Quito, Agosto 26 de 2019

Señor Doctor
Freddy Proaño Egas
Secretario Abogado
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Presente.

De mi consideración:

En respuesta al Oficio N610-SJ-2019 de 7 de agosto del 2019 (entregado el 14 de agosto) presento el informe de la disertación intitulada **"LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR Y LOS DERECHOS FILIATORIOS INVOLUCRADOS"** elaborada por la señorita **MICHELLE VERÓNICA MANCERO VALENCIA,** previo a la obtención del título de abogacía.

La disertación está organizada en tres capítulos. El primero denominado antecedentes jurídicos trata sobre los derechos reproductivos, la voluntad procreacional, las técnicas de reproducción asistida, donde se enfatiza en la maternidad subrogada, se identifican los sujetos que intervienen y una clasificación.

El segundo se propone estudiar los derechos del niño nacido por maternidad subrogada para lo cual hace una aproximación teórica al interés superior del niño y desarrolla conceptos como filiación, determinación legal de la misma cuando el niño nace por medio de la técnica de maternidad subrogada, parentesco y los derechos a tener una filiación determinada, identidad personal, a tener un nombre, a ser inscrito inmediatamente después de nacer, derecho a conocer a sus padres, a conocer sus orígenes.

En base a los aportes anteriores, el tercer capítulo desarrolla el tema en el Ecuador, concluye la vulneración de los derechos y realiza propuestas de reformas legislativas a varios textos legales del país, como aporte capaz de dar respuesta adecuada a la hipótesis de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano vulnera el interés superior del niño nacido por maternidad subrogada al no contar con normativa legal expresa que regule esta técnica y la consiguiente filiación.

Finalmente se recogen las conclusiones y recomendaciones. La disertación tiene 151 páginas (130 más bibliografía y anexos) por lo que se observa que algunos temas que se desarrollan se pudieron incluir como anexos por cuanto exceden al objeto de la investigación (por ejemplo, los antecedentes de las TRA y su clasificación).

El título de la disertación explicita la perspectiva del interés superior para el desarrollo del tema lo que a primera vista es una novedad. En este sentido se valora participante el incursionar en un tema complejo y cuya regulación se encuentra en debate en el país. No obstante, en el desarrollo se constata que no se logra incorporar dicha perspectiva, lo cual se visibiliza en el uso

de categorías como en la falta de indagación de una respuesta coherente y pertinente por vía jurisprudencial a la luz de los principios de interpretación de los derechos que reconoce la Constitución.

De modo general se observa que la tesina recoge mucha información sin el debido análisis de carácter jurídico, por lo que se suele incurrir en afirmaciones sin sustento, erróneas o conclusiones carentes de lógica. A modo meramente ejemplificativo, indico a continuación:

a) En la página 13 se cuestiona que el Proyecto de Código Orgánico de la Salud "únicamente se refiere a la contraprestación económica en la realización de la maternidad subrogada, haciendo a un lado el tema de la determinación de la filiación y la naturaleza del convenio [su] subrogación". No es materia de una ley sobre salud regular el contrato ni la filiación. En el interés superior del niño, los establecimientos de salud pueden tener algunas obligaciones orientadas a salvaguardar la identidad del niño (como son las que constan en el Código de la Niñez y Adolescencia).
b) En la página 15 no queda claro cuál es el alcance de los derechos reproductivos y la proposición "el alcance al ejercicio de estos derechos radica en la dignidad del otro, visto no sólo como el ser que nacerá producto de TRA ..." no está debidamente sustentada. Asimismo, tampoco lo está el fundamento de la protección de un ser que todavía no existe, ni desde cuándo es posible garantizar su interés superior y sus derechos (ver pág. 19 último párrafo).
c) Se hace referencia a sentencias de tribunales internacionales con la descripción de los hechos, pero débil análisis de carácter jurídico (Vg: págs. 18, 93); además de que no se considera el contexto sociocultural.
d) En lo que se puede asumir como argumentación jurídica, se suelen utilizar expresiones que no son apropiadas sobre todo porque no corresponden a un lenguaje técnico jurídico:
e) a que se refiere la expresión "no ha sido ejemplar pues se han impulsado acciones de inconstitucionalidad..." (pág. 17) respecto a la regulación de las TRA en el Código Civil y Comercial de Argentina?
f) En qué sentido la validez es un criterio para sostener la pertinencia de las TRA, como se afirma en la página 40?
g) En la página 48 se comenta cómo se realza la técnica de subrogación sin hacer referencia a principios de bioética (cuándo a la vez se afirma que "pueden caer en prácticas de ética cuestionable") y en las siguientes páginas no se argumente jurídicamente sobre el tema.
h) Se utilizan algunas expresiones muy generales, de carácter coloquial para designar situaciones o actos de relevancia jurídica. Por ejemplo, las que constan en la página 39 que afirma "quitar mérito" a quienes desean ser padres, o se interpreta indebidamente una cita en pie de página de un documento de la Iglesia Católica que tiene por objeto definir lo que es objeto de su análisis.
i) Se evidencia falta de coherencia argumentativa e incluso sesgo en algunos párrafos orientados a reforzar los presupuestos e hipótesis de la disertación: Ej: pág. 45, 59.
j) Al desarrollar el derecho a la identidad personal se utilizan categorías, concepciones y enfoques sin cuestionarlos y que podrían haber perdido relevancia o vigencia precisamente por el desarrollo de las biotecnologías.

Finalmente, desde el punto de vista metodológico se observa que cumple con las reglas del Manual para la redacción de trabajos de titulación y otros escritos aprobado por el Consejo de

Quito, 28 de agosto de 2019.

Señor doctor

Freddy Proaño Egas

SECRETARIO ABOGADO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PUCE

En sus manos:

Estimado doctor Proaño:

En relación al Oficio N610-SJ-2019 de 7 de agosto del 2019, a mi regreso de Boston el 22 de agosto, tomé conocimiento de la disertación previa a la obtención del título de abogada, cuyo título es **"LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR Y LOS DERECHOS FILIATIVOS INVOLUCRADOS"**, cuya autora es la estudiante **MICHELLE VERÓNICA MANCERO VALENCIA,** expreso:

Me ha resultado muy difícil encontrar un interés superior en la maternidad subrogada y entiendo que su práctica sea muy restringida en Europa y que incluso esté prohibida en Francia, Alemania, Austria, entre otros países.

En efecto, la parte más débil, el niño nacido por vientre de alquiler, es el que sufre las consecuencias, porque sin duda, para empezar, no existe el derecho al niño, sino el derecho del niño; en efecto, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ha subrayado insistentemente la ausencia de dicho derecho en su jurisprudencia. Además, se vulneran derechos fundamentales reconocidos en muchos tratados internacionales, principalmente los de nacer y crecer con su familia biológica, el reagrupamiento familiar, el derecho a relacionarse con su padre y su madre y el de no estar sometido al comercio. Ya han surgido a nivel internacional gran cantidad de casos de criaturitas nacidas por maternidad subrogadas, que han sido rechazadas por quienes las han encargado, por no cumplir con condiciones de raza, color, por adolecer de anormalidades, etc. Aún más, en el caso de inseminación artificial, por mantenerse en confidencialidad la identidad del dador del semen, quien nace de esa manera, está vedado de ese atributo fundamental de la personalidad, que es la identidad con su padre natural, obviamente también del derecho a su verdadera filiación, petición de alimentos, visitas, etc. Sin duda que en esas condiciones no hay verdad biológica, ni libre desarrollo y bienestar pleno del menor y tampoco se vela por su interés superior.

En mi criterio estas prácticas vulneran intereses superiores de quienes nacen como consecuencia de aquéllas, por lo que en materia de derechos constitucionales y legales su

02 SET. 2019

aplicación constituye un retroceso, más allá de las novelerías que las impulsan y que han originado proyectos de leyes trasnochados, que llegan cuando muchos países la cuestionan, por atentar incluso a convenciones internacionales fundamentales, suscritas también por el Ecuador.

Por no existir tal interés superior, califico la disertación con la nota de 8.

Dr. Roque Albuja Izurieta.

02 SET 2019

CONSULT-LOI
abogados

Quito, 5 de agosto del 2019

Señor doctor
FREDDY PROAÑO.
Secretario Facultad de Jurisprudencia PUCE
Ciudad.-

Señor Doctor:

Por medio del presente, me dirijo a Usted y por su digno intermedio, al señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, con el fin de informar sobre la elaboración de la disertación de Abogacía intitulada: "La maternidad subrogada desde la perspectiva del interés superior y los derechos filiativos involucrados", redactada por la estudiante MICHELLE MANCERO, trabajo que se encuentra completo y que constituye el antecedente para la obtención del título de Abogada.

Al respecto, me permito realizar las siguientes puntualizaciones:

1. El tema que la estudiante ha elegido, es complejo y de gran actualidad, pues a nuestro entender genera vacíos normativos, con lo que la Elaboración de la tesis ha quedado plenamente justificada.
2. Se ha ajustado paulatinamente el contenido de los capítulos de acuerdo a mis observaciones como Directora. En este sentido se vio la conveniencia de cambiar el título pues la orientación final del trabajo no se correspondía totalmente con el título aprobado dentro del plan.
3. Se han observado varios problemas de ortografía, sobre todo en la coordinación de plurales y singulares, al igual que en la redacción y gramática, los mismos que se han tratado de corregir, sin mayor éxito en algunos casos.
4. Los problemas planteados se ajustan plenamente a la realidad ecuatoriana, y es interesante observar las soluciones que plantea la estudiante. Sin embargo, sus conclusiones pudieron ser más completas.
5. En general la bibliografía consultada es pertinente y actual.
6. La estudiante pudo realizar una mejor investigación de campo pero aparentemente, por las limitaciones de tiempo y espacio, no consiguió completarla, con lo cual en algunas páginas, especialmente en el capítulo dos, la investigación adquiere niveles teóricos repetitivos de ciertos autores nacionales y extranjeros, limitando su trabajo a una compilación.
7. Esto no desmerece el gran esfuerzo realizado por la Estudiante para entregar un trabajo adecuado para el fin referido.

Por lo indicado, procedo a calificar el trabajo con la nota de OCHO SOBRE DIEZ (8/10)

Agradeciéndole la atención al presente, me suscribo de Usted.

Atentamente,

Sonia Merlyn Sacoto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TEMA:

La Maternidad Subrogada desde la perspectiva del Interés Superior y los Derechos Filiativos Involucrados.

Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Abogada

Autor: Mancero Valencia Michelle Verónica

Director: Dr. Sonia Merlyn Sacoto

Quito - Ecuador

Octubre 2019

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación está dedicado a:

Mis padres, Dr. Santiago Mancero y Dra. Verónica Valencia, por ser mis mentores, mi fuente de inspiración y fuerza, quienes, con su entrega, esfuerzo, tenacidad y todo el amor del mundo me han permitido llegar a este momento de mi vida y cumplir una meta más; gracias por su sacrificio y su ejemplo de valentía, de ser la mejor versión de mi misma.

A mis hermanos, Ana Valeria y Andrés, gracias por su amor, confianza y todas sus palabras de aliento, gracias por ser mis mejores críticos, no importa por donde nos lleve la vida, siempre los llevo conmigo.

A mi Abuela Susana Tito, por ser mi confidente, mi mejor amiga, gracias por todo tu amor y sabiduría que han hecho de mí un mejor ser humano.

A toda mi familia, porque con sus consejos, su cariño y sus palabras de ánimo me inspiran a ser mejor cada día.

A mi compañero de camino, Ismael Rosero, por tu amor y paciencia, pero sobre todo te agradezco por seguir construyendo tus sueños al mismo tiempo que eres un apoyo para que yo construya los míos.

A mis amigos Shyri, Esteban, Felipe, Ana Cristina y Paola, por todos los años de amistad, por apoyarme cuando lo necesito, por estar en las buenas y en las malas, gracias por su cariño incondicional.

A Dios por estar presente en cada paso que doy, gracias por regalarme mi propio pedacito de cielo (mi familia).

Agradecimientos

Quiero extender mi agradecimiento a todas las personas que de una u otra forma han contribuido en la elaboración de la presente investigación, en primer lugar, quiero agradecer a mis padres por todo el conocimiento que han compartido conmigo y por toda la ayuda que me han prestado a lo largo de este proceso, a mi tutora, Dra. Sonia Merlyn por creer en esta investigación y por haberme orientado en todos los momentos que necesité de sus consejos.

También deseo expresar mi reconocimiento a la Dra. Claudia Orellana, Dr. Salim Zaidan, Dr. Germán Grandes, Dr. Farith Simon, Dr. Marcelo Flores y Dr. Claudio Vallejo, por su tiempo, por solventar mis inquietudes y brindarme la información necesaria durante esta indagación.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador por ser la sede de todos los conocimientos adquiridos en estos años.

Resumen

La presente investigación se enmarca en el estudio de la maternidad subrogada, para lo cual toma como antecedentes el ejercicio de los derechos reproductivos, en la medida que, dentro de este amplio grupo de derechos, se garantiza el derecho a fundar una familia y a decidir libremente cómo, cuándo, los intervalos y de qué manera hacerlo, etc.; en este sentido, parte del ejercicio de este derecho, se relaciona íntimamente con el derecho de las personas a beneficiarse de todos los avances tecnológicos en materia de reproducción asistida, para poder hacer efectivo el ejercicio de los derechos reproductivos, accediendo a las Técnicas de Reproducción Asistida (T.R.A.), dentro de las cuales, figura la maternidad subrogada en sus dos variantes (gestación subrogada- maternidad subrogada tradicional) aunque no propiamente como una técnica, sino más bien como tratamiento complementario. Estados del mundo como Ucrania, Reino Unido o Estados Unidos, le dan un tratamiento similar, pues respecto de la determinación de la filiación se ha establecido que la madre sustituta renuncie a exigir derechos de madre sobre el niño y que los padres comitentes obtengan vía judicial una orden de traspaso de los derechos de maternidad. En cambio, en países como Ecuador, donde no existe legislación, ni desarrollo jurisprudencial favorable –como sucede en Perú, Colombia o Argentina- , por lo que, los niños y niñas que nazcan fruto de una subrogación de vientres, son propensos a que se vulnere su derecho a la identidad personal y su derecho a tener una filiación determinada, debido a que todo el sistema de determinación de filiación por consanguinidad se ha construido sobre la base del hecho biológico, es decir el parto. Por lo que el fin al cual de la presente investigación es demostrar que, efectivamente existe una vulneración al interés superior del niño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y que por ende es necesaria no solo la incorporación de una regulación legislativa en materia de reproducción asistida, sino una serie de reformas que le brinden la protección adecuada a los derechos de los intervinientes y de los niños/as que nazcan de esta práctica.

Palabras Clave: Derechos Reproductivos, técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada, gestación subrogada, interés superior del niño, determinación de la filiación.

Abstract

The present investigation is framed in the study of surrogacy, for which it takes as background the exercise of reproductive rights, to the extent that, within this broad group of rights, the right to found a family and to decide freely is guaranteed. how, when, the intervals and how to do it, etc .; In this sense, part of the exercise of this right, is intimately related to the right of people to benefit from all the technological advances in the field of assisted reproduction, in order to make the exercise of reproductive rights effective, accessing the *Assisted reproductive technology* (ART), among which, there is surrogacy in its two variants (surrogacy-traditional surrogacy) although not properly as a technique, but rather as a complementary treatment. States of the world such as Ukraine, the United Kingdom or the United States give it a similar treatment, since regarding the determination of filiation it has been established that the surrogate mother renounces to demand mother's rights over the child and that the ruling parents obtain judicial means an order to transfer maternity rights. On the other hand, in countries like Ecuador, where there is no legislation, nor favorable jurisprudential development - as in Peru, Colombia or Argentina -, therefore, children born as a result of a surrogacy of wombs are prone to violates their right to personal identity and their right to have a particular affiliation, because the entire system of determination of parentage by consanguinity has been built on the basis of the biological fact, ie childbirth.Therefore, the purpose of this investigation is to demonstrate that there is indeed a violation of the best interests of the child in the Ecuadorian legal system, and that therefore it is necessary not only the incorporation of a legislative regulation in the field of assisted reproduction, but a series of reforms that provide adequate protection for the rights of the participants and children born from this practice.

Keywords: Reproductive Rights, assisted reproduction techniques, surrogacy, surrogacy, best interests of the child, determination of filiation.

Abreviaturas Utilizadas

Art.	Artículo
CADH	Convención Americana de los Derechos Humanos
CAL	Consejo de Administración Legislativa
CC	Código Civil Ecuatoriano
CCY CO	Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CIPD	Conferencia Internacional de Población y Desarrollo
CNA	Código De La Niñez y Adolescencia
CNBS	Comité Nacional de Bioética en Salud
CNJ	Corte Nacional de Justicia
CONASA	Consejo Nacional de Salud
COS	Código Orgánico de la Salud
CRE	Constitución de la República del Ecuador
CRC	Comité de los Derechos del Niño
DDN	Declaración de los Derechos del Niño
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EO	Estimulación Ovárica
FIV	Fertilización In Vitro
GIFT	Transferencia Intratubárica De Gametos
HFEA	Human Fertilisation and Embriology Act
IA	Inseminación Artificial
ICERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
ICCPR	Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
ICSI	Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides
ONU	Organización de las Naciones Unidas
REDLARA	Red Latinoamericana de Reproducción Asistida
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRA	Técnicas de Reproducción Asistida
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para La Infancia

Tabla de contenido

Dedicatoria..... i
Agradecimientos.....ii
Resumen..... iii
Abstract.....iv
Abreviaturas utilizadas.....v
Introducción 1
1. Antecedentes Jurídicos.....5
1.1. Derechos Reproductivos.....5
1.1.1. Definición y Contenido 6
1.1.2. Alcance de los Derechos Reproductivos 11
1.1.3. Voluntad Procreacional 13
1.2. Técnicas de Reproducción Asistida.....18
1.2.1. Antecedentes y Definición.....18
1.2.2. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida 19
1.3. Acceso a las Técnicas de reproducción asistida 20
1.3.1. Como indicación terapéutica para problemas de infertilidad, esterilidad y riesgo de enfermedades-defectos congénitos.....21
1.3.2. Como mecanismo alternativo de reproducción 26
1.4. Maternidad Subrogada.....29
1.4.1. Definición 29
1.4.2. Sujetos intervinientes en la Maternidad Subrogada 34
1.4.3. Clasificación de la Maternidad Subrogada.....37
1.4.3.1. Maternidad Subrogada Altruista.....38
1.4.3.2. Maternidad Subrogada Onerosa.....39
1.4.3.3. Maternidad Subrogada Gestacional 41
1.4.3.4. Maternidad Subrogada Tradicional.....42
2. Derechos del niño/a nacidos por Maternidad Subrogada.....45
2.1. Interés Superior Del Niño: Contenido.....45
2.2. Derecho a tener una filiación determinada 52
2.2.1. Parentesco y Filiación.....52
2.2.2. Determinación legal de la filiación derivada de la Maternidad Subrogada.....57
2.3. Derecho a la Identidad personal del niño nacido por Maternidad Subrogada....71
2.3.1. Derecho a la Identidad Personal 71

2.3.2. Derecho a la identidad de los niños(as) nacidos mediante Maternidad Subrogada77
2.3.2.1. Derecho a tener un nombre 78
2.3.2.2. Derecho a ser inscritos inmediatamente después de nacer 81
2.3.2.3. Derechos a conocer a los padres, ser cuidado por ellos y mantener relaciones familiares 85
2.3.2.4. Derecho a conocer los orígenes 87
3. La Maternidad Subrogada en el Ecuador 95
3.1. Vulneración a la determinación de la filiación en los supuestos de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente 96
3.2. Vulneración al derecho a la identidad de los niños (as) nacidos por maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente 102
3.3. Propuesta de reformas legislativas 105
3.3.1. Código Civil Ecuatoriano 108
3.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia 110
3.3.3. Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles 114
3.3.4. Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células 117
4. Conclusiones y recomendaciones 119
5. Bibliografía 123
6. Anexos 136
Anexo N° 1: Análisis de Derecho Comparado sobre la protección Constitucional de los derechos reproductivos 137
Anexo N° 2: Análisis de Derecho Comparado sobre la legislación y planes en materia de derechos reproductivos 141
Anexo N°3: Antecedentes de las Técnicas de Reproducción Asistida 144
AnexoNª 4: Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida 147
Anexo N° 5 (entrevistas) 151

Introducción

Dentro del tema de la maternidad subrogada existen dos grandes tópicos a tratar, el primero de ellos se circunscribe al aspecto de la validez del convenio de subrogación, mientras que el segundo aspecto se refiere al tema de la determinación de la filiación de los niños que nacen producto de este procedimiento. En este sentido, la presente investigación se desarrolla en torno a la determinación de la filiación de los niños que nacen producto de maternidad subrogada el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente.

No existe un criterio definido, por lo cual la maternidad subrogada puede pasar ya sea por un procedimiento más de reproducción asistida, o en su defecto por un tratamiento, a los cuales las personas pueden acceder en función de su derecho a formar una familia, y a beneficiarse de los avances científicos.

Por su parte, se conoce como maternidad subrogada al acuerdo en el cual se lleva a cabo la implantación de un embrión concebido con material genético de una pareja en el útero de otra mujer, la cual se encargará de llevar a cabo la gestación y dar a luz, para posteriormente entregar al niño a la pareja; dentro de este contexto la mujer que está dispuesta a prestar su útero es llamada madre sustituta, madre gestante o madre subrogante, mientras que la mujer que aportará su material genético para la formación del embrión y será reemplazada durante el proceso de gestación se llama madre comitente, madre intencional o madre subrogada.

Una vez que ha nacido el niño o la niña, tanto de la literatura como de las legislaciones de países como Reino Unido, Canadá y algunos Estados de Estados Unidos, se desprende que la madre sustituta renuncia a sus derechos de maternidad y procede a entregar al niño a sus padres intencionales, los cuales mediante un procedimiento judicial son determinados como los padres legales del niño, sobre la base de la voluntad procreacional, concepto que dentro del marco de las TRA ha cobrado importancia, tanto así que en legislaciones como la de Argentina, ha sido instituida como una nueva fuente de filiación.

El problema es que la práctica de la maternidad subrogada no se encuentra regulada en varios países, siendo uno de ellos el Ecuador, sin embargo, pese a esa falta de regulación este procedimiento es bastante frecuente en nuestra realidad, pues solo basta con ingresar a diferentes plataformas de Internet para evidenciar que existe una oferta y una demanda sobre el tema de la subrogación.

La cuestión es que, al no existir ninguna regulación en materia de Reproducción Asistida que incluya a la maternidad subrogada, existe una vulneración al derecho del niño (a) a tener una identidad y una filiación correctamente determinada, pues todo el ordenamiento jurídico vigente, al no contener legislación en esta materia, construye el vínculo de filiación materna sobre el hecho biológico, por lo que a la luz de las leyes vigentes, los niños y niñas que nazcan son emplazados como hijos de la madre sustituta y de su pareja (en el caso de que la tenga).

Esto vulnera su interés superior, en la medida en que al atribuir la maternidad a una mujer que no dio su consentimiento para procrear un hijo para sí misma, ni mucho menos para asumir las responsabilidades jurídicas, afectivas o materiales derivadas del parto, se sacrifica el bienestar y el desarrollo integral del niño en virtud de la certeza que brinda la regla del parto.

El presente trabajo de investigación tiene como meta demostrar que, efectivamente, a la luz del ordenamiento jurídico se produce una vulneración al derecho a la identidad personal y al derecho a tener una filiación determinada, de los niños y niñas nacidos mediante maternidad subrogada, por lo que, para cumplir con dicha finalidad, esta investigación ha sido distribuida de la siguiente manera:

El primer capítulo tiene el objetivo de estudiar a la maternidad subrogada dentro del contexto de las Técnicas de Reproducción Asistida, procedimientos que a su vez forman parte de los derechos sexuales y reproductivos, los cuales, dentro del concepto amplio de la salud, deben ser satisfechos por parte del Estado.

El segundo capítulo, por su parte, comprende el análisis de los derechos de los niños nacidos por maternidad subrogada que son controvertidos a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, así primero se estudiará el derecho a la filiación, repasando los sistemas de determinación de la filiación derivados de la maternidad subrogada tanto en países donde sí se encuentra regulada la maternidad subrogada como Urania, Estados Unidos y Reino Unidos, como en países en donde no existe una normativa expresa que la regule, como Colombia, Perú y Argentina.

En el segundo capítulo se elabora un análisis del derecho a la identidad del niño que nace por maternidad subrogada, que de acuerdo a la CDN comprende el derecho a la identificación, a ser inscritos inmediatamente en el Registro Civil, el derecho a conocer a los padres, ser cuidado por ellos y mantener relaciones familiares y el derecho a conocer sus orígenes genéticos.

En el tercer capítulo se estudiará del tratamiento que tiene la maternidad subrogada en el Ecuador, de qué manera se vulneran los derechos de los niños o niñas nacidos por maternidad subrogada a tener una filiación determinada y a tener una identidad personal.

Finalmente, si bien es necesario un proyecto de ley que regule las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada, este es un proyecto muy ambicioso y bastante complejo, razón por la cual la última sección del tercer capítulo de esta investigación tiene el objetivo de fijar pautas para las reformas que deberían realizarse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, pues la implementación de una normativa en materia de reproducción asistida, debe obligatoriamente ir acompañada de una serie de reformas a diferentes leyes vigentes, como el Código Civil, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y generar una ley específica en la materia.

Todo esto con el fin de proteger los derechos de todos los intervinientes, en especial los derechos de los niños, pues determinar la filiación materna a una mujer que nunca tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí misma, ni mucho menos de afrontar las obligaciones afectiva, jurídicas o materiales que de ello derivaran, significa sacrificar el interés superior

del niño en virtud de la certeza que brinda la presunción del parto.

1. Antecedentes Jurídicos

1.1. Derechos Reproductivos

Los Derechos Reproductivos se relacionan directamente al derecho a la salud, que a su vez forma parte del catálogo de derechos humanos que son defendidos por los diferentes instrumentos internacionales en esta materia y por ende por los ordenamientos jurídicos de cada país alrededor del mundo, por lo que creemos importante realizar una breve reseña histórica de lo que se entiende por derechos reproductivos.

Así, se cree que una de las primeras manifestaciones en cuanto a los derechos reproductivos estuvo a cargo del movimiento feminista por el control reproductivo que en la Inglaterra de 1830 "empezó a discutir la idea de que las mujeres deben decidir sobre cuantos y cuando tener hijos" (Correa, 1996).

Sin embargo, no fue sino hasta 1968 que en la proclamación de la Conferencia Internacional de DDHH en Teherán, que se hizo una breve mención, pero no bajo el concepto de derechos reproductivos, la disposición décimo sexta establecía "los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos" (Conferencia Internacional de Derechos Humano, 1968, parr.16).

Los siguientes años gracias a la insistencia de los grupos feministas, estos derechos se desarrollaron ampliamente, lo que produjo la promulgación de instrumentos internacionales de derechos humanos como la CEDAW de 1979, que permite el acceso a material informativo, servicios adecuados de planificación familiar no solo para mujeres, sino también para hombres, dentro del marco de una paternidad y maternidad responsable.

Posteriormente, en los siguientes instrumentos internacionales el tema de la paternidad responsable y la planificación familiar pasaron de ser abordados desde un enfoque de control demográfico a ser considerados parte de los derechos colectivos, razón por la cual en 1994 en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo (CIPD)

finalmente se menciona por primera vez el concepto de derechos reproductivos y se los reconoce expresamente como tales. (Derechos Sexuales y Reproductivos, 2010).

Así, a partir de la CIPD del Cairo de 1994, los derechos reproductivos han pasado a ser concebidos como "derechos inalienables vinculados al ser humano y constituyéndose en una legitima expectativa respecto de su dignidad" (Valdéz, 2017, pág. 39)

1.1.1. Definición y Contenido

De este modo, la primera definición sobre derechos reproductivos fue instaurada por la CIPD celebrada en el Cairo en 1994, la cual textualmente señala:

> Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. (Organización de las Naciones Unidas, 1994, pág. 37)

Hay que añadir que la CIPD en su informe incluyó que los estados son los llamados a garantizar el ejercicio responsable de estos derechos por medio de sus políticas y su ordenamiento jurídico interno.

Así, los derechos reproductivos no son más que el compendio de derechos humanos que incluye el concepto amplio del derecho a la salud; varios autores como Lilia Rodríguez (2010) Claudia Ahumado y Shannon Kowalski (2006) y Alda Facio (2008) y Rojas (2016), consideran que estos son los derechos contenidos para el ejercicio de los derechos reproductivos:

1. Derecho a la vida
2. Derecho a la autonomía y autodeterminación sobre el propio cuerpo

3. Derecho a decidir sobre procreación, con quien, en qué momento y el número e intervalos de los hijos
4. Derecho a fundar una familia
5. Derecho al nivel más alto de salud
6. Derecho a la educación
7. Derecho a la información adecuada y oportuna sin censura religiosa ni política.
8. Derecho a la libertad, seguridad e integridad personal
9. Derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a servicios sanitarios de salud reproductiva y planificación familiar, como parte del sistema público de salud.
10. Derecho a beneficiarse a los avances científicos en materia de reproducción y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación
11. Derecho a decidir sobre la reproducción sin sufrir discriminación, violencia o algún tipo de coerción.
12. Derecho a la privacidad/intimidad

Contemplando los derechos antes mencionados fue que la Corte IDH dictó la sentencia del caso Artavia Murillo y otros VS. Costa Rica en 2012, pues se consideró que la prohibición general de practicar la FIV impuesta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que anulaba el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, en el cual autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución, vulneraba el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, que a su vez se relacionan directamente con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas. (Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 2012)

Este catálogo de derechos también es tomado en cuenta en varias legislaciones alrededor del mundo, unas bajo el reconocimiento expreso del concepto de derechos reproductivos, mientras que otras si bien no hacen un reconocimiento expreso, los tratan dentro del

concepto amplio del derecho a la salud.

Ecuador por su parte, tiene una Constitución de naturaleza garantista, que da reconocimiento y garantía al derecho a la salud (CRE, 2008, art.32) que en sentido amplio no solo se refiere a la ausencia de enfermedades, sino quese encarga de velar por la satisfacción de varios aspectos afines como son los derechos sexuales y reproductivos, el acceso a la información oportunamente, el derecho a una vida digna, etc.

Lo que se complementa al establecer la libertad de las personas a decidir sobre su sexualidad, el número y espaciamiento de sus hijos (CRE, 2008, art.66), a continuación la tutela a estos derechos se vuelve mucho más específico, pues reconoce el ejercicio de los derechos reproductivos de los trabajadores (CRE, 2008, art.332) haciendo énfasis en la eliminación de riesgos laborales y la estabilidad en el empleo; y finalmente, se puede decir que mediante el reconocimiento de todos los modelos de familia (CRE, 1998, art. 67), la República del Ecuador basados en la igualdad de derechos y oportunidades, permite que todas las personas, puedan fundar su familia.

En contraste, Colombia, Argentina y Perú si bien no ha desarrollado el tema de los derechos reproductivos como derechos constitucionales, existen disposiciones dentro del contenido de estos tres ordenamientos que pueden ser vistos como fundamento de los derechos reproductivos; como, por ejemplo: **(Ir a Anexos: Núm. 1, p. 143)**

Siguiendo con los ordenamientos jurídicos internos, cada legislación en materia de salud sexual y reproductiva dispone de vasta normativa que regula el acceso a procedimientos de reproducción asistida, así como información continua sobre métodos anticonceptivos y TRA, su garantía como parte del servicio de salud pública etc. (**Ir a Anexos: Núm. 2, p. 147)**

Por su lado, el Ecuador tiene un nutrido ordenamiento jurídico que vela por el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, el cual como se mencionó líneas arriba empieza por la CRE, pues el art. 32 trata sobre el derecho a la salud, el cual se rige por los principios de

equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética; el cual el mismo estado garantiza mediante la elaboración de políticas (económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales); ya que el derecho a la salud se vincula con otros derechos como la seguridad social, los ambientes sanos, etc.; así mismo promueve el acceso permanente y sin exclusión a programas y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. (CRE, 2008, art. 32)

La Ley Orgánica de la Salud le da soporte a la Constitución, ya que adicional a la creación de políticas y programas de salud sexual y reproductiva que garanticen el acceso de todas las personas a todas las prestaciones de salud, también vela por el acceso a todas las personas a servicios de planificación familiar, así como acceder a la información necesaria para decidir de manera libre, voluntaria, responsable, autónoma, y en igualdad de condiciones sobre el número de hijos que puedan procrear, sin necesidad de consentimiento de terceros, el acceso a métodos de anticoncepción, la prevención de embarazos adolescentes así como ETS. (Ley Orgánica de la Salud, 2006)

Dentro de las políticas públicas resalta el Manual de Asesoría en Salud Sexual y Reproductiva, aprobado en 2017, que tiene el objetivo de facilitar el ejercicio responsable e informado de los derechos reproductivos, el manual abarca temas que pasan por el conocimiento que debe tener una persona que brinda asesorías en materia de salud sexual y reproductiva, las personas facultadas para dar una asesoría de este tipo, en qué consiste tal asesoría, sus beneficios, etc. (Manual de Asesoría en Salud Sexual y Reproductiva, 2017).

Ahora, si bien actualmente Ecuador no cuenta con una ley que regule la maternidad subrogada, no significa que este tema no haya sido objeto de debate en el órgano legislativo, de hecho el primer intento de regular esta práctica se dio en el 2000 en el Proyecto de Código de Familia impulsado por la Comisión de la Familia del entonces Congreso Nacional, en donde además de hablar de la gratuidad de este acto, se planteaba la posibilidad el desistimiento de la madre sustituta, el cual debía producirse hasta antes del nacimiento, después de este momento, se le quitaba la posibilidad a la madre genética de

accionar contra la madre sustituta. (Merlyn, 2007)

Posteriormente, el proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Ecuador propuesto reabrió el debate en 2016, pues planteaba la existencia de un convenio de subrogación de vientres e instituía el concepto de voluntad procreacional como fuente del vínculo de filiación (Vicuña, 2016); este proyecto en su momento fue remitido al CAL para su calificación y posteriormente fue enviado a la Comisión de la Salud, la que dispuso que esta iniciativa fuera unificada con el Proyecto de COS, que hasta el momento ya ha pasado por el segundo debate; dentro del contenido de su segundo libro, sobre el cuidado integral de la salud, además de reforzar la protección al derecho a la salud sexual, reproductiva y los derechos que llevan consigo (Proyecto COS, 2018, art.185); retoma el tema de la maternidad subrogada:

> Se prohíben las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos, embriones o de la subrogación del vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto. (Proyecto COS, 2018, art.189)

Ahora, se podría decir que si bien esta norma es el paso inicial para reanudar la discusión sobre este controversial tema, no es un aporte sustancial, es decir, en comparación a las anteriores propuestas legislativas que abarcan respectivamente temas como la naturaleza del contrato o la determinación de la filiación, esta última propuesta se limita a hablar de la prohibición de la contraprestación por llevar a cabo una subrogación de vientre; sin embargo hay que tomar en cuenta que este último proyecto legislativo se circunscribe a materia de salud pública, por lo que no le corresponde reglamentar sobre el contrato o la filiación, esto solo deja sin topar varios aspectos que son de igual o mayor importancia que el tema de la contraprestación, como por ejemplo la ya mencionadas naturaleza de este contrato, determinación de la filiación, requisitos para ser madre sustituta o madre subrogada, registro de los niños nacidos mediante esta práctica, etc.; y demuestra la necesidad de una ley especial que trate de una manera integral el tema de la maternidad subrogada, de manera armónica con el resto de los derechos que garantiza la Constitución.

Precisamente este fue el llamado de la Corte Constitucional en 2018, que en el fallo N°

184-18-SEP-CC referente a la acción extraordinaria de protección planteada por la pareja de extranjeras conformada por Nicola Rothon y Helen Bicknell, ordenó que el Registro Civil inscribiera a la niña Satya Amani Bicknell; esta sentencia es relevante para la presente investigación en la medida en que dicha sentencia en respeto de todos los modelos de familia consagrado en la CRE en el art.67, reconoce que el acto sexual no es la única forma de concepción, y por ende admite que dentro del ejercicio de sus derechos de libertad, se permite la práctica de las TRA para tener hijos dentro del seno familiar.

> De una lectura sistemática de los derechos constitucionales de integridad personal (que comprende la integridad sexual); de igualdad formal, material y de no discriminación; de libre desarrollo de la personalidad; de poder tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual; de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, decidir cuándo y cuántas hijas/os tener; así como del derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico, se desprende la facultad que tienen las personas y familias de emplear las TRA a fin de tener hijos biológicos, hecho que refleja un fin constitucionalmente legítimo, dentro del marco de una regulación legal conforme a los preceptos constitucionales. (Sentencia N° 184-18-SEP-CC, 2018, pp. 86-87)

1.1.2. Alcance de los Derechos Reproductivos

Todo lo dicho conduce a deducir que el contenido de los derechos reproductivos es extenso, sin embargo, su ejercicio no es ilimitado; justamente este es el objetivo de esta sección, determinar el alcance del ejercicio de este conjunto de derechos quehan sido calificado como subjetivos, pues otorgan a las personas un cúmulo de facultades, estos suponen una serie de deberes que el Derecho le impone al titular y de ser el caso a terceros que se relacionen con este.

Caridad del Carmen Valdez, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de la Habana (2017) explica que los derechos reproductivos no son ilimitados, pues su límite naturalmente se encuentra en el derecho de las demás personas, especialmente en los potenciales derechos del niño(a) que nacerá producto de la técnica de reproducción asistida; esto quiere decir que los padres son los encargados de velar por el crecimiento del hijo (a) en todas sus dimensiones y la satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas, jurídicas, etc.; de esta manera se habla de un ejercicio de la maternidad y paternidad

responsable, los cuales no se cumplen estrictamente por tener madurez biológica o capacidad reproductiva, sino la correspondiente aptitud psíquica.

El tema del alcance de los derechos reproductivos no solo ha sido objeto de preocupación de la doctrina, sino también de la legislación; ahora, pese a que no es menester de esta investigación examinar la legislación de países diferentes de los que se ha propuesto para el análisis de Derecho Comparado, es oportuno mencionar la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que señala que si bien "toda persona tiene derecho a elegir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de sus hijos" (Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, 1916, art.4) estos se ejercen en la medida en que no se vulnere los derechos reconocidos para el resto de las personas.

Así, si bien los derechos reproductivos son concebidos como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad y como parte integrante de la dignidad humana, no son derechos absolutos; dentro del contenido de estos derechos se pueden encontrar sus propios límites, que no son más que "los derivados del ejercicio de la propia libertad y de la libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto a los derechos de los demás" (Gómez, 1988, p.92)

Con todo esto, es equivocado pensar que este tipo de derechos sean absolutos, pues esto implicaría que el papel del Estado y el Derecho estaría limitado a "respetar y proteger cualquier decisión reproductiva" (Chiapero, 2012, pág. 30) , incluyendo el recurso indiscriminado a las TRA, el derecho al aborto libre y sin condiciones, el derecho a la manipulación genética con el fin de perfeccionar la raza humana, hasta creer que existe un derecho al hijo.

En otras palabras, por un lado los derechos reproductivos se ejercen en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad como establece la Corte IDH en el fallo del caso Artavia Murillo y Otros VS Costa Rica; por otro lado, el alcance al ejercicio de estos derechos radica en la dignidad del otro, visto no solo como el ser que nacerá producto de TRA, de modo que se recalca que sería errado afirmar en la existencia del derecho al hijo, pues el

hombre no es un medio de satisfacción de necesidades, todo lo contrario, como señala Kant (1986) citado por Hernán Martínez (2006), "el hombre existe como fin en sí mismo" (Martínez, 2006, pág. 192).

Por lo que, considero que el ejercicio de los derechos reproductivos debe darse desde una perspectiva diferente, es decir, deben ser concebidos como derechos subjetivos, y como tales, conllevan deberes que "son el reverso de toda facultad y constituyen su límite" (Chiapero, 2012, pág. 37).

