/10.24215/25916386e036>

## **ANEXOS**



**JOHANNA ALEXANDRA AGUILAR GUIRACOCHA** portador de la cédula de ciudadanía N° **0106761521**, y **MARCO VINICIO CALI CORONEL** portador de la cédula de ciudadanía N° **0106316904** En calidad de autor y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES CONCEBIDOS POR FECUNDACIÓN POST MORTEM”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

**Cuenca, 29 de mayo de 2023**

F:  .....

**JOHANNA ALEXANDRA AGUILAR GUIRACOCHA**

**C.I. 0106761521**

F:  .....

**MARCO VINICIO CALI CORONEL**

**C.I. 0106316904**