En definitiva, este límite como se afirmó líneas anteriores, reside en la dignidad, no solo de los futuros hijos, también de los progenitores, por lo que las medidas que deben tomarse a nivel estatal deben estar encaminadas a promover el ejercicio responsable de la maternidad y paternidad, incluido dentro de este contexto la planificación familiar.

Sumado a esto, hay que considerar que el concebido no es el único afectado por el ejercicio desmesurado de los derechos reproductivos, sino que también existen terceros afectados en los supuestos en los que se lleva a cabo algún procedimiento de reproducción asistida con gametos donados e incluso con el uso de un vientre diferente al de la mujer de la pareja, lo que a la par provoca la materialización de los donantes de gametos y los empieza a tratar como si se tratara de una industria, lo que a futuro podría implicar la comisión de conductas reprochables para conseguir uno de los gametos faltantes, como por ejemplo, el tráfico de personas y su explotación material y psicológica.

En consecuencia, no es viable hablar de una libertad absoluta en cuanto aprocreación respecta, lo adecuado es ejercer este derecho de forma responsable, de modo que exista armonía entre los derechos de los padres y los derechos de los hijos.

1.1.3. Voluntad Procreacional

La filiación es el vínculo jurídico que se genera entre padres e hijos, desde tiempos inmemoriales la forma de determinar este lazo se ha basado en el aporte genético del

hombre y la mujer de la pareja casada y en consecuencia el parto de la mujer.

Sin embargo, con el paso del tiempo el contexto ha cambiado enormemente, en primer lugar, debido a las dificultades para procrear de un porcentaje de las parejas a nivel mundial se acudió a las TRA para lograr un embarazo, luego, la posibilidad de acceder a estos tratamientos se extendió a personas solas y parejas del mismo sexo; lo que a la postre no solo ha permitido la disociación de la relación sexual, el embarazo y el parto, sino, como puntualiza de la Torre (2017) citada en Iturburu (2017, pág. 90) que se ha "producido la disociación entre el elemento biológico, el elemento genético y el volitivo, colocando este último en primacía".

La voluntad procreacional en términos generales consiste en la intención de ser padres independientemente del aporte del material genético, dicho de otro modo, según Rojas (2016)es la voluntad de tener un hijo o una hija, de lograr descendencia, que implica el hecho de incluir un hijo dentro del proyecto de vida, darle una identidad, educarlo, formarlo, transmitirle valores, cultura, religión, etc.

De esta forma se puede decir que la voluntad procreacional tiene igual o mayor importancia que el mismo aporte de material genético en el proceso de procreación humana independientemente de si es llevado a cabo naturalmente o con ayuda de las TRA. En este sentido, la ONG argentina AFDA (Asociación Familias Diversas de Argentina) (2017) considera que:

> "La voluntad procreacional está presente en todas las fuentes de filiación, en la causa biológica, esta decisión de ser madre y/o padre coincide con el aporte genético de cada una de las personas de la pareja, en la adopción no hay aporte genético de ninguna de las dos personas de la pareja y (...) en el caso de las personas nacidas por el uso de las técnicas humanas de reproducción asistida, una de las personas de la pareja generalmente hace el aporte genético y la otra no, aquí la decisión de las personas de la pareja de determinar la existencia de un nacimiento en concreto" (Rivas, 2017)

Cuando se trata de reproducción asistida, la filiación está determinada por la voluntad procreacional, es decir, el lazo que se genera de parte de la pareja o persona que ha expresado su consentimiento de ser madre o padre hacia el niño(a) que nacerá producto de una TRA. En este punto, es útil mencionar que el concepto de voluntad procreacional ha

trascendido de la doctrina al ordenamiento jurídico.

Así pues, en Argentina desde el 2013 gracias a la Ley 26.862 sobre la Fertilización Humana Asistida, y más tarde, en 2015, las TRA son consideradas por el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) como fuente de filiación, ya que se establece que la personas que desee someterse a un procedimiento de reproducción asistida, debe prestar su consentimiento previo, el cual debe ser renovado cuando vaya a emplear embriones o gametos (CCyCo, 2015, art. 560) y finalmente que los nacidos de TRA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también prestó su consentimiento previo, libre e informado (CCyCo, 2015, art. 562).

Este principio cobra gran relevancia, pues posteriormente se señala que el reconocimiento del hijo(a) nacido por TRA es irrevocable por lo que en los supuestos de filiación por TRA, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre, la falta de vínculo genético no puede ser invocada para impugnar la maternidad, algo parecido sucede con la impugnación contra la paternidad, pues esta no procede si se dio el consentimiento indistintamente de si aportaron su material genético.

No obstante, la voluntad procreacional como fuente de filiación en el uso de las TRA (art. 562) ha sido objeto de algunas acciones de inconstitucionalidad, pues como se verá en las siguientes líneas, este artículo no incluye la determinación de la filiación en supuestos de maternidad subrogada, uno de estos casos es el expediente N° LZ-62420-2015, tramitado ante el juzgado de Familia # 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, en la Provincia de Buenos Aires; las peticionantes en esta acción eran hermanas, la hermana mayor por medio de un procedimiento de FIV se realizó una implantación de tres embriones en su vientre con gametos de su hermana menor y la pareja de esta, dando como resultado un embarazo, en el cual la mujer se convirtió en la sustituta de su hermana menor; a su tiempo la hermana menor costeó todos los gastos médicos incluyendo el parto que se dio en 2016.

> A fin de cumplir con lo dispuesto por los artículos 560 y 561 del CCyCo de la Nación, protocolizaron (...) la instrumentación del consentimiento en las TRA que el Instituto de Obstetricia, Ginecología y Fertilidad (instituto al que acudieron)

había recabado oportunamente". (H.M y otro/a S/medidas Precautorias, 2015)

Pese a haber cumplido con todas las reglas, el Ministerio Público intervino, y realizó la inscripción en el Registro del Estado Civil y la Capacidad de las Personas la filiación que correspondía en función de los derechos fundamentales de la niña recién nacida, tales como el derecho a la identidad y su inscripción inmediata respecto de la madre sustituta (su tía); y posteriormente llamó a audiencia a las hermanas y sus respectivas parejas.

En la audiencia, la hermana menor y su pareja ratificaron su voluntad de ser padres, que fue expresada en el documento de consentimiento informado que fue protocolizado. Por último, la representante del Ministerio Publico consideró el interés superior de la recién nacida al valorar la ratificación de la voluntad procreacional de los padres intencionales como fuente de filiación pues "ya que si no fuera por la voluntad de ser padres (...) la niña no habría sido en ese momento concebida" (H.M y otro/a S/medidas Precautorias, 2015)

Finalmente, en el fallo se declaró que el art. 562 del CCyCo respecto de este caso era inconstitucional, en la medida en que, si bien este artículo ha innovado estableciendo una nueva figura que da soporte a la determinación de la filiación mediante TRA, la voluntad procreacional por un lado reconoce como padre del niño(a) al hombre que ha manifestado su consentimiento, sin embargo, al determinar la filiación materna a favor de la mujer que ha dado a luz, se desconoce la maternidad de la mujer que expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado; adicionalmente se determinó que este artículo es anti convencional, pues hay que recordar que en este caso, la inscripción de la nacida en el Registro del Estado Civil y la Capacidad de las Personas constando la sustituta como su madre legal, hubiera no solo trastocado la estructura familiar, sino a futuro hubiera causado una confusión, pues la niña habría sido hija de su tía y sobrina de sus padres, "lo que resulta una incompatibilidad con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción", (H.M y otro/a S/medidas Precautorias, 2015)

De acuerdo con esto, es necesario mencionar que la voluntad procreacional como nueva fuente de filiación le da una mayor solidez al ejercicio de los derechos reproductivos, pues

establece que todas las personas independientemente de su aporte genético, en cumplimiento de la los derechos de la CADH a la libertad personal (art.7.1) y a la igualdad y no discriminación (art.24) y en función del precedente que sentó la Corte IDH en el caso Artavia y Murillo VS Costa Rica (2012) que señala que la prohibición absoluta de practicar la FIV por ser una injerencia abusiva y arbitraria a la autonomía y privacidad de las personas, vulnera los derechos establecidos tanto en la CADH y en otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Caso Artavia Murillo y otros VS Costa Rica, 2012), puedan fundar una familia (art.17).

La Corte Constitucional Ecuatoriana ha seguido la misma línea de pensamiento en la ya mencionada sentencia 184-18-SEP-CC, que dentro del marco de la reproducción humana asistida habla de la existencia del principio de intención de procreación en la medida en que es la decisión de un núcleo familiar, -ya sea que esté conformado por una persona o una pareja-, de tener un hijo, el cual a su vez es una libertad que constituye un derecho a la luz del art. 67 de la Constitución de la República. (Sentencia 184-18-SEP-CC, 2018).

Con todo esto, se puede concluir que no existe un único modelo de familia, es decir, las TRA (incluida la maternidad subrogada) dan apertura para que los sujetos puedan constituir una familia, la cual se consolida debido a los lazos que se crean entre sus miembros y se configura como elemento fundamental de la sociedad, debe ser protegido por la sociedad y el Estado.

Este mismo concepto genera una polémica a nivel ético y social, pues muchos autores consideran que la voluntad procreacional "constituye una alteración del sistema de parentesco y filiación (porque contradice el principio de verdad biológica) y adicionalmente rompe con la idea tradicional de familia" (Iturburu,2017,p.92), hay que añadir que para estos autores, el concepto de voluntad procreacional es una manera de justificar la paternidad/maternidad en el deseo de las personas de convertirse en padres, prevaleciendo la realización de sus necesidades de procrear, por sobre el interés superior del niño(a) que nacerá en un futuro próximo, que tiene derecho a una filiación, y por ende a conocer sus orígenes y a tener una identidad; derechos que adquiere una vez que el niño(a) ha nacido,

pues, si bien la Constitución de la República y la CADH garantizan respeto y protección del derecho a la vida desde la concepción, la Corte IDH después de un profundo análisis concluyó que el embrión no es considerado una persona.

1.2. Técnicas de Reproducción Asistida

1.2.1. Antecedentes y Definición

Considero necesario que, dentro de este primer capítulo, se explique una serie de conceptos básicos que servirán de base para un mejor entendimiento y análisis en los capítulos posteriores; de este modo como primer punto se abordará a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) o simplemente técnicas de reproducción asistida (TRA).

Este tipo de procedimientos surgieron del desarrollo de la medicina y la tecnología, con el fin de brindar una nueva oportunidad a aquellas parejas que por problemas biológicos están imposibilitados de llevar a cabo el proceso de procreación de manera natural.

La doctora Sonia Merlyn define a las TRA como "el conjunto de mecanismos biológico-ginecológicos que complementan o suplantan una de las fases del acto sexual, con el fin de lograr una concepción" (Merlyn, 2018); hay que añadir que en el empleo de este tipo de métodos se resalta la participación de un tercero, el médico tratante, que llevará a cabo el procedimiento de reproducción artificial por medio de alguna de las técnicas que en las próximas páginas se mencionarán.

Es decir, se trata de mecanismos han sido diseñados para:

> Sustituir a los procesos biológicos que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del ovulo por el espermatozoide, etc.(Santamaría, 2000)

Hay que entender que se trata de procedimientos que asisten a la función generativa que se encuentra deteriorada, por lo que creer que las TRA curan la infertilidad o esterilidad es equivocado, pues al finalizar algún procedimiento de reproducción asistida, el/los pacientes

que hayan recurrido a la técnica siguen sufriendo del mismo problema.

Se debe mencionar que, su acceso se ha ido extendiendo con los años, pues si bien inicialmente este tipo de métodos fueron creados exclusivamente para parejas con dificultad para concebir, posteriormente también accedieron aquellas parejas cuyos hijos tienen posibilidad de nacer con enfermedades o defectos genéticos, además de personas solas que tienen la intención de procrear y parejas GLBT, sin embargo, el tema del acceso a las técnicas de reproducción asistida será desarrollado en un próximo apartado.

Otro de los aspectos que se debe tomar en cuenta al hablar de TRA es que, su frecuente uso ha producido importantes cambios sociales y jurídicos, se ha replanteado la estructura familiar, dando lugar a nuevos modelos como las "familias monoparentales, hijos en parejas homosexuales, hijos en edades avanzadas, etc." (Mendiola, Ten, Vivero, Roca, Bernabéu, 2005, p. 20), lo que ha generado una serie de problemas bioéticos, que se encuentran fuera de la esfera de investigación del presente trabajo.

La reproducción asistida es un gran avance en el campo de la biotecnología, sin embargo, cabe mencionar que no es un invento reciente, su práctica se origina en varias civilizaciones antiguas donde ya existen estudios de la anatomía femenina y el diagnóstico de la infertilidad; existen varios documentos que abordan estos temas tanto en la civilización egipcia, griega o árabe como se explica más detalladamente en el anexo N° 3 (p.150)

1.2.2. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida

Los avances alcanzados por la medicina y la tecnología en el campo de la procreación asistida han logrado desarrollar varios procedimientos de reproducción asistida, la cuales se dividen en función de dos criterios; el primer criterio se refiere al origen de los gametos y las clasifica en técnicas homólogas y heteróloga, mientras que el segundo criterio se refiere a la complejidad del procedimiento, por lo que las agrupa en intracorpóreas y extracorpóreas.

Así, se entiende que las TRA son homólogas cuando: "tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete al procedimiento de reproducción correspondiente" (Santamaría, 2000, p.38) el mismo autor explica que son heterólogas cuando uno de los gametos (sea el óvulo o espermatozoide) o ambos proceden de terceros ajenos a la pareja.

Por otro lado, las TRA son intracorpóreas, cuando son llevadas a cabo dentro del propio cuerpo femenino, es por esta razón que son calificadas como técnicas elementales (Merlyn, 2006); y son extracorpóreas o avanzadas, en la medida en que su procedimiento se divide en dos fases: la primera es llevada a cabo en un laboratorio por medio de un equipo médico y la segunda parte consiste en la transferencia a la matriz; por esta razón este tipo de procedimientos conlleva un alto nivel de complejidad; a diferencia de las técnicas elementales.

Pertenecen a las técnicas intracorpóreas la estimulación ovárica y la inseminación artificial, por otro lado, mientras que dentro de las técnicas extracorpóreas se encuentran la fertilización in vitro, transferencia intratubárica de gametos e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, siguiendo esta misma línea de pensamiento, es oportuno destacar que independientemente de si el procedimiento es intra o extra corporal, pueden ser homólogas o heterólogas, esto quiere decir que se pueden emplear tanto gametos propios de los pacientes o en su defecto gametos provenientes de terceros, todas estas técnicas se encuentran explicadas con mayor detalle en el anexo n° 4 (p. 148).

1.3. Acceso a las Técnicas de reproducción asistida

La principal causa de acceso a las TRA son las dificultades de las parejas para concebir, sin embargo, con el paso de las décadas otra de las causas es el retraso de los roles de procreación, ya que tanto hombres como mujeres debido a su vida laboral posponen la formación de una familia hasta haber alcanzado el desarrollo profesional deseado, lo que genera un retraso en la edad para concebir, factor que influye en la fecundidad, pues la capacidad reproductiva al menos de una mujer no es igual a los 25 años que a los 35 (López, Palacios, Lago, Chinchilla y Beunza, 2011) razón por la cual estos participan de

las TRA para aumentar su capacidad reproductiva, a esto hay que añadir que las parejas GLBT son también parte del grupo de pacientes asistidos por las TRA.

Este grupo de personas dependiendo de su diagnóstico hace uso de los métodos que han sido desarrollados en la sección anterior, no obstante, hay que añadir que dentro del panorama de la reproducción asistida se vislumbra al vientre de alquiler, vientre subrogado o maternidad subrogada como una de las oportunidades a las cuales puede acceder la gente como una técnica de apoyo o "tratamiento complementario" (Centro de Reproducción Asistida INFES).

Es así que esta parte de la investigación se dedica a realizar un análisis de dos potenciales contextos ante los cuales las personas buscan acceder a estos procedimientos: el primero plantea la incógnita de si este acceso debe ser permitido únicamente como medio terapéutico ante los problemas de infertilidad y esterilidad que sufre un reducido índice de parejas, y ante el riesgo de enfermedades ya sea congénitas o contagiosas al futuro hijo; mientras que, el segundo escenario, contempla una posibilidad mucho más abierta, pues concibe a las TRA como un mecanismo alternativo de reproducción.

1.3.1. Como indicación terapéutica para problemas de infertilidad, esterilidad y riesgo de enfermedades-defectos congénitos.

El Dr. Claudio Vallejo[1] en la entrevista realizada por la autora en el mes de mayo de 2019 señala que la infertilidad o esterilidad es entendida como la incapacidad de tener hijos, esta puede ser primaria si se trata de una pareja que nunca ha logrado un embarazo; o secundaria, cuando pese a haber conseguido exitosamente embarazos anteriormente, en el tiempo presente no es posible.

Por otro lado, existen autores que sostienen que los conceptos infertilidad y esterilidad no se refieren a lo mismo, así Carmina Vidal explica que la esterilidad consiste en la incapacidad de concebir tanto del hombre como de la mujer,

[1]Líder del servicio de Ginecología del HEEE. Revisar anexo N° 5 (p. 168)

> La esterilidad se clasifica en: primaria (cuando la pareja, tras un año de relaciones sin tomar medidas de protección, no ha conseguido un embarazo) y secundaria (la de la pareja que, tras la consecución del primer hijo, no logra una nueva gestación tras 2 o más años de intentarlo). (Vidal, 2001, p.96)

Mientras que la infertilidad consiste en la incapacidad para llevar a término de manera exitosa un embarazo,

> Así, se denomina infertilidad primaria la que padece una pareja que consigue una gestación que no llega a término con un recién nacido normal, e infertilidad secundaria cuando, tras un embarazo y parto normales, no se consigue una nueva gestación a término con recién nacido normal (Vidal, 2001, pp.96, 97)

El Dr. Vallejo[2] menciona que la OMS pese a que no hace una distinción entre infertilidad y esterilidad, señala que la infertilidad (entendida como sinónimo de esterilidad) ha sido considerada como una enfermedad del sistema reproductivo que si bien no involucra gravemente la vida ni necesariamente la dignidad o integridad de la persona, es un aspecto determinante de la condición de salud y si puede interferir negativamente en otras dimensiones vitales cuando la paternidad o maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o de la pareja.

Antiguamente, la infertilidad era asociada a causas estrictamente femeninas, sin embargo, en la actualidad también se han logrado determinar que la incapacidad de concebir puede ser atribuido a causas masculinas.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, según un estudio de fertilidad realizado en 2012 por la Redlara, los casos de infertilidad en Latinoamérica se deben en un 38% a factores femeninos, en un 30% a factores masculino, el 23% era multifactorial, y del 8% se desconocía la causa, para 2018, los datos arrojaban que eran cerca de "90 millones de parejas en el mundo que experimentan problemas de fertilidad" (Velázquez, 2018).

En el caso de Ecuador, país que para el 2017 contaba con 16'624.858 habitantes, según las últimas estadísticas se estima que "el 15% de parejas en edad reproductiva, de 25 a 40 años, presentan problemas de infertilidad" (Ecuador 24, 2018), siendo el 20% a causa de factores

[2]Revisar anexo N° 5 (p. 168).

combinados.

Por su parte, Perú que pese a las diferencias en la densidad poblacional, (33 millones de habitantes hasta 2017) presenta estadísticas parecidas a las Ecuador, pues como manifiesta el director y fundador del grupo de Reproducción Asistida Pranor Luis Noriega, "se estima que entre el 10% y 15% de la población en edad fértil tiene problemas de fertilidad (...) estamos hablando de que por lo menos un millón y medio de personas tienen esta clase de problema" (Suárez, 2018), "siendo el 40% atribuido a causas masculinas, el 40% a causas femeninas y el 20% a alteraciones en ambos" (Perú.com, 2017) de modo que el 10% puede ser por causa de infertilidad idiopática[3].

En Argentina, la situación es similar, pues en último estudio que realizó en 2017 el Instituto Universitario en Medicina Reproductiva (IUMER) con el objetivo de registrar la población que asiste a IUMER para comparar con datos publicados por organismos de referencia como la Sociedad de Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) y la Redlara" (Marconetto, 2018).

Se registró que el "15% de la población en edad reproductiva, es decir a una de cada seis parejas" es afectada por problema de infertilidad (Marconetto, 2018), debiéndose en un 61% a causas de origen femenino, el 20% a factores masculinos y el 10% por causas de tipo mixtas y el 9% restante por infertilidad idiopática.

Colombia en contraste presenta mayores porcentajes de infertilidad, "cinco puntos por encima del porcentaje registrado a nivel mundial, que es del 15 por ciento" (El Tiempo, 2004), pues en los últimos diez años se pasó de un 20% a un 24% de parejas en edad fértil las que presentan problemas para concebir, contribuyendo factores masculinos de manera aislada entre un 30% y 40%, factores femeninos en el mismo porcentaje y factores de ambos sexos hasta en 20. (El Tiempo, 2004)

[3]Se trata de la i**ncapacidad de concebir**, causada normalmente por uno o más factores masculinos o femeninos. El hecho de que no se identifique una causa responsable de esta infertilidad, no quiere decir que esta no exista.

Ahora bien, una vez establecida la tasa de esterilidad en los países objeto de estudio comparado, podemos enfatizar en que por afectar a un pequeño sector de la sociedad no deja de ser un problema de importancia social.

En este sentido, la doctrina en materia de bioética establece que las TRA, inicialmente estaban orientadas a

> Disminuir el flagelo de la infertilidad que afecta a las clases sociales, permitiendo el acceso solo en la medida en que sean utilizadas como procedimiento terapéutico, es decir, como un arma para luchar contra la infertilidad cuando ya hubieran fracasado todos los recursos que brinda la biomedicina para paliarla. Luego se extendió a los supuestos en los que, si bien no existe infertilidad, concurre cierto riesgo de transmitir al hijo concebido enfermedades graves o incurables de origen genético o hereditario (Chiapero, 2012.p.62)

De mano de esta realidad que plantea la biomedicina y la ingeniería genética, también se produjo la creación de nuevas normas, la jurista mexicana Caridad Valdés (2017) señala que las primeras normas sobre TRA eran únicamente de acceso a personas heterosexuales, capaces y unidas mediante vínculo matrimonial, posteriormente se extendió en excepciones a mujeres solas para finalmente abarcar a las personas unidas mediante unión de hecho.

Uno de los primeros autores que se manifestó respecto de este tema, fue el académico español Francisco Lledó Yague, pues en su Breve Discurso sobre Bioética y Derecho justifica el uso de la IA y la demás TRA en tanto sean una solución terapéutica, pero jamás como un medio alternativo de procreación *latu sensu* para sujetos individualizados que pretendan beneficiarse de las ventajas del procedimiento. (Lledó Yague, 1986)

Otro de los autores que legitima el uso de las TRA como un medio terapéutico es la investigadora mexicana Ingrid Brena (1995), que siguiendo la misma línea de pensamiento que Lledó Yague, afirma que las TRA solo proceden cuando existe una imposibilidad para procrear debido a anomalías físicas del hombre o de la mujer; en este sentido, el Dr. Marcelo Flores[4] señala que los métodos de reproducción asistida deben ser empleadas por personas que tienen dificultades para concebir, de lo contrario se pierde el sentido de lo que

[4]Revisar anexo N° 5 (p. 166)

son las TRA.

Ahora, es oportuno mencionar que estas técnicas no solo han sido concebidas con el fin de ser una opción al problema de la infertilidad, sino también tienen una potencial finalidad de evitar el contagio de enfermedades que pudieran ser hereditarias, dicho en otras palabras, con la aplicación de las TRA se puede "evitar que nazcan niños con enfermedades o curar diferentes tipos de enfermedades" (Escobar, 2007, pág. 140)

Sin embargo, la ingeniería genética puede ser ejercida abusivamente, es decir, si bien el diagnóstico genético preimplantacional puede ser útil para seleccionar los embriones que tengan defectos o malformaciones médicas y así evitar defectos o enfermedades congénitas, Fornos (2007) señala que mediante esta misma manipulación también puede llevarse a cabo la selección de sexo, color de piel y características, generando por medio de esta investigación genética y selección artificial el perfeccionamiento médico de la especie humana, lo que supone fuertes problemas éticos y morales.

Ahora bien, pese a que existen autores que conciben las TRA desde el enfoque del principio de la autonomía de la voluntad cuestión, que se desarrollará en próximas líneas, se pueden encontrar autores que mantienen y refuerzan la idea de que las TRA deben ser de ejercicio exclusivo para parejas con problemas de infertilidad, con el afán de constituir un límite a las arbitrariedades en que puede incurrir la ingeniería genética y la biomedicina dentro de la vida del ser humano, en cuanto a esto, podemos hacer referencia al académico español Carlos María Romero Casabona, quien planteó una serie de principios relacionados a la ingeniería genética aplicada a la reproducción humana, dividiéndolos en tres principios generales y tres principios específicos.

Los objetivos generales en términos generales se refieren a temas como la dignidad humana y al interés superior del hijo a nacer, mientras que los objetivos específicos señalan que las TRA:

1. Deben utilizarse exclusivamente como terapia.
2. Que se garantice al nuevo ser la figura de un padre y una madre.

3. Que se eviten abusos en el recurso innecesario a estas prácticas.

(Romero, 2009, p. 45)

No obstante, todo lo expuesto anteriormente no ha sido suficiente argumento para enmarcar al acceso a las TRA como solución terapéutica, tanto para la esterilidad e infertilidad como para el riesgo de contagio de enfermedades congénitas y de contagio; ya que esto supone una forma de discriminación de carácter económico, pues las personas que pueden acceder a estos costosos procedimientos son aquellos que precisamente pueden pagarlo, mientras que otras parejas que padecen de la misma enfermedad o corren el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas no pueden procrear por falta de ingresos económicos.

Esta es la base para que actualmente Constituciones e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, contengan el acceso a las técnicas de reproducción asistida como derecho a beneficiarse de los avances científicos en materia de reproducción, que a su vez es parte de los derechos reproductivos y parte del contenido amplio del derecho a la salud.

1.3.2. Como mecanismo alternativo de reproducción

Como se ha mencionado al inicio de este primer capítulo, los derechos reproductivos y lo que su ejercicio contempla cobraron mayor relevancia raíz de la CIPD del Cairo del año 1994, en las siguientes líneas, se desarrollará de forma resumida el tema del acceso a las TRA como mecanismo/medio alternativo de reproducción, pues este acceso forma parte de los derechos reproductivos y se encuentran incluidos en el concepto latu sensu del derecho a la salud.

Esta Conferencia marcó un hito, pues no solo rompió con el esquema de control poblacional, sino que centró el debate en los derechos reproductivos como una parte del derecho a la salud de las personas; a su vez, la CIPD diseñó un programa de acción en donde se discutió el tema de los derechos reproductivos, y fue precisamente aquí que se estableció que estos derechos no solo se basan en el "reconocimiento del derecho básico de todas las parejas" (Informe de la CIPD, 1994, p. 43) sino de todos los individuos a decidir de manera libre y responsable a tener hijos, el intervalo de tiempo entre estos, entre otros

derechos que ya se han mencionado en el punto 1.1.1.

El uso de estos recursos, que la ingeniería genética ha puesto al alcance de las manos del hombre, ha roto los límites de las indicaciones terapéuticas descritas anteriormente, pasando a ser de acceso para parejas y personas con complicaciones para procrear o enfermedades que puedan ser transmitidas a su descendencia, a ser ejercidas actualmente de manera abierta, en la medida en que son todas las personas las legitimadas para hacer uso de estas técnicas independientemente de su condición social, económica, etnia, sexo, orientación sexual, edad, etc., de modo que como ha señalado el Dr. Salim Zaidan[5] la sola expresión de la voluntad procreacional es suficiente para poder formar una familia.

Sin embargo, por el mismo hecho de que el acceso a las TRA se ha extendido, puede acarrear una serie de problemas, uno de ellos es la

> Mercantilización del proceso de procreación (banco de semen, comercialización de gametos, madres de alquiler, tráfico de embriones, etc.) esto a su vez acarrea el debilitamiento de la figura paternal, relativiza la verdad biológica, disocia la maternidad(...) y genera incertidumbre acerca de la identidad, pues crea multiplicidad de referencias existenciales y la consecuente inseguridad sobre el estado de familia del nacido a merced de estas técnicas (Chiapero, 2012, p. 631)

El hecho de comercializar el proceso de procreación, incurre en la cosificación tanto de los donantes de gametos como una industria (es decir el donante de esperma, la donante de óvulos e incluso la madre subrogante que únicamente presta su útero), pero más que todo del hijo, pues se lo ve como un vehículo mediante el cual los padres van a satisfacer sus necesidades para finalmente sentirse realizados.

El psicoanalista alemán Horst-Ederhard Richter, en 1963, en función de la correlación entre las demandas inconscientes que los padres hacen a sus hijos y el desarrollo infantil de estos, planteó dos roles, en el primero se identifica al niño como sustituto de otra persona, sin embargo, el rol que nos merece es el segundo, pues identifica al niño como sustituto de un aspecto del propio Yo, entendido este último como las figuras paternas y materna; Richter explica que:

[5] Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Revisar Anexo 5, p. 156.

> Este el caso en que, a través de la denominada proyección narcisista, los padres buscan en el hijo la manifestación de aspecto del propio Yo. En algunos casos tienden a encontrar en él el reflejo ideal del propio Yo (...) en el sentido de que esperan con la ayuda del niño llegar a una realización tardía de sus propia aspiraciones" (Cecotti, 2004, pág. 132)

Todo lo dicho hasta aquí nos lleva a suponer que los padres consideran que el hijo por nacer es un ser en el cual ellos pueden proyectarse; así, de alguna manera las personas encuentran la justificación de su acceso a las TRA fuera de las indicaciones médicas en un "derecho al hijo", sin embargo este enfoque es totalmente equivocado, no es nada más que "la expresión de una visión hedonista, utilitaria y nihilista del hombre y su destino" (Chiapero, 2012, pág. 195), que concibe al hijo someramente como un producto, cuando en realidad el ser humano es un fin en sí mismo, mas no un medio.

Por otro lado, hay que señalar que en cuanto a las TRA se refiere, gracias a ellas se ha logrado demostrar que "la filiación es cada vez más, un concepto social y cultural, más que biológico" (Romero, 2009, pág. 90) pues tanto maternidad y paternidad se traducen en proyectos de vida que han decidido incluir en ellos la existencia de un hijo y su vez aceptar todas las obligaciones económicas, afectivas, etc. que estos roles implican no solo durante el proceso de gestación, sino a lo largo de sus vidas.

No hay que dejar de mencionar que también existe el riesgo de que con base en el amplio acceso a los métodos de reproducción asistida, las personas que expresan su voluntad de conformar una familia ejecuten acciones que atenten contra la dignidad del ser humano como el delito de tráfico de personas, para lo cual es necesario un control por parte de los equipos médicos que llevan a cabo estos procedimientos, es decir se debe hacer no solo una evaluación física, sino también psicológica y emocional con las que se confirme el estado mental y la estabilidad emocional de la persona, y un seguimiento psicológico para verificar el entorno en que se desarrolla el niño(a) que nace por medio de TRA.

1.4. Maternidad Subrogada

1.4.1. Definición

Para poder explicar en qué consiste la maternidad subrogada es importante puntualizar en el significado jurídico del concepto subrogación; así, se entiende por subrogar la acción de sustituir una cosa o una persona en lugar de otra, la sustitución de una cosa en lugar de otra se conoce como subrogación real, y la sustitución de una persona en lugar de otra se denomina subrogación personal. (Escriché, 1863)

De acuerdo a esta sencilla definición se puede deducir que la maternidad subrogada implica la intervención de dos mujeres, por un lado, madre subrogada, es decir la mujer que es reemplazada en el proceso de gestación, y por otro lado madre subrogante, quien es la mujer que reemplaza a la madre dentro del proceso de gestación y parto.

La maternidad subrogada es conocida de diversas formas, vientres de alquiler, maternidad por sustitución, gestación subrogada, maternidad gestacional o vientre sustituto, sin embargo, no todas estas expresiones son sinónimos, pues como se verá próximamente, refieren a las dos modalidades que se derivan de ella (gestación subrogada y maternidad subrogada tradicional); es así como el término que abarca a esta clasificación es maternidad subrogada, que en esencia "implica que una mujer preste su vientre para concebir a un ser humano" (Mendoza, 2011, p. 158).

Ahora, si bien ya se ha establecido en qué consiste la maternidad subrogada, este acto jurídico es un poco más complejo de lo que anteriormente se ha descrito, pues se trata de un:

> Acuerdo por el que una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación para una pareja casada o en unión de hecho, abandonando toda pretensión de maternidad al producirse el nacimiento, y permitiendo la adopción por parte de la pareja contratante. (Arámbula Reyes, 2008, p.35)

La definición citada en líneas anteriores se limita a explicar una de las modalidades, la

gestación subrogada, en donde el material genético es aportado en su totalidad por la pareja, siendo la mujer subrogante quien gesta el embrión hasta el alumbramiento, momento en el cual procederá a entregar al niño que ha nacido fruto de dicha práctica, sin embargo deja al margen la maternidad subrogada tradicional, adicional a esto, la autora menciona que deben ser las parejas casadas o en unión de hecho quienes pueden acceder a esta práctica.

En el mismo orden de ideas, el Informe Warnock realizado en el Reino Unido y llamado así por la filósofa y miembro de la Academia Británica Helen Warnock, que presidió la Comisión que le dio origen, define a la maternidad subrogada como "la práctica mediante la cual una mujer lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que este nazca (Warnock, 1984); sin embargo, en las últimas reflexiones que se elaboraron al Informe Warnock, desde el punto de vista bioético, se considera que si bien la subrogación es "beneficiosa para algunas parejas como último recurso" (Perazzo, 2009, p.20), conlleva graves consecuencias, en la medida en que el acceso a esta técnica ya no solo es para parejas con dificultades para procrear, sino también para personas de estado civil soltero.

Lo indicado llevó a concluir a los analistas de esta Comisión, que la procreación asistida en los casos de personas solteras no es adecuada para el niño(a) pues crece con la ausencia y necesidad de una figura materna o paterna:

> Quien toma esa decisión piensa que con el amor que le tenga a ese niño, lo va a poder criar perfectamente y sin que nada le falte. Pero el cariño no suple la ausencia objetiva de una de los progenitores. (Perazzo, 2009, p.20)

Sin embargo, la conclusión de los analistas de la Comisión Warnock tiene un sesgo, pues al establecer que las personas solteras no pueden acceder a este procedimiento argumentando que el niño(a) crecerán sin estabilidad con la ausencia de una figura paterna/materna, no es otra cosa que subestimar a los padres y madres solteros como señala el Dr. Farith Simon[6], que incluso sin la ayuda de la reproducción asistida se han convertido en padres, este criterio no solo minimiza los esfuerzos de protección y crianza de los padres y madres solteros, sino también "reproduce varios prejuicios sobre las formas familiares, que ya no se encuadran dentro del tema técnico" (Simon, 2019) pero más que todo se incurre en una

[6] Decano del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, en una entrevista realizada el 23 de mayo del presente año, revisar anexo N° 5, p. 163.

generalización totalmente contraria a lo que establece el CRC en la Observación General N° 14 acerca de que para determinar acerca del interés superior es necesaria una evaluación que considere las circunstancias dentro de un caso en concreto.

Ahora bien, como es natural, existe cierta oposición a esta práctica, uno de los sectores que abiertamente se muestra en contra es la Iglesia Católica que, en la Instrucción Donum Vitae de 1987 sobre el Respeto a la Vida Humana Naciente y a la Dignidad de la Procreación, que se detiene a explicar qué se entiende por maternidad subrogada o sustitutiva como esta la denomina:

> a) La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de "donadores", con el compromiso de entregar el niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación;
> b) La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con el esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación. (Donum Vitae, 1987)

Una vez que define esta práctica, la Instrucción señala que al igual que la fecundación artificial heteróloga, la maternidad subrogada es moralmente ilícita en la medida en que

> Atenta contra la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen. (Donum Vitae, 1987)

A esta posición se suman varios autores, como la profesora Ma. Carmen Massé García, para quien "el hecho de gestar, es una obligación que deriva del amor materno, fidelidad conyugal y de la maternidad responsable" (Massé García, 2015, p.359) y organizaciones como el Foro Español de la Familia, que en una entrevista que se le realizó en 2016 durante los debates en el Pleno de la Asamblea de Madrid para discutir sobre la regulación de la maternidad subrogada, expuso sus argumentos en contra de dicha técnica:

> 1. El cuerpo de la mujer se convierte en un objeto.
> 2. En caso contractual y con un hijo con problemas, se le podría obligar a la

> mujer que ofrece el útero a desprenderse del hijo. Como si ser madre fuera una cuestión banal.
> 3. No se puede garantizar el derecho de la madre gestante a no sufrir las consecuencias psicológicas de un posible aborto.
> 4. Problemas anímicos en la madre después de nueve meses de gestación y tener que desprenderse del niño.
> 5. El precio se convierte, así, en objeto se mercantiliza con él. (Peraita, 2016)

Ahora, si bien la maternidad subrogada, a la luz de la doctrina es considerada por muchos como una técnica más de reproducción asistida, "es merecedora de un tratamiento distinto del resto de técnicas" (Borrajo, 2015), en este sentido, no es un método de reproducción asistida, sino un:

> Acto voluntario que se produce como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación artificial o una fecundación in vitro, caracterizada por el empleo de otro vientre y no el de la que desea la reproducción debido a la práctica de una histerectomía[7], a la carencia congénita de ovarios o de útero (síndrome de Rotanski), a anomalías en la matriz e incluso la presencia de una enfermedad grave que desaconseje el embarazo, o tratándose de personas solteras y parejas homosexuales. (Martinez, 2015, págs. 360-361)

Es así como este procedimiento es calificado como una técnica de apoyo como lo denomina el Código Familiar del Estado de Sinaloa, en donde se plantea que una vez que se extienda el acta de nacimiento de un niño/a nacido producto de un proceso de maternidad subrogada, en este documento debe constar que "la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana, denominada, maternidad subrogada" (Cód. Familiar del Estado de Sinaloa, 2013, art. 294).

Esta conceptualización de la maternidad subrogada no es unánime, pues muy al contrario de esta postura, existen profesionales de la salud como el Dr. Claudio Vallejo o el Dr. Marcelo Flores que consideran que la maternidad subrogada es una TRA, que al igual que la FIV o la IA, ayuda a solucionar los problemas relacionados con la esterilidad o la infertilidad.

En este punto, es oportuno hacer alusión a la situación actual de la maternidad subrogada en

[7]Cirugía para extirpar el útero (matriz) de una mujer.

el Ecuador, si bien la CNBS (2018) señala que la gestación por sustitución es una práctica que se lleva a cabo desde hace veinte y tres años, "la falta de legislación y regulación de la realidad social ha llevado a un problema en el que las consideraciones éticas son elementos de un todo social, económico, político y cultural" (Pacheco, García, 2018, p.3)

En el 2000 se planteó por primera vez el tema de la maternidad subrogada dentro del Proyecto de Código de Familia, en esta propuesta se le daba la posibilidad a la madre sustituta de revocar su consentimiento hasta antes de producido el parto y la consecuente entrega del niño o niña a sus padres legales, lastimosamente el proyecto de Código de Familia fue archivado.

> 171. Maternidad subrogada o cesión de útero. -
> Los pactos que tengan por objeto el que una mujer lleve un embrión hasta su nacimiento para el beneficio de un matrimonio o unión de hecho, cualquier sea su modalidad, no dan acción contra la portadora para reclamar el cumplimiento de lo convenido, por lo que la maternidad quedará atribuida a favor de la mujer que dio a luz, pero si luego del nacimiento esta cumple voluntariamente lo pactado, se establecerá la maternidad y paternidad de los beneficiarios del pacto. En todo caso estas convenciones deben ser a título gratuito.
> (Proyecto de Código de Familia, 2000, art.171).

Posteriormente, en 2016, el Proyecto de Ley Orgánica para la regulación del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador tuvo la intención de incorporar a la legislación la maternidad subrogada,

> Art. 6: El acuerdo de subrogación de vientres se establecerá por escrito en el cual se determinará las responsabilidades de los involucrados y se elevará escritura pública en la cual se incluirá la voluntad procreacional a través de la cual la persona o las personas que solicitan los servicios asumen completamente las responsabilidades, obligaciones y derechos sobre el o la nacida. (Proyecto de Ley Orgánica para la regulación del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador, 2016, art. 6)

Sin embargo, pese a que el proyecto De Ley Orgánica para la Regulación del Uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador debía ser unificado con el proyecto de COS, la disposición actual no aporta en materia de reproducción humana asistida y maternidad subrogada, pues lo único que se propone es:

> Art. 189.-Se prohíben las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos o embriones o de la subrogación del vientre, con la excepción del pago de los costos de la atención durante la

gestación y el parto. (Comisión de la Salud, 2018, págs. 69, Art.189)

Esta disposición es bastante corta pese a que se trata de una Ley que únicamente trata el tema de la salud pública, pues únicamente prohíbe su práctica si es a título oneroso, lo que genera las incógnitas de si están permitidas el resto de clasificaciones de maternidad subrogada, o cuáles son las condiciones para que pueda llevarse a cabo un procedimiento de este tipo, por lo cual, pese a esta escasa regulación el Ecuador se encuentra aún en el limbo.

Ahora, esta falta de regulación, no vuelve al Ecuador ajeno a esta realidad, todo lo contrario, pues como señaló el Dr. Farith Simon[8] si bien no son masivos, los procedimientos de maternidad subrogada son frecuentes, y justamente han sido las clínicas de Fertilidad o centros de reproducción asistida las que ofrecían este método, un ejemplo es la Unidad de Fertilidad y Esterilidad Concebir dirigida por el Dr. Marcelo Flores[9], quien en una entrevista realizada para esta investigación comentó que en el 2002 fueron la primera clínica que llevó a cabo una maternidad subrogada; según un "estudio publicado por la Universidad de las Américas refleja alrededor de 400 casos anuales" (Revista Hogar, 2019, p.21), los cuales incluso son llevados por los diferentes centros privados de reproducción asistida, tal es el caso del Centro de Reproducción Asistida INFES ubicado en la ciudad de Quito, que realiza el tratamiento de "útero subrogado, como un procedimiento complementario a la reproducción asistida.

1.4.2. Sujetos intervinientes en la Maternidad Subrogada

Chiapero (2012) señala que el primer sujeto interviniente es la madre subrogada, que es aquella mujer que tiene la voluntad de convertirse en madre, pero que se encuentra físicamente imposibilitada de concebir, por lo que recurre a otra mujer para llevar a cabo el proceso de gestación y parto; la madre subrogada también es conocida como madre intencional, puede ir acompañada de su pareja, tomando el nombre padres de intención o intencionales.

[8] Ir a Anexo 5, p. 163
[9] Ir a Anexo 5, p. 166

En este sentido, también se puede emplear el término de padres subrogados, para señalar a los individuos que pretenden convertirse en los padres legales del niño producto de un acuerdo de maternidad subrogada. La pareja subrogada, podría o no contribuir con su ADN y estar ligada biológicamente con el menor. (Rosales, 2018)

Hay que mencionar que, independientemente de la modalidad de maternidad subrogada que se lleve a cabo, siempre existirá la intervención de los mismos sujetos (padres intencionales y madre sustituta); pero, dependiendo de la modalidad que se lleve a cabo e incluso de la legislación de cada país, varía la función que cumple cada rol.

Es así como en países como Reino Unido, o los estados de California, Florida e Illinois en Estados Unidos, se ha permitido que todas las personas, independientemente del tipo de familia (parejas heterosexuales o LGBT con vínculo matrimonial o, de hecho, hombres y mujeres solteras), pueden llevar a cabo una maternidad subrogada, salvo Ucrania que solo permite que sean padres intencionales parejas heterosexuales casadas en situación de infertilidad. (Gestación Subrogada web).

Sin embargo, el acceso a la maternidad subrogada no es totalmente abierto, pues en el caso de una pareja heterosexual, para ser madre intencional es imprescindible que la mujer comitente tenga problemas para concebir como:

- **“**Deformación o ausencia de útero, siendo esta última adquirida o congénita (por ejemplo, en caso de síndrome de Rotanski)
- Anomalías anatómicas, morfológicas y/o estructurales del endometrio que den lugar a fallo de implantación y sean incurables” (Álvarez, 2018)

En este punto es donde cobra importancia el rol de la mujer gestante, subrogante, portadora o sustituta como se la ha llamado, es aquella mujer que reemplaza a la madre intencional en el proceso de gestación; se la define de la siguiente manera:

> Es la mujer que acuerda quedarse embarazada con el fin de concebir un niño que será criado por otro, quienes serán reconocidos por la Ley comosu padre. Para que la mujer sea conocida como madre portadora, debe mediar un acuerdo o contrato con quienes sean los padres legales del menor. Adicionalmente el bebé podrá ser

> hijo biológico de uno de los padres subrogados, siempre y cuando uno de ellos o ambos, hayan donado ya sea óvulos (por parte de la mujer) o semen (por parte del hombre. (Rosales, 2018, p.143)

Al igual que los padres intencionales, para que una mujer se convierta en madre gestante debe cumplir ciertos requisitos, que generalmente son los siguientes:

- La gestante debe haber tenido un hijo propio previamente
- Debe tener más de 18-20 años y menos de 40 años.
- En el caso de Reino Unido, y algunos estados de Estados Unidos donde la gestación subrogada no es comercial, la gestante debe tener un nivel socioeconómico medio-alto, para asegurar que los motivos por lo que se implican en el proceso no son solo económicos. (Gestación Subrogada web)

La mujer gestante puede llegar a cumplir un doble papel, es decir: cuando se trata de una gestación subrogada, su función se limita a la labor de gestación y parto, siendo la madre biológica del niño(a); mientras que cuando se trata de una maternidad subrogada tradicional, su labor puede implicar además de la gestación y parto, la donación de sus propios gametos, configurándose como la madre genética del niño(a), con quien a diferencia de la gestación subrogada, si guarda un vínculo genético.

Dentro del concepto amplio de la maternidad subrogada, es posible acudir a un banco de gametos, para obtener la muestra de un hombre o de una mujer que además de ser desconocidos para la madre intencional y la madre gestante, reúne los requisitos para configurarse como dador, es así como también existe un tercer interviniente, los dadores de gametos (espermatozoides y ovocitos).

Es así como pueden llegar a intervenir hasta tres mujeres, es decir a la madre intencional y la madre sustituta, se suma la participación de una tercera mujer, la que dona sus ovocitos para que posteriormente sean fecundados con el semen del donante/de la pareja e implantado en la matriz de la madre sustituta mediante una FIV, quien, culminado el proceso de gestación, entregará al recién nacido a la madre intencional.

Considero que también se debe incluir dentro de los intervinientes al médico o equipo médico que preste asistencia durante todo el proceso de gestación subrogada, que controle

la evolución del embarazo de la mujer gestante (Rojas, 2019), desde la inseminación (en caso de ser una Maternidad Subrogada Tradicional) o desde la fecundación del embrión (si se trata de una Gestación Subrogada) hasta el parto; para empezar hay que mencionar que este equipo médico es el responsable de llevar a cabo las TRA, para llevar a cabo este procedimiento, es decir, previo a un proceso de gestación subrogada, los médicos encargados realizan una FIV con los gametos de la pareja, y una vez lograda la fecundación, transportan el embrión resultante a la matriz de la madre gestante.

En cambio, si se trata de un proceso de gestación subrogada tradicional, previo a llevarlo a cabo, los médicos autorizados inseminan a la mujer gestante con la muestra de esperma de la pareja de la mujer subrogada o en su defecto con el esperma del dador seleccionado; en este mismo sentido, el Comité de Ética del Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología señala que el equipo médico está en la responsabilidad de asesorar a los comitentes y de acompañar a las gestantes durante su proceso de gestación proveyéndolas de los servicios necesarios.(Ruíz, 2013, pp. 21,22)

De la información expuesta hasta el momento se desprende que, si bien la madre sustituta es importante para llevar a cabo el proceso de gestación, son los padres intencionales, quienes son esenciales para el procedimiento de gestación o maternidad subrogada, en la medida en que proviene de ellos la voluntad procreacional de que el hijo venga al mundo.

1.4.3. Clasificación de la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada se clasifica tomando en cuenta dos criterios, según el primer criterio, que se basa en el punto de vista económico, es decir, la existencia de una contraprestación económica, la maternidad subrogada puede ser altruista u onerosa; mientras que según el segundo criterio que basa en el origen de los gametos (espermatozoides y ovocitos) la maternidad subrogada puede ser tradicional/parcial y gestacional/completa.
Esto se ilustra de la siguiente manera en el gráfico a continuación:

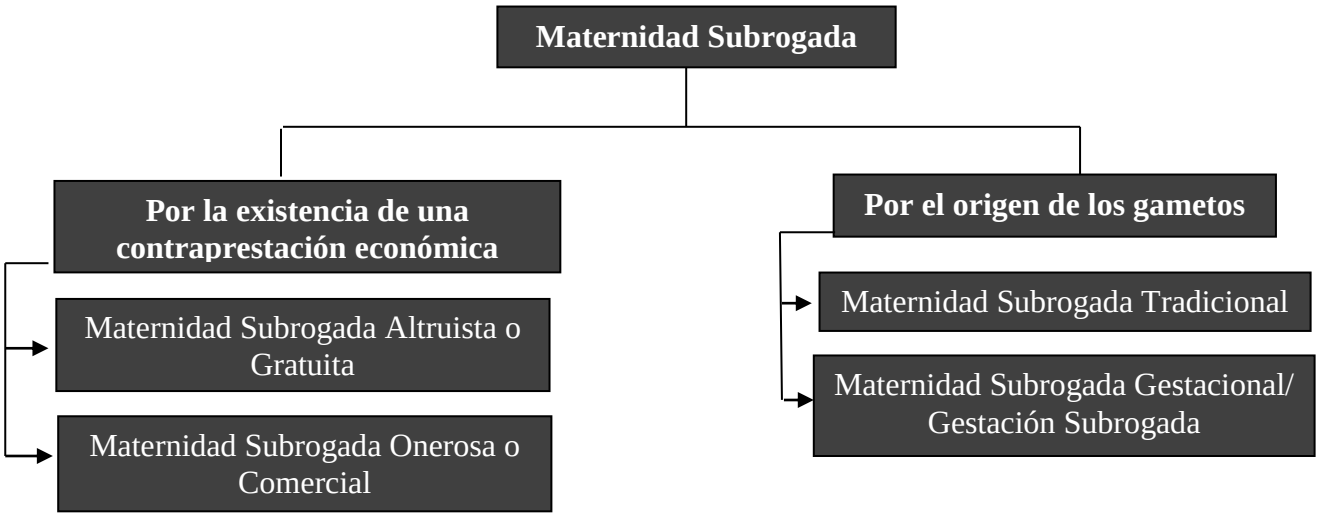


Gráfico N°1. Elaborado por la autora

Es necesario mencionar que la práctica de cualquiera de las modalidades de maternidad subrogada que se lleve a cabo, así como de las TRA, independientemente de la regulación interna que maneje cada país, deben estar regidas por los principios de bioética (autonomía, beneficencia y no maleficencia y justicia) contenidos en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, es decir deben ser aplicados en la medida en que todos estos métodos deben estar encaminados a respetar la dignidad humana y el cumplimiento de los derechos humanos, de modo que se brinde seguridad jurídica al momento de acceder a los procedimientos de reproducción asistida.

1.4.3.1. Maternidad Subrogada Altruista

Altruismo, liberalidad o generosidad, se refiere a la "donación o dádiva de bienes propios hecha a favor de una persona o entidad, sin pretender compensación ni recompensa alguna. Beneficio o servicio hecho gratuitamente" (Cabanellas, 1993, p. 189).

El Código Civil ecuatoriano vigente, en el art.1456, señala que un contrato es a título gratuito cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes (Código Civil, 2005, art.1456).

Las mujeres que prestan su útero sin ningún tipo de contraprestación económica, lo hacen

guiadas por un sentimiento de solidaridad, respecto de que quienes no pueden llevar a cabo un embarazo de manera natural, en este sentido, muchas veces las mujeres que acceden a realizar este procedimiento sin exigir una contraprestación a cambio son parientes cercanos a la pareja o a la persona comitente.

Esta modalidad de maternidad subrogada se da cuando "la mujer gestante no recibe ningún tipo de indemnización, compensación económica o remuneración" (Gutton, 2018) de parte de la pareja o mujer comitente; con esto se quiere decir que la gestante cuando realiza una subrogación de tipo altruista no puede reclamar ningún tipo de pago adicionala los gastos, entendidos como ropa maternal, alimentación, movilización, gastos médicos (consultas, estudios de laboratorio, ultrasonidos, vitaminas, etc.), que el/los padres intencionales obligatoriamente deben cubrir dentro del proceso de gestación, tal como es el caso de Reino Unido, que en la Surrogacy Arrangement Act establece que la prohibición de realizar con carácter comercial los acuerdos de subrogación, sin embargo no entra en la categoría de pago, la compensación razonable en virtud de los gastos incurridos en el proceso de gestación.

1.4.3.2. Maternidad Subrogada Onerosa

La subrogación es de tipo onerosa, remunerada o comercial cuando la mujer que ha acordado prestar su útero para la gestación del niño recibe a cambio una contraprestación económica, pues se pensaría que "si la madre aporta su propio óvulo la cantidad que recibirá como compensación será mayor" (Agencia Española de Maternidad Subrogada, s.f)

En el análisis económico del Derecho que realiza Alfredo Bullard se encuentra un fundamento interesante de la exigencia de una contraprestación económica en el marco de la maternidad subrogada, pues explica que el objetivo de este análisis es establecer la mejor manera de evitar el desperdicio de los recursos que se consideran escasos, así, uno de los bienes cuyo desperdicio es susceptible de ser explicado en términos económicos, es justamente la capacidad reproductora; en este sentido, existen personas que nacen con una mayor capacidad reproductora que otras, razón por la cual en aras de satisfacer la necesidad

de tener un hijo, existe una demanda de personas con una baja capacidad reproductiva que está dispuesto a pagar una contraprestación a cambio de poder tener hijos. (Bullard, 1996)

En países como Estados Unidos, o Ucrania este tipo de modalidad se lleva a cabo por medio de la intervención de agencias o clínicas especialistas en Maternidad Subrogada, como es el caso de la agencia Biotexcom en Ucrania, o la agencia San Diego Fertility en Estados Unidos, que cuentan con un equipo formado por abogados, médicos, asistentes sociales, psicólogos e incluso organizadores de viaje privados.

El propósito de este tipo de agencias es estudiar la evolución normativa de la maternidad subrogada a nivel mundial, descartando países donde es una práctica prohibida o sin regulación, por lo que su objetivo es facilitar a las personas que quieren llevar a cabo este procedimiento a lugares donde este si es permitida y debidamente regulada.

En cambio, en países como Ecuador, se encargan de esta labor las clínicas o centros de reproducción asistida, que disponen de un banco de semen o programas de óvulos donados, como es el caso del Centro de Reproducción Asistida INFES, el Centro Ecuatoriano de Reproducción Asistida (CERH) y la Unidad de Fertilidad y Esterilidad Concebir, que son centros acreditados por Redlara en la ciudad de Quito.

Sin embargo, hay que mencionar que las agencias de maternidad subrogada pueden caer en prácticas de ética cuestionable, es decir pueden violar los principios bioéticos como el principio de autonomía, pues pese a que ambas partes (padres intencionales y madre sustituta) han prestado su consentimiento informado, se puede vulnerar la integridad de esta última y del futuro niño(a) mediante la mercantilización tanto de la mujer como del hijo, ya que el hijo se vuelve objeto de satisfacción de necesidades personales de parejas o personas solas que quieren someterse a este tipo de modalidad de la maternidad subrogada y de necesidades económicas de las mujeres gestantes, ya que por lo general quienes concurren a ser gestantes son mujeres en situación de vulnerabilidad.

A esto hay que sumarle el hecho de que se concibe a la sustituta como una fábrica,

generando formas de explotación como el turismo reproductivo y la trata de blancas en países poco desarrollados.

> Además de habla de riesgo de (...) explotación de las madres sustitutas por parte de los contratantes o las instituciones especializadas creadas para comercializar con este tipo de contratos. (...) Tal explotación se vería favorecida por el hecho de que las madres sustitutas son de ordinario, personas de menos ingresos en relaciona quienes contratan sus servicios, llevándolas la necesidad económica a aceptar la situación que se les plantea (Bullard, 1996, p.350)

Adicionalmente se transgrede el principio de beneficencia y no maleficencia en la medida en que a sabiendas de los riesgos implícitos, no se ha establecido cual es el límite que justifica causar cierto daño (a la madre sustituta, debido al posible vínculo afectivo que puede desarrollar durante el embarazo con el ser que tendrá que entregar) para obtener beneficios, ni cuando renunciar a tales beneficios a causa de los riesgos; y el principio de justicia en la medida en que puede existir cierto nivel de renuencia de los profesionales médicos de cooperar en la realización de una maternidad subrogada independientemente de su modalidad, en especial respecto de las parejas GLBT.

1.4.3.3. Maternidad Subrogada Gestacional

También conocida como subrogación completa o total; este tipo de subrogación supone la existencia de un embrión fecundado con el material genético de ambos padres intencionales o de una mujer sola y el material genético de un donante de esperma, el cual posteriormente es inseminado en la matriz de la mujer gestante; es precisamente por esta razón que esta modalidad se conoce como gestación subrogada, pues al no existir un vínculo genético entre la mujer gestante y el embrión, su labor es "gestar y dar a luz al bebé, que será biológicamente hijo de los padres intencionales" (Rodrigo, 2018); este tipo de subrogación es llevado a cabo mediante la FIV, ya que el embrión se fecunda con el material genético de la pareja o de la mujer solicitante con el esperma de un donante.

En la maternidad subrogada gestacional, al no existir ninguna relación genética entre la madre sustituta y el embrión, se denomina a esta segunda mujer como *madre portante,* Chiapero (2012)señala que en esta modalidad, se puede hablar de una subrogación

propiamente, ya que existen dos mujeres, por un lado se encuentra aquella que tiene la voluntad de convertirse en madre (madre genética) pero padece de alguna enfermedad que imposibilita su capacidad reproductiva, y por otro lado segunda mujer, quien será la que geste.

La Dra. Claudia Orellana[10] en una entrevista realizada en el mes de mayo del presente año, señala que la gestación subrogada es el ideal, ya que la gestante no comparte vínculo biológico con el niño, que justamente esa es la razón por la cual la maternidad subrogada tradicional no es reconocida por la OMS, por el vínculo biológico que comparte la mujer gestante y el embrión, lo que no es recomendable por razones jurídicas obvias en la medida en que se ve afectada la filiación por vinculo biológico.

Es por esta razón que varias legislaciones como Reino Unido, los Estados de Florida, California, Illinois, Rusia o Ucrania sus legislaciones únicamente permiten la gestación subrogada, donde por lo menos uno de los dos padres intencionales aporte su material genético y prohíben que la mujer gestante aporte sus propios gametos.

1.4.3.4. Maternidad Subrogada Tradicional

Respecto a la procedencia del óvulo, la maternidad subrogada también puede ser tradicional, incompleta o parcial (Álvarez, 2016, p. 317), esto quiere decir que la mujer gestante, "además de prestar su útero, para llevar a cabo a gestación en su vientre, aporte el óvulo a fecundar" (Chiapero, 2012, p. 91)

En principio, el concepto de subrogación de vientres abarcaba únicamente este escenario en que se da la gestación con óvulo de la mujer gestante, sin embargo, con el tiempo este concepto hoy en día incluye también a la maternidad subrogada gestacional.

La misma autora plantea que este supuesto se puede dar cuando además de una pareja,

[10][10]Abogada especialista en Bioderecho.
Directora del proyecto "Somos Iguales" portal de e-learning para prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres en Ecuador.
Ir a Anexo 5, p. 152

también puede ser partícipe de la maternidad subrogada una mujer sola; manejando como premisa mayor que esta no pueda llevar a cabo el proceso de embarazo; razón por la cual acude a una segunda mujer y convienen un contrato de gestación en útero ajeno, para que se implante el embrión en el útero de esta y lo geste hasta su nacimiento; de modo que al finalizar el embarazo, en virtud de lo estipulado, previa renuncia de la filiación materna, lo entregue a la pareja o mujer comitente.

El hecho de que la maternidad subrogada tradicional se lleve a cabo con el óvulo de la mujer gestante, permite que se emplee como técnica de reproducción asistida la I.A (inseminación artificial), ya que se introduce el esperma de la pareja de la madre intencional o del donante en la cavidad uterina de la mujer gestante por medio de instrumentos especiales**.**

Hay que tomar en cuenta que, de darse este tipo de subrogación de vientre, al ser la mujer gestante la que ha aportado su material genético, se convierte en la madre genética del niño o niña que nace producto de este procedimiento, por lo que, al llegar al final del proceso de gestación, implica que esta debe renunciar a sus "derechos de maternidad" (Mendoza, 2011, p. 162) respecto del hijo que ha gestado.

Es por esta razón, que esta modalidad genera polémica no solo a nivel social, sino jurídico, ya que la madre gestante que a su vez resulta ser la madre genética puede rehusarse a entregar al recién nacido a la pareja o mujer sola que hayan encargado su gestación, lo cual dentro de nuestra legislación al igual que en muchas otras es válido pues ante la Ley "la verdadera madre es la gestante y, en consecuencia, la que tiene derecho a criar al hijo". (Sambrizzi, 2001, p. 118)

Existe una polémica alrededor de esta modalidad, pues varios autores opinan que la verdadera subrogación presupone la existencia de un embrión ajeno que posteriormente es implantado en el útero de otra mujer que lo gestará durante los nueve meses que dura el proceso de embarazo.

Así, si bien dentro de la literatura existe un tipo de subrogación donde la madre sustituta es también la donante del óvulo, el Dr. Marcelo Flores [11] explica que en esta modalidad no se puede hablar de una subrogación, pues el embrión que está gestando es hijo propio de la madre gestante; lo cual vuelve inviable este proceso, pues la base de la que parte la maternidad subrogada es que la mujer gestante solamente lleve a término el embarazo.

Por lo que incluso a nivel jurídico no es aconsejable que la gestante comparta vínculo con el embrión que está gestando, pues como señala la Dra. Claudia Robalino[12] es justamente es el nexo biológico el que produce problemas jurídicos en el sentido de la filiación por vinculo biológico, razón por la cual esta modalidad no es reconocida ni por la OMS, ni por la mayoría de legislaciones (a excepción de pocos lugares del mundo como Rusia y algunos estados de EUA).

En este sentido, el próximo capítulo tiene como fin desarrollar el tema referente a la complejidad respecto de la determinación de la filiación en los diversos supuestos de maternidad subrogada.

[11]Ir a Anexo 5, p. 166.
[12]Ir a Anexo 5, p. 152.

2. Derechos del niño/a nacidos por Maternidad Subrogada

Una vez explicado en qué consiste tanto la gestación subrogada como la maternidad subrogada es tiempo de abordar ciertos problemas que se producen una vez que ha nacido el niño o la niña mediante este procedimiento, ya que al correlacionar el vínculo biológico y jurídico del niño con la mujer que lo ha gestado, se originan dos problemas consustanciales, el primero se relaciona con la determinación de la filiación y el segundo es respecto de la identidad del neonato, temas que serán abordados en esta sección, no sin antes analizar como ambos tópicos se ven atravesados por el eje común del principio del interés superior del niño.

2.1. Interés Superior Del Niño: Contenido

También conocido como interés superior del menor, o como *"best intererest of the child o the welfare of the child"* en el Derecho Anglosajón (Aguilar Cavallo, 2008, p. 266), es considerado como uno de los principios imprescindibles en materia de niñez y adolescencia, por lo que goza de reconocimiento mundial.

Su fundamento radica en que es inherente al ser humano en formación, el cual si bien es sujeto de derechos, necesita de una protección especial debido a la etapa de desarrollo en que se encuentra (Cillero Bruñol, 2010); el objetivo que persigue el principio del interés superior del niño es la búsqueda constante de su desarrollo holístico, lo que incluye la garantía "de todas las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo desarrollo de bienestar posible a niños y niñas" (Valdés, 2017, p. 53)

Al recapitular brevemente acerca de sus orígenes, recordemos que en tiempos remotos, era impensable creer que los niños fueran titulares de derechos, debido a que en ese momento estos no eran más que una propiedad más para sus padres, de este modo podían ser asesinados como un método retroactivo de natalidad e inclusive ser objeto de venta (Simon, 2008), así en civilizaciones nacientes como la romana "Petit (1999) señala que la patria potestad daba un poder tal al padre que este podía disponer de la vida y futuro de sus hijos" (Simon, 2014, p. 28).

Esta tendencia sobre el status jurídico de los niños se mantuvo hasta antes del s. XVII, momento en que surgió una *visión romántica de la infancia*(Simon, 2014, p. 29), que dio paso a una preocupación incipiente hacia los niños dentro del círculo familiar debido a su condición de criaturas frágiles necesitadas de cuidado y protección (Simon, 2008).

Sin embargo, esta preocupación fue superficial, pues los intereses del niño eran tratados dentro del círculo familiar, mientras que realmente se protegía las facultades altamente discrecionales de los padres sobre sus hijos. (Cillero Bruñol, 2010).

El principio del interés superior del niño, tuvo sus primeras manifestaciones llegado el S. XX, ya que, en vista de los padecimientos de los niños tras terminar la Primera Guerra Mundial, se produjo:

> La evolución actual de pensamiento, que, tras encontrar la noción de los Derechos Humanos, busca garantizar los derechos propios de los niños, remarcando la importancia de que se proteja de modo efectivo y que es deber de los Estados promover y garantizar su defensa igualitaria" (Cabrera, 2010, p. 28)

Así, en Inglaterra en 1923, Eglantyne Jebb y su hermana Dorothy Buxton, ya fundadoras de la ONG Save the Children, consideraban necesario que más allá de la exigencia de ciertos derechos para los niños, se debía trabajar continuamente para que estos fueran reconocidos, por lo que redactaron la primera declaración sobre los derechos de los niños.

Ese mismo año, el documento fue enviado a la Sociedad de las Naciones (actual ONU), y acto seguido en septiembre de 1924 fue adoptado bajo el nombre de "Declaración de Ginebra", bajo la premisa de *l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur*[13] (Torrecuadrada García-Lozano, 2016, p. 135) el cual instituía cinco principios básicos, que si bien no eran derechos para los niño, imponía una serie de obligaciones a respetar:

> 1. El niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.
> 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
> 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

[13]*Traducción realizada por la autora: "La humanidad debe dar al niño lo mejor".*

> 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida, y debe ser protegido de cualquier explotación.
> 5. El niño debe ser educado en el sentimiento de que tendrá que poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos. (Bofill & Cots, 1999)

En 1959, tomando como base la Declaración de Ginebra se construyó la Declaración de los Derechos del Niño (en adelante DDN), bajo la idea de que los niños puedan "tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian" (DDN, 1959, p.3)**,** fueron reconocidos por primera vez como titulares de derechos; este instrumento en su preámbulo insta a la sociedad en general, pero en especial a los padres al reconocimiento, respeto y garantía de los derechos que promulga la Declaración ya sea por medio de medidas legislativas u otras.

Dentro de los diez principios que desarrolla la DDN se pronuncia por primera el término de "*interés superior del niño"*, como *la* consideración fundamental a atenderse en la promulgación de leyes que puedan incidir en el desarrollo y protección especial a los derechos del niño o como el principio que rige el ámbito de la educación del niño.

Aguilar Cavallo (2008) explica que, con el fin de afianzar la protección a los derechos de los niños, en 1989, la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), instrumento vinculante para todos los estados miembros a su cumplimiento, el cual entró en vigor en 1990.

La CDN fue creada con el objeto de

> "Reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos ya sus derechos propios de todos los seres humanos y además son beneficiarios de cierta protección especial de su calidad de grupo más vulnerable" (Aguilar Caballo, 2008, p.228).

La llamada "Carta Magna de la Infancia y la Adolescencia" (Simon, 2014, pág. 34) elevó al interés superior del niño a la calidad de "uno de los principios generales de la Convención llegando a ser considerado por el CRC como un principio rector-guía de la Convención.. (Cillero Bruñol, 2010)

Así, pasó de ser **la** consideración primordial, a ser **una** consideración primordial; el CRC

mediante la Observación General N°14, explica que esto se debe a que pueden darse diversas situaciones en las que exista un conflicto de intereses, no solo respecto de los intereses de otros niños, sino también de la sociedad en general o inclusive de sus propios padres, por lo que se debe considerar cuidadosamente todos los intereses en juego y mediante un análisis minucioso se debe encontrar una solución que trate de armonizar todos los intereses involucrados.

Sin embargo, de no poder hacerlo, los encargados de la toma de decisiones

> "habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por lo tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño" (Observación Gral. general Nº 14, 2013, p.10)

Bajo este razonamiento es que el interés superior del niño es abordado por la CDN como **una** consideración primordial en todas las medidas que le conciernan al niño (art. 3) como por ejemplo respecto de la no separación del niño de sus padres (salvo que contravenga su interés superior), respecto de la crianza y desarrollo del niño, en casos de adopción u otros medios o instituciones de protección a los niños, etc.

El CRC explica que el Interés Superior del Niño debe ser entendido en una triple dimensión:

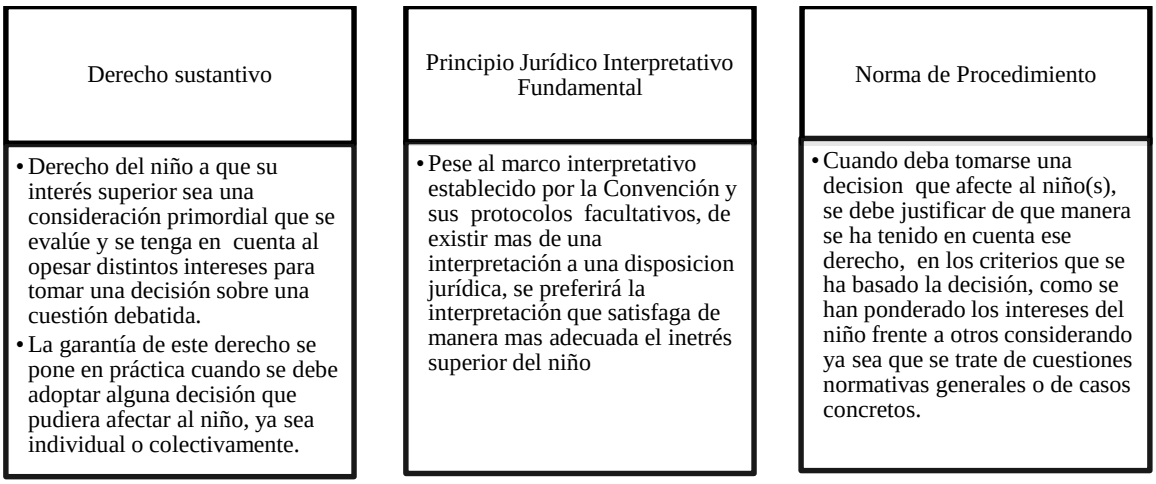


Gráfico N° 2. Elaborado por la autora. Información extraída (Observación Gral. general Nº 14,2013)

De la triple dimensiónalidad resalta su naturaleza de concepto indeterminado, en la medida

en que dotarle de una definición que incluya todos los elementos que conlleva su aplicación resulta difícil, esta indeterminación propia del principio del interés superior del niño como se verá en las próximas líneas, es un arma de doble filo.

Farith Simon (2014) explica que esta vaguedad empleada por el legislador pudo ser intencional, con el fin de que quien interprete y aplique la norma, determine su alcance, siendo una *vía de escape al intérprete*, debido a la variedad de situaciones que pueden darse y a la diversidad de maneras en que puede ser interpretado, configurándose así en un concepto válvula. De modo que para su aplicación es necesaria una ponderación, labor que lleva consigo un alto grado de discrecionalidad.

Es por esto que, en aras de disminuir la discrecionalidad abusiva en la determinación del principio del interés superior de niño, el mismo autor enumera cuatro técnicas de disminución de la discrecionalidad abusiva:

Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva

CLAUSULA GENERAL	CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN CRITERIOS NORMATIVOS PREESTABLECIDOS	SITUACIONES PRE-ESTABLECIDAS NORMATIVAMENTE COMO FAVORABLES AL INTERÉS SUPERIOR	EQUIPARACIÓN NORMATIVA DEL INTERÉS SUPERIOR A SUS DERECHOS
• Conjunto de criterios abstractos, ordenados en una definición simple que responde a valores de razonabilidad y justicia que se refieren a situaciones concretas. • VENTAJAS: • Puede aplicarse a varias situaciones fácticas debido a la impredictibilidad de las circunstancias. • FLEXIBILIDAD da paso a una mejor protección de los niños, ya que para cada caso es necesario atender a las particularidades de cada situación. • CRÍTICA: • Al tratarse de criterios de valoración imprecisos, subjetivos y realizados producto de opiniones personales, conlleva una inseguridad jurídica, ya que la impredictiblidad de las situaciones junto con la amplia discrecionalidad en la valoración puede dar lugar a decisiones injustas que no fueron previstas en el marco planteado.	• **C**onjunto de criterios, elementos de juicio o valoraciones concretas en función de los cuales el juez deduce que le favorece al niño, cual es su interés superior. • Mientras más criterios y elementos de valoración contenga la norma general, el riesgo de error en su aplicación será menor. • Lista de criterios indicativos, no absolutos (pues dependen del contexto de cada país), que según el CRC no debe ser exhaustiva ni jerárquica, la cual puede ser ampliada por el juez con el fin de dirimir los problemas. • CRÍTICA: • Al momento de dictar sentencia, la tarea de evaluación del interés superior se ve afectada por los criterios personales del juez, • Si bien sus valoraciones personales inciden, lo hacen dentro de los parámetros establecidos.	• Serie de supuestos en función de los cuales el legislador ha establecido normativamente lo que el juez debe entender por interés superior. • Esta técnica es una excepción ya que no es factible formular en abstracto la solución.	• La autoridad llamada a decidir en un caso concreto, debe ajustar su decisión al cumplimiento de la finalidad del interés, que no es otra cosa que la satisfacción y garantía de todos sus derechos. • Ecuador emplea esta técnica de regulación en para la determinación del interés superior del niño.

Gráfico N° 3. Elaborado por la autora.
Fuentes: Extraído de: Simon, F. (2014) pp 89-126.

Si bien la indeterminación del interés superior del niño acarrea desventajas como las sentencias injustas producto de la discrecionalidad abusiva de las autoridades judiciales y administrativas (Cillero Bruñol, 2010), característica también produce ciertas ventajas, pues a raíz de la indeterminación que sufre el principio del interés superior del niño es factible hablar de su flexibilidad en la medida en que "que todo supuesto queda comprendido en el supuesto de hecho de la norma y permite el libre acceso a conocimientos extrajurídicos como la psicología y la pedagogía, que nutren el ámbito de aplicación de la norma. (Simon, 2014, p. 92)

Tal es el alcance de la protección del interés superior del niño que ha sido instituido universalmente como una norma de Derecho Internacional (Aguilar Cavallo, 2008), por lo que goza de reconocimiento en 192 países de los 195 estados miembros de la ONU.

Una vez detallados antecedentes, naturaleza y contenido del interés superior del niño, es oportuno explicar la importancia de este principio respecto de la maternidad subrogada dentro de la presente investigación, varios son los autores que han abordado este mismo tema en la medida en que determinar la filiación del niño que nace de este procedimiento a favor de quien lo encargó, incurre en la cosificación del hijo, lo que atenta a su dignidad como persona. (Garibó, 2017)

Sin embargo, la presente investigación tiene un enfoque diferente, pues si bien la hipótesis plantea una vulneración al interés superior del niño en la práctica de la maternidad subrogada, se han tomado en cuenta elementos diferentes:

a) Filiación.- Vínculo, relación jurídica, institución del Derecho, regida por el principio del interés superior del niño (Varsi, 2014), por lo que debe ser tomado como protagonista y centro de referencia, pues es este quien más necesita de su emplazamiento dentro de una familia que lo haya deseado, y en la cual no hubiera existido de no haber sido a la maternidad subrogada.(Valdés Díaz, 2014).
b) Ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente. - Dentro del cual se presume la filiación materna por el hecho biológico del parto (principio de veracidad biológica) lo que dificulta la determinación de la filiación y la posterior inscripción en el Registro

Civil por parte de los padres intencionales, en tanto que el Ecuador no determina la filiación sobre la voluntad de procrear de estos últimos.

En este sentido, partiendo del Art. 60 del Código Civil ecuatoriano que fija el principio de la existencia legal de una persona a partir de la completa separación de su madre, se deduce que es la madre sustituta a quien se la emplaza como madre legal del niño(a) que nace de este procedimiento, vulnerando así su derecho a tener una filiación determinada y por ende el derecho a su identidad, pues en nuestro ordenamiento jurídico tanto en el certificado estadístico de nacido vivo y en la inscripción de nacimiento consta como madre la mujer que dio a luz al niño, lo cual vulnera el derecho a la identidad personal del niño nacido por maternidad subrogada, y por ende su interés superior.

2.2. Derecho a tener una filiación determinada

2.2.1. Parentesco y Filiación.

Para poder hablar de la determinación de la filiación en los supuestos de maternidad subrogada, es necesario hacer una breve reseña sobre la institución del parentesco, sin la cual es impensable hablar de filiación; así, se entiende por parentesco a la "serie de vínculos reconocidos jurídicamente entre los miembros de una familia" (Pérez Contreras, 2010, p. 113).

Estos vínculos son de diversa naturaleza, existe parentesco entre abuelos y nietos, entre hermanos, entre los hijos de estos, así como el cónyuge y la familia de su pareja y también entre padres e hijos; este vínculo se deriva de dos hechos, ambos regulados en el Derecho Civil ecuatoriano; el matrimonio, que genera una relación de parentesco por afinidad y la procreación que genera el parentesco por filiación; sumándose a esta clasificación una tercera fuente, la adopción que si bien no tiene como base el acto físico de la procreación, es incluido dentro del concepto amplio de filiación (Bossert & Zanonni, 2004).

Con todos estos elementos se puede definir el parentesco como

> La institución del Derecho de Familia generadora de vínculos jurídicos que une a las personas que conforman una familia, surge en virtud de los lazos de sangre o

> por mandato legal. En virtud de esta institución, se genera el estado de familia parental entre miembros vinculados. Es el vínculo existente y subsistente entre las personas que descienden de un mismo tronco (restricto) o el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción (amplio). (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 15)

La naturaleza del parentesco se manifiesta de varias formas, como una institución del Derecho además de un vínculo jurídico, ya que en palabras de Varsi (2013) juridifica el vínculo biológico, también como un derecho personalísimo, en la medida en que es inherente al ser humano; y como un atributo de la personalidad, pues los vínculos que se desarrollan sumados a otros atributos son características diferenciadoras de una persona.

Ya sea entendido de una forma u otra, el parentesco según sus fuentes se clasifica en:

a) Parentesco por consanguinidad: Vínculo del que descienden unos de otros (padres e hijos) o de un antepasado en común (Bossert & Zanonni, 2004, pág. 38).
b) Parentesco por afinidad: Vínculo que existe "entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos del otro progenitor" (Código Civil, 2005, art. 23).
c) Parentesco por adopción: En este caso, tanto los adoptantes y el adoptado "adquieren todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos característicos de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 152)

Cada uno de los tipos de parentesco genera una serie de efectos jurídicos; así; los padres deben alimentos a sus hijos, el reconocimiento de la patria potestad del adoptado respecto de los adoptantes en el caso del matrimonio, este es nulo si ha sido contraído por parientes en primer grado de afinidad, (Código Civil, 2005) entre otros efectos que pueden traspasar del ámbito de lo Civil a lo penal, procesal o cualquier otro.

Este es el reflejo de la importancia que tiene esta institución, que tiene el propósito de cuidar las relaciones del círculo familiar ya sea en sentido amplio o restringido, ya que este es la base sobre la cual se construye la sociedad.

Dentro de este marco, es lógico deducir que la filiación se sustenta en el parentesco

existente entre padres e hijos; es así como desde tiempos inmemoriales la procreación ha sido el hecho concluyente para determinar la relación paterno-filial, idea que hasta la actualidad se ha mantenido inalterable en la mayoría ordenamientos jurídicos.

Si bien inicialmente se ha entendido que la filiación es un hecho connatural de la procreación, instituciones como la adopción, que consiste en recibir a un hijo como propio aunque no lo sea por naturaleza, han permitido construir este vínculo si bien carente de nexo biológico, "sobre la base de la voluntad y el afecto" (Varsi Rospigliosi,2013, p.66), configurándose así para autores como Borda (2002) en una solución a una doble problemática, pues se intenta salvar tanto a un niño en estado de orfandad y de salvar una paternidad que ha sido frustrada; mediante el emplazamiento del niño dentro de una familia idónea que asegure su bienestar y pleno desarrollo (Durán Ponce, 2012).

Es evidente, como de la mano del acelerado desarrollo biotecnológico se ha podido encontrar nuevas maneras de procreación, que a la par han complicado el panorama de la filiación, pues con las TRA y más aún con la maternidad subrogada es posible la disociación de la maternidad en tres actos, fecundación, gestación y parto, que a su vez pueden concurrir en diferentes mujeres, así se pueden distinguir tres figuras maternas:

1) La madre social- aquella que la sociedad reconoce como madre del hijo.
2) La madre genética- aquella que aporta los gametos para la fecundación.
3) La madre biológica- aquella que aporta en su útero el huevo fecundado hasta que se complete el periodo de gestación y dé a luz. (Pérez Duarte, 1998)

Debido a lo cual la presunción *"mater semper certa est"* que se remonta al Derecho Romano, mediante la cual se infería que el óvulo fecundado pertenecía a la mujer que daba a luz, atraviesa por una crisis, pues hoy en día este hecho no es suficiente para la determinación de la filiación materna.

Es así como autores como Pereña, Morán de Vicenzi, Famá, Lamm basados en el pensamiento de Gorassinni y Díaz de Guijarro establecen que "el elemento esencial, que no puede faltar para determinar la maternidad, (...) es la voluntad" (Pereña Vicente, 2012, pág. 134), sin la cual no se puede construir el vínculo paterno filial cuando se ha empleado las TRA.

Así, desde la Academia y de los varios sistemas jurídicos alrededor del mundo, se ha desarrollado con mayor profundidad legislativa y jurisprudencial el elemento volitivo, que es importante tanto en la determinación de la filiación por adopción y por medio del uso de las TRA como se planteó en la reforma al Código Civil y Comercial de Argentina (CCyCo).

En ese cuerpo legal al establecer como tercera fuente de filiación las TRA; se reconoce que "la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental conjuntamente con otra persona" (Rodríguez Iturburu, 2016) es la que predomina cuando se trata de determinar la filiación en este tipo de supuestos, independientemente del origen del material genético.

> Artículo 562. Voluntad procreacional
> Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos. (Código Civil y Comercial de Argentina, 2014)

Sobre el tema de la determinación legal de la filiación derivada de los supuestos de maternidad y gestación Subrogada se tratará detalladamente en el siguiente título; por lo que, volviendo al tema que nos ocupa, Varsi (2013) señala que la filiación al igual que el parentesco puede ser entendido de diversas formas, todas ellas estrechamente relacionadas.

La filiación en tanto se deriva de la procreación es un hecho biológico, que a su vez por ser inherente es un atributo de la persona, que simultáneamente genera un estado de familia pues al emplazar a un niño dentro de un círculo familiar como señala Cicu (1930) estos vínculos unen al hijo no solo con sus padres, sino con todos los parientes de estos. (Varsi Rospigliosi, 2013)

En razón de lo cual nace una relación jurídica que independientemente de su fuente, genera efectos *inter partes* entre padres e hijos, adquiriendo los hijos así el derecho a la filiación, que es reconocido por la Corte Constitucional Colombiana como el elemento integrante del

estado civil de las personas, (...) y por ende como un derecho constitucional inherente al derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica. (Derecho a la Personalidad Jurídica/ derecho a la Filiación del menor/ Práctica de Filiación, 2001).

Así, la filiación considerada en toda su amplia naturaleza, ha sido objeto de protección y garantía de varios instrumentos de Derechos Humanos, uno de ellos es la DUDH, que si bien no reconoce explícitamente el derecho a la filiación, incorpora el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art.6) ; en este sentido la CADH, también contempla el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas (Convención Americana de Derechos Humanos, 1978, art.3) y posteriormente enuncia el derecho al nombre:

> Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o a de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1978, art.18)

Por otro lado, si bien la CADH es posterior al ICCPR, es este último el que atribuye este derecho a los niños como parte de la protección integral de la que son participes (Pacto Internacional sobre Derechos Ciiviles y Políticos, 1976). Y finalmente la CDN, que le da un tratamiento parecido a este derecho, al plantear la obligación de los Estados miembros a respetar y preservar tanto su nombre y sus relaciones familiares (Convención de los Derechos del Niño, 1989, art.8.1).

Con respecto a estos instrumentos internacionales, Ecuador ha incluido en su ordenamiento jurídico el derecho a tener una filiación determinada, es así que la Constitución de la República en el art. 45 establece que todos los niños (as) además del derecho a la integridad física y psíquica, tienen derecho al nombre y a tener una familia y disfrutar de las relaciones familiares (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Esto se complementa con la normativa del Código Civil por medio de una serie de disposiciones que buscan emplazar al hijo dentro de una familia y así permitirle el desenvolvimiento de sus relaciones familiares en un ambiente propicio para la satisfacción

de necesidades sociales, afectivas, emocionales, materiales, etc., en concordancia, el art. 24 del Código Civil determina la filiación y por ende la maternidad y paternidad de tres formas:

> a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
> b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
> c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre. (Código Civil, 2005)

Luego se encuentra la presunción del hijo matrimonial y su correspondiente impugnación (arts. 233, 233A, 242), se establecen reglas respecto del reconocimiento voluntario de los hijos y la impugnación de su reconocimiento (arts.242A, 242B, 247-250), se dispone sobre la declaración judicial de paternidad y la acción de paternidad y maternidad (arts. 252-260).

De esta forma, se logra diferenciar los tipos de filiación que existen, que como García Falconí (2006) señala, pueden tener como fundamento las relaciones sexuales dentro o fuera del matrimonio, todo esto con el fin de determinar si son o no hijos legítimos; sin embargo, gracias a la DUDH este criterio ha perdido relevancia, ya que establece que independientemente de si los hijos han sido procreados dentro o fuera del matrimonio, todos tienen el mismo derecho a la protección social (DUDH, 1948, art.25.2) , "prohibiendo así cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exija declaraciones que indiquen su modalidad" (CNA, 2003, art 99), disposición que a la luz de las TRA ha sido extendida hacia los hijos que hayan nacido mediante de estos procedimientos.

2.2.2. Determinación legal de la filiación derivada de la Maternidad Subrogada

El tema de la determinación de la filiación en los supuestos de maternidad y gestación subrogada, supone un gran problema tanto para los países que tienen prevista una regulación como los que no, pues es necesario precisar si se da preeminencia al vínculo biológico/genético o socio afectivo, siguiendo siempre la premisa de no vulnerar el interés

superior del niño.

En este sentido, la maternidad subrogada es tratada de varios modos:

a) Mediante la incorporación de nuevas leyes al ordenamiento jurídico como Reino Unido con las "Surrogacy Arrangement Act" y la "Human Fertilisation and Embriology Act" (HFEA), o Estados Unidos con la "Uniform Status of Children of Assisted Conceptions Act";
b) Implementación de reformas a la normativa existente (generalmente al Cód. Civil y Cód. de Familia) como sucede en Ucrania, y algunos estados de EUA, como California, Florida, o Nueva York con la Ley de Relaciones Domésticas.
c) Aceptación tácita, como es el caso de la mayoría de países de Latinoamérica como, Colombia, que pese a no tener una disposición expresa que prohíba la maternidad subrogada, sus tribunales han emitido fallos en casos concretos que son favorables a esta.
d) Prohibición tácita, como es el caso de Perú y Argentina, ya que pese a tener implícita una prohibición de practicar la maternidad subrogada en su normativa, sus tribunales han desarrollado fallos favorables a esta, siendo estos representativos de cada región, que gracias a ellos se han impulsado iniciativas legislativas sobre el tema.

Ahora, dentro de los ordenamientos jurídicos que contienen un marco normativo para la maternidad subrogada pueden darse dos casos:

1) Donde la determinación de la filiación a los padres intencionales establecida en la propia ley surte efectos por sí sola, sin necesidad de procedimiento y resolución judicial que la determine, como es el caso de Ucrania, que en el Código Familiar (en redacción de la Ley N° 524-V del 22.12.2006) establece que:

> Art 123.2**.** En el caso de la transferencia en cuerpo de una mujer de otro embrión humano, concebido por una pareja (hombre y mujer), como resultado de FIV, los padres del niño son los padres biológicos.

> Art. 123.3.La pareja se reconoce como los padres del niño, nacido de la mujer después de la transferencia en su útero de embriones humanos concebidos de su marido y otra mujer, como resultado de la reproducción asistida. (International Reproductive Technologies Support Agency)

2) Donde la ley determina inicialmente la filiación materna a la mujer gestante, sin embargo, establece que para que los padres intencionales sean reconocidos como los únicos padres legales es necesaria una resolución judicial (Reino Unido- Estados Unidos)

Respecto de Reino Unido, la HFEA de 2008 establece que una vez nacido el niño(a), la filiación se determina a favor de la madre sustituta (pese a que esta no haya aportado su material genético, cosa que se encuentra prohibida) y de su pareja (en caso de tenerla, a menos que este último demuestre no haber prestado su consentimiento para el acuerdo de subrogación); sin embargo tras un "tiempo de reflexión" como lo llama Eleonora Lamm (2013) de seis semanas en el cual la madre gestante puede revocar o ratificar su consentimiento, los padres intencionales tienen la oportunidad de presentar en un plazo improrrogable de seis meses una solicitud ante un tribunal de Familia en la que pueden constar uno o ambos padres como demandantes, exigiendo que se transfiera la filiación mediante un *"parental orde*r". (Human Fertilisation and Embriology Act, 2008). Es necesario mencionar que si la petición de transferencia de paternidad no es ingresada dentro del tiempo establecido, "la posibilidad de solicitar la paternidad se pierde para siempre, y por lo tanto el menor pasa a ser hijo de la gestante y su pareja" (Salgado, 2017)

Una vez otorgada la parental order,

> Se suceden (...) dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez en favor de los comitentes. (Lamm, 2013, p. 133)

Por otra parte, en EUA, la entrega de esta resolución judicial puede ser previa o posterior al nacimiento del niño, así en California, Nevada, Washington, Maine, New Hampshire, Vermont, Rhode Island, Connecticut, New Jersey, Delaware y el Distrito de Columbia esta se puede ser entregada antes del nacimiento, tomando el nombre de *pre-birth order*; en

Florida, Illinois, Texas , Utah y la mayoría de estados puede ser entregada una vez nacido el niño, tomando el nombre de *post-birth order*. (Creating Family Connections)

Sin embargo, Illinois es un caso especial, pues si bien las *birth order* pueden obtenerse después del nacimiento, son estrictamente necesarias si los padres intencionales no han cumplido con todas las exigencias que plantea la ley de este estado; de lo contrario pueden saltarse el procedimiento judicial e ir directo a la oficina de Registros Vitales antes del nacimiento y presentar todos los documentos necesarios y asegurarse de que en el futuro certificado de nacimiento estén registrados sus nombres como los padres legales del niño. (International Reproductive Law Group)

Ahora, como se puede ver, en todos los ordenamientos jurídicos que admiten la maternidad subrogada, indistintamente de si es o no necesario el procedimiento judicial, el consentimiento de la gestante es una pieza fundamental, pues esta debe tener muy claro que independientemente de su aporte genético, el niño8a) que está gestando no es hijo suyo y por ende ella ni ella ni su pareja tienen derechos u obligaciones respecto del niño/a. (Lamm, 2013)

Es por esta razón que en algunos países se ha propuesto que el acuerdo de subrogación incluya una cláusula que contenga el consentimiento escrito tanto de la mujer gestante y de su pareja, o en su defecto se adjunte como anexo al acuerdo el documento de renuncia de la gestante sobre el hijo en el que consciente que los nombres de los padres intencionales estén registrados en la partida de nacimiento.

Incluso como se ha visto anteriormente, en países como Reino Unido, a la madre sustituta se le ofrecen las garantías necesarias dentro del proceso de subrogación, pues se fija un tiempo razonable de seis semanas después del parto en el que puede ratificar o anular su consentimiento; todo lo contrario de Ucrania o Estados Unidos, donde existen mayores garantías para los padres intencionales, ya que la gestante una vez otorgado su consentimiento y realizada la implantación del embrión o de los gametos, no puede revocar su consentimiento, ni tener algún tipo de contacto con el niño después de su nacimiento sin

el consentimiento por escrito de los padres intencionales en el acuerdo de gestación subrogada (Babygest, 2015) todo esto en aras de respetar los derechos de los padres intencionales y el interés superior del niño(a).

Por otro lado, existe un gran grupo de estados que carecen de una ley que regule la maternidad subrogada, generando una anomia o laguna legal, en función de lo cual los administradores de justicia por medio de mecanismos de integración e interpretación del Derecho, deben dar una solución favorable ante la falta de regulación respecto de una situación, (Galiano-Maritán, 2012), que en este caso es la determinación de la filiación a favor de los padres intencionales.

Es así como, los tribunales de países como Argentina, Perú y Colombia, han tenido que resolver caso por caso y llenar ese vacío legal aplicando la normativa vigente, ya sea utilizando recursos como la impugnación de maternidad o el amparo, acudiendo a la auto integración por medio de analogía con instituciones como la adopción o mediante el uso de la interpretación extensiva para ampliar el contenido de una disposición (García Falconí, 2006).

En el caso de Argentina, existe normativa vigente (CCyCo) y propuestas legislativas (2568-D-2012y 1383-D-2012) de las cuales se desprende una prohibición tácita de llevar a cabo una maternidad subrogada, pues "en ellas se sostiene que el nacido de gametos o embriones donados será hijo de quien diere a luz y de la otra persona que hubiese dado el consentimiento como beneficiario" (De Rempel, 2016, p.367)

Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para los tribunales, que han dictado una serie de fallos que se inclinan a determinar la filiación de los nacidos por gestación subrogada a favor de los padres intencionales, tomando en cuenta la voluntad procreacional, sin embargo, para el fin de este capítulo se hará mención a los que a criterio personal son los más representativos.

Es así que se debe destacar, en primer lugar, el fallo MJ-JU-M-79552 de junio de 2013 por

el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Num° 86 de Buenos Aires en el cual se ordenó la inscripción de nacimiento de una niña nacida por gestación subrogada como hija legal de los padres intencionales; si bien este no fue el primer caso, fue determinante para la reforma del CcyCo que se propuso en 2015; ya que la juez determinó la filiación en pro de la protección del interés superior de la nacida sobre la base del elemento volitivo, estableciendo que si bien en aplicación del principio de *"mater certa est"* y las reglas referidas a la identidad filial (Art. 242 del Código Civil vigente en ese momento, Ley 24.540 de Régimen de Identificación de Recién Nacidos, modificada por la ley 24.884), la mujer gestante debía ser declarada como la madre legal de la niña; el elemento determinante de la filiación es la voluntad procreacional, en la medida en que al haber llevado el matrimonio a cabo el procedimiento de reproducción asistida de FIV y acudido

> A la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento, este tercero (...) carece de esa voluntad de esa voluntad; por ende aun cuando correspondería, en el caso y por aplicación de los principios legales ya reseñados, derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido. (N.N. s/ inscripción de nacimiento, 2013)

Además, la juez motivó su decisión en que en el país no existía prohibición expresa sobre la maternidad subrogada; además de que este era un tema que se intentaba regular en el proyecto de reforma del Cód. Civil de 2012, por lo que independientemente de si se convirtiera en ley, era una "pauta a favor de la petición formulada"; por lo que puso de relieve el art. 562 de la reforma que respecto de la filiación en la gestación subrogada determinaba que:

> Queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. (N.N. s/ inscripción de nacimiento, 2013).

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el Juzgado de Familia de Gualeguay en noviembre de 2013 emitió el fallo MJ-JU-M-83567-AR dentro del caso en que la madre intencional interpuso una acción de reclamación de filiación contra la madre subrogada, la cual había sido inseminada con el embrión gestado con el material genético de la pareja; la madre gestante señaló que era consciente de que el niño que había dado a luz no era su hijo,

allanándose así a la pretensión de la madre intencional.

En consecuencia, el juez en base al fallo MJ-JU-M-79552, señaló que al existir común acuerdo de las partes, y siendo que la voluntad procreacional es el "eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art.242 del C.Civ[14], en tanto esta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación" (B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario, 2013)

Estos fallos sirvieron para que en 2015 entrara en vigencia el unificado CCyCo; en el cual, si bien no se preveía el articulado sobre la regulación subrogada, se incorporaba una nueva fuente de filiación:

> Artículo 558. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos
> La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.
> La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2014)

Y al mismo tiempo positiviza la voluntad procreacional como elemento central para la determinación de la filiación.

> Artículo 562. Voluntad procreacional
> Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos. (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2014)

Pese a la eliminación de la gestación subrogada en el CCyCo, en ese mismo año se impulsó el Proyecto de Ley (S-2574/15) para su regulación en el país, y "establecer reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación a favor de los padres comitentes, de modo

[14] Art.242.- La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido. (Código Civil de la República Nación Argentina)

que cuando nazca el niño (a) pueda ser inmediatamente inscrito como hijo de quienes han querido ser sus padres y/o madres"(Senado y Cámara de Diputados, 2015, p.10); sin embargo, debido a la falta de impulso por parte de los propios legisladores, la iniciativa caducó y fue archivada en 2017.

Perú por su parte, si bien de la lectura de la Ley 26842, Ley General de Salud, se desprende una prohibición tácita respecto del ejercicio de la maternidad subrogada:

> Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, **siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.**[15]

No prevé un marco normativo que prohíba de manera expresa la gestación subrogada, razón por la cual los tribunales siguen la misma línea jurisprudencial de Argentina; es así como "teniendo como norte la prevalencia del principio del interés superior del niño, en atención a su derecho a una familia y estar protegidos por sus integrantes" (Agencia Peruana de Noticias, 2018) el Estado ha tenido que resolver ciertos casos empleando para este fin además de recursos como el amparo, el uso de analogías; en este contexto, en el portal oficial del Congreso Nacional se registran dos causas que han llegado a instancias mayores, los cuales se procederá a analizar.

Para determinar la filiación a favor de los padres intencionales, el juez realizó una analogía con la adopción por excepción, figura con la cual como se verá a continuación, existe afinidad de elementos de acuerdo a los hechos de la situación de ese caso en concreto.

El primer fallo se emitió en 2011 por la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la causa N° 563-2011 respecto del recurso de casación que interpuso la madre gestante y su pareja contra la sentencia dictada de primer grado que aceptaba la demanda de adopción por excepción presentada por los padres intencionales de la niña, que se fundamentaba en que el matrimonio compuesto por los padres intencionales había llevado a cabo un maternidad subrogada (esperma del padre intencional y óvulo de la

[15] Las negrillas son nuestras.

gestante); la cual se había comprometido a entregar a la niña después del parto; hecho por el cual la pareja había pagado la cantidad de $18.9000.

Sin embargo, una vez nacida la niña, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante, y la paterna, a favor de su conviviente, quien realizó un reconocimiento de complacencia; sin embargo "inmediatamente después del alumbramiento, la niña (...) fue entregada a los esposos contratantes. Estos iniciaron un proceso de adopción, su real pretensión, para que legalmente se constituyera la filiación a su favor" (Villareal Córdoba, 2017, pág. 73)

Demanda que fue aceptada por el juez sin tomar en cuenta el desistimiento de la madre biológica por no haberlo incoado oportunamente.

La madre biológica de la niña apeló a esta segunda sentencia, no obstante la Sala Superior confirmó la sentencia de primer grado, fundamentando a) que los progenitores habían entregado voluntariamente a la niña a los adoptantes renunciando a sus derechos y responsabilidades como padres, b) que los informes psicológicos reflejaban que la niña se encontraba en un mejor entorno con los adoptantes, c) que el consentimiento de la madre biológica de ser inseminada con el esperma del padre intencional para gestar y posteriormente entregar a la nacido se dio con el fin de mejorar su situación económica, lo cual "dista de la lógica de una maternidad responsable (...) y revela la intencionalidad de la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad" (Casación N° 563-2011, 2011, pp.4,5).

La madre biológica recurrió nuevamente este fallo, siendo este rechazado debido a que las causales invocadas no procedían en la medida que;

a) El procedimiento de adopción debido a que, en el acta de nacimiento, documento público que nunca fue anulado, constaba su pareja como padre biológico,
b) Si bien el consentimiento de los progenitores es requisito indispensable para la adopción, tomando en cuenta que estos acordaron premeditadamente procrear a la niña, para entregarla a otras personas y recibir beneficios, se decidió prevalecer "el

derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral" (Casación N° 563-2011, 20111, p.10)

c) Los adoptantes, contrario a lo que señalaba la recurrente, si tienen solvencia moral, debido a que su deseo de ser padres, se refleja en el adecuado ambiente familiar en que la niña se ha desarrollado, pese a la falta de nexo biológico con la madre intencional.

En consecuencia, el juez, declaró infundado el recurso de casación, y considerando el interés superior de la niña, reconoció a los adoptantes como sus padres, concluyendo en función de dicho principio que "arrancarla del seno familiar resultaría gravemente perjudicial para su vida" (Casación N° 563-2011, 2011, p.13)

La última causa llevada hasta una instancia superior fue en 2016; en el cual dos matrimonios, el primero conformado por los padres intencionales y el segundo por la madre sustituta y su pareja, representados en las personas del padre intencional y la madre subrogada interpusieron (a favor propio y de dos niños nacidos mediante una maternidad subrogada con óvulo donado) recurso de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

Dentro de los antecedentes, hay que mencionar que los padres suscribieron un acuerdo privado de maternidad subrogada, con la gestante y su pareja, para que esta fuera inseminada con el embrión producto de la fertilización del esperma de la pareja comitente y un óvulo donado, sin embargo, una vez nacidos los niños, el médico que atendió el parto inscribió como madre a la mujer gestante y como padre a su pareja. "Estos datos se repitieron en las actas de nacimiento correspondientes, y el RENIEC rechazó las impugnaciones formuladas en sede administrativa por los demandantes. Estando a ello, recurrieron al proceso de amparo" (Torres Maldonado, 2017, pág. 80).

Una vez iniciado el recurso que pretendía dejar sin efecto las resoluciones registrales que declaraban improcedente la rectificación de las actas de nacimiento de los niños, los recurrentes fundamentaron su pedido en el derecho a la identidad de los niños, debido a que

al estar determinada la filiación con la mujer gestante,

> "Con quien no comparten material genético, carece de voluntad para procrear, criar o cuidar de ellos y, además, al gestarlos, no tuvo ninguna otra voluntad que colaborar con los padres intencionales. Por lo que esto también afectaría el derecho al desarrollo de la libre personalidad de los menores" (06374-2016-0-1801-JR-CI-05, 2017, p.2)

Y en el principio del interés superior del niño, en la medida en que las resoluciones del RENIEC vulneran este principio por hacer prevalecer la interpretación restrictiva del art. 7 de la Ley General de Salud que realiza la defensa del Estado; de la cual se desprende una limitación al ejercicio de las TRA en los supuestos donde la calidad de madre genética y madre gestante no concurra en la misma mujer; a lo cual el juez señala que:

> Esto no significa, (...) que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una *interpretación a contrario sensu* del texto citado para concluir que proscribe el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ. (las mayúsculas están previstas en el texto original). (06374-2016-0-1801-JR-CI-05, 2017, p.12).

Por lo cual, además de no existir una prohibición expresa de llevar a cabo un procedimiento de gestación subrogada; y tras valorar la voluntad procreacional de la madre intencional y la voluntad de entregar a los niños de la madre gestante; el juez determina que no cabe dudas sobre la posición que ocupan los padres intencionales frente a los niños, por lo que anulas las resoluciones registrales y ordena al RENIEC la emisión de nuevas actas de nacimiento en que los niños sean inscritos como hijos del matrimonio.

Si bien se han resuelto dos únicas causas sobre maternidad subrogada, en Perú esta práctica con los años se ha vuelto muy frecuente, por lo que, con el fin de disminuir el "incremento de las mafias que ofrecen el servicio la subrogación materna" (Estrada Mora, 2014, p.19), en 2013 se presentó el Proyecto de Ley 2839/20013-CR, que planteó una reforma al Art. 7 de la Ley General de Salud, añadiendo al texto original la admisión de la maternidad subrogada en su modalidad parcial altruista (gestación subrogada):

> La maternidad sustituta parcial y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser. (Zeballos Salinas, 2013, p.19)

Sin embargo, hasta la actualidad el Congreso no ha emitido pronunciamiento sobre este proyecto de reforma; no obstante, no hay que olvidar otros proyectos de ley igualmente infructuosos, como por ejemplo el proyecto de Ley N.º 11082 de 2004 y el Nº 264/2001-CR de 2011 que tenían como fin prohibir toda forma de maternidad subrogada. (Álvarez, 2017).

Colombia, por su parte sigue esta misma tendencia, no obstante, decidió enfrentar el vacío legal optando por un camino diferente, la interpretación extensiva, que se caracteriza porque el intérprete, en este caso el juez:

> Extiende el significado de una disposición de forma que se incluyan en su campo de aplicación supuestos de hecho que, de hacer una interpretación literal, no estarían contemplados, reconduciendo así al campo de aplicación de una norma supuestos de hecho que, en caso contrario, estarían privados de regulación jurídica. (Severiche, 2014)

A pesar de no existir una normativa expresa que, reconozca la legalidad de la maternidad subrogada, existe una única jurisprudencia constitucional (sentencia T-968 de 2009) que sienta precedente en el campo de la maternidad subrogada; habiendo sido resuelta mediante cuatro resoluciones debido a las tutelas interpuestas por el padre intencional y la madre biológica de los niños.

Se refiere a un acuerdo verbal de subrogación entre un matrimonio extranjero residente en EUA y una mujer de nacionalidad colombiana, en el cual la madre subrogada tras el nacimiento de los niños mediante una subrogación con sus propios óvulos y el esperma del padre intencional se comprometía a entregar a los niños; sin embargo después de haber cobrado una alta suma de dinero a la pareja comitente; decidió quedarse con los niños, los cuales meses después del parto fueron retirados de su custodia debido a que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) verificó las precarias condiciones en que vivían

los niños y su deplorable estado de salud, entregándole provisionalmente la custodia a una pariente del padre de los niños.

Posteriormente, el padre "presentó una demanda de permiso de salida del país con el fin de que los niños pudiesen residir en EUA" (sentencia T-968, 2009), la cual fue aceptada por el Juzgado competente argumentando la validez del acuerdo de vientre de alquiler, el cual había sido incumplido por la madre subrogada pese a haber recibido una alta suma de dinero.

Debido a la interposición de una acción de tutela por la madre, el juez revocó la primera sentencia, por cuanto el Juzgado anterior había desconocido el vínculo desarrollado entre la madre y sus hijos; el padre recurrió esta sentencia, argumentando que desde la separación de la madre, la salud de los niños había mejorado, lo que a la postre demostraba que él contaba con "mejores condiciones para asegurarles a los menores un desarrollo armónico e integral" (sentencia T-968, 2009), sin embargo el juez confirmó el fallo impugnado basándose en que la autorización de salida del país de los niños no se había dado dentro de los términos del art. 110 del Cód. de la Niñez y la Infancia, que exigía señalar el tiempo de permanencia del niño en el extranjero.

En la tercera y cuarta sentencia, el Juez Décimo de la Familia volvió a negar la pretensión de salida del país de los mellizos; basándose en que la madre había hecho todos sus esfuerzos posibles para mejorar sus condiciones económicas y así brindar a sus hijos un mejor desarrollo, por lo que si bien las condiciones de la madre eran inferiores en comparación al padre, (debido a la edad de los niños, 3 años), estos requerían estar al lado de su madre, por lo que el juez dio por probado que ambos eran los padres de los niños procreados mediante TRA. (sentencia T-968, 2009)

Y fundamentando la cuarta sentencia en la "ineptitud sustantiva de la demanda" (sentencia T-968, 2009) por cuanto la petición había sido ejercitada por una vía equivocada:

> Porque si lo que se pretendía era que los menores (...) fueran a vivir al lado de su padre y de su esposa a los EE.UU., tenían que haber manifestado el tiempo que iban a permanecer con ellos con el permiso que ya se ha dicho es temporal.

(sentencia T-968, 2009)

Por cuanto, de acuerdo art. 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia el tiempo de permanencia en el país tiene vigencia contados 60 días hábiles a partir de su ejecutoria; sin embargo se revocó la tercera sentencia en base a que la acción de tutela interpuesta por la madre no tenía la función de controvertir las decisiones judiciales; por lo que al final si bien se revocó la petición de salida del país, se entregó al padre la custodia total de los hijos, debido a la falta de condiciones propicias para la satisfacción del interés superior de los niños. (sentencia T-968, 2009).

La Corte Constitucional Colombiana planteó una lectura extensiva del art. 42 de la Constitución[16] que establece la igualdad de derechos y obligaciones a todos los hijos independientemente de si han sido concebidos naturalmente, adoptados o procreados mediante asistencia médica (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 42), deduciendo en la legalidad de la práctica de la maternidad subrogada; incluyendo dentro del recurso a esta técnica a las parejas del mismo sexo y a personas solas.

La sentencia de 2009 permitió que la Corte Constitucional sentara ciertas pautas a seguir respecto de la maternidad subrogada; sin embargo, para el fin de este capítulo se hará mención a la disposición referente a la filiación en estos supuestos:

> b. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante.
> g. Que la mujer gestante una vez firmada el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
> h. Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia. (Jiménez, Romero, Londoño, & Vasquez, 2016, p.47)

A su vez, el fallo de la Corte Constitucional fue razón suficiente para proponer el proyecto de Ley 037 de 2009 para regular la maternidad subrogada, que debido a la falta de impulso legislativo, no se concretó; posteriormente en 2018 se planteó el proyecto de Ley 202 de

[16] Artículo 42.- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. (...)Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. (Constitución Política de Colombia)

2016, que tenía como objetivo prohibir la gestación subrogada, equiparando esta práctica con el delito de tráfico de personas. (Parra Martinez, 2016).

2.3. Derecho a la Identidad personal del niño nacido por Maternidad Subrogada

2.3.1. Derecho a la Identidad Personal

Este concepto ha sido abordado por varios campos del conocimiento como la Filosofía, la Psicología, la Antropología y el Derecho, conformándose como un tema de álgido de debate, llegando a ser calificado como un término aporético por ser imposible de encontrar una solución en la medida en que al tratar de resolverlo, se "despliegan numerosas alternativas posibles, como una forma de problematización que en vez de forzar hacia una solución insostenible, asume la complejidad y la posibilidad de lo irrefutable." (Navarrete Cazales, 2015, pp.8-9)

El objetivo de esta presente sección es abordar este concepto desde un enfoque general haciendo énfasis en la concepción jurídica, para posteriormente examinar el derecho a la identidad personal del niño(a) dentro del marco de la maternidad subrogada y establecer de qué manera es transgredido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El termino identidad viene de la raíz latina "*identĭtas,* que significa "igual a uno mismo o ser uno mismo" (Navarrete-Cazales, 2017, pp.464, 465), por su parte el Diccionario de la Real Academia Española define este concepto de varias formas:

- "Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan de los demás;
- La conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás"(Diccionario de la Real Academia Española, 2019).

La jurista mexicana Rosa Ma. Álvarez(2017) explica que la identidad se traduce en la necesidad y la capacidad del ser humano de encontrar círculos como la familia, la sociedad o la nación y de forjar lazos psicológicos, sociales y culturales con estos, incorporando

estos rasgos a su propio ser, generando un sentido de pertenencia que lo distingue de otros seres y de otros grupos.

En otras palabras, el concepto de identidad es una "categoría general" (Navarrete Cazales, 2015, p. 468) que puede ser entendida como el conjunto articulado de rasgos y características específicas que distinguen a un individuo de otro, o incluso diferencia un colectivo de otro, ya sea este una familia, un movimiento social político, comunidad, etc.; así la identidad puede ser cultural, nacional, de género, personal, etc.

Esta última puede ser entendida como una serie de elementos que ayudan a diferenciar un ser humano de otro; este "*bien esencial* "de la persona no es otra cosa que el "*modo de ser"* de cada persona proyectado a la *"realidad social"* como lo denomina Fernández Sessarego (1992).

A lo largo de la historia, la identidad ha sido concebida de varias formas, los filósofos clásicos la consideraban como una serie de características o atributos propios del hombre, los cuales son su esencia y logran diferenciarlo del resto, concibiendo que la identidad es una sustancia inmutable, invariable. (Navarrete Cazales, 2015); por su parte, los filósofos contemporáneos la concebían como un proyecto del mismo ser humano debido a su constante estado de cambio, configurándose como "una manifestación que se genera con la interacción social y se construye y reconstruye en los intercambios sociales". (Marcús, 2011, p.108)

Esta concepción se mantiene hasta nuestros días, llegando a concluir que "la identidad es una construcción social" (Harter, S., 1997, p.49) como lo denomina Susan Harter; este complejo entramado lleva consigo una doble dimensión, pues se compone de una dimensión dinámica y otra estática; la identidad dinámica es el producto de un contexto social y cultural en constante cambio en el cual se encuentra inmerso el ser humano, mientras que la dimensión estática se compone de rasgos físicos o biológicos, que no susceptibles de cambio.

Son varios los autores que sostienen la existencia de una dualidad en la identidad personal.

Fernández Sessarego (1992) explica que *el ser yo mismo y no otro* se construye con base en el pasado, no obstante, el transcurrir del tiempo enriquece, empobrece y modifica esta estructura; así, pueden ser estáticas y dinámicas las características que inciden de manera objetiva en la determinación de la personalidad.

Así, el componente estático se construye sobre la base del dato genético que es el que determina las características físicas:

> Resultado de una información genética de base que, como se sabe es singular y único, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son claros exponentes de lo que constituye la identidad estática, en cuanto ella, por principio, es invariable. (Fernández Sessarego, 1997, p.248)

La identidad personal no se agota en su parte estática, sino que trasciende al aspecto dinámico, el cual se forma por el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad.

> Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa ética, política y con los rasgos sicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior. Es, en síntesis, el bagaje de características y atributos que definen "la verdad personal" en que cada cual consiste. (Fernández Sessarego, 1992, p. 114).

En palabras de Pereira y De Oliveira (2006) citados por Varsi (2013) la identidad estática, se refiere a la historicidad personal, el genoma humano, las huellas digitales, a quienes son los padres; mientras que la identidad dinámica comprende la historia de la persona, el conjunto de experiencias. Dicho todo esto, es lógico pensar que el tema de la identidad personal es relevante para el Derecho, en la medida en que la persona

> Tiene derecho a que se le conozca y defina en su "verdad personal", tal cual es, sin falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser él mismo y no otro. (Fernández Sessarego, 1992, p.115)

Así, para el Derecho Privado y el Derecho Público, el concepto de Identidad Personal adquiere diferentes matices; así desde el enfoque del Derecho Privado, la identidad

personal puede ser concebido como un atributo de la persona además de un derecho de la personalidad, en cuanto este es un factor constitutivo, inherente de la persona independientemente de su condición y es un derecho garantizado a todo ser humano, por el simple hecho de ser tal. (Valencia Zea, 1957).

Para el Derecho Público, la identidad personal es considerada un derecho humano, pues encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano, que debe ser objeto de tutela desde el rango constitucional (Zeledón, 2015) e "involucra distintos derechos derivados de él: derecho al nombre, a la identificación, a tener vínculo filial y a conocer los orígenes" (González, 2016, p. 222)

De hecho, es este último enfoque es el que ha adoptado la CIDH en la Opinión Consultiva N° 24 sobre "Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo" al pronunciar que

> Del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección a la vida privada se desprende un derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos. (OC-24/17, p.45)

Bajo este argumento, la Corte IDH sostiene que el derecho a la Identidad está compuesto por otros derechos como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada, a la libertad, libertad de expresión, dignidad, etc., que si bien no son protegidos bajo la denominación de derecho a la identidad, la CADH les brinda la tutela pertinente en la medida en que estos son ligados al derecho a la identidad "según el sujeto de derechos que se trate y las circunstancias del caso" (OC-24/17, p.45)

En este sentido la Corte agrega que, pese a la amplitud del derecho a la identidad, este no puede ser confundido con los derechos que contiene, así como tampoco puede limitarse a ser solo la suma de sus componentes (nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil, capacidad, patrimonio). (OC-24/17, 2017)

Ahora bien, el derecho a la identidad personal concebido como derecho humano o atributo

de la personalidad, goza de las siguientes características que señala José García Falconí:

- Vitalicio, porque es concedido para toda la vida;
- Innato, pues con el nacimiento aparece la individualidad propia que tiende a mirarse exactamente en el conocimiento de los otros, y,
- Originario, esto es el poder jurídico a su consideración y protección contra las indebidas perturbaciones. (García Falconí, 2006, p, 109)

La identidad y filiación son consustanciales, no por esto son sinónimos, son complementarios, en tanto "la filiación hace a la identidad (activándola) y esta se basa en la filiación (generándola)" (Varsi, 2013, p. 104); es por esta razón que la protección tanto en el ámbito interno de cada país como en el ámbito internacional, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos acoplan ambos derechos.

Por su lado la DUDH, como se mencionó en la sección anterior hace una mención global del derecho a la identidad al promover el derecho de todas las personas al reconocimiento de su personalidad jurídica (DUDH, 1948, art.6), en cambio la CADH implementa ya el derecho de toda persona a un nombre propio y a los apellidos de sus padres como parte del derecho a la identidad (CADH, 1978, art 18).

El ICCPR reconoce derechos como la nacionalidad, registro y nombre como derechos que deben gozar los niños (ICCPR, 1976, art.24) y finalmente la CDN consolida dentro de la protección integral del niño el derecho a la identidad, así como obliga a los Estados miembros de la ONU a preservar la identidad de los niños.

> Artículo 7
> 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
> (...)
> Artículo 8
> 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
> 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. (CDN, 1989, arts. 7, 8)

Por otro lado hacen alusión a la protección del derecho a la identidad por medio de la garantía de derechos que esta engloba, como por ejemplo el derecho a la nacionalidad que

está garantizado por la ICERD de 1965[17], la CEDAW de 1979[18] y la Declaración Americana sobre los derechos y deberes del hombre de 1948[19].

Por su parte, el Ecuador en respeto a los instrumentos internacionales de DDHH., en especial la CDN, ha previsto dentro de su Constitución todo un soporte jurídico para proteger el derecho a la identidad, enfatizando en la identidad de los niños(as), la cual va de la mano con la filiación, componente importante en la construcción de la identidad de una persona.

> Art. 45.-
> Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho (...) a su identidad, nombre y ciudadanía (...) a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social (...) y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.
>
> Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:
> 28. El derecho a la identidad personal (...), 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, (...). (CRE, 2008, arts. 45, 66 núm. 28)

La protección y garantía del derecho a la identidad del niño se ve afianzada por el CNA que además de incorporar este derecho a su texto:

"Art. 33.- Derecho a la identidad. -
Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la const ituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones familia, de conformidad con la ley" (CNA, 2003, art.33)

Dispone que tanto derechos como garantías de los niños(as) son irrenunciables, intransigibles e indivisibles (CNA, 2003) y que deben ser aplicados sin discriminación ya sea por causa de su nacimiento, etnia, origen social o cualquier otra condición propia o de sus progenitores (CNA, 2003, art. 6)**;** todo esto no hace más que evidenciar la trascendencia del derecho a la identidad para la ciencia jurídica, pues se trata de un derecho esencial del

[17] Art. 5.
[18] Art.9.
[19] Art. 19.

cual debe gozar toda persona, principalmente los niños, ya que, por medio de él, el Estado reconoce su existencia, y facilita su acceso a los todos los derechos consignados en los instrumentos internacionales que debido a la carencia de autonomía de los niños debido a la etapa de la vida en que se encuentran, son de carácter obligatorio.

Así, "Hubert (2007) sostiene que el derecho a la identidad de niños (as) y adolescentes es un derecho propio, inherente a su nacimiento, (...) tiene como núcleo central a la familia quien es la encargada de la construcción de la personalidad de la persona" (León, 2018, p.28).

2.3.2. Derecho a la identidad de los niños(as) nacidos mediante Maternidad Subrogada

Si bien la identidad puede ser entendida bajo los términos de la RAE mencionados al inicio de esta sección, la jurista mexicana Mónica González Contró señala que en el caso de los niños(as), la identidad lejos de concebirse como la conciencia propia, se relaciona directamente con la información de los padres (González Contró, 2011); esta debe ser entendida como el primer paso para poder acceder a otros derechos mediante los cuales el niño puede llegar al pleno e integral desarrollo de su personalidad.

Es así como, pese a que el derecho a la identidad es fruto de una construcción social, en la cual el contexto socio cultural en el que el individuo se desarrolla es fundamental y decisivo en la formación de su identidad como la denomina Harter (1997); existen elementos estáticos, determinados por el factor genético (con sus excepciones) como la filiación, el nombre y las relaciones familiares que son de igual o mayor importancia para construir la identidad de una persona.

Ahora bien, no obstante, la acelerada evolución de la biotecnología y el uso frecuente de las TRA y los procedimientos de subrogación, el Derecho no le ha seguido el paso, pues ha mantenido vigente la aplicación de la presunción *mater semper certa est* para la determinación de la filiación en TRA, lo que afecta la dimensión estática de la identidad, en

la medida en que la identidad del niño se circunscribe a un solo dato: el biológico.

Marginando el hecho de que, ante el uso de las TRA y la maternidad subrogada, es necesario tomar en cuenta la paternidad socio afectiva que trasciende al factor genético, promoviendo un estado de familia "Que implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad)" (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 94) que es lo que le interesa al Derecho.

Es por esta razón que esta parte de la investigación aborda el derecho a la identidad de los niños nacidos por maternidad subrogada, dentro de los términos establecidos dentro de la CDN y la misma Constitución del Ecuador, que pese a que incluyen aspectos como la nacionalidad, se limitará al estudio del derecho a la identidad en función del derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, así como su derecho a tener un nombre, derecho a conocer a sus padres, ser cuidado por ellos y mantener las relaciones familiares.

2.3.2.1. Derecho a tener un nombre

Para la jurista española Aurelia Ma. Romero el nombre constituye la máxima expresión de la identidad de una persona, en tanto que la individualización en la realidad social y jurídica se hace a través de él (Romero, 2009)

En este sentido, el nombre puede definirse como el signo distintivo primigenio por medio del cual se individualiza a una persona, el cual desempeña una doble función, diferenciar e individualizar.

> Mediante función individualizadora, se aísla al sujeto de su contexto social con el propósito de distinguirlo de los demás, mientras que, con la segunda, es decir la identificadora, se verifica quién es la persona a quien corresponde dicho nombre. (Fernández Sessarego, 1997, p. 251)

El nombre puede formarse por uno o dos nombres y los apellidos de los padres o como lo califica Treviño (2002) nombre de familia, el cual se adquiere mediante filiación; Ignacio Galindo Garfias (2007) señala que del derecho al nombre se desprende una serie de características dentro de las cuales para los efectos de esta sección se resaltan las siguientes:

a. **Es absoluto. -** Es oponible erga omnes, por ende, es objeto de protección ante todo acto de terceros que atente contra este.
b. **No es valuable en dinero**. - en otras palabras, es un bien extra comercio, por lo que no puede ser objeto de contrato.
c. **Es imprescriptible. -** En cuanto no se pierde su ejercicio porque deje de usarse durante un tiempo, así este sea prolongado.
d. **Es un índice de su estado de familia. -** El nombre patronímico/apellido es la consecuencia de la filiación, es el signo de pertenencia a un determinado círculo familiar.
e. **Impone a quien lo lleva la obligación de ostentar su personalidad. -** Precisamente bajo el nombre que consta en el acta de nacimiento, se inscribe en la Oficina del Registro Civil.

Si bien los elementos que conforman el nombre por separado no logran individualizar a una persona; el nombre, en cuanto apellido, por ser el signo que determina la filiación, como se mencionó en el subcapítulo anterior, puede adquirirse mediante:

- Filiación consanguínea (independientemente de si es matrimonial o extramatrimonial)
- Por reconocimiento voluntario
- Por sentencia judicial que declara hijo de determinados padres
- Por adopción
- Por TRA

Así, como ya se examinó en la sección anterior, en el Derecho Comparado, los ordenamientos jurídicos que han incorporado la voluntad procreacional como fundamento para determinar la filiación en las TRA, tienen previsto un marco normativo que permite el ejercicio de la maternidad subrogada, plantean que, a efectos de la filiación del niño nacido de este procedimiento, este sea considerado como hijo de los padres intencionales, en la medida en que estos son quienes

> Quieren y desean el hijo, y que de esta manera aportan el elemento volitivo determinante, causa fuente fundamental, infungible e imprescindible, dado que sin esa voluntad no se hubiera comenzado el proceso que genera el nacimiento del

nuevo ser. (Lamm, 2013, p. 286)

Facultad que adquieren mediante resolución judicial o por mandato de la Ley, como es el caso de Ucrania; y que dependiendo de la legislación interna de cada estado pueden obtener antes del nacimiento del niño, como se da en los estados de California, Nevada, Washington o el Distrito de Columbia, que entregan a los padres de intención el pre birth order, o sino después del nacimiento, como se da en Ucrania, Reino Unido y la mayoría de los estados de Estados Unidos; es necesario enfatizar que, independientemente de si la orden de transferencia de los derechos de paternidad se entrega antes o después del nacimiento del niño, esta produce efectos después del nacimiento.

Mientras tanto, países como España, que normativamente ha incluido las TRA, pero ha prohibido terminantemente la maternidad subrogada, no se puede determinar la filiación ni la identificación del niño(a) que nace de esta práctica sobre la base de la voluntad procreacional, todo lo contrario, la filiación y la identificación del niño que nace producto de una subrogación de vientres es determinada por el hecho del parto y se deja abierta la posibilidad de ejercer la "acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales" (Ley 14/2006, 2006, art. 10)

Sin contar con países como Argentina, que pese a haber introducido el concepto de voluntad procreacional bajo la forma de un consentimiento, previo, libre e informado como lo establecen los arts. 560 y 561 del CCyCo como fundamento de las TRA como nueva fuente de filiación (art. 558 CCyCo), deja a la deriva el tema de la maternidad subrogada, por lo que al más puro estilo de países como Perú o Colombia, los tribunales se han mostrado favorables a esta práctica, por lo que en amparo del interés superior del niño, se ha sentado una línea jurisprudencial sólida en la que se considera que el hijo nacido producto de una subrogación de vientres es hijo de los padres intencionales.

En Ecuador, por su parte, si bien normativamente no se permite la determinación de la filiación, y peor aún la identificación del niño que nace producto de una maternidad subrogada sobre la base de la voluntad procreacional, existe un fallo de 2018 de la Corte Constitucional, que, dentro del contexto de la reproducción asistida considera a la intención

de procreación, como factor determinante para la identificación del niño(a) que nace producto de reproducción asistida, en este sentido la Corte exhortó al Registro Civil no solo a proceder con la inscripción de la niña Satya Amany Bicknell con los apellidos de sus dos madres, reconociendo así la doble filiación materna o paterna; sino que ordenó la inscripción de niños y niñas cuyos padres y/o madres hayan llevado a cabo procedimientos de reproducción humana asistida, con material genético homólogo o heterólogo. (Sentencia N° 184-18-SEP-CC, 2018)

2.3.2.2. Derecho a ser inscritos inmediatamente después de nacer

El nombre es un elemento importante para la individualización de la persona, sin embargo, este no produce efectos jurídicos, sino con la inscripción en el Registro Civil y la obtención del certificado, registro, acta o partida de nacimiento, eventos que en atención al interés superior del niño deben llevarse a cabo acto seguido del nacimiento.

La inscripción del niño que apenas ha nacido es importante en la medida en que

> Supone el reconocimiento por parte del Estado de la existencia de una persona menor de edad y formaliza su nacimiento ante la ley. En consecuencia, el registro reconoce la pertenencia de una persona a un Estado, a una sociedad, y una familia, generando vínculos jurídicos, políticos, sociales y culturales que implican su incorporación como sujeto de derecho dentro de un Estado y su acceso a un conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente. (Jiménez, 2017, p. 121)

En este sentido, la inscripción en el Registro Civil se configura como la puerta que permite el acceso al ejercicio de otros derechos como la nacionalidad, educación, salud, la protección en situaciones de vulnerabilidad e inclusive derechos sucesorios; por lo que "la ausencia de inscripción en el registro de nacimientos es una violación del de derecho humano inalienable de todo niño a recibir una identidad desde que nace y a ser considerado como parte integrante de la sociedad". (UNICEF, 2002, p.4)

Es por esta razón que en respeto a los derechos humanos de los niños y para garantizar su derecho a la identidad que el Fondo de Naciones Unidas para la infancia (UNICEF) ha planteado tres principios que deben regir tanto el Registro como la posesión del certificado de nacimiento:

1. **Universalidad. -** El registro debe ser universal para dar cobertura a todos los niños en el territorio de un país, independiente de su origen étnico, sexo, condición económica, origen geográfico, el estatus migratorio o nacionalidad de sus padres.
2. **Gratuidad. -** Consiste en que el Estado no debe solicitar el pago por servicios de inscripción de nacimiento ya sea esta oportuna o tardía, de modo que no exista limitación alguna para que las personas de bajos recursos económicos puedan acceder al Registro.
3. **Oportunidad. -** La inscripción en el Registro Civil debe hacerse inmediatamente después del nacimiento. (Perrault & Arellano, 2011)

Ahora bien, la inscripción en el Registro civil se completa con la expedición del certificado de nacimiento[20], en el cual constan varios datos que varían de país a país, pero generalmente se registra información sobre la fecha, lugar, hora y día del nacimiento, además de los nombres de los padres y del niño.

Estos principios y estos procedimientos se aplican en las inscripciones de nacimientos en todos los sistemas legales; inclusive en los registros de los niños nacidos mediante prácticas de maternidad subrogada, sin embargo la inscripción de estos últimos difieren de los procedimientos ordinarios en la medida en que si bien es la madre gestante la que ha gestado y dado a luz, no es esta la que consta como la madre legal del niño en el registro de nacimiento, sino la madre intencional amén de la voluntad procreacional.

Es por esta razón que es necesario hacer una distinción entre padres y progenitores, pues si bien estos dos conceptos pueden estar relacionados íntimamente cuando se trata de un nacimiento producido sin intervención de la reproducción asistida, en el caso de las TRA, se produce una disociación entre estas dos figuras.

En este sentido, son padres aquellos que "asumen con responsabilidad muy definida la tenencia de un hijo, (…), el progenitor muchas veces solo tiene la vinculación biológica con el hijo muchas veces sin asumir responsabilidades" (Llancari Illanes, 2008, p.97), por lo

[20]Que bajo los términos de la UNICEF es el equivalente al registro de inscripción de conformidad con la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

que, dentro del marco de la maternidad subrogada, podrían identificarse como progenitores los donantes de gametos.

Así, en el Derecho, se hace una distinción entre madre biológica y madre legal; siendo la primera aquella mujer que ha alumbrado al niño, y la madre legal, aquella mujer que es reconocida ante la ley como madre del niño, dando lugar a la identidad filiatoria tanto materna como paterna como la denomina De Cupis, en cuanto "es la que surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres" (Varsi, 2013, p. 105)

Esto se puede ver, en Reino Unido, donde si bien la filiación en un inicio se determina en razón del parto(a favor de la mujer sustituta, y de su pareja si la tenía, excepto que esta demostrara que nunca prestó su consentimiento para el proceso), los padres intencionales mediante una solicitud de parental order presentada al Tribunal Supremo de Familia de Reino Unido, solicitan la transferencia de la filiación lo que da lugar a dos certificados de nacimiento. "En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez en favor de los comitentes." (Lamm, 2013, p. 133)

A nivel de Europa es importante rescatar la labor del TEDH , pues se ha pronunciado de manera favorable respecto de la práctica de la maternidad subrogada, uno de los fallos que marcó la evolución de la jurisprudencia del TEDH es el caso Mennesson, en el cual el Tribunal condenó en 2014 a Francia por haber negado la inscripción del certificado de nacimiento expedido en virtud de una resolución judicial de la Corte Suprema de California, que declaraba que las mellizas nacidas en 2000 producto de una subrogación- hecha con el material genético de su padre intencional y el óvulo de una donante en el vientre de una mujer californiana- eran efectivamente hijas del matrimonio Menneson; en base a que tal reconocimiento contravenía el orden público francés, debido a que este tipo de procedimientos en este país están prohibidos, por lo que el certificado que determinaba la filiación entre los Menneson y sus mellizas no se consideraba válido.

El argumento del TEDH para fallar a favor de los padres intencionales se basó en que la negativa de inscripción no solo atentaba contra el derecho a la identidad de las niñas, sino también el derecho al respeto a la vida privada y familiar de las niñas, en la medida en que pese a que el padre era ciudadano francés, las mellizas no tuvieron nacionalidad francesa sino hasta después de diez años, p (Martínez, 2017)

Ahora el TEDH con la intención de afianzar su postura, emitió en el mes de abril del presente año una opinión que, si bien no es vinculante, plantea que los Estados con el objetivo de proteger el interés superior del niño, tienen que reconocer el vínculo legal entre la llamada 'madre de intención' y el menor nacido en un proceso de gestación subrogada en el extranjero.” (Europapress, 2019)

Por su parte, Estados Unidos, independientemente de las leyes estatales, para determinar la filiación del niño como hijo de los padres intencionales se ejercita una acción judicial tras la cual se emite una sentencia que determina la filiación, completando el proceso de *parental order*; esta sentencia es el documento habilitante para que los padres intencionales soliciten el certificado de nacimiento de su hijo constando estos como los padres legales, a la cual se adjunta una copia certificada de la sentencia y una carta de explicación sobre el acuerdo de subrogación; de modo que tras el nacimiento, el encargado del parto junto con los padres intencionales completan los formularios para el certificado de nacimiento del niño de acuerdo con la orden judicial.

Posteriormente estos formularios son entregados en el Departamento de Registros Vitales, que dependiendo de los plazos que los diferentes estados plantean (por ejemplo en California se obtiene el certificado de nacimiento después de cinco a diez días hábiles después del parto, en cambio en Florida se lo obtiene aproximadamente después de cuatro semanas) finalmente procesa y entrega a los padres el certificado de nacimiento de su hijo (Center for Surrogate Parenting, Inc, s.f)

Por su parte, en Illinois si bien se puede obtener igualmente una parental order, su estatuto prevé una excepción al permitir que en el caso de que los padres intencionales cumplan

todos los requisitos legales, incluyendo las certificaciones necesarias tanto con el Departamento de Salud Pública de Illinois como con el Hospital previo al nacimiento del niño, pueden omitir la obtención de la orden parental de la Corte y acudir directamente al Departamento de Registros Vitales para obtener un certificado de nacimiento. (Creative Family Connections, s.f)

Por otro lado, en Ucrania en la "Orden del Ministerio de Justicia N° 140/5 de 18.11.2003 sobre las modificaciones y adiciones a las reglas de Registro de Estado Civil" prevé que:

> Art. 2.2. En el caso de un hijo nacido de una mujer que fue implantada en el germen, concebido por los cónyuges, el registro de nacimiento se lleva a cabo a petición del cónyuge que dio su consentimiento para la implantación. En este caso, al mismo tiempo que el documento que confirma el hecho del nacimiento del niño por esta mujer, es presentado por el notario certificado por su consentimiento por escrito para la entrada de los cónyuges por los padres del niño. (Orden N° 140/5, 2003, art.2.2.)

Hay que añadir que, para que proceda la inscripción a favor de los padres intencionales, se debe anexar la declaración del consentimiento de la mujer gestante de que los padres intencionales figuren como los padres legales además de un certificado de relación genética del feto con los padres intencionales. (Orden N°787, 2013)

De modo que en función del principio de unidad de la filiación que plantea Varsi Rospigliosi, (2013) que consiste en la igualdad de trato en los hijos, que tanto en el certificado de nacimiento que se expide en el Hospital como en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil, son los padres intencionales quienes constan como los padres legales del niño.

2.3.2.3. Derechos a conocer a los padres, ser cuidado por ellos y mantener relaciones familiares

Como se mencionaba en páginas anteriores, para la construcción de la identidad del niño es medular la familia, entendida esta como la base de la sociedad; es así que independientemente de si está formada por vínculos de consanguinidad o por vínculos socio afectivos, es la encargada de la creación y conservación de relaciones familiares que ayuden al niño a crecer y a proyectarse a lo largo de su vida.

Objetivo para el cual los padres están obligados a suministrar las condiciones necesarias para generar un entorno familiar sano y estable para que el niño pueda crecer de forma sana, desarrollar plenamente todas sus capacidades y aptitudes (Aldeas Infantiles SOS Internacional, 2018) todo esto con el fin de garantizar un desarrollo integral que le permita a futuro convertirse en un sujeto apto para vivir en sociedad y capaz de asumir plenamente sus responsabilidades.

Además de los derechos al nombre, inscripción inmediata y la nacionalidad que construyen la identidad estática del niño, los derechos del niño a conocer a sus padres y a ser criado por ellos son importantes en la medida en que las relaciones humanas construidas dentro de este primer círculo social le permiten desarrollarse al niño social, afectiva, emocional, cognitiva, y personalmente, construyendo así la identidad dinámica del niño.

Tal es la importancia de estos derechos para la construcción de la identidad personal del niño que forma parte del esquema de derechos que la CDN protege, pues además de plantear el derecho del niño a vivir con sus padres, impone la obligación a los Estados Partes de velar por que no se prive arbitrariamente al niño de su entorno familiar y los cuidados parentales.

> Artículo 9
>
> 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. (CDN, 1989, art. 9)

En este sentido, es evidente que el Estado es el llamado a garantizar, en pro del interés superior del niño, su derecho a ser criado por sus padres, dentro de una familia que le ofrezca todas las facilidades para el libre desarrollo de su personalidad y bienestar, derecho que en función del principio de no discriminación planteado en el art. 2 de la CDN, que los derechos a conocer y ser criado por los padres alcanza también a los niños nacidos por maternidad subrogada.

Estados como Reino Unido, Ucrania o Estados Unidos prevén la estabilidad de una familia

de los niños nacidos por procedimientos de maternidad subrogada con los padres intencionales, pese a que en ocasiones no exista correspondencia entre la verdad genética y la verdad formal (determinación legal de la filiación), ya que lo que se protege no son los intereses de los padres intencionales, sino el interés superior del niño en la medida en que

> "Resulta más coherente establecer el criterio volitivo para la determinación de la maternidad (...) mediante el cual el hijo quedará bajo los cuidados de quien, desde un primer momento quiso asumir esta responsabilidad, dando origen a su nacimiento a través de su voluntad" (Rail Pacheco, 2010, p. 17)

De esto se desprende que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos toma otro enfoque cuando se trata del nacimiento de un niño con el uso de nuevos procedimientos como la maternidad subrogada, para lo cual es elemental recordar la distinción realizada en páginas anteriores sobre padres y progenitores, en la medida en que los padres del niño con los cuales debe crecer y mantener relaciones familiares pese a que la gestante haya llevado a término la gestación, son los padres intencionales.

En este contexto, la madre sustituta es entendida como progenitora en tanto existe una vinculación biológica con el niño, sin que por ello deba asumir obligaciones jurídicas derivadas de su nacimiento, dentro de este marco, los donantes de gametos también entran en la categoría de progenitores, ya que la donación no la hacen pensando que se va a generar algún tipo de relación jurídica entre el niño que nazca producto de su donación, sino lo hacen de manera solidaria para ayudar a las personas o parejas que si desean tener un hijo.

Así, se puede concluir que cuando se trata de niños nacidos por maternidad subrogada, el derecho a conocer a sus padres, ser cuidados por ellos y mantener las relaciones familiares únicamente se circunscribe a los padres intencionales, mas no a los progenitores.

2.3.2.4. Derecho a conocer los orígenes

Dentro del esquema familiar tradicional elementos de la identidad como el nombre, la nacionalidad, filiación, y los orígenes se entiende están exclusiva e indisolublemente relacionados a la figura de los padres, sin embargo, cuando se trata de nacimientos producto de procedimientos de maternidad subrogada y más aún cuando es heteróloga, si bien podría

considerarse que es suficiente con responsabilizar a los padres intencionales los cuales están dispuestos a proporcionar cuidados y apoyo afectivo al niño para que su crecimiento sea sano y pueda desarrollar integralmente todas sus potencialidades (Pérez Duarte y Noroña, 1998), la identidad del niño no está completa.

Pues estos mismos componentes se encuentran dispersos, generando un panorama complejo, pues por un lado se encuentran los padres legales, quienes poseen la voluntad procreacional, mientras que por otro lado se encuentra la mujer que ha prestado su útero para llevar a cabo el embarazo y los donantes que aportado su material genético.

En este punto es necesario recordar los tipos de maternidad subrogada que han sido expuestos en el primer capítulo, pues dependiendo de la variante se lleve a cabo, el conocimiento de los orígenes es diferente; al practicarse una gestación subrogada; en donde el embrión es fecundado con el material genético de los padres intencionales, el derecho del niño a conocer el origen es biológico; mientras que al practicarse una maternidad subrogada, donde el embrión ha sido fecundado con el aporte genético de donantes, de los cuales la misma mujer que ha prestado su útero pudo haber aportado su material genético, el derecho del niño a conocer el origen es genético.

Ahora, independientemente de la modalidad que se practique, el derecho a conocer los orígenes es un elemento importante de la identidad del niño, no solo porque este dato forma parte de la dimensión estática de la identidad, sino porque el acceso a este conocimiento está fundamentado en principios como el de dignidad del ser humano, del cual se desprende el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, el mismo derecho a la identidad, etc.

Estos a su vez se relacionan con otros derechos derivados de la filiación, entre ellos el derecho de alimentos o los derechos de sucesión; sin embargo, es necesario mencionar que en los casos de reproducción asistida no existe la finalidad de reclamar este tipo de derechos, “puede alegarse un derecho a la identidad para conocer el origen biológico, pero no reclamarse los derechos vinculados con la filiación” (González Contró, 2011, p. 114)

Autoras como Ana Cecilia González, Eleonora Lamm o Marissa Herrera insisten en que al circunscribirse al dato genético, el derecho a conocer los orígenes genéticos afecta a la identidad estática, por lo que es preciso hablar de un derecho a la información, en cuanto "se trata de un derecho a poder acceder a una información que se refiere a su persona, pero que no es una reivindicación de lo genético, sino la posibilidad de acceder a la información que es parte de su identidad" (Lamm, 2013, p.300).

Este derecho contempla tres facetas:

i. Saber que se ha nacido de una TRA con material de un tercero
ii. Obtener información no identificatoria
iii. Obtener información identificatoria (nombre, apellidos y datos que permitan individualizar al donante) (González, 2016, p.222)

Los padres generalmente evitan tratar el tema referente a la forma en que fue concebido el niño por razones como el miedo al rechazo social generado por la escisión en la noción de madre que introducen las TRA y el uso de gametos de terceros, o por considerar que revelar esta realidad al niño impactaría negativamente en su desarrollo psicológico, y en las relaciones afectivas con sus padres, por lo que se opta por el ocultamiento de esta realidad y se vulnera así su derecho a la información sobre sus orígenes; por lo que para poder hacer efectivo este derecho es imprescindible que los padres revelen esta realidad al niño(a), una vez roto el secreto sobre el modo de concepción se plantea la cuestión del anonimato.

Como señala Lamm "el anonimato consiste en la reserva respecto a la identidad del donante" (Herrera y Lamm, año, p.417), esto se debe a que la confidencialidad es una característica del contrato de donación de gametos que se lleva a cabo entre el donante y el centro o clínica de reproducción asistida (Gómez, 2009, p.110), por lo cual, en razón de esta reserva, tanto los receptores de los gametos o terceros ajenos a las clínicas de reproducción asistida (que incluye a los niños nacidos producto de esa donación) no deben tener conocimiento sobre sus identidades.

Así, el anonimato de los donantes ha sido custodiado con estricta confidencialidad por países como Francia, Dinamarca o Hungría con el objetivo de proteger tanto la intimidad de los donantes de gametos, y de evitar la interferencia de estos en el grupo familiar del

niño que nace con su aporte genético, en palabras de " Bossert, se trata de que quién aportó su semen para que terceros tengan un hijo no puede seriamente invocar en el futuro una voluntad procreacional ni afecto paterno, atendiendo, asimismo, esa solución el interés del hijo y su tranquilidad dentro del grupo familiar" (Sambrizzi, 2001,p.101).

Otra de las razones en las cuales se funda la reserva de la identidad del donante es el derecho de los receptores de TRA a fundar una familia, el cual se correlaciona con el derecho de las personas a gozar de los avances tecnológicos, parte del derecho a la salud sexual y reproductiva; derechos que se encuentran ampliamente protegidos por instrumentos internacionales como la DUDH, CEDAW, ICERD, CADH, el ICCPR, etc.

Sin embargo este sistema ha sido criticado duramente, pues el hecho de mantener en reserva la identidad del donante, implica varias vulneraciones conexas al interés superior del niño, pues al no permitirle conocer su verdadera historia, elemento trascendental en la construcción de su identidad personal, que en el contexto de la gestación y maternidad subrogada implica conocer a la mujer que prestó su útero y a quienes aportaron su material genético para poder hacer segura la fecundación (Famá, 2012), vulnera su derecho a la identidad, también su dignidad como ser humano, se lo degrada a la calidad de objeto, de medio de satisfacción de deseos. (Sambrizzi, 2001, p.102) y viola el principio de no discriminación y trato igualitario hacia los hijos que prevé la CDN y la DUDH, que ya ha sido mencionado en párrafos anteriores.

Es por esta razón que Francia pese a haber adoptado esta postura en un principio, por medio de varias campañas impulsadas por asociaciones que agrupan a personas nacidas por gametos de terceros exigen que el Parlamento Francés en la próxima revisión de la Ley de Bioética, se pronuncie a favor del levantamiento del anonimato del donante de gametos (Benito, 2019).

Esta postura ya ha sido adoptada anteriormente por países como Reino Unido;

> En Gran Bretaña, el anonimato fue suprimido mediante la "Human Fertilisation and Embryology Authority Regulations 2004 (Disclosure of Donor Information)" N° 1511, del 1/07/2004. Esta disposición regula dos situaciones distintas: la de quienes fueran donantes

> antes del 31/05/2005, y la de los que lo fueran luego de esa fecha. En el primer caso, la ley prescribe que, llegado a los 18 años, el joven concebido mediante TRA tiene derecho a recibir información genérica (sexo, grupo étnico, religión, integración familiar del donante, etc.), pero no se incluye el acceso a la información que permita identificar al donante. En el segundo caso, es decir, para las donaciones realizadas luego del 31/05/2005, el acceso a la información contiene los datos identificatorios. En consonancia con ello, la "Human Fertilisation and Embryology Act" de 2008 se refiere especialmente al tema en la sección 31ZA, donde se determina que a partir de los 16 años el hijo puede tener acceso a cierta información relativa al dador de gametos; y que al arribar a la mayoría de edad (los 18 años) puede acceder a que se le informe sobre su identidad. (Famá, 2012, p.187)

E incluso por organismos como el TEDH, que bajo el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos ha reconocido y consolidado la postura de que el conocimiento de los propios orígenes forma parte del derecho a la identidad, el cual a su vez forma parte del derecho a la vida privada familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ahora, esta información que se pone en conocimiento del niño es de dos tipos:

a) Información no identificatoria
b) Información Identificatoria

La información no identificatoria permite conocer simples datos genéticos o de salud del donante (Herrera y Lamm, 2014, p.5) que puedan afectar a la salud del niño que nace con el material genético aportado; no obstante, si bien esta información es importante para los receptores de material genético y la salud del niño; el Nuffield Council on Bioethics mediante el reporte llamado *Donor conception: ethical aspects of information sharing* emitido en 2013 considera que:

> "En la mayoría de los casos, dicha información sería de poca relevancia médica para la persona concebida por el donante debido a la selección y evaluación que los posibles donantes se someten antes de ser aceptados como tales. (...) De modo que antes de que se permita una donación, se debe proporcionar a los futuros padres información dentro de un formato comprensible que les de seguridad de que su hijo tendrá un bajo riesgo de heredar una enfermedad grave (...) y que solo en casos poco frecuentes, la falta de antecedentes médicos personales o familiares sobre un donante hará que cualquier diferencia con respecto a la salud o la atención médica de la persona concebida por el donante.[21]" (Nuffield Council on Bioethics , 2013, p.42)

Por lo que los datos no identificatorios no tendrían mucha utilidad tomando en cuenta que para que una persona se configure como donante de gametos tiene que pasar antes por

[21] Traducción realizada por la autora.

exhaustivos exámenes médicos para verificar "sus antecedentes patológicos personales y familiares, análisis cromosómicos para identificar problemas genéticos y exámenes psicológicos y analíticos sanguíneos que incluyen: grupo sanguíneo, posibilidad de enfermedades infecciosas y otros patrones de herencia genética." (IVI, s.f).

Por medio de la información identificatoria es posible conocer datos como los nombres y apellidos del donante; así como su fecha de nacimiento, país de origen, estado civil, grupo étnico, incluida su última dirección. (Disclosure of Donor Information, 2004).

No obstante, esta revelación de información bajo ningunas circunstancias conlleva a una alteración a la determinación de la filiación previamente establecida, en otras palabras "los hijos nacidos mediante ovo donación de gametos o pre embriones no son legalmente hijos de los donantes, sino de la mujer receptora y (...), de su marido o compañero" (Gómez, 2009, p.110)

Sin embargo, suprimir el anonimato del donante no es una postura del todo favorable, ya que dejar al donante sin la seguridad de su confidencialidad, pone en riesgo "la subsistencia del sistema de fertilidad heteróloga que se basa en la existencia de daciones de material genético, aspecto práctico que en el plano jurídico encuentra correlación con el reconocimiento del derecho a fundar una familia". (Famá, 2012, p.188).

De modo que con el propósito de proteger todos los intereses en juego:

> 1) La existencia de donantes y, consecuentemente, la satisfacción del derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la vida familiar, a la igualdad, a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida y a la dignidad,
> 2) El derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético y
> 3) El derecho a conocer los datos identificatoria del donante, más allá de que esta posibilidad quede sujeta a una decisión judicial" (González, 2016, p.222)

Se ha planteado el anonimato relativo como otra opción, la cual es seguida por países como Argentina y España, que consiste en que, si bien el anonimato es la regla, este puede levantarse ante situaciones como las que prevé el art, 564 del CCyCo:

> Art. 564.- Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

> a) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
> b) Revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. (CCyCo, 2015, art.564)

Sin embargo, el derecho del niño a conocer sus orígenes no se encuentra completo sin una institución que resguarde esta información y que tome medidas para facilitarla a los niños que hayan nacido producto de ella o a sus representantes en el momento adecuado; para este fin Reino Unido ha creó en 2004 el Registro de donadores de gametos al cual pueden acceder las personas nacidas ya sea donación de gametos una vez llegado a los dieciocho años de edad.

A nivel de Latinoamérica, Argentina por medio de la Ley Nacional 26862 de Fertilización Asistida creó el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, en los cuales se elaboran los expedientes con la respectiva información sobre los donantes de gametos que comprende sus datos identificatorios y no identificatorios. (Ley, 26.862, 2013).

Es necesario puntualizar que las diferentes posturas sobre el anonimato se refiere exclusivamente a los donantes de gametos, mas no a la madre subrogada debido la complejidad del tema; pues por un lado al estar basada la maternidad subrogada en un acuerdo entre las partes, la mujer gestante puede terminar participando en la vida familiar del niño de una manera positiva; sin contar que muchas veces las madres subrogadas son parientes o de un círculo social cercano a los padres intencionales como sucede en Brasil, o India, por lo que es inevitable mantener su identidad en anonimato, a esto hay que sumar que en el caso de países que prohíben las agencias y todo tipo de intermediación como es el caso de Reino Unido o Tailandia, el contacto frecuente entre los padres intencionales y la madre subrogada, permite que lleguen a conocerse mutuamente. (Lamm, 2012).

Mientras que autores como Irene Thery (2009) conciben a la madre gestante dentro de la categoría de donante, en cuanto su aportación de engendramiento o de capacidad de gestación tiene varios aspectos en común con la donación de gametos, como por ejemplo,

es un acto que se realiza bajo cierto nivel de confidencialidad, para que la gestante sea calificada como tal, debe realizarse una serie de exámenes médicos y psicológicos que acrediten su idoneidad física y mental para llevar a cabo el procedimiento, es un acto voluntario, pues para que se proceda la implantación del embrión o la inseminación es imprescindible su consentimiento libre y voluntario, además de ser un acto solidario, ya que pese a recibir una compensación económica por los gastos incurridos en el embarazo (médicos, de desplazamiento, alimentación) y las molestias físicas producidas en él; la intención de la gestante es ayudar a una pareja infértil. (Bartolomé, 2018)

Bajo esta perspectiva es que países como Ucrania no permiten que, sin el consentimiento previo por escrito de los padres biológicos, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Gestación Subrogada. la gestante y su pareja (de tenerla) intenten contactar o mantengan algún tipo de comunicación con el niño tras su nacimiento. (Rodrigo, 2018)

3. La Maternidad Subrogada en el Ecuador

La República del Ecuador por medio de la Constitución de 2008, de corte garantista, bajo los principios de igualdad y no discriminación consagrados en el art. 11 numeral 2, permite hacer efectivo el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad sin discriminación de algún tipo mediante la satisfacción al derecho a la salud, el cual como ya se ha visto en el primer capítulo encierra el derecho a tomar todas las decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva de las personas y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (CRE, 2008, art. 66 núm. 10) lo que a su vez incluye el participar del beneficio de los avances científicos en materia de reproducción.

Sin embargo, pese a la sentencia de la CIDH de 2012 en el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, que si bien es obligatoria para los estados miembros de la CADH, según la misma Corte "aun cuando sirve de orientación para establecer principios en esta materia, no puede invocarse como criterio unívoco a seguir, sino que debe analizarse cada caso particular" (Corte IDH, Caso El Amparo Vs Venezuela, 1996, párr. 34), recomendó la adopción de todas las medidas legislativas necesarias para garantizar el acceso a la FIV como TRA, con el fin de que todas las personas que deseen hacer uso de dichos procedimientos puedan hacerlo sin encontrar impedimentos para el ejercicio de los derechos reproductivos (Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 2012)

Y pese a la orden de la Corte Constitucional en la sentencia 184-18-SEP-CC que instó a la Asamblea Nacional en 2018 a la expedición en un plazo no mayor de un año de una normativa que regule las TRA; no existe aún ninguna normativa que regule el acceso a estas ni mucho menos a la maternidad subrogada, lo que implica la vulneración a interés superior del niño en la medida en que se afecta la determinación de su filiación y por ende su derecho a la identidad personal.

3.1. Vulneración a la determinación de la filiación en los supuestos de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente

En el Ecuador la maternidad subrogada sigue siendo una práctica alegal, la diferencia con los países que han sido mencionados en capítulos anteriores, es que en este paìs no ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre esta práctica.

Si bien existe la ya mencionada sentencia N° 184-18-SEP-CC de la Corte Constitucional, la cual, pese a que no se refiere expresamente al tema de la maternidad subrogada, ha sentado precedente jurisprudencial, ya que a la luz de diversos derechos consagrados en instrumentos internacionales y en la propia Constitución como:

> Art 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:
> 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.
> 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual (art.66.9 CRE),
> 28. El derecho a la identidad personal (...), 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, (...)
> Art. 67**.-** Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (CRE, 2008, art, 66)

La Corte reconoce que

> Si bien tradicionalmente la filiación como un hecho jurídico que determina el vínculo legal de derechos y obligaciones entre padres y madres para con sus hijos, ha sido determinada en base al principio de verdad biológica y asignación legal en estricto sentido (...) el presente caso evidencia la necesidad de adecuar las disposiciones legales infraconstitucionales para con el reconocimiento de los derechos de parejas o personas a tener hijos en base al uso de TRA, sobre las cuales, la filiación se determina en función del principio de la voluntad de procreación, esto es, la decisión de una pareja **o** persona en tener un hijo, libertad que constituye un derecho a la luz del artículo n° 7 de la Constitución. (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 184-18-SEP-CC, 2018, p. 92)

No existe un marco normativo que establezca parámetros a seguir cuando se trata de

procedimientos de maternidad subrogada; esto no significa que no sea un tema de preocupación por de legisladores, de hecho, el primer intento de regular esta práctica se dio en el 2000 en el Proyecto de Código de Familia impulsado por la Comisión de la Familia del entonces Congreso Nacional,

> 171. Maternidad subrogada o cesión de útero. -
> Los pactos que tengan por objeto el que una mujer lleve un embrión hasta su nacimiento para el beneficio de un matrimonio o unión de hecho, cualquier sea su modalidad, no dan acción contra la portadora para reclamar el cumplimiento de lo convenido, por lo que la maternidad quedará atribuida a favor de la mujer que dio a luz, pero si luego del nacimiento esta cumple voluntariamente lo pactado, se establecerá la maternidad y paternidad de los beneficiarios del pacto. En todo caso estas convenciones deben ser a título gratuito. (Proyecto de Código de Familia, 2000, art, 171)

Dentro del mismo proyecto se contemplaba como posibilidad el desistimiento de la madre sustituta, el cual para ser válido debía producirse hasta antes del nacimiento, nunca después de verificada la entrega del niño(a), esto señala la jurista Dra. Sonia Merlyn (2017) le quitaba la posibilidad a la madre genética de accionar contra la madre sustituta. (Merlyn, 2007).

Sin embargo, el proyecto de Código de Familia fue archivado, por lo que el tema quedó en las sombras un poco más de quince años, pues fue apenas que en 2016 la ex asambleísta Alejandra Vicuña planteó el Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador reabriendo la discusión respecto del tema de la maternidad subrogada, pero esta vez desde un enfoque diferente, pues a diferencia de la primera propuesta, en este cobró mayor importancia el concepto de la voluntad procreacional.

> Art. 6: El acuerdo de subrogación de vientre se establecerá por escrito en el cual se determinará las responsabilidades de los involucrados y se elevará escritura pública en la cual se incluirá la voluntad procreacional a través de la cual la persona o las personas que solicitan los servicios asumen completamente las responsabilidades, obligaciones y derechos sobre el o la nacida. (Vicuña, 2016)

Esta iniciativa fue calificada por el CAL, y remitida a la Comisión Especializada Permanente del Derecho a la Salud, con la intención de que fuera analizada y unificada con el Proyecto de COS, siendo esta la que abrió el debate de la maternidad subrogada en la Asamblea Nacional.

Sin embargo, en el camino la propuesta fue modificada, pues en el actual texto del proyecto del COS, no existe un apartado específico sobre este tema, sino que fue integrado al tema de la regulación de las TRA, estableciendo únicamente la prohibición de cobrar un estipendio a cambio de la subrogación de vientre.

Este texto es insuficiente, pues regula solo un aspecto de este procedimiento, dejando fuera elementos que revisten igual o mayor importancia como es la misma determinación de la filiación, el tema de la inscripción de los niños en el Registro Civil o el derecho a conocer los orígenes genéticos de los niños nacidos por maternidad subrogada, pero esto se debe a que esta Ley no es competente para regular sobre estos temas.

Como se mencionó líneas arriba, la misma Corte Constitucional en el fallo N° 184-18-SEP-CC instó a la Asamblea Nacional a expedir en un plazo máximo de un año una normativa legal "que regule de norma adecuada los procedimientos de TRA, a fin de que dichos métodos armonicen con los preceptos constitucionales" (2018, pág. 91)

Ha pasado más de un año y la Asamblea Nacional no ha impulsado ninguna iniciativa legislativa, más que el actual proyecto del COS donde consta esa única disposición respecto al tema de la maternidad subrogada.

Por lo que hasta el momento, el Ecuador carece de un marco normativo, lo cual vulnera el interés superior de los niños(as) nacidos de una maternidad subrogada, en la medida en que al determinar la filiación sobre el principio de veracidad biológica, y darle preeminencia al hecho del parto por sobre el vínculo socio-afectivo, se le está privando al niño de las condiciones propicias que le brindan los padres intencionales para la satisfacción de sus necesidades materiales, jurídicas y afectivas para llegar al desarrollo integral del niño.

En el ordenamiento jurídico actual, para determinar la filiación inclusive en un supuesto de gestación subrogada (incluso si la madre sustituta) no ha aportado su material genético) debido a la falta de normativa, se aplicarían los artículos 24 y 60 del C.C, que al reconocer la existencia legal de una persona desde el momento que ha sido separado de su madre,

conserva la presunción de que el parto es el hecho que determina la maternidad y reconoce a la mujer que ha gestado y dado a luz (madre subrogada), como la madre legal del niño, y de acuerdo con la filiación matrimonial, a su esposo o conviviente (en caso de haberla) como el padre de este niño.

La Ley Reformatoria de 2015 del Código Civil incorporó "la práctica del examen de ADN como prueba con el fin de establecer la filiación, por lo que es prueba idónea dentro de los juicios de impugnación de paternidad o maternidad" (CNJ, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes infractores, Resolución N° 05-2014, 2014, p.18), en este sentido, las vías civiles que potencialmente pueden activar los padres intencionales para que la filiación sea rectificada y determinada a su favor difiere mucho del supuesto fáctico en que se encuentren; la jurista mexicana Caridad del Carmen Valdez plantea cuatro supuestos:

- Pareja heterosexual que, aportando su material genético (óvulos y esperma) necesitan un vientre de otra mujer que geste el producto de la concepción lograda a través de la fecundación *in vitro*.
- Pareja heterosexual u homosexual en la que solo uno de ellos aporta su material reproductor, siendo la procreación parcialmente heterónoma, produciéndose la gestación en el vientre de una mujer ajena a la pareja, que puede a su vez aportar o no sus propios óvulos.
- Pareja heterosexual u homosexual en la que ninguno de sus miembros aporta material genético, siendo ajenos a la pareja los gametos con los que se realiza la fecundación, pudiendo aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta.
- Persona sola, hombre o mujer, que aportando o no su material genético, necesita la gestación de sustitución para el nacimiento del niño, pudiendo aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta. (Valdés Díaz, 2014, p. 464)

En el primer escenario, la vía adecuada es una es una acción de impugnación de maternidad y paternidad, la cual según el Art. 233A, tanto la madre sustituta como los padres intencionales se encuentran legitimados para poder accionarla.

Art. 233A.- La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá ser ejercida por:

1. Quien se pretenda verdadero padre o madre.
3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna. (Código Civil, 2005)

En este procedimiento debe llevarse a cabo la práctica de un examen de ADN, el cual tiene valor probatorio dentro del proceso, y por lo tanto debe producirse bajo determinadas condiciones: debe ser practicado en laboratorios ya sea públicos o privados que cuenten con peritos acreditados por la Fiscalía, o con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública respectivamente; así como para verificar la identidad de la muestra con la persona, es necesario presentar la cédula de ciudadanía y el registro de la huella dactilar. (CNA, 2003).

En consecuencia, una vez realizado el examen de ADN dentro de los parámetros establecidos, el resultado obtenido es prueba suficiente para descartar o afirmar la paternidad/maternidad (CNA, 2003, art. 13), por lo cual mediante este examen se puede reconocer que el niño/a que alumbró la mujer gestante no tiene ningún nexo biológico con esta, sino con los padres intencionales.

La adopción es otro procedimiento al cual pueden recurrir los padres intencionales para acceder a la filiación de su hijo nacido por subrogación, ya sea que uno o ninguno de los padres intencionales haya aportado su material genético, siempre y cuando exista hasta un cuarto grado de consanguinidad con el niño o la niña o se trate de la adopción del hijo del cónyuge, de lo contrario, esta adopción es calificada como prohibida de acuerdo al art. 163 núm. 2 del CNA.

A esto hay que añadir que de acuerdo al art. 159 numeral 6 del mismo código, no pueden ser adoptantes las parejas homosexuales, sino las personas solas y las parejas heterosexuales unidas en matrimonio o en vía de hecho, siendo preferidas para los procesos de adopción las parejas por encima de las personas solas.

Adicional a esto, de acuerdo al art. 166 núm. 1, en el caso de un procedimiento de adopción, el niño(a) que nace producto de una gestación subrogada, no podría vivir con sus padres intencionales, sino después de la asignación del Comité de Asignación Familiar, por lo que esto violenta su derecho a tener una familia y a gozar de una convivencia y relaciones familiares.

Por un lado, en el supuesto de la pareja heterosexual en la cual ninguno de los padres intencionales ha aportado su material genético, conforme al art.152 del mismo cuerpo normativo, se puede llevar a cabo una adopción plena; por otro lado, en el supuesto en que uno de los padres intencionales ha aportado su material genético, puede darse un doble procedimiento, al mismo estilo de los países que han prohibido la Maternidad Subrogada como España, que al mantener la determinación de la filiación materna por el hecho del parto, el padre intencional acorde al art. 247 del Cód. Civil ecuatoriano puede reconocer voluntariamente a ese hijo, mientras que la madre intencional que no ha aportado su material genético puede acudir a la figura de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente (CNA, 2003, art. 158.5)

Ahora, es necesario mencionar que para que sea viable el proceso de adopción, de acuerdo al art. 163 del CNA, no debe caber duda de que no se trata de una adopción prenatal, por lo que no será hasta su nacimiento, y hasta dos años después como señala la Dra. Sonia Merlyn, que el niño será "legalizado" como hijo de los padres intencionales; en este sentido, de acuerdo al art.158 del Cód. de la Niñez y Adolescencia, debe verificarse por parte del juez el estado de orfandad del niño respecto de ambos progenitores o en su defecto, el consentimiento de los progenitores para que se lleve a cabo la adopción; dentro de esta última causal puede entrar una variante de la maternidad subrogada que no ha sido contemplada hasta este momento, en la cual la mujer gestante además de llevar a cabo el proceso de gestación, también es la que aporta su óvulo para la fecundación, por lo que además de ser la madre biológica, es la madre genética del niño.

Por lo que pese a que la intención de procrear nace de los padres intencionales y que sin dicha voluntad no se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad subrogada, probar dicha voluntad procreacional es imposible a la luz de la legislación civil actual, pues no existe ninguna figura jurídica que la legitime, siendo el único camino viable la adopción, siempre y cuando la madre biológica del niño asienta en dicho procedimiento, de lo contrario, al no ser exigible el acuerdo de subrogación ante los tribunales ecuatorianos, debido a que adolece de objeto y causa ilícita, la filiación sería determinada a favor de la

madre biológica.

El panorama se complica aún más cuando se trata de una pareja del mismo sexo, pues de acuerdo al CNA y la misma Constitución (art. 68), uno de los requisitos de la adopción es que los adoptantes sean una pareja heterosexual; por lo que desde el Derecho Civil este es el único escenario en donde aparentemente no existen recursos que puedan ser habilitados.

Ahora, como es evidente existen algunas acciones a las que se puede recurrir, sin embargo, al final del procedimiento judicial independientemente de la acción que se haya invocado, es el juez quien mediante su sana crítica y los criterios de valoración del interés del niño tiene el deber de hacer la evaluación de los hechos, de analizar e interpretar la normativa aplicable al caso, pero más que todo pesa sobre sus hombros la ardua tarea de determinar el destino de un niño estableciendo cuál es el contexto más favorable para la realización de su interés superior

3.2. Vulneración al derecho a la identidad de los niños (as) nacidos por maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente

Como bien se ha repasado en los capítulos anteriores, doctrinariamente y en las legislaciones que regulan los acuerdos de maternidad subrogada se ha dispuesto que después del nacimiento del niño, y después de un procedimiento judicial realizado en función de su interés superior, este debe ser entregado a los padres intencionales para que estos consten como padres legales en el acta/partida/certificado de nacimiento, rompiendo así todo posible vínculo de filiación con la madre subrogante.

En el Ecuador las cosas son diferentes, pues si bien ha creado una fuerte estructura jurídica que protege el derecho a la identidad personal de los niños, contando no solo con una normativa especial (Código de la Niñez y Adolescencia) sino también con una sentencia de la Corte Constitucional (Sentencia n° 184-18-SEP-CC) que sienta precedente sobre la identidad de los niños y niñas nacidos mediante TRA, que dispone que todos los niños

nacidos mediante TRA (con material genético propio o de terceros), deben ser inscritos en el Registro Civil únicamente necesitando el certificado del centro médico donde se haya llevado a cabo el procedimiento de reproducción asistida. (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 184-18-SEP-CC, 2018, p. 92)

Y a pesar de que la misma Corte Constitucional instó urgentemente a la Asamblea Nacional a crear una regulación sobre las TRA que establezca pautas sobre temas como el establecimiento de la filiación, registro e inscripción de nacimiento de los niños nacidos mediante este tipo de procedimientos, para el momento no dispone ninguna normativa infraconstitucional en cuanto a la filiación o registro de niños nacidos mediante TRA, menos aún por maternidad subrogada.

Por lo que, en lo que respecta a la determinación de la filiación aún se mantiene la presunción *mater sermper certa est* contenido en el 60 del Código Civil, en función de la cual se presume que la madre del niño que ha nacido mediante esta práctica es aquella que lo ha gestado y alumbrado, es la madre subrogante; esto no solo afecta a la filiación del niño que nace mediante este procedimiento, sino también al consustancial derecho a la identidad del niño y por ende a todos los elementos que lo constituyen, lo que termina transgrediendo el principio de igualdad y no discriminación contenido en la Constitución de la República.

El docente Martín Epstein (2009) de la Universidad de Buenos Aires explica que la alteración de los elementos de la identidad personal puede darse por decisión propia o por imposición externa, en el primer caso no se produce ninguna violación de derechos debido a que es una decisión voluntaria, mientras que en el segundo caso se produce la imposición de una identidad ajena producto de la negación de algún elemento constitutivo de la identidad del niño, que se termina constituyendo en la identidad real

> En esta nueva identidad, en la cual se presenta un ocultamiento de la mencionada situación de negación, aparece una nueva forma del ser, siendo en realidad la negación del ser. (...)La negación de la identidad original, ocultada en una identidad impuesta que se transforma en identidad "real", conlleva una situación de permanente violación de aquel articulado (art. 8) de la Convención sobre Derechos del niño. (Epstein, 2009, p.5)

Dentro de este contexto, los arts. 24 y 60 del C.C que determinan las fuentes de filiación y presumen la maternidad por el hecho del alumbramiento correspondientemente, y las disposiciones respecto a la inscripción de nacimiento que contiene la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, su correspondiente reglamento y la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación vulneran bajo los siguientes términos el derecho del niño que nace mediante una práctica de maternidad subrogada a una identificación, que implica tener un nombre y a tener una inscripción inmediata a su nacimiento:

De acuerdo al art. 27 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles que establece que todo ser humano que sea extraído o expulsado completamente del cuerpo de la madre y que haya dado alguna señal de vida se considera ha nacido vivo, se confirma que el parto es el hecho que determina la filiación materna.

Hecho que de acuerdo a los art. 28 de la misma ley y el art. 29 Ley de Orgánica de gestión de la Identidad y Datos Civiles, es probado por el informe estadístico de nacido vivo, el cual según el art. 16 del Reglamento a la citada ley, además de contener datos como el lugar y la fecha de nacimiento, su sexo, el establecimiento donde sucedió el hecho vital, deben registrar los nombres con los que se inscribirá al niño y los nombres y apellidos de la progenitora.

A su vez, teniendo como base el informe estadístico de nacido vivo y los datos de la progenitora, es decir la gestante, que se desprenden de este, se procede a realizar la inscripción de nacimiento donde al constar los nombres y apellidos de la madre subrogante como la madre legal del niño de acuerdo a su cédula de identidad, se determina la filiación materna a favor de la madre gestante, y de encontrar que existe un vínculo matrimonial o de hecho, se establecerá obligatoriamente la filiación paterna.

Por lo que, para que finalmente se pueda rectificar dicha inscripción mediante alguna de las acciones previstas por nuestro ordenamiento jurídico actual, las cuales ya han sido establecidos en el punto 3.1, se necesita de un ingente de recursos económicos, judiciales, y sobre todo tiempo, pues como se puede recordar, el tiempo que demoró el proceso que

terminó por disponer la inscripción de la menor Satya Amani Bicknell demoró seis años.

Esto no se acaba aquí, pues a pesar referirse a las TRA como técnicas base, a quien se le practica la IA o FIV es una mujer diferente de la que pretende ser la madre legal del niño que nazca producto de este procedimiento, en este sentido, incluso podría hablarse de una vulneración del niño a conocer su verdad biológica, sus progenitores, sus orígenes, que confluyen con las personas en quienes radica la voluntad procreacional, que a la postre no solo produce una afectación de su identidad estática, sino también en la falta de una convivencia con sus padres, que pese a que no lo gestaron, desde el momento mismo de la concepción desarrollaron un estrecho vínculo socio afectivo, contemplándolo como parte de su proyecto de vida, y crearon un entorno familiar y condiciones aptas para su desarrollo integral; pero que por falta de una normativa que los respalde, no pueden ser reconocidos como padres legalmente.

Pues en el caso de haber sido concebidos con material genético de terceros, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, pese a que en el art. 9 señala que las disposiciones contenidas no serán aplicables a los casos de sangre humana, sus componentes diferenciados, espermatozoides y óvulos (Ley de donación y trasplante de órganos, 2011 ; sin embargo bajo la interpretación de que este acto igualmente entra la categoría de donación, podría aplicarse el art. 11 según el cual la identificación del donante nunca será divulgada salvo mediante requerimiento judicial como parte de una acción de habeas data. (Ley de donación y trasplante de órganos, 2011).

3.3. Propuesta de reformas legislativas

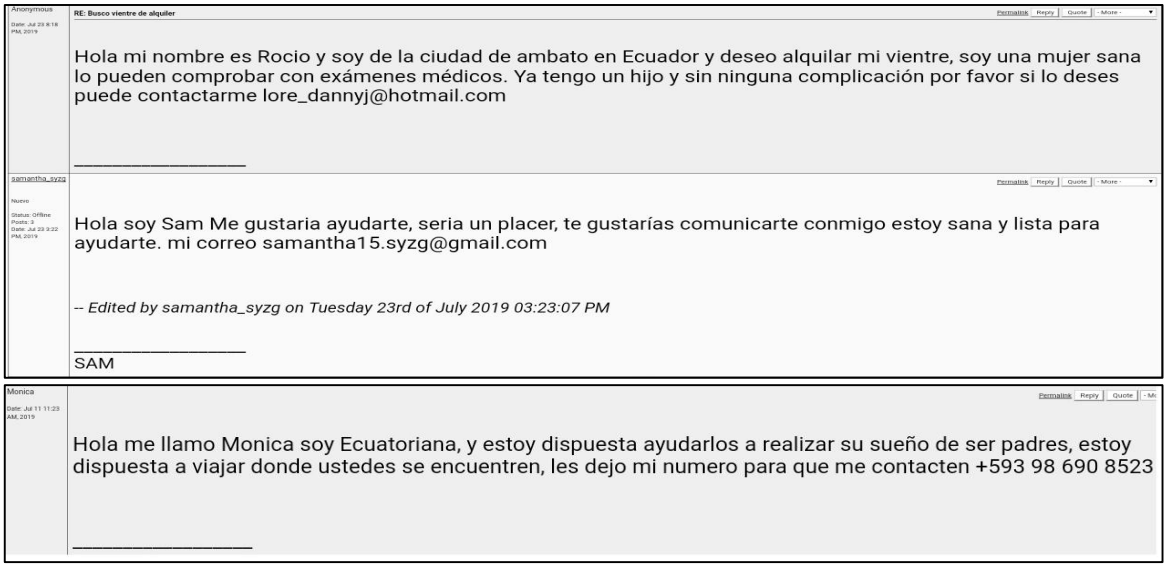
En el Ecuador, el empleo de las TRA es cada vez más frecuente, "según el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (Redlara) entre 1994 y 2014, en el Ecuador nacieron 2.372 niños con técnicas de reproducción asistida" (Almeida, 2019) y para 2018 esta cifra aumentó entre seis y ocho mil niños (Teleamazonas, 2018); sin embargo

comparando con el índice anual de nacidos vivos (266.464)[22](INEC, 2017, p.11)esta cantidad es pequeña.

Si bien el número de niños que nacen mediante reproducción asistida es bastante inferior al de los niños que nacen con procreación natural, es obvio que existe una minoría que está en crecimiento y es también es necesario regular para las minorías, ya que no hacerlo los invisibiliza aún más, dejándolos en un estado de inseguridad jurídica y dejando este tipo de procedimientos en la clandestinidad, dejando vía libre para la proliferación de anuncios en todo tipo de plataformas, incluso comerciales sobre vientres en alquiler.



[22]Datos oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) en 2017.



Este tipo de anuncios muestran la urgencia de regular las TRA mediante una ley específica que incluya a la maternidad subrogada -y enfatice en aspectos como la naturaleza del acuerdo de subrogación, requisitos para ser progenitores intencionales y madres sustitutas, obligaciones y derechos mínimos de estas y de los progenitores intencionales, determinación de la filiación, o el tema de la inscripción de los niños nacidos mediante esta técnicas-; proponer un proyecto de tal magnitud es complejo, como explica la Dra. Claudia Orellana [23]no solo exige un análisis jurídico, sino un debate multidisciplinario previo con expertos de varias áreas, medicina, psicología, sociología e incluso economía, pues debe también analizarse si existe una disponibilidad de recursos para asignar un presupuesto suficiente para la creación de comisiones para discutir este tema, no solo desde la Asamblea Nacional, sino también con representantes de la sociedad civil y grupos minoritarios, pues es un tema que en la realidad nacional implica una controversia entre derechos reproductivos, las teorías del inicio de la vida humana , la disposición del cuerpo humano, etc.

Así, el objetivo de esta última sección es fijar las pautas para las reformas que deberían hacerse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, pues la implementación de un marco normativo que regule las TRA no solo incluye una ley específica, sino también una serie de reformas a diferentes leyes vigentes, como el Código Civil, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y la Ley de Donación y

[23] Ir a Anexo 5, p. 152.

Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, pues la maternidad concebida como una institución del Derecho de Familia cambiaría radicalmente, sin embargo es necesario mencionar que las mismas para que surtir efectos necesitan de una ley específica en materia de reproducción asistida.

3.3.1. Código Civil Ecuatoriano

La práctica de las TRA conlleva una disociación entre los actos de fecundación, gestación y parto; esta división es aún más marcada cuando se trata de una maternidad subrogada, pues la mujer que gesta y alumbra no solo no es la dueña del material genético, tampoco es la misma mujer que asume las obligaciones jurídicas de la filiación materna.

Esto a nivel jurídico conduce a un cambio radical de varias instituciones del Derecho de Familia, una de ellas son las fuentes de filiación, pues el parto dejaría de ser el hecho en función del cual se determine la filiación materna; dentro de este contexto es que legislaciones como Argentina han actualizado las fuentes de filiación de acuerdo a los avances biomédicos, agregando las TRA como una de ellas.

> Artículo 558. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos
> La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.
> La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Llegando a institucionalizar el concepto de voluntad procreacional (CCyCo, 2015, art. 652) como fundamento sobre el que se construye el vínculo jurídico de filiación por TRA en forma de consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las TRA (CCyCo, 2015, art. 560) el cual puede ser revocado mientras no se haya producido la concepción de la persona o la implantación del embrión (CCyCo, 2015, art. 561).

Por lo que, en el Código Civil vigente se deben implementar tres reformas, la primera es respecto del art. 24 sobre las fuentes de filiación en nuestro sistema civil de la siguiente forma:

Art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;

b) Por haber sido concebido una persona mediante técnicas de reproducción humana asistida con material genético homólogo o heterólogo dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente.

c) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,

d) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

En consecuencia, se debe añadir en el siguiente artículo la igualdad de derechos para los hijos nacidos por reproducción asistida.

Art. 25.- En los casos señalados en los literales a) **b)** y c) del artículo anterior, los derechos de los padres y de los hijos son correlativos, pero en el caso del literal d), el hijo tendrá todos los derechos, como los demás hijos, y los padres tendrán todas las obligaciones de tales, pero no podrán exigir ningún derecho, ni siquiera el de herencia, frente a los hijos a quienes no reconocieron voluntariamente.

Y la tercera modificación respecto del art. 60 respecto del principio de la existencia de una persona, modificando de la siguiente manera:

Art. 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre, **o de la mujer que la ha gestado en el caso de haberse recurrido a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida**

(...)

3.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia

El actual Código de la Niñez y Adolescencia sigue la misma línea de pensamiento que el Código Civil pues los derechos del niño(a) a la identidad, a tener una familia y a la convivencia familiar, a conocer a sus progenitores y mantener relaciones con ellos, a la salud, etc. son fijados de acuerdo al hecho del parto; mas no en la voluntad de la madre intencional; es necesario comenzar por modificar el art. 20 acerca del derecho a la vida de los niños, replanteando la prohibición sobre los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas sobre el embrión humano, ya que prohibir toda práctica médica sobre el embrión recae en prohibir las TRA o el mismo diagnóstico genético pre implantacional, que tiene el objetivo de eliminar numerosas enfermedades genéticas de padres a hijos; de modo que solamente deben prohibirse prácticas médicas que causen un perjuicio a la vida humana.

Para las siguientes reformas al CNA considero apropiado implementar en el marco de la maternidad subrogada las nociones de madre, entendida como la mujer gestante o progenitora como plantea la HFEA de Reino Unido en su art. 33:

> Art. 33.- Significado de "madre"
> (1) La mujer que lleva o ha llevado a un niño como resultado de la colocación de un embrión o de un espermatozoide y óvulos, y ninguna otra mujer, debe ser tratada como la madre de la madre. niño. (...) [24](HFEA, 2008, art. 33)

Otra modificación que se plantea es sobre el art. 22, si bien plantea que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y a desarrollarse en su familia biológica, en el caso de una maternidad subrogada tradicional, donde el embrión es concebido en su totalidad con material genético de donantes; es necesario ponderar la voluntad procreacional de la madre intencional, ya que si bien puede no ser la madre genética/biológica del niño, es la mujer en razón de la cual se determinó el surgimiento de una serie de hechos que terminan con el nacimiento de ese niño y la madre sustituta es un sujeto relevante en la medida en que la madre intencional manifiesta su voluntad de procrear. (Torres, 2017).

[24] Traducción realizada por la autora.

Por lo que debe agregarse una disposición en los siguientes términos:

> **Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar**. - los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica, **salvo en los supuestos de niños y niñas nacidas mediante técnica de reproducción humana asistida con material genético de terceros, en los cuales en atención al principio del interés superior de los niños y niñas el derecho a vivir a tener una familia radica en los padres intencionales.**
>
> El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. (...)

La cuarta reforma que considero debe implementarse es respecto delart. 21 en el que se dispone el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos; en el cual se debe añadir que el derecho a conocer a la familia biológica es también aplicable a las familias vinculadas mediante filiación por TRA, sin que dicho conocimiento sobre los orígenes biológicos altere la filiación anteriormente determinada.

> **Art. 21.- Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos. -** (...) Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a sus progenitores, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.
>
> **El derecho a conocer a la familia biológica se entenderá también aplicable a todas las familias vinculadas mediante filiación por técnicas de reproducción humana asistida, no obstante, dicho conocimiento sobre los orígenes biológicos no desplaza la filiación anteriormente determinada**.

En este sentido, el art. 33 sobre el derecho a la identidad debe incluir el conocer los propios orígenes genéticos.

> **Art. 33**.- **Derecho a la identidad. -**Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad, sus relaciones de familia, y **la información sobre los orígenes genéticos** de conformidad con la ley.

La identidad de los padres es elemental para la determinación de la filiación y el consustancial derecho a la identidad del niño, sin embargo como se ha visto a lo largo de la presente investigación en los supuestos de maternidad subrogada existe una disociación de la misma, por lo que pese a que la madre sustituta no haya donado su material genético, en la realidad práctica, el niño que nace tiene un vínculo biológico con esta, el cual es probado mediante la identificación dactilar de la mujer que lo ha dado a luz en la certificación estadística de nacido vivo. Por lo cual otra de las reformas sería respecto del art. 36 sobre las normas de identificación, en la cual se debe precisar que, en el caso de procedimientos de reproducción asistida, el nombre de la madre sustituta.

> **Art. 36.- Normas para la identificación. -**En la certificación de nacido vivo, que deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento, constará la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida. **Empero en los supuestos de maternidad subrogada, previo a un procedimiento judicial en que se determine la filiación a favor de los padres intencionales, en la certificación de nacido vivo constará el nombre de la madre sustituta**. (...)

El principio de unidad de filiación del art. 99 que promueve la igualdad de todos los hijos (matrimoniales y extra matrimoniales) ante la ley, la familia y la sociedad, se también entiende aplicable a todos los niños concebidos mediante TRA ya sea con material genético homólogo o heterólogo, esto implica no solo garantizar sus relaciones de familia independientemente de la forma de su concepción sino también respetar todos los modelos de familia como especifica el art. 67 de la Constitución de la República.

Por lo que se debe reformar el art. 98 del CNA de la siguiente manera:

> **Art. 98.- Familia biológica.** -Se entiende por familia biológica la formada por el padre, la madre, sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad.
> **Las niñas y niños adoptados y concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida con material genético de terceros se asimilan a los hijos biológicos,** igualmente, para todos los efectos el padre y la madre adoptiva son considerados como progenitores; **en el caso de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida con material genético de terceros, el padre y la madre intencionales son considerados progenitores**.

Finalmente es necesario reformas algunas disposiciones respecto de la adopción, el art. 167 señala que la adopción prenatal está prohibida, en este sentido, es necesario especificar la diferencia entre la adopción y la maternidad subrogada, como se explicó en la sección 2.2.1. sobre el parentesco y la filiación, la adopción por un lado "es una institución tutelar del Derecho de Familia mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con ella" (Varsi Rospigliosi, 2007), mientras que en la maternidad subrogada, modalidad de gestación subrogada si existe un vínculo sanguíneo entre los padres y el embrión implantado en la matriz de la madre sustituta, el cual puede probarse mediante la práctica de un examen de ADN; sin embargo la maternidad subrogada tradicional por carecer del nexo biológico entre los padres intencionales y el niño que nacerá fruto de la subrogación puede ser confundido con la adopción prenatal.

Igualmente puede prestarse para esta confusión la segunda causa de prohibición, la adopción de candidatos predeterminados, pues al no existir un vínculo biológico de hasta cuarto grado de consanguinidad entre el niño(a) y los padres intencionales, se entiende que se está incurriendo en una adopción prohibida por la ley; en este mismo problema se halla el art. 166 núm. 1 al prohibir en la fase administrativa del proceso de adopción la pre asignación de una familia a un niño(a), salvo casos necesarios como adopción o

discapacidad.

Por esta razón es necesario especificar en qué consiste la maternidad subrogada en un plano general, posteriormente explicar en qué consiste la gestación subrogada y la maternidad subrogada tradicional y finalmente plantear que la normativa establecida es aplicable para la gestación subrogada.

3.3.3. Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

Las modificaciones que deben implementarse en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y en su reglamento deben hacerse de acuerdo a la reforma planteada líneas arriba sobre el derecho a la identificación del niño planteado en el art. 36 CNA, así:

> Art. 27.- **Nacido vivo.-** Cada ser humano, expulsado o extraído completamente del cuerpo de la **mujer que lo ha gestado**, independientemente de la duración del embarazo, de un producto de la concepción, que, después de dicha separación, respire o dé cualquier otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria, tantos si se ha cortado o no el cordón umbilical y esté o no desprendido de la placenta, se considera nacido vivo.

De acuerdo a la reforma planteada para la Ley en cuestión, también debe implementarse en el Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, el cumplimiento de la exigencia establecida por la Corte Constitucional en el fallo n° 184-18-SEP-CC, que insta a que para la inscripción de niños nacidos por TRA, sea necesaria la presentación de un certificado del centro médico donde se haya llevado a cabo el procedimiento de reproducción asistida.

> **Art. 16**.- Datos que debe contener el Informe Estadístico de Nacido Vivo o su equivalente físico o electrónico. - Deberán constar al menos los siguientes datos:
> 1. Lugar y fecha de nacimiento;

2. Nombre o nombres con los que se inscribirá al nacido vivo;

3. Sexo del nacido vivo;

4. Nombres, apellidos y número documento de identidad de la progenitora **o madre sustituta en los supuestos de gestación subrogada;**

5. Certificación del establecimiento de salud de haber llevado a término un procedimiento de reproducción humana asistida con la firma del médico que llevó a cabo el procedimiento.

6. Determinación del establecimiento de salud donde ocurrió el hecho; y

7. Firma física o electrónica del médico que atendió el parto. (...)

Posteriormente, como el plazo para realizar la inscripción de nacimiento es de tres días después de nacido el niño, es necesario prever en la futura ley de reproducción asistida que para la determinación de la filiación del niño a favor de los padres intencionales es necesario un procedimiento judicial, como ha establecido Reino Unido en la HFEA, en este sentido, deben haber dos inscripciones de nacimiento, la primera realizada dentro de los tres días siguientes al parto constando los datos de la madre sustituta y una segunda que se realizaría una vez obtenida la resolución judicial que determina la filiación a favor de los padres intencionales, registrando los nombres, apellidos y número de cédula de identidad de estos; de modo que la disposición sobre los datos que deben constar en la inscripción de nacimiento sería reformada en la siguiente medida:

Art. 30.- **Datos de la inscripción de nacimiento.** El registro de la inscripción de nacimiento deberá contener al menos los siguientes datos:

1. (...)

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. **Nombres, apellidos nacionalidad y número de cédula de la madre sustituta en los supuestos de gestación subrogada.**

(...)

9. Apellidos, nombres, nacionalidad y número de cédula de identidad del solicitante.

Los datos en mención pueden ser modificados mediante acto administrativo o

resolución judicial.

En los supuestos de maternidad subrogada, existirán dos inscripciones de nacimiento, una primera inscripción provisional realizada dentro del plazo correspondiente, que de acuerdo al principio de prevalencia establecido en el art. 17[25], será desplazada por una segunda inscripción de nacimiento realizada posteriormente a un procedimiento judicial en que se determine la filiación a favor de los padres intencionales, en donde sus nombres sean registrados como los padre legales del niño o niña nacida por gestación subrogada.

De la mano de la reforma de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, también debe modificarse el art. 14 del reglamento sobre los datos que deben constar en la inscripción de nacimiento.

Art. 14.- Datos que debe contener la inscripción de nacimiento.- Los datos establecidos en el art. 30 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, son de cumplimiento obligatorio para la inscripción o registro de un nacimiento, los cuales serán registrados en el sistema informático correspondiente dentro de los tres días de ocurrido el nacimiento y se complementarán con la información que reposa en la institución responsable del registro civil, identificación y cedulación en base al número único de identidad de los progenitores, según corresponda.

(...)

Los datos de la madre para la inscripción de nacimiento, **incluso en los casos de gestación subrogada se registrarán de acuerdo a lo constante en el informe estadístico de nacido vivo físico o electrónico**, (...)

Respecto de la obligación a solicitar la inscripción de nacimiento, se debería establecer que, en los casos de gestación subrogada, posterior a la resolución judicial, los legitimados para

[25] Art. 17.- Prevalencia. El último registro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas, su identidad e identificación prevalece sobre los anteriores o sobre los hechos y actos no registrados, con las excepciones que la ley disponga.

solicitar la inscripción de nacimiento son los padres intencionales.

> **Art. 32.-Obligación a solicitar la inscripción del nacimiento. -**Se encuentran obligadas a solicitar la inscripción del nacimiento, en su orden, las siguientes personas:
> 1. (...)
> 5. **En los supuestos de gestación subrogada, la madre sustituta se encuentra imposibilitada de solicitar la inscripción de nacimiento, razón por la cual el profesional de la salud o quien atendió el parto tienen la obligación de notificar y solicitar la inscripción, que se realizará con base en los datos constantes en el** certificado estadístico del nacido vivo.
> **6- El padre o la madre intencional en los casos de gestación subrogada, junto con la resolución judicial que determina la filiación. (...)**

Por lo que dicha resolución judicial servirá para probar la filiación entre los padres intencionales y el hijo nacido fruto de un procedimiento de gestación subrogada.

> **Art. 35.-Prueba de filiación. -**La filiación se probará con la comparecencia del padre o la madre o ambos. En caso de no tener vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, la filiación se probará con la comparecencia de ambos.
> **En los casos de gestación subrogada, la filiación será probada con la resolución judicial que determina la filiación a favor de los padres intencionales. (...)**

3.3.4. Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células

La actual Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células indica que se exceptúa de su ámbito de aplicación óvulos y espermatozoides.

"Art. 9.- Excepciones. - Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a los casos de sangre humana, sus componentes diferenciados, espermatozoides y óvulos" (Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 2011, art. 9)

Sin embargo, el Genetista Cesar Paz y Miño en una entrevista realizada por la Revista Mundo Diners en el mes de mayo, sostiene que esta disposición se presta a varias interpretaciones.

> "Estás hablando de donación, entonces por qué no incluir a los espermatozoides y óvulos, que son productos anatómicos. La anatomía es el estudio del cuerpo, dentro de eso uno podría decir que los componentes del cuerpo son las gónadas, y las gónadas producen óvulos y espermatozoides. La ley es ambigua". (Almeida, 2019)

En fin, si bien se puede encontrar argumentos que ayuden a afianzar esta postura, El Ecuador ha hecho suyo este criterio en cumplimiento con lo que establece la OMS, pues dentro del documento sobre los Principios Rectores sobre el Trasplante de Células, Tejidos y Órganos humanos, explica que no pueden ser aplicados para las células reproductivas.

"Los Principios Rectores no se aplican al trasplante de gametos, de tejido ovárico o testicular, ni de embriones con fines reproductivos, ni tampoco a la sangre ni a sus elementos constitutivos para fines de transfusión" (OMS, 2010, p. 10)

Esta es la razón por la cual sería imposible reformar esta ley, por lo que, respecto a la donación de gametos, embriones e incluso ADN mitocondrial, al igual que temas como el anonimato de los donantes gametos o las excepciones para que la identidad de los donantes sea levantada deben ser exclusivamente regulados por una ley diferente y específica para la materia, tal como lo ha instado a hacer la Corte Constitucional en el Caso Satya a la Asamblea.

4. Conclusiones y recomendaciones

A partir de la investigación relatada en páginas anteriores, podemos concluir lo siguiente:

- No es recomendable llevar a cabo la maternidad subrogada tradicional, donde la madre sustituta aporta su propio material genético, debido a los problemas que genera en el ámbito jurídico, pues tanto en Reino Unido, Ucrania, Estados Unidos, y países que carecen de legislación expresa sobre la materia, como Argentina, Perú, Colombia y el mismo Ecuador, la madre sustituta no es solo la madre biológica, sino también la madre genética, por lo que, lejos de tratarse de una maternidad subrogada, se trata de una adopción del niño o niña por parte de la madre intencional.

- En el Ecuador, el tema de la maternidad subrogada ha sido objeto de debate en el ámbito legislativo en varios momentos: en el 2.000 con el Proyecto de Código de Familia, en 2016 con el Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador, y en 2017 con el Proyecto de Código Orgánico de la Salud, sin embargo, ninguna de las tres propuestas de regulación ha sido aceptada por la Asamblea Nacional, esto solamente refleja que el Ecuador no se encuentra listo para afrontar este tema dentro de su ordenamiento jurídico.

- La maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades, es una práctica que ha alterado radicalmente el anteriormente incuestionable principio pauliano MATER SEMPER CERTA EST (la madre siempre es cierta), pues hoy en día, la mujer que da a luz, no necesariamente es la madre del niño o niña que ha gestado en su vientre. Esta práctica que implica la disociación de la maternidad hasta en tres mujeres como se ha visto en esta investigación, es fruto de la evolución del concepto de maternidad, pues pasó de ser directamente asociado con el hecho del parto, al desarrollo de un vínculo socio-afectivo que va más allá del nexo biológico.

- Todos los niños y niñas tienen derecho a una tener una filiación determinada, a conocer y ser criados por sus padres y a mantener las relaciones familiares; en el caso de los niños/as nacidos sin ayuda de la reproducción asistida, estos derechos están exclusiva e indisolublemente relacionados a la figura de los padres; sin embargo en el caso de los niños/as nacidos por maternidad subrogada, y con material genético de terceros; estos derechos no solo incumben a sus padres (intencionales), sino también a los donantes de gametos e incluso a la madre sustituta; en este sentido, en virtud del principio de igualdad y no discriminación que está consagrado no solo el CNA, también por la CRE y la CDN, los niños tienen derecho a conocer y ser criados por sus padres intencionales, además de conocer sus orígenes genéticos y biológicos, es decir a conocer la forma en que fueron concebidos y quiénes son sus progenitores, ya que el conocimiento sobre sus orígenes, al igual que el desarrollo en compañía de sus padres, es esencial para la construcción de la identidad de una persona.

- Se considera que el hecho de levantar la reserva sobre la identidad de los donante de gametos pone en riesgo la subsistencia del sistema de fertilidad heteróloga que se basa en la existencia de daciones de material genético, sin embargo esta conjetura no tiene mucha lógica, pues si bien el niño/ a lleva el mismo material genético que el/la donante de gametos, en virtud del principio de unidad de la filiación del que habla Varsi (2013), no implica que el donante de gametos sea el padre/madre del niño/a.

- El Ecuador carece de un marco normativo apropiado que regule las TRA y la maternidad y gestación subrogada, lo cual vulnera el interés superior del niño en la medida en que, el C.C al determinar la filiación sobre el principio de veracidad biológica, le da preeminencia al hecho del parto, por sobre el vínculo socio afectivo, y le priva al niño/a de las condiciones propicias que han asegurado los padres intencionales para garantizar el desarrollo integral del niño.

- En el Ecuador, si bien resulta complejo establecer estadísticas sobre el porcentaje de las parejas que hacen uso de la maternidad subrogada, de los anuncios que se encuentran en las diversas plataformas de internet y de la información proporcionada en las entrevistas a varios profesionales especialistas en la rama, se puede deducir que el empleo clandestino de la maternidad subrogada es cada vez más frecuente, por lo que, justamente este vacío legal propicia que este tipo de procedimientos se lleven a cabo en la clandestinidad, y se vulneren derechos de los padres intencionales, la madre sustituta y sobre todo el interés superior del niño/a que nace de ese procedimiento.

En base a las conclusiones expuestas en las líneas anteriores, se pueden dar las siguientes recomendaciones:

- Pese a que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, que tiene el objetivo de proteger y garantizar el efectivo goce de todos los derechos consagrados en la Constitución de la República y en los diferentes tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos; los derechos sexuales y reproductivos, recogidos a lo largo del contenido de la propia Constitución de la República, se cumplen de manera imperfecta en la realidad material de nuestro país; por consiguiente es necesario que de conformidad con el principio de progresividad, según el cual los derechos están en constante cambio, se amplíe el contenido de los derechos reproductivos, a nivel normativo, jurisprudencial y de políticas públicas, de modo que no exista un desfase entre la realidad nacional y el ordenamiento jurídico interno que pueda afectar al cumplimiento de los derechos de las personas.

- En el Ecuador, las TRA y la maternidad subrogada y gestación subrogada si bien son practicadas por un pequeño sector de la sociedad, es una población que cada vez va en aumento. En este sentido, es necesario que en virtud de lo recomendado por la Corte IDH en 2012 y de lo establecido por la Corte Constitucional en el fallo del cao Satya, la Asamblea Nacional cree un marco normativo que regule no solo las

TRA, sino que incluya a la maternidad subrogada, y trate los aspectos referentes a la naturaleza del contrato, los requisitos mínimos para ser padres intencionales, madre sustituta, la determinación de la filiación, el registro de los niños nacidos mediante maternidad subrogada, etc.; de modo que no solo proteja los derechos de los intervinientes, sino también los derechos de los niños y niñas que nacen fruto de este tipo de procedimientos.

- La potencial regulación que implemente el Ecuador sobre TRA y maternidad subrogada, debe prohibir la maternidad subrogada tradicional en donde la madre sustituta aporte su material genético, y en lugar de ello, se disponga que de estar imposibilitada la madre intencional de aportar su material genético, se recurra a una donante de gametos; pero que nunca la calidad de madre biológica y genética recaiga sobre la misma mujer.

- Si bien es urgente la implementación de una regulación legislativa acerca de la maternidad subrogada, como se ha dicho anteriormente, el Ecuador no está preparado para afrontar una ley de ese tipo, debido a los costos políticos y económicos que conlleva, sin embargo es necesario modernizar nuestro anacrónico Código Civil incorporando así una nueva fuente de filiación al Sistema Civil, las TRA, lo que a su vez implica la institucionalización de la voluntad procreacional como fundamento sobre el que se constituye la filiación por TRA.

5. Bibliografía

Libros

1. Arámbula Reyes, A. (2008) Maternidad Subrogada. Servicios de Investigación y Análisis. México. D.F. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf

2. Bossert, G; Zanonni, E. (2004) Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires-Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma
3. Bullard González, A. (1996) Estudios de Análisis Económico del Derecho. Ara Editores. Perú

4. Cárcaba, M. (1995) Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Barcelona: José Ma. Bosch Editor

5. Cabrera. J.P (2010) El Interés Superior l Niño: El adendum a los libros escritos sobre Derecho de Menores. Quito: Ed. Jurídica Cevallos

6. Cecotti, M. (2004). Reproducción Asistida: Aspectos psicologicos de la esterilidad , la parrentalidad y la filiación. Madrid, España: Grupo5.

7. Chiapero, S. M. 82012) Maternidad Subrogada. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires-Argentina.

8. Fernández Sessarego, C. (1992) Derecho a la Identidad Personal. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires-Argentina.

9. García Falconí, J. (2006) Manual Teórico Practico en Materia Constitucional y Civil: Los Juicios por las Acciones de Investigación de la Paternidad y Maternidad en la Legislación Ecuatoriana; la Filiación y el Derecho Constitucional a la Identidad. Tomo I. Librería Jurídica ONI, Quito-Ecuador.

10. Harter, S. (1997) Desarrollo de la personalidad y la identidad. En: Pérez Olvera. M. (2006) Desarrollo de los Adolescentes III Identidad y Relaciones Sociales. Recuperado de: http://www.biblioteca.cij.gob.mx/Archivos/Materiales_de_consulta/Drogas_de_Abuso/Articulos/Libros_Adolecencia.pdf)

11. Lamm, E. (2013) Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Recuperado de: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf

12. Massé García, M.C, (2015) Infertilidad y Procreación. Una propuesta ética para un mundo tecnológico

13. Mendoza, H, (2011) La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica. Ed. Fontamara. México D.F

14. Merlyn Sacoto, S. (2006) Derecho y Reproducción Asistida. Editora Jurídica Cevallos. Quito-Ecuador

15. Merlyn Sacoto, S. (2018) El Concebido ante el Derecho. Editora Jurídica Cevallos. Quito-Ecuador

16. Morán de Vicenzi, C. (2004) El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial. Ara Editores. Lima-Perú.

17. Pérez Contreras, M. (2010) Derecho de Familia y Sucesiones. México D.F-Mexico:Nostra Ediciones

18. Rabinovich-Berckman, R. (2011) Derecho Civil. Parte General. Ed. Astrea. Buenos Aires- Argentina.

19. Romero Coloma, A. M (2009) Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad. Bosch Ed. Barcelona- España.

20. Sambrizzi, E. A (2001) La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires- Argentina.

21. Simon Campaña, F. (2008) Derechos de la Niñez y la Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales. Tomo I.Ed. Jurídica Cevallos. Quito-Ecuador

22. Simon Campaña, F. (2014) Interés Superior del Niño: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva. Ediciones Iuris Dictio: Universidad San Francisco de Quito. Quito-Ecuador

23. Valencia Zea, A. (1957) Derecho Civil. Parte General y Personas, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá- Colombia

24. Varsi Rospigliosi, E. (2013) Tratado de Derecho de Familia. Tomo IV. Ed. Gaceta Judicial. Lima-Perú

Capítulos de Libro

25. Álvarez, R. (2017) el derecho a la identidad. En: [Pérez Contreras, Ma. De Montserrat, Macías Vázquez, Ma. Carmen, González Martín, Nuria; Rodríguez Jiménez, Sonia (coord.)] Temas selectos de vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes, instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 1era edición. México. Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4242/8.pdf

26. Cillero Bruñol, M. (2010) El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En [R. Ávila Santamaría, M.B. Corredores Ledesma (coord.)] Derechos y garantías de la niñez y la adolescencia:

hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral. (pp.85-1017) Quito-Ecuador.

27. Gómez Sánchez, Y. (2009) Cuestiones Legales de la Reproducción Asistida. En [C. Moreno Rosset (coord.)] Infertilidad y Reproducción Asistida. (pp103-120.) España: Ed. Pirámide.

28. Herrera, M., Lamm E. (2015) Derechos a conocer los orígenes y a la información. en [S. Bergel, L. Flah, M. Herrera, E. Lamm, S. Wierzba, (coords.) Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación. (pp.415-436) Argentina: Ed. Thompson Reuters.Pérez Duarte y Noroña, A. E. (1998) Genética y Filiación. Viejos y Nuevos Problemas en la Reproducción Humana. En [V.M, Martínez Bullé Goyri (Coord.)] Diagnóstico Genético y Derechos Humanos (pp-195-204) Distrito Federal de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/83/11.pdf

29. Jiménez García, H. (2017) El Derecho A La Identidad como base para el ejercicio de los derechos humanos de Niñas, Niños Y Adolescentes. En Situación De Calle En La Ciudad De México. En [J.A. López Velarde Campa, (Coord.)] Los invisibles: niñas, niños y adolescentes en situación de calle en la ciudad de México (pp.117-143) Distrito Federal de México: Asamblea Legislativo del Distrito Federal. Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4632/9.pdf

30. Organización Aldeas Infantiles SOS Internacional (2018) ¿Por qué crecer en familia? En [M. Gutiérrez, S. Cardoso, V. Barrera, S. Arturo (coords.)] El Niño y su derecho a vivir en familia en Latinoamérica. (pp.6-9) Montevideo-Uruguay:

31. Varsi Rospigliosi, E. (2007) Comentarios al capítulo segundo del Código Civil peruano. En Código Civil Comentado (pp. 665-669) Perú: Congreso de la República. Recuperado de:

    http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/946F4CF99992DE5D05257C86007D9A53/$FILE/346C5C52007T.2EJ.2.PDF

Revistas

32. Aguilar Cavallo, G. (2008) El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales (pp.223-247). Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf

33. Bartolomé Tutor, A. (2018) Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data, Revista Iberoamericana de Bioética (Núm. 06) [pp.1-13] DOI: 10.14422/rib. i06.y2018.002

34. Brena, I. (1995) Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial. Boletín Mexicano de Derecho Mexicano. pp. 71-88]

36. Cerutti, M.C & Plovanich, M.C (1998) Identidad Personal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Vol.6, (Núm. 1-2) pp.147-156 Recuperado de: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/identidad-personal/at_download/file

36. Correa, S. Petchesky, R. (1996) Reproductive and Social Rigths: A feminist perspective. Physis: Revista de Saúde Coletiva. [pp.147-177]

37. Galiano-Maritán, G., González-Milián, D. (2012) La integración del Derecho ante las lagunas de la Ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho. RevistaDika ion.(pp. 431-458) Recuperado de: http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a06.pdf

38. Garzón, R. (2007) Reproducción Asistida. Revista Mexicana de Derecho (Núm. 9) [97-116]

39. Duquea, G. (2010). El factor tubario en la era de la fecundación in vitro. Revista Médica Clínica Las Condes, 21 (3), pp.397-402

40. Escobar, I. (2007). Derecho a la Reproducción Humana. Revista Mexicana de Derecho Constitucional "Cuestiones Constitucionales" , pp.137-158.

41. Famá, M. V (2012) El Derecho la identidad del hijo concebido mediante TRHA en el proyecto de código civil y comercial de la nación, Revista Jurídica Lecciones y Ensayos, (Núm. 90) pp. 171-195. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf

42. Fernández Sessarego, C. (1997) Daño a la identidad personal, Revista de Derecho THEMIS, vol. 36. pp. 245-272. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743/12311

43. Iturburu, M.; Salituri, M.; Vásquez, M. (2017) La regulación de la Filiación Derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida en la Argentina: Voluntad Procreacional y Consentimiento Informado. Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.Vol 11 (Núm. 39) [pp. 85-108]

44. Garibó Peyró, A. (2017) El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. Cuadernos de Bioética, Vol. 28 (Núm. 2) pp.248-259. Recuperado de: http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf

45. Gómez, Y. (1988) Algunas Reflexiones Jurídico-Constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida. Revista de Derecho Político. Núm.26 [pp.85-113]

46. González, A. C. (2016) Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: el derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad?, Revista Acta Bioethica. Vol. 22, (Núm. 2) [pop 221-227]. DOI: http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2016000200009

47. González Contró, M. (2011) Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 44 (Núm. 130) pp-107-133. Recuperado de:

https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4669/6020

48. Llancari Illanes, S. (2008) Principio de prevalencia de la verdad biológica y el régimen legal de filiación, Revista Jurídica Docentia et Investigatio, vol. 10 (Núm. 11) pp.93-106.

49. Lamm, E. (2012) Gestación por sustitución: Realidad y Derecho, Revista para el Análisis del Derecho, (Núm. 3) pp.2-49. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

50. López, N., Palacios, S., Fernández, M., Beunza, M. Chinchilla, N. (2011) Retraso de la edad de la procreación e infertilidad. El recurso a la reproducción asistida y selección de embriones. El problema Intergeneracional. Cuadernos de Bioética, vol. 22 (Núm.2) pop- 325-340. Recuperado de: http://aebioetica.org/revistas/2011/22/2/75/325.pdf

51. Martínez, V. (2015), Maternidad Subrogada: Una mirada a su regulación en México. Dikaion. [pp.353-382] Doi: 10.5294/DIKA 2015.24.2.7

52. Marcús, J. (2011) Apuntes sobre el concepto de identidad. Insterticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico, Vol. 5, (Núm. 1), pp. 107-114. Recuperado de: http://www.intersticios.es/article/view/6330

53. Mendiola, J.; Ten, J.; Vivero, G.; Roca, M.; Bernabeu, R. (2005) Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica. Revista Iberoamericana de Fertilidad. Vol. 22. (Núm. 1) [15-22]

54. Merlyn Sacoto, S. (2004) Consideraciones acerca del inicio de la persona natural en el derecho ecuatoriano. Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales (Núm. 34) Recuperado de: http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Merlyn.htm

55. Navarrete-Cazales, Z. (2015) ¿Otra vez la identidad' Un concepto necesario pero imposible. Revista Mexicana de Investigación Educativa, Vol. 20, (Núm. 65), pp.461-479, Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-66662015000200007

56. Perazzo, G.. Gargiulo, (2009) L. Informe Warnock: Revisión y Reflexión a los 25 años de su publicación [pp. 9-25]

57. Pérez Duarte, A. (1998) Genética y Filiación. Viejos y nuevos problemas de la reproducción. humana. Serie E de la Universidad Autónoma de México (pp.195-207)

58. Pereña Vicente, M. (2012) Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. (pp.131-149) Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100009

59. Pérez Contreras, M. M. (2013) El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: Una aproximación, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 46 (Núm. 138) pp. 1151-1168. Recuperado de: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42728900010

60. Perrault, N. Arellano, B. (2011). Desafíos. Boletín de la Infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de Desarrollo del Milenio. Un enfoque de derechos para el Registro de Nacimientos en América Latina y el Caribe, (núm. 13), [pp.4-9]. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36004/1/Desafios-13-CEPAL-UNICEF_es.pdf

61. Rosales, V. (2018) La Maternidad Subrogada: Propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. USFQ Law Review. Vol. 5 [pp. 140-156] Recuperado de: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion006/law_review_006_007.pdf

62. Ruíz, R. (2013) Universidad de Cantabria. Repositorio Digital Recuperado de. https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf ?sequence=1

63. Santamaría, L. (2000) Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos bioéticos. Cuadernos de Bioética [pp. 37-47]

66. Torres Maldonado, M. (2017) El carácter relativo de la presunción mater semper certa est en los supuestos de Maternidad Subrogada. A propósito de una reciente sentencia. Revista Gaceta Civil y Procesal. (pp.79-87) Recuperado de: https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/50/download/

65. Valdez, C. C (2017) El acceso a algunas técnicas de reproducción asistida: Crónica de una vida anunciada. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. [pp.31-54]

66. Théry, I. (2008) El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. Revista de Antropología Social. (Núm. 18) (pp. 21-42) Recuperado de:https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110021A/8807

67. UNICEF (2002) El Registro de nacimiento y los derechos del niño. En Innocenti Digest, (Num°9) [pp.4-5] Recuperado de https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf

68. Zeledón, M. (2015). Revista Jurídica Digital "Derecho humano a la identidad y su relación con la niñez. Origen y evolución" .Recuperado de: http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2524

Trabajos de Grado

69. León Verdesoto, K. P. (2018). "El derecho a la identidad personal vinculado a la procedencia familiar de las personas nacidas mediante las técnicas de fecundación heteróloga en la legislación ecuatoriana" (Trabajo de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato). Recuperado de: http://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2539/1/76816.pdf

70. Martínez Medina, J. Y. (2017). "Derecho constitucional a la identidad personal frente a la aplicación de la verdad legal y verdad biológica en la Legislación Ecuatoriana" (Trabajo de grado, Universidad Central del Ecuador). Recuperado de: http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/10337/1/T-UCE-0013-Ab-75.pdf

71. Parra Martínez, C. (2016) Implicaciones en materia penal de la maternidad subrogada en Colombia. [trabajo de especialización. Universidad Militar Nueva Granada] Recuperado de: https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/15278

72. Raíl Pacheco, C. A. (2010) " Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional Chileno" (Trabajo de grado, Universidad Austral de Chile) Recuperado de: http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjr152p/doc/fjr152p.pdf

73. Villareal Córdoba, D. (2017) La determinación de la filiación biológica en la Maternidad Subrogada, en su variante meteoróloga. (Trabajo de grado/ Universidad Nacional de Piura) Recuperado de: http://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1332/DER-VIL-COR-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Normativa

74. Asamblea Nacional del Ecuador. Proyecto de Código Orgánico de Salud (d, m,a) Recuperado de: https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/05/COS_borrador_para_Segundo_debate-_marzo-2018.pdf

75. Asamblea Nacional. Ley orgánica de donación y trasplante de órganos, (4 de marzo de 2011) R.O. N° 398 Recuperado de: http://www.donaciontrasplante.gob.ec/indot/wp-content/uploads/downloads/2013/11/ley_y_reglamento_a_la_ley_organica_de_donacion_y_trasplantes.pdf

76. British Parliament. Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004 [1511] (1st July 2004) Recuperado de: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1511/made

77. British Parliament. Human Fertilisation and Embryology Authority (13th November 2008) Recuperado de: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/1/enacted

78. Constitución de los Estados Unidos Mexicanos [Const.] (1916)

79. Constitución de la República del Ecuador [Const.] (2008) 2da Ed. CEP

80. Constitución de la Nación Argentina [Const.] (2010) 1ª Ed. Biblioteca del Congreso de la Nación. Recuperado de: bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf

81. Constitución Política del Perú [Const.] (1993) Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf

82. Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Recuperado de: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf

83. Congreso Nacional. Código de la Niñez y la Adolescencia (3 de julio de 2003) R.O: 2002-100 Recuperado de: https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf

84. Congreso Nacional. Código Civil Ecuatoriano (10 de mayo de 2005) R.O: 2005-010 Recuperado de: https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf

85. Congreso Nacional. Ley Orgánica de la Salud (15 de diciembre de 2006) R.O: 423 Recuperado de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/ecu_ley67_2006.pdf

86. Jefatura del Estado. Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida [14/2006]. (26, mayo, 2006). B O: 126 Recuperado: https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf

87. Ministerio de Justicia de Ucrania, Orden Sobre la introducción de enmiendas y adiciones a las Reglas de registro de actos de estado civil en Ucrania [N° 140/5] (18 de noviembre de 2003). Recuperado de: https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z1058-03)

88. Ministerio de Salud de Ucrania, Orden Sobre la aprobación de procedimientos para el uso de tecnologías de reproducción asistida en Ucrania [N°787] (09.09.2013) Recuperado de: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n493

89. Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos de Colombia (2014) Recuperado de : https://oig.cepal.org/sites/default/files/col_politica_nac_dsdr_2014.pdf

90. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Código civil y comercial de la Nación Argentina.(7 de octubre de 2014) [Ley 26.994]Recuperado de: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf

91. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Reproducción Medicamente Asistida (25 de junio de 2013) [Ley 26.862] Recuperado de: http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/normativas/ley_26862_y_reglamentacion.pdf

92. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Créase el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud (30 de noviembre de 2002) [Ley 25673] B.O: 30.032.Recuperado de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/arg_ley25673_ssr_2002.pdf

93. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica (28 de agosto de 2006) [Ley 26. 130] B.O: 30.978. Recuperado de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/arg_ley26130_ssr_2006.pdf

94. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2015) Proyecto de Ley S-2574/15. Recuperado de: www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/403295/downloadPdf

95. Zeballos Salinas, V. (3 de octubre de 2013) Proyecto de Ley que modifica el artículo 7° de la Ley 26842 Ley General de Salud

Instrumentos Internacionales de DDHH

96. Asamblea General de las Naciones Unidas (1989) Convención de los Derechos del Niño (1989)

97. Asamblea General de las Naciones Unidas (1959) Declaración de los Derechos del Niño.

98. Asamblea General de las Naciones Unidas (1968) Conferencia Internacional de Derechos Humanos,

99. Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos

100. Asamblea General de las Naciones Unidas (1994) Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo

101. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (1969) Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

102. Consejo de Europa (1953) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

103. Asamblea General de las Naciones Unidas (1979) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

104. Asamblea General de las Naciones Unidas (1976) Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos

Documentos Oficiales de la ONU/CIDH

105. Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2013) Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

106. Corte Interamericana de Derechos Humano, (24, noviembre, 2017) Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

107. Naciones Unidas (1994) Informe de la Conferencia sobre Población y Desarrollo, el Cairo.

Jurisprudencia

Argentina

108. Juzgado de familia # 7 de Lomas de Zamora (30 de diciembre de 2015) LZ-62420-2015. Recuperado de
109. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Núm.86 (18 de junio de 2013) AR. N.N. s/ inscripción de nacimiento MJ-JU-M-79552.
110. Juzgado de Familia de Guayleguay (19 de noviembre de 2013) B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario. MJ-JU-M-83567-AR

Colombia

111. Corte Constitucional de Colombia (2001) Derecho a la Personalidad Jurídica/ derecho a la Filiación del menor/ Práctica de Filiación. T-641/01 [M.P Jaime Córdoba]
112. Juzgado Décimo de Familia de Cali (18 de diciembre de 2009) sentencia T-968. [M.P Ma. Victoria Calle]

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

113. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de septiembre de 1996) Caso El Amparo Vs Venezuela. [M.P Héctor Fix-Zamudio] Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_28_esp.pdf

114. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2012) Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica. M.P. Diego García] Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Ecuador

115. Corte Constitucional del Ecuador, (29 de mayo de 2018) Sentencia N° 184-18-SEP-CC [M.P Alfredo Ruíz] Recuperado de: https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/Sentencia_CC_2018.pdf
116. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes infractores, (2 de octubre de 2014) Resolución N° 05-2014, [MP. Carlos Ramírez Romero] R.O No. 346 Recuperado de: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/triple_reiteracion/14-05%20Triple%20reiteracion%20nulidad%20de%20reconocimiento.pdf

Perú

117. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (6 de diciembre de 2011) Casación N° 563-2011. [MP. De Valdivia Cano]

Otros Soportes:

118. Agencia Sin cigüeña (2018) La Gestación Subrogada en Colombia. Recuperado de: https://www.sinciguena.com/gestacion-subrogada-colombia/
119. Álvarez, N. (10 de abril de 2017) Maternidad Subrogada en Perú: Ley, jurisprudencia, y casos previos. Babygest. Recuperado de: https://www.babygest.es/peru/#proyecto-de-ley-n-o-2839-2013-cr
120. Álvarez, N. (08-08-2018) ¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? Requisitos y precio. Babygest. Recuperado de: https://www.babygest.es/ucrania/#requisitos-legales-en-ucrania
121. Almeida, M. F. (10- 05-2019) Bancos de semen: vidas en el anonimato. Revista Mundo Diners. Quito-Ecuador. Recuperado de: http://www.revistamundodiners.com/?p=11631
122. Agencia Peruana de Noticias (5 de septiembre de 2018) Jurisprudencia indica que la Maternidad Subrogada no está prohibida. Recuperado de: https://andina.pe/agencia/noticia-jurisprudencia-indica-maternidad-subrogada-no-esta-prohibida
123. Benito, M. (05-06-2019) ¿Los donantes de esperma deberían perder su anonimato? Quo. España. Recuperado de: https://www.quo.es/ciencia/a27738696/los-donantes-de-esperma-deberian-perder-su-anonimato/
124. Bofill, A; Cots, J. (12 deabril de 1999) La Declaración de Ginebra: Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia. Save The Children. Recuperado de:https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf
125. CIRH- Centro de Infertilidad y Reproducción Humana (s.f) ICSI. Recuperado de: https://www.cirh.es/tratamientos-fiv/fecundacion-in-vitro/icsi/
126. Clínica de Reproducción Vita nova (s.f) Fecundación In Vitro (FIV) Recuperado de: http://vitanovaclinic.ru/es/eko/
127. Creating Family Connections (s.f) Gestacional Surrogacy Law across the United States. Recuperado de: https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/
128. Derechos Sexuales y Reproductivos (25-oct-2010) Historia de los derechos reproductivos. Recuperado de: https://yeralcata.wordpress.com/historia-de-los-derechos-reproductivos/
129. Durán Ponce, A. (27 de enero de 2012) La Adopción. Derecho Ecuador. Recuperado de: https://www.derechoecuador.com/la-adopcion
130. EFE (14-07-2019) ¿El anonimato de los donantes de óvulos y espermatozoides llega a su fin? Madrid-España. Recuperado de: https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/el-anonimato-de-los-donantes-ovulos-y-espermatozoides-llega-a-su-fin/10004-4022513
131. El Universo (7- 05-2019) Asamblea Nacional inicia segundo debate del Código Orgánico de la Salud. Recuperado de: https://www.eluniverso.com/noticias/2019/05/07/nota/7319756/asamblea-inicia-segundo-debate-codigo-organico-salud
132. Epstein, M. (2009). La identidad como derecho inherente a los niños y las niñas. V Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani,

Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Recuperado de: https://www.aacademica.org/000-089/5.pdf.

133. Estrada Mora, H. (2014) Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo. Lima-Perú. Recuperado de:
134. Gestational Surrogacy in Illinois (s.f) Creative Family Connections, Llc. Recuperado de: https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/illinois/
135. Gutton, I. (25 de enero de 2018) Babygest. La revista y comunidad líder en Maternidad Subrogada
136. Herrera, M., Lamm, E. (20 de agosto de 2014) De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heterólogа. Colectivo Federal Derecho de Familia. Argentina. Recuperado de: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/MH_EL.-De-identidad-e-identidades.-Derecho-a-la-informaci%C3%B3n.pdf
137. INEC- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2016) Registro Estadístico de Nacidos Vivos y Defunciones 2016. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Nacimientos_Defunciones/2016/Presentacion_Nacimientos_y_Defunciones_2016.pdf
138. IVI, s.f https://ivi.es/blog/donantes-de-gametos-os-aclaramos-las-dudas-mas-habituales/
139. International Reproductive Law Group (s.f) Illinois. Recuperado de:http://irlawgroup.com/illinois/
140. IRTSA. (s.f) International Reproductive Technologies Support Agency. La Legislación Ucraniana. Recuperado de: http://www.irtsa.com.ua/es/legislation/ukraine.html
141. Legal Overview of Surrogacy (s.f) Center for Surrogate Parenting, Inc Recuperado de https://www.creatingfamilies.com/resources/legal/).
142. Orellana Robalino (07-01-2017) Principios bioéticos como herramientas para el marco de regulación de la Reproducción Humana Asistida en Ecuador. Club de suscriptores de juristas Ecuador. Ecuador. Recuperado de: http://juristasdelecuador.blogspot.com/2017/01/principios-bioeticos-como-lineamiento.html
143. Organización Mundial de la Salud Recuperado de: https://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf?ua=1.
144. Pacheco, V. M.. García, A. (2018) Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la Maternidad Subrogada en Ecuador.
145. Perú.com (10-mayo-2017) https://peru.com/actualidad/mi-ciudad/infertilidad-15-cada-100-parejas-peru-no-pueden-padres-noticia-512756
146. Real Academia Española (2019) Diccionario RAE, 23.ed. Consultado en: https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=identidad)
147. Rivas, Andrea (2017) Voluntad Procreacional ¿Qué es? AFDA Recuperado de: https://www.afda.org.ar/2016/09/16/voluntad-procreacional-que-es/

148. Rodrigo, A. (26-10-2018) ¿Cómo es el acuerdo de gestación subrogada en Ucrania? Babygest. España. Recuperado de: https://www.babygest.es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/
149. Rojas, J.P. (22-dic-2016) Los Derechos Reproductivos ¿Qué son? Maternidad Subrogada. Recuperado de http://www.maternidadsubrogada.ec/index.php/publicaciones/66-derechos-reproductivos-ecuador
150. Rojas, J. (11-01-2019) Los profesionales necesarios para un proceso de maternidad subrogada. Maternidad Subrogada. Recuperado de: http://www.maternidadsubrogada.ec/index.php/publicaciones/76-maternidad-subrogada-ecuador-profesionales
151. Salgado, S. (9 de marzo de 2017) Maternidad Subrogada en Reino Unido. Babygest. Recuperado de: https://www.babygest.es/reino-unido/
152. Severiche, S. (22 de septiembre de 2014) Antinomias y Lagunas. Prezi. Recuperado de: https://prezi.com/q6cdm9sc28pm/antinomias-y-lagunas/
153. Suárez, D. (13 de mayo de 2018) La reproducción asistida puede ayudar a un millón y medio de peruanos. El Comercio.
154. Teleamazonas, (8-06-2018) En Ecuador ocho mil bebés nacieron a través de técnicas asistidas- Ecuador. Recuperado de: http://www.teleamazonas.com/2018/06/en-ecuador-ocho-mil-bebes-nacieron-a-traves-de-tecnicas-asistidas/
155. Torres Maldonado, M.A. (12-10-2017) El significado actual de la regla mater semper certa est: ¿Tiene un carácter absoluto? Portal Jurídico Interdisciplinario Pólemos. Perú. Recuperado de: http://polemos.pe/significado-actual-la-regla-mater-semper-certa-est-caracter-absoluto/
156. Velázquez, I. (6-04-1028) En el Día Mundial de la Salud, hablemos de Infertilidad. Reproducción Asistida en México. Recuperado de: https://reproduccion-asistida.mx/dia-mundial-de-la-salud-infertilidad/
157. Universidad Carlos III de Madrid. Study Guide UC3MUN 2016 (2016) Madrid-España
158. Zafra, I. (13-07-2019) El deseo por conocer el origen impulsa cambios en la legislación mundial de donantes de esperma y óvulos. El País. Valencia- España. Recuperado de: https://elpais.com/sociedad/2019/07/11/actualidad/1562841732_322643.html
159. 24Ecuador (26-05-2018) 1500 Niños nacen en Ecuador con Técnicas Asistidas. Recuperado de:http://www.24ecuador.com/nacional/1500-ninos-nacen-en-ecuador-con-tecnicas-asistidas/14433-noticias

6. Anexos

Anexo N° 1: Análisis de Derecho Comparado sobre protección Constitucional de los derechos reproductivos

Derechos Reproductivos	Colombia	Argentina	Perú
Derecho a la vida digna	Artículo 1.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Artículo 11º.- El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte	Artículo 8.- Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes a la condición de ciudadanos en las demás.	Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.
Derecho a la salud	Artículo 44º.- Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...) Artículo 49.- La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Artículo 64.- Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la	Articulo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, ya condiciones de trato equitativo y digno.	

	propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud (...)		
Derecho a la libertad, seguridad e integridad personal (Libre desarrollo de la personalidad)	Artículo 16.- Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.	Articulo 43.- Cualquier persona puede presentar una acción expedita y rápida de "amparo", siempre que no exista otro medio judicial más apropiado, en contra de cualquier acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en la actualidad o inminentemente perjudica, restrinja, altere o amenace, en uno de manera arbitraria o manifiestamente ilegal, los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. Según el caso, el juez podrá declarar la Norma sobre la que el acto u omisión perjudicial se funda inconstitucional	Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
Derecho a formar una familia	Artículo 5.- El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.	.	Artículo 4.- La comunidad y el Estado (...) También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
	Artículo 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de	Artículo 75.- El Congreso tendrá facultad: 23. Legislar y promover medidas proactivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno	

Derecho a la igualdad y no discriminación	sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados Artículo 43º.- La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.	goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, las personas mayores y personas con discapacidades. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral que protege a los niños necesitados, desde la gestación hasta el final de la enseñanza primaria, y que protege a la madre durante el embarazo y la lactancia.	
Derecho a decidir sobre la procreación (con quien, en qué momento y el intervalo de hijos)			Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.
Derecho a la educación	Artículo 67.- La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica,		

	y a los demás bienes y valores de la cultura.		
Derecho a la información adecuada y oportuna	Artículo 20.- Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.	Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno	

Anexo N° 2: Análisis de Derecho Comparado sobre la legislación y planes en materia de derechos reproductivos

Países	Análisis de Derecho Comparado sobre la legislación y planes en materia de derechos reproductivos
Colombia	**Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Reproductivos (2014)** • Promoción de la salud a través de los derechos sexuales y reproductivos. • Disminución de la posibilidad de afectación a la vida, la libertad, la integridad física y mental. • Protección de la intimidad de las personas • Garantiza el acceso de todas las personas a beneficios de los avances científicos. • Facilitar el acceso permanente a la información • Gestionar desde todos los niveles del sector público de la salud, condiciones favorables para posibilita la decisión sobre paternidad y maternidad.
Argentina	**Ley 26.862 : Reproducción Medicamente Asistida (2013)** • Garantiza el acceso integral a procedimientos de reproducción medicamente asistida, estableciendo que todos en igualdad de condiciones pueden acceder a la práctica de estos procedimientos. • Acceso a beneficios de los avances científicos.

- Los usuarios de las TRA deben constantemente recibir información continua y completa sobre dichos métodos.
- Las TRA se configuran como prestaciones obligatorias, por lo que se da cobertura integral para todo lo que este proceso (diagnostico, medicamentos, terapias de apoyo, etc.)

Ley 25673 (2002)

- Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, con el fin de que todas las persona puedan acceder libremente a información, orientación, métodos o prestaciones de servicios médicos con el objeto de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable.

Ley 26. 130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica (2006)

- Acceso de todas las personas mayores de edad a r a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud.
- Es requisito inexcusable para la realización de estos procedimientos que el usuario otorgue su consentimiento informado.
- Autonomía y autodeterminación sobre el cuerpo propio, en la medida en que no requiere consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial

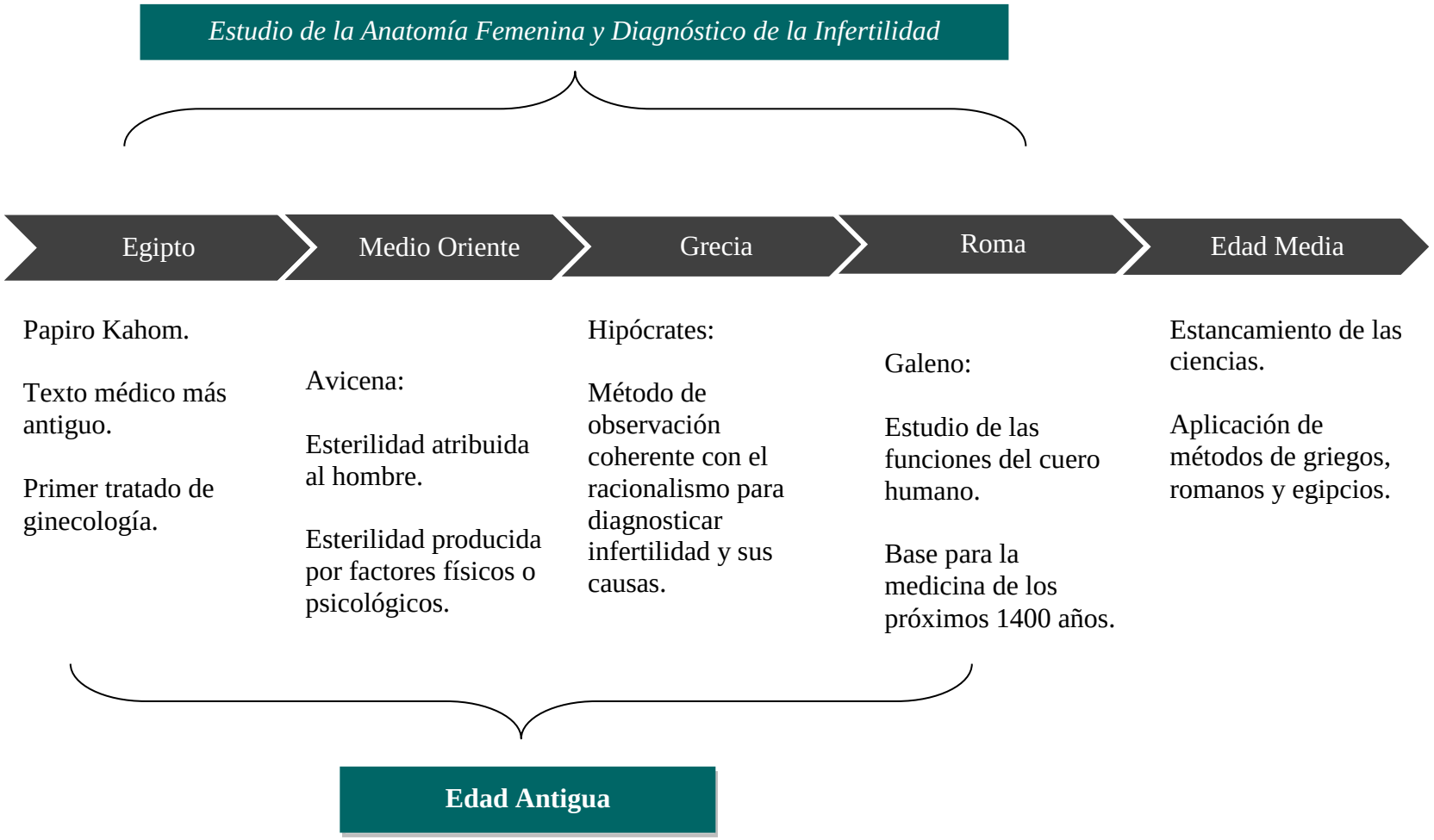
Ley de Política Nacional sobre Población y la Ley General de Salud (1985)

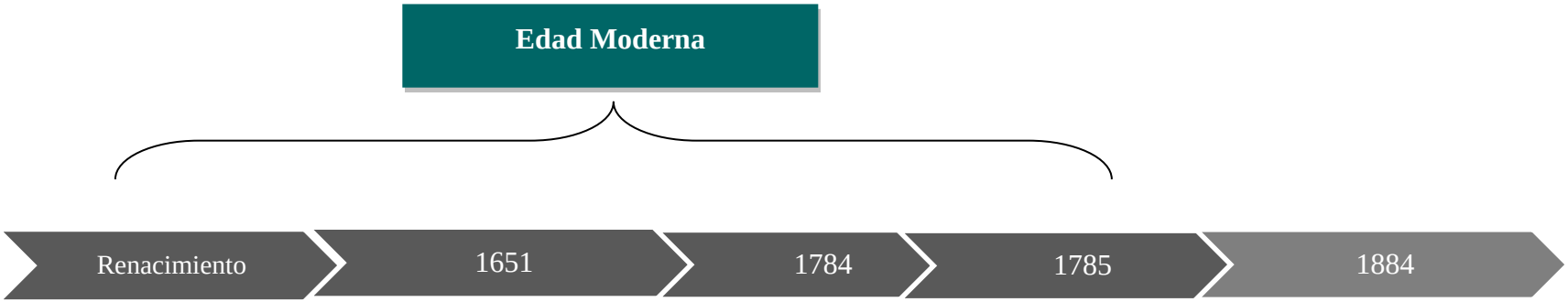
- Garantiza los derechos a la vida, salud integral, libre desenvolvimiento de la personalidad excluyendo el aborto y

Perú	la esterilización como métodos de planificación familiar, al igual que el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento entre los hijos. • Consagra el derecho de acceso a información en salud sexual y reproductiva. **Ley General de Salud (1997)** • Garantiza el derecho a acceder a prestaciones de salud, a ser debidamente informado sobre salud reproductiva, vela por el derecho a elegir el uso libre de anticonceptivos. • Derecho a recurrir a los métodos de reproducción asistida para tratar la infertilidad solamente permitiendo que en el uso de las TRA la calidad de madre genética y gestante recaiga sobre la misma mujer (art. 7), y los padres biológicos den su consentimiento escrito previo a alguno de estos procedimientos. - En 2013 se impulsó una reforma respecto del art. 7 con el objeto de que se permita la maternidad subrogada parcial y altruista con el aporte de material genético femenino, sin embargo, hasta la actualidad no existe un pronunciamiento sobre este proyecto de reforma.

Tabla N° 2
Elaboración de la autora.
Fuentes: Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Reproductivos (2014), Ley 26.862 (2013), Ley 25673 (2002), Ley 26. 130 (2006), Ley de Política Nacional sobre Población y la Ley General de Salud (1985), Ley General de Salud (1997)

Anexo N°3: Antecedentes de las Técnicas de Reproducción Asistida




Edad Moderna
Renacimiento
1651
1784
1785
1884
Diagnóstico de infertilidad
+
Diseño de mecanismos para asistir problemas de reproducción.
William Harvey:
Padre de la embriología moderna.
Teoría del Preformacionismo y la Epigénesis
Lázaro Spallanzani:
Primera inseminación en un animal.
John Hunter:
Anatomista
Una de las primeras inseminaciones artificiales en seres humanos.
Pancoast:
Primera inseminación artificial con material genético de donante.

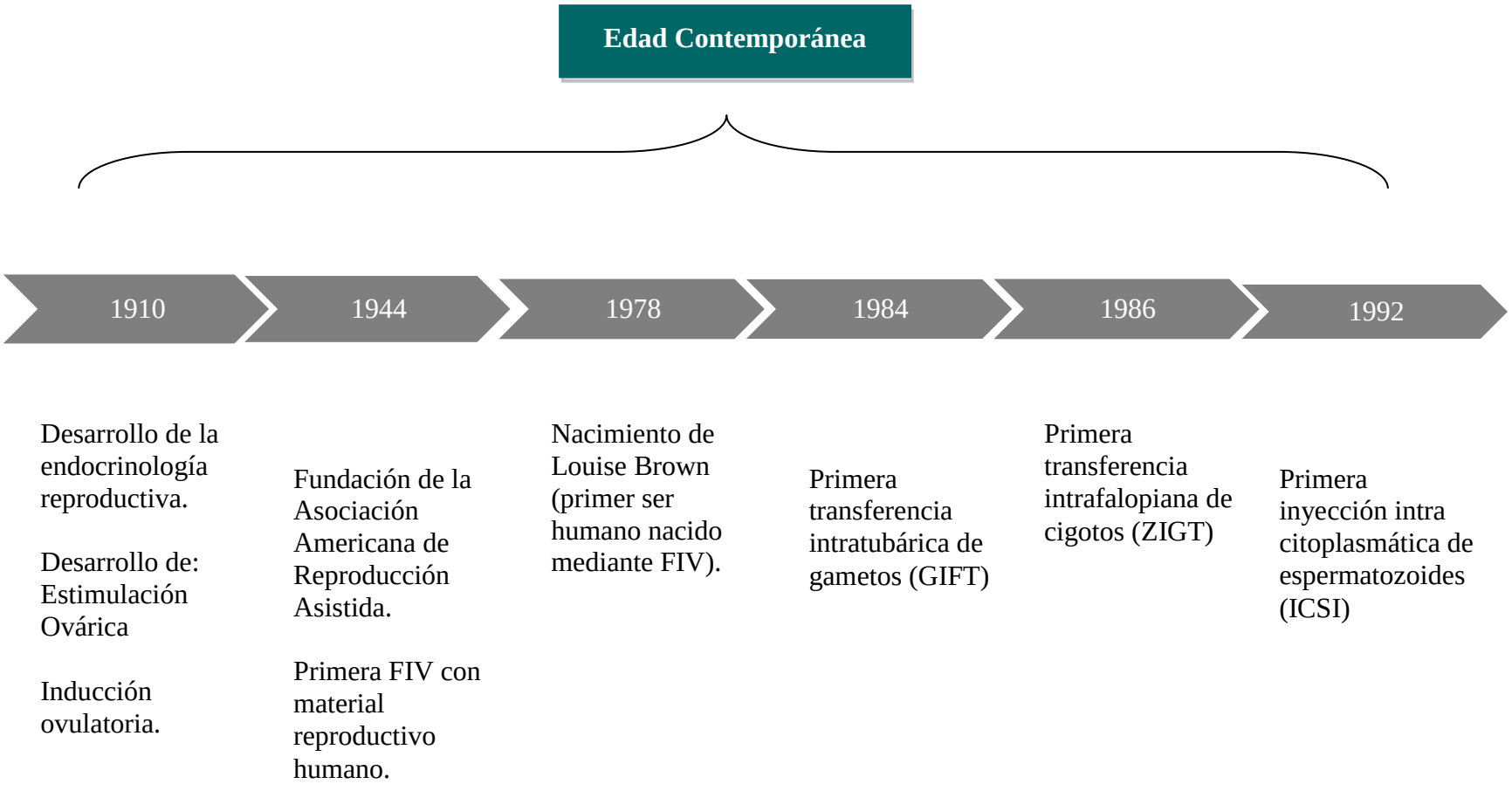


Gráfico N° 4
Elaborado por la autora
Fuentes: Garzón (2007) Hanson y Rock (1951) Mendiola (2005) Morice (1995) Spallanzani (1784)

Anexo 4: Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida

CRITERIOS	CLASIFICACIÓN	TIPO	DEFINICIÓN		
SEGÚN EL ORIGEN DE LOS GAMETOS	**HETERÓLOGAS**		Tanto espermatozoide y óvulo proceden de la pareja que se somete al procedimiento.		
	HOMÓLOGAS		Uno de los gametos o ambos proceden de terceros ajenos a la pareja.		
SEGÚN LA COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO	**INTRACORPÓREAS**	**ESTIMULACIÓN OVÁRICA (EO)**	Solo o como técnica base para otras TRA. Administración de fármacos para inducir la ovulación en mujeres con desórdenes ovulatorios.	Los procedimientos que son realizados con el semen de la pareja de la mujer que se practica un procedimiento de reproducción asistida no provoca	**EFECTOS JURÍDICOS**
		INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA)	Técnica más común. Consiste en la colocación dentro del interior del útero o las trompas de Falopio el semen (de la pareja o de dador) Varias fases: - Estimulación ovárica - Control de		

			foliculogénesis - Capacitación folicular - Inseminación	conflictos jurídicos en la medida en que el cónyuge/pareja no solo manifiesta su consentimiento	
SEGÚN LA COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO	**EXTRACORPÓREAS**	**FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV)**	Unión de espermatozoide y óvulo en un laboratorio creando un cigoto, que tras la división celular adquiere el status embrionario, siendo transferido al útero de la madre antes del décimo cuarto día de la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar criogenizado. 4 fases: - Estimulación ovárica. - Aspiración folicular para extraer ovocitos mediante punción por medio de una ecografía para ubicar los folículos que	de llevar a cabo la técnica, sino que acepta la paternidad del hijo(a) que nace producto del procedimiento. Sin embargo, los procedimientos en que se emplea muestras se menen de terceros ajenos a la pareja (dadores), este hombre si bien acepta que su esperma sea objeto de una TRA, no acepta la paternidad del hijo(a) que	**EFECTOS JURÍDICOS**

SEGÚN LA COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO	**EXTRACORPÓREAS**	contienen los óvulos. - Fecundación del ovocito aspirado con la muestra de semen de la pareja/donante (se incuban cada óvulo con 50.000 a 100.000 espermatozoides. - Una vez producida la singamia se realiza la transferencia de embriones (máx. 4) al útero.	nazca producto de ella, por lo que la doctrina está de acuerdo en que legalmente estos no son hijos de los dadores, sino de la mujer receptora y de su pareja. No obstante, el niño(a) que nace mediante una TRA con material genético heterólogo tiene derecho a conocer la información sobre sus orígenes genéticos, sin que este conocimiento	**EFECTOS JURÍDICOS**

				implique un desplazamiento del vinculo de filiación existente.
		Transferencia Intratubárica de Gametos a la trompa (GIFT)	En inglés Gamete Intrafallopian Transfer. Fue creada con el objetivo de simplificar la FIV. Se diferencia con la FIV en que después de la aspiración folicular mediante laparoscopia se introduce un catéter que contiene los óvulos y espermatozoides dentro de una de las trompas	
		Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)	Recomendable en casos de infertilidad masculina. Inseminación de un óvulo mediante microinyección de un espermatozoide. A diferencia de la FIV, es necesario un espermatozoide por óvulo.	

ANEXO N° 5

ENTREVISTAS

Las siguientes transcripciones tienen el objetivo de dar fe de la realización de una serie de entrevistas realizadas a profesionales especialistas, que han sido realizadas con fines académicos y con el objetivo de contribuir a la elaboración del presente trabajo de grado, se encuentran organizadas en función de las fechas en que se llevaron a cabo, por lo que se encuentran en este orden:

1) Dra. Claudia Orellana Robalino, Directora del proyecto "Somos Iguales" portal de e-learning para prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres en Ecuador.
2) Dr. Salim Zaidan, Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.
3) Dr. Germán Grandes, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia Mariscal Sucre.
4) Dr. Farith Simon, Decano del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ
5) Dr. Marcelo Flores, Director de la Unidad de Fertilidad y Esterilidad Concebir.
6) Dr. Claudio Vallejo, Líder del Servicio de Ginecología del HEEE

ENTREVISTA N°1

Nombre del Profesional	Dra. Claudia Orellana Robalino
Profesión	Abogada. Directora del proyecto "Somos Iguales" portal de e-learning para prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres en Ecuador.
Lugar y Fecha	15 de mayo de 2019

1. **El art. 66.10 de la Constitución del 2008 reconoce y garantiza el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y la vida reproductiva de las personas y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.**

Con este antecedente:

1.1. ¿Ud. cree que estos derechos se aplican en la realidad?

En la realidad práctica no se aplican a cabalidad con lo que establece la propia constitución, porque si nos vamos por ese tema, hay que entender que la Constitución reconoce no solo los derechos reproductivos, sino también los principios bioéticos, igualmente a nivel gubernamental existen organismos que se ocupan de poner en práctica los principios bioéticos y los derechos reproductivos, así está el Ministerio de Salud Pública, que es el órgano rector en materia de salud, que en teoría debería fomentar políticas sobre temas bioéticos que incluyan la Reproducción Humana Asistida ¿Lo ha hecho?

No como se lo esperaría, de modo que existe un vacío, lo mismo pasa con el CNBS, pues hasta el 2016 realizaba su tarea (políticas en temas en bioética como son la Reproducción Asistida) y del 2016 al 2019 ha hecho muy poco, se ha limitado a emitir informes de gestión no vinculantes, o material informativo, pero políticas como la Política Nacional de Bioética que estuvo vigente hasta el 2008, no; ya que en ese año justamente se constituyó la actual y se instituyeron nuevos miembros, a lo cuales les faltaba conocimientos técnicos, por lo que la Comisión se dedicó casi dos años y medio a capacitar a sus miembros para que recién en 2011 empiecen a discutir temas de bioética, entonces en teoría, la CNBS, que es un órgano asesor del Ministerio de Salud Pública (que debería estar discutiendo temas de reproducción asistida, maternidad/gestación subrogada, etc) lamentablemente se encuentra en pañales, asi que falta que desde el Estado exista un compromiso para hacer cumplir las tareas que ha asignado a las diferentes dependencias.

Con todo esto se ve que incluso para el cumplimiento o satisfacción de los derechos reproductivos es necesario contar con las instituciones públicas.

2. ¿Cómo justifica usted el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida?

Inicialmente la Reproducción Asistida fue vista únicamente como tratamiento para los problemas del aparato reproductivo y la infertilidad-esterilidad, esta idea evolucionó y se fue hablando del tema de la **vocación procreacional** como el instinto básico de todos los seres humanos de querer reproducirse, la cual se diferencia de la voluntad procreacional en la medida en que es la decisión de cualquier persona en cuanto a **cómo, cuando, por qué medios reproducirse**; y este papel de la voluntad procreacional juega un rol importante en las actuales leyes de maternidad subrogada, sobre todo en las leyes de Reino Unido, Rusia, Canadá y algunos estados de EUA, donde se la permite, porque parte del principio de la autonomía de la persona, la capacidad de decidir sobre sí mismo.

En este sentido, al hablar de TRA y el tratar de justificarlas, toma como punto inicial la voluntad procreacional que consiste en decidir cómo, de qué forma reproducirse, que se ampara bajo el derecho a la libertad personal; por lo que si no hay voluntad, no se debe imponer la maternidad o la paternidad. Y si se regula las TRA es justamente porque existe la voluntad de las parejas heterosexuales, homosexuales o solas independientemente del género y sexo, de ser padre o madre.

3. ¿Quiénes deben ser los beneficiarios del procedimiento de maternidad subrogada en el marco de la Reproducción Asistida?

Estoy a favor de que las TRA incluso la gestación subrogada deban ser accesibles sin ningún criterio discriminatorio, esto va en función a la igualdad formal que existe en la Ley y es reconocida por la Constitución donde todos somos iguales ante la ley, por ende todos podemos acceder.

Ahora, hay que tomar en cuenta que en la realidad material, todas las técnicas son costosas, por lo que no todos pueden acceder a ellas, este punto de vista es considerado en Reino Unido, donde se quiere reformar la Ley de Gestación Subrogada (Surrogacy Arrangement Act) sometiendo a discusión si es deber del Estado proveer servicios de reproducción humana asistida accesibles para las personas de escasos recursos; este es un avance tremendo, que a su vez nos lleva a otra pregunta ¿Acaso el estado ecuatoriano dispone de los recursos para brindar este servicio público?

4. **¿Cree Ud. que la maternidad subrogada se encuentra normada de manera adecuada en nuestra legislación?**

Pese a que en el Ecuador se reconoce el ejercicio de los derechos reproductivos, art. 66.28 de la Constitución, las TRA no se encuentran reguladas de una manera adecuada, peor la gestación y maternidad subrogada, lo que es un problema, pues esto no implica que la maternidad subrogada sea ajena a nuestra realidad, todo lo contrario, este tipo de procedimientos se llevan a cabo en los centros privados de reproducción asistida, los cuales al no existir una regulación no disponen de un registro público de los niños nacidos por reproducción asistida, es mas existe un acuerdo privado entre clínicas privadas y la Redlara sobre el registro de niños nacidos por TRA.
Esta misma falta de legislación respecto a grupos minoritarios como son las personas o las parejas que sufren de esterilidad o infertilidad (que son conceptos totalmente diferentes) solo lleva a que sean aun mas invisibilizados.

5. **¿Es suficiente con la regulación que plantea en el proyecto de COS que únicamente prohíbe las contraprestaciones económicas a cambio de la subrogación del vientre?**

Considero que no es suficiente con la regulación que plantea el proyecto de Ley que está en discusión, pues deja de lado aspectos igual de importantes fuera de la esfera de discusión.

6. **¿O existe la necesidad de crear una ley específica para la regulación de la maternidad subrogada?**

En el caso de Ecuador; no existe control por parte del Estado sobre las clínicas de reproducción asistida, ni sobre los bancos de gametos como se hace en EUA o Reino Unido donde es obligatorio un registro de cuántos niños nacen por TRA. Estos datos por ser sensibles, personales no son públicos, son privados, por lo que solo bajo circunstancias puntuales se puede acceder a esta información de origen biológico.

7. **¿Qué aspectos cree Ud. que debería regular una ley de maternidad subrogada?**

En función al fallo de la CIDH sobre el caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica, es inevitable tener que regular este tema, de lo contrario se vulnera los derechos de la propia madre gestante, de los padres intencionales y sobre todo los derechos del niño, en la medida en que tiene derecho a conocer sus orígenes mas allá del peligro de la salud, como está establecido en la ley de Argentina o España.
Considero que si se debe llevar a cabo un proceso legislativo para crear una normativa sobre maternidad subrogada, es necesario la creación de un comité multidisciplinario en el que las personas que tengan el conocimiento especifico y técnico debatan sobre el tema de la maternidad subrogada, tal como se hizo en Reino Unido, EUA o Canadá, porque no solo es cuestión de proponer; la propuesta legislativa tiene que pasar por un proceso de discusión multidisciplinaria en donde también exista participación ciudadana con la intención de informar a la sociedad, pues debido a la controversia que provoca este tema, se discuten temas como el inicio de la vida humana, la libertad reproductiva, los derechos reproductivos, sobre las teorías del inicio de la vida humana.
Si se plantea una propuesta legislativa sobre TRA que contenga la maternidad subrogada, es necesaria una discusión donde intervengan profesionales de diferentes ramas, abogados, médicos, psicólogos, e incluso intervenga un representante de cada religión presente en el país.

Justamente así pasó en Reino Unido, se mantuvo por 2 años un consejo multidisciplinario que escuchó las diferentes propuestas y enfoques, desde la Filosofía, el Derecho, la Medicina, Biología y la sociedad civil. Y una vez que se obtuvo la opinión publica y la opinión de expertos, se decidió regular y admitir la gestación subrogada, que si bien es una TRA no utilizada por una mayoría, al momento de practicar una TRA esta minoría se encuentra en un limbo jurídico.

Como ejemplo, en la gestación subrogada existe de por medio un contrato verbal o escrito entre las partes ¿Puede ser ejecutado en la justicia en Ecuador? No es factible llevar a las cortes un caso de incumplimiento de contrato o acciones constitucionales de protección, debido a que en nuestra legislación este contrato adolecería de objeto y causa ilícita.

Incluso hay que considerar que la implementación de una ley sobre TRA que incluya la maternidad subrogada implica también una serie de reformas: Al CC, CNA, Ley de gestión de Identidad y Datos Civiles y Ley de donación y trasplante de órganos, tejidos y células, ya que con la implementación de la maternidad subrogada al ordenamiento, la maternidad concebida como institución del derecho de familia cambiaría radicalmente, pues pasaría de presumir la maternidad por el parto como supuesto legal.

8. **En un procedimiento de Maternidad Subrogada puede haber dos escenarios:**
   a) ***Se habla de Subrogación Gestacional cuando la mujer que tiene la voluntad procreacional aporta el óvulo y la segunda mujer (la gestante) únicamente consiente en llevar a cabo la gestación prestando su vientre para ello sin tener la intención de adquirir obligaciones jurídicas que conlleva la gestación.***
   b) ***Se habla de Subrogación Total cuando la mujer que tiene la voluntad procreacional no dona su gameto, por lo que la segunda mujer (la gestante) además de prestar su vientre dona su óvulo, sin tener la intención de adquirir obligaciones jurídicas que conlleva la gestación***

8.1. ¿Para efectos legales, cuál cree debe ser considerada como madre?

El tema de la maternidad va mas allá del vinculo biológico, trasciende al tema de la voluntad, porque madre no es la que gesta y pare, esto se basa en expresiones tan comunes que se escucha como por ejemplo "mi abuelita es mi segunda madre" o migrantes que dicen que al no haberse criado con sus madres, su sentir es que la tía o la abuela son como la misma madre, entonces ahí se demuestra que la palabra madre puede ser usada en diferentes contextos. Incluso en el tema de la adopción se crea un concepto más amplio de la maternidad, es por esa razón que va más allá de la mujer que gesta y pare, pues trasciende a un vínculo afectivo.

Esto se puede ver en el caso de mujeres que pese a tener un vinculo biológico no manifiestan la voluntad de ser madres como por ejemplo en el caso de mujeres que atraviesan por una depresión post parto y que someten a sus hijos a maltratos, en ese caso, pese a la existencia de un vínculo biológico no se puede hablar de la voluntad de ser madre.

Es por eso que en la maternidad subrogada se debe considerar la voluntad de quien quiere ser madre, al vínculo afectivo que empieza después del parto, pues es esta que asume la responsabilidad de crianza, de enseñanza es la madre intencional.

Es por esta razón que el consentimiento informado es vital para un acuerdo de subrogación, porque tanto aquí en el Ecuador como en Reino Unido no se puede judicializar un acuerdo de gestación subrogada, en Reino Unido porque la misma ley lo establece, pese a que existan preceptos judiciales que han permitido su judicialización, y en Ecuador porque pese a tener un acuerdo firmado, como te dije antes, este adolece de objeto ilícito, por lo que ni siquiera la demanda sería calificada; quedando como única opción la negociación con la madre sustituta, por eso es importante el consentimiento informado y también un acompañamiento psicológico antes, durante y después del parto, porque justamente no existen garantías judiciales suficientes que amparen a la madre intencional como madre legal del niño.

Incluso judicializar un acuerdo de gestación subrogada en la realidad actual ecuatoriana es una pesadilla, porque además de los gastos en un proceso de reproducción asistida; (porque usualmente para llegar a practicar un procedimiento de gestación o maternidad subrogada, la pareja previamente ya ha recibido varias técnicas para tratar los problemas de esterilidad o infertilidad, los cuales son costosos y como explica el Dr. Valencia en función del nivel de esterilidad o infertilidad, las TRA se van aplicando en forma de pirámide, empezando por un análisis donde se verifica si existe infertilidad o esterilidad, luego se hace una extracción de gametos para verificar si tienen un correcto funcionamiento. En este punto también entra el tema de la crio

preservación de gametos, el cual en el Ecuador al no existir una ley que prevea este tema, no existen parámetros para su adecuada preservación,) muchas veces no resulta el procedimiento de reproducción asistida, por lo que viven el drama de no poder ser madre, por lo que no prefieren llevar a la corte para ya no incurrir en gastos mayores, e incluso no pasar más vergüenza, debido al tabú que aun existe en nuestra sociedad sobre el uso de TRA.

8.2. ¿Usted está de acuerdo con que la gestante aporte su óvulo?

La gestación subrogada es el ideal, ya que la gestante no tiene un vinculo biológico con el niño, en cambio la maternidad subrogada donde la gestante aporta su óvulo y se comparte un vinculo biológico entre el niño y esta no es recomendable, pues justamente es el nexo biológico el que produce problemas jurídicos en el sentido de la filiación por vinculo biológico, razón por la cual no es reconocida ni por la OMS ni por la mayoría de legislaciones (a excepción de pocos lugares del mundo como Rusia y algunos estados de EUA) como TRA.

9. ¿Cuáles son los criterios jurídicos generales que guían al juez para determinar el interés superior del niño y materializar la prevalencia de sus derechos en un caso particular?

Yo considero que se debería tomar los ejemplos de los casos que han sido resueltos por los tribunales de Reino Unido, EUA, Canadá o Rusia que favorecen el interés superior del niño, en la medida en que si este niño ya nació y si ya ha alcanzado la mayoría de edad y puede acceder a su identidad biológica, ese es uno de los primeros principios que se pudiera aplicar, el derecho a su identidad biológica; también está el derecho a saber la identidad biológica en virtud de alguna enfermedad hereditaria que atente contra su vida, de modo que se puede argumentar que el interés superior del niño es el hecho de ese niño de saber su realidad biológica.

Igualmente desde el punto de vista del interés superior del niño, quienes tienen el deber de coparentalidad son los padres comitentes (los intended parents) que son los que quieren ser padres, porque la madre sustituta no tiene la voluntad jurídica ni afectiva, ni económica de hacerse cargo de ese niño si previamente ya hubo una renuncia; por el contrario también puede haber casos en que la madre sustituta se arrepienta pasado el proceso de gestación subrogada y quiera ejercer sus derechos como madre, ahí viene la pregunta de ¿hasta qué punto se le puede reconocer a ella como madre, se va a permitir que únicamente el vinculo biológico o el vinculo afectivo desarrollado por ella sirva para que se le considere como madre?

El vinculo biológico bajo la legislación actual del Ecuador sería suficiente, ahora, respecto de vinculo afectivo, surge otra incógnita, ¿hasta qué punto es beneficioso que se niño genere más vínculo afectivo con esa persona, acaso es justo que después de todo ese proceso de gestación, esa persona venga a reclamar derechos que desde el principio se le explicó que estaba renunciando?

Y las cortes británicas justamente en un caso parecido a este, en 2015 en donde al haber sido desarrollado un vinculo afectivo por la madre sustituta durante el proceso de gestación subrogada, reclamaba los derechos como madre del niño, a lo cual el juez estaba en contra y le dio más peso al acuerdo de los padres intencionales de querer iniciar un proceso de gestación subrogada que el deseo de la gestante de reclamar su maternidad sobre aquel, porque se entiende que siempre debe estar presente el principio de buena fe, hay que entender que en este caso el juez falló en contra de la gestante en base al argumento de que de no ser por la práctica de una TRA en virtud del cual incluso se le estaba reconociendo las expensas de los gastos incurridos, la madre sustituta nunca hubiera accedido a gestar a ese niño, pues incluso la madre sustituta con el pago por los gastos médicos, de alimentación, vestuario, movilización y hasta acomodamiento mejoró su nivel de vida.

La lógica del juez fue que la madre sustituta nunca hubiera accedido a ser madre de no ser por el reconocimiento mensual de un pago por los gastos de alimentación, movilización, salud, y que su reclamo evidenciaba el incumplimiento del principio de buena fe, característico del altruismo y base de la gestación subrogada solidaria, reconocido en la HFEA, entonces por romper con el principio altruista que enmarca el principio de solidaridad y buena fe, el juez no consideró tal reclamo de la madre sustituta.

Si le quieres plantear a la regulación como únicamente como tema altruista, tiene que pesar mucho el principio de solidaridad y buena fe presentes en todo el Derecho, de modo que demostrar la mala fe es un agravante en ciertos delitos, e incluso en los contratos demostrar mala fe es visto como un acto malicioso, entonces hay que pensar en eso porque se trata de un principio, porque si se acordó hacerlo de buena fe,

posteriormente no se puede actuar de mala fe, ya que desde el principio se especificó bajo que modalidad se llevaría a cabo el proceso, incluso se dio la firma en el consentimiento informado aprobando la naturaleza del procedimiento.
Entonces también hay que fijar si se hace de manera altruista basado en el principio de buena fe o que también sea comercial y ese convenio sea válido y que active la tutela judicial efectiva por el incumplimiento del contrato, son dos perspectivas extremas.

ENTREVISTA N° 2

Nombre del Profesional	Dr. Salim Zaidan
Profesión	Abogado Especialista en Derecho Constitucional Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Fecha	17 de mayo de 2019

1. **El art. 66.10 de la Constitución del 2008 reconoce y garantiza el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y la vida reproductiva de las personas y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.**

Con este antecedente:

1.1. ¿Ud. cree que estos derechos se aplican en la realidad?

No, el problema es que no se ha reconocido que los derechos son dinámicos que están en constante cambio, y que también están en constante expansión; tienes en el art. 11.8 de la constitución el principio de progresividad y eso tiene que tomarse en cuenta a nivel normativo, a nivel de políticas públicas y a nivel de jurisprudencia; es decir es una responsabilidad de las personas que legislan, de los jueces y los que formulan políticas públicas ampliar el contenidos de esos derechos, lo cual evidentemente no se ha hecho, pues no hay mayores aportes, por lo que se puede decir que el Ecuador está rezagado; tal vez por cálculos políticos se sondea el sentir popular y eso mueve a los políticos a hacer o no hacer, pero aquí nos enfrentamos a derechos, no a parte de una campaña política.
Ósea los derechos no se pueden poner en consideración de las mayorías, es en función de las necesidades e intereses, hay que poner en práctica el principio de progresividad, pues los derechos son dinámicos, por lo tanto muchas veces la realidad social supera a los derechos y el Derecho debe seguir cambiando, si hay grupos minoritarios con necesidades especificas, hay que reconocer sus necesidades como legitimas a través de un reconocimiento más amplio de sus derechos.

1.2. ¿Cree Ud. que los derechos establecidos en el art. 66.10 de la constitución vigente pueden dar lugar a interpretaciones que permitan excederse en el ejercicio de esos derechos?

No, creo que aquí tenemos otro principio, que es el *principio de prohibición de restricción normativa*, cualquier interpretación que se dé, no puede restringir el contenido constitucionalmente reconocido, incluso si el contenido constitucional es vago, pues para esos están los intérpretes de la Constitución comenzando por la Corte Constitucional, que es el máximo intérprete y después los demás intérpretes, porque no hay uno solo, los jueces, ,las autoridades administrativas, y por otro lado, si es que hay dos interpretaciones o dos disposiciones contrapuestas, hay que escoger la interpretación y la disposición más favorable, por el principio *pro homine*; creo que los intérpretes sin desconocer la disposición deben ser más creativos para expandir la protección del Derecho.

2. ¿Cómo justifica usted el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida?

Yo creo que debe ser muy amplio, yo no entiendo la razón por la cual se deba restringir a un solo grupo, creo que debe ser súper amplio y la sola expresión de la voluntad procreacional debería ser suficiente para poder formar una familia, porque creo que ese reconocimiento de los diversos tipos de familia que está en la Constitución es muy retórico, no se dan en la práctica.

Es decir, ahora con el reconocimiento y regulación de estas nuevas técnicas de reproducción, no debe ser solamente la imposibilidad de procrear la que permita su acceso, sino la voluntad de procrear lo que debe pesar más; además yo creo que hay que tomar en cuenta La Conferencia sobre Población y Desarrollo del año 94 que se dio en el Cairo, donde aprobaron como 15 o 18 principios, se aprobó un programa de acción, el 6 y 7 habla que la salud reproductiva y sexual tienen que respetarse ya que su fundamento radica en la dignidad; igualmente habla del tema de la salud reproductiva, la cual empata con la definición de salud que ha hecho la OMS ya que no solamente habla de salud a la ausencia de enfermedades, sino es el bienestar físico y emocional que la persona necesita, como puede tener una persona bienestar emocional si no puede cumplir su proyecto de vida de formar una familia, así es que se le pone muchas trabas, restricciones a su deseo de formar una familia por la voluntad; entonces por eso la voluntad procreacional tiene que ser lo más importante, yo no veo razón alguna, daño a una u otra persona con una permisión amplia por decirlo asi para la práctica de estos métodos.

- **¿Pero al Ampliar el uso de técnicas de reproducción asistida a todas las personas, no cree que caería en un ejercicio desigual que de pronto, atente contra, o tenga fines que no sean éticos, cayendo en prácticas reprochables como la trata de personas?**

Claro, si es una problemática muy sensible, por eso mismo las autoridades que regulen y controlen tiene que ser cuidadosas en eso, en cuanto a los requisitos que deben presentar, una evaluación psicológica, pero yendo al otro lado, las familias que procrean ¿garantizan el bienestar de sus hijos, garantizan que van a estar bien libres de todo tipo de agresión? – Tampoco-, entonces a ellos no se les pide equilibrio emocional para poder procrear y criar, y sin embargo te ponen mil trabas y eres objeto de sospecha con esta idea, entonces yo creo que hay que romper también esos prejuicios; y la otra es, que se tiene que formular políticas públicas y se tienen que conformar instituciones fuertes, sólidas con personal serio que pueda dar un respuesta técnica, el problema es que la salud pública, se ha desentendido de esto y a dejado solo que en el ámbito privado se realicen estos procedimientos con costos poco accesibles, no es un problema de salud pública (para el ámbito público) y si debería serlo.

3. **¿Considera Ud. que los procedimientos de maternidad subrogada son usuales en nuestro país?**

Si pero solamente sirven a ciertos grupos sociales que tiene posibilidades.

4. **¿Ud. cree que es suficiente con la regulación que se plantea el proyecto de COS que prohíbe las contraprestaciones económicas a cambio de la subrogación del vientre?**

Yo creo que necesita una ley especial

5. **¿Qué aspectos cree debería normar esta ley específica?**

Yo creo que en materia de salud es difícil priorizar, es difícil escoger grupos de tratamiento preferente, pero creo, lo que te dice la Constitución sobre grupos de atención prioritaria porque a partir de la identificación de esos grupos de atención prioritaria podría elevarse a un problema de salud pública y de algún modo asumir una parte de esos costos para asegurar la accesibilidad, porque sino muy pocas personas pueden acceder a ese tipo de tratamientos; y eso que hace que los ciudadanos no vean realizados sus proyectos de vida, se han truncado su plan de familia.
El estado emocional la frustración que le puede causar a una persona, el no poder ser madre cuando desea, puede acarrear otros problemas, esa población infeliz que no puede concretar su plan de vida porque el Estado no le facilita la ejecución de ese plan de vida, creo que puede hacer que sea protagonista de problemas sociales de esta persona, entonces creo que tiene que proporcionarse el bienestar emocional de la población el

estado no desentenderse tanto, por eso es que debe hacer una valoración integral en todos los aspectos en el ámbito, laboral educativo.
En ese sentido, considero que debería incluirse en la propuesta de ley el tema del acceso a la información, principalmente, como se va a menear el acceso a la información del niño; y además de esos tendría responsabilidades y obligaciones estatales, tiene que haber una dirección específica del ministerio de Salud encargado de esto, no puede ser él personalmente que atiende comúnmente a los usuarios del sistema de salud, sino que tiene que ser personas altamente capacitadas, o tienen que capacitarlas, de ahí una obligación del estado de instruir a personal que se encargue de estos temas; y, la otra es este acompañamiento de un equipo técnico de la persona que quiera someterse y después un monitoreo para evitar que se convierta en un espacio para la trata de personas o un paso para favorecer que otros delincan o incurran en prácticas de trata de personas, hacer un monitoreo de cómo va ese niño producto de ese tratamiento.
Igualmente se debe incluir el tema de la naturaleza del contrato, ósea si es altruista o es oneroso; creo que eso hay que pensarlo muy bien porque el hacerlo oneroso puede derivar en un negocio perverso que puede terminar en la conformación de mafias, puede confundirse con prácticas licitas, eso hay que tener mucho cuidado, o que esté debidamente controlado, regulado (claro si, porque el error en el que cae los estados unidos, bueno si hay algunos estados en los que se permite que además de altruista sea comercial, onerosa, pero la cuestión es que allá existen estas clínicas que reciben el dinero y no les estarían pagando nada a las mujeres gestantes) claro, es que una cosa es cubrir los gastos de la gestante y otra cosa es ponerle un valor a eso, (es que además de eso los padres intencionales de alguna forma tienen que responsabilizarse pagando no solo por el quipo médico para todo el desarrollo del embarazo, sino también gastos alimenticios, etc,), por eso el alcance de la intervención del estrado es lo que tiene que precisarse, hasta donde va a intervenir el estado, ósea asegurar la accesibilidad, no sé si sea conveniente ampliar la intervención del estado al punto que se posterguen en la atención de otras necesidades, no se puede tampoco por este tema descuidar otras áreas de la salud que también son importantes, por eso tiene que hacerse un análisis muy a fondo con las autoridades de salud desde el gobierno para que se decida hasta donde llegar en la intervención para no sacrificar derechos de otros, porque ese es el riesgo grande

6. ¿Cree usted que las Técnicas de Reproducción Asistida (Maternidad Subrogada) pueden ser considerada como una fuente de filiación?

Yo creo que sí, porque, como Victoria Famá, jurista Argentina, ha señalado, bastaría para fundamentar la filiación no solamente el elemento biológico o tomando en cuenta también la adopción como presupuesto para la filiación sino que debería emplearse el reconocimiento a la voluntad Procreacional como fundamento de la filiación

8. En un procedimiento de Maternidad Subrogada puede haber dos escenarios:

a) Se habla de Subrogación Gestacional cuando la mujer que tiene la voluntad procreacional aporta el óvulo y la segunda mujer (la gestante) únicamente consiente en llevar a cabo la gestación prestando su vientre para ello sin tener la intención de adquirir obligaciones jurídicas que conlleva la gestación.

b) Se habla de Subrogación Total cuando la mujer que tiene la voluntad procreacional no dona su gameto, por lo que la segunda mujer (la gestante) además de prestar su vientre dona su óvulo, sin tener la intención de adquirir obligaciones jurídicas que conlleva la gestación

8.1. ¿Para efectos legales, cuál cree debe ser considerada como madre?

Yo creo que hay que darle, información a la solicitante y a la madre subrogante y darles un tiempo para que luego de ese tiempo estén en la capacidad de dar su consentimiento, reafirmar su decisión y solamente después de ese proceso informativo están en capacidad de tomar decisiones, tanto como madre subrogante como solicitante, entonces yo creo que si se debe reservar un tiempo para la preparación, entregar información que les permita tomar las mejores decisiones.
¿Qué pasa si en este proceso la subrogante desiste, se dan caso en que en la subrogante se despierta el instinto de madre, hay que darle la oportunidad que desista, pero oportunamente, porque también hay que ver en que plano le ponemos a la maternidad, es un derecho?, por otro lado, ¿es el único derecho aquí? O hay varios derechos que podrían entrar en conflicto (con el derecho del niño) No, yo digo antes del procedimiento, porque no puedes tu sacrificar después cuando ya nace, el derecho a la identidad del niño, que pasa si es que tu ya renunciaste como madre biológica a reclamar tus derechos entre comillas, ¿esa madre tiene derechos?

no entre en conflicto con los derechos del niño que nació.
Ese es uno de los conflictos que se trata a nivel doctrina, incluso en el ámbito medico, porque el niño en la gestación desarrolla un vínculo, pero a la final quien va a tener contacto con ese niño van a ser los padres intencionales, en este caso habría que ceder el derecho de la madre biológica frente a un derechos del niño que debería prevalecer, porque los derechos del niño prevalecen sobre los derechos de los demás, el derecho superior del niño debería hacerse del derecho de la madre biológica.
Por eso te digo habría que establecerse con mucho cuidado si solamente se da ese periodo de información o desistimiento antes de que nazca o después de que nazca el niño, yo creo que antes de que nazca es lo conveniente, después de que nace se generan demasiados conflictos con los niños que van generando vínculos, los cuales si son interrumpidos van a generar daños en el niño, perturbaciones innecesarias (tomando también en cuenta que a la luz de la legislación que tenemos ahorita, el procedimiento de maternidad es largo, eso también le va a generar un conflicto al niño, pues existiría un trastoque en cuanto a quienes son sus papas.
Yo creo que por esos mismo no tiene que reducirse la intervención del Estado a permitir o prohibir estos métodos, sino a acompañar el proceso a través de una asistencia de una instancia técnica conformada por varias profesionales que a través de la entrega oportuna de información permita decisiones más responsables y enfocadas en el niño, no desde la perspectiva adulto céntrica de los intereses, deseos de los adultos nada mas, sino tratando de conciliar esos legítimos deseos de los adultos con el interés superior del niño, que exista claridad en cuanto a las consecuencia, y después responsabilidad en cuanto a las decisiones que se tomen.

9. ¿Cree Ud. que el procedimiento de maternidad subrogada vulnera los derechos del niño o neonato?

Creo que no, porque mientras se garantice el bienestar del niño, en su hogar, se den las condiciones para esperar que se crie en un entorno armónico, que cubra todas sus necesidades, creo que no hay ningún tipo de afectación, por eso mismo es importante el monitoreo, es decir que la intervención del estado no sea solamente hasta que nazca el niño sino un seguimiento periódico, cada seis meses con trabajadoras sociales, por ejemplo se podría hacer una visita sorpresa en el hogar, una entrevista con el pequeño para que se pueda identificar si esta en óptimas condiciones.

10. ¿Usted está de acuerdo con que la gestante aporte su óvulo?

No, en total desacuerdo, porque como hemos dicho, existen varias implicaciones jurídicas por el hecho de compartir un vinculo biológico entre la madre gestante y el niño, por lo que creo que la madre gestante nunca deba tener un vínculo biológico con el niño, que en el caso de que la madre solicitante se encuentre impedida de aportar sus gametos, de existir un conflicto menor, se recurra a una donante, proceso que también debe ser acompañado por análisis jurídicos e informes médicos, ósea los médicos deberían intervenir mas en este proceso.

11. ¿Usted cree que la relación paterno-filial la determina el parto de la mujer gestante o la voluntad procreacional?

Por la voluntad Procreacional, pero qué pasa si la madre subrogante cambia de parecer y en medio del embarazo desiste.
En el caso de una maternidad subrogada tradicional donde la madre gestante aporta el óvulo, yo creo que ahí si hay que hacer el tratamiento diferenciado, en el caso de una gestación subrogada, donde la madre comitente aporta el óvulo si hay que respetar la voluntad Procreacional de la madre intencional, pero en el otro caso de maternidad subrogada tradicional, hay que darle la oportunidad a que la madre subrogante reafirme su deseo de prestar solamente su vientre, y renuncie a su derecho como madre, porque debería dársele la oportunidad durante el embarazo de desistir de continuar ese embarazo para luego desprenderse del niño.

12. ¿Cuáles son los criterios jurídicos generales que guían al juez para determinar el interés superior del niño y materializar la prevalencia de sus derechos en un caso particular?

Es difícil porque el interés superior del niño conforme el niño crece ya puede expresarse, y se puede indagar el sentir, los sentimientos, o los deseos del niño, el problema es que al inicio no se puede expresarse lo debería interpretar en función de …. Qué pasa si la madre intencional tiene mejores posición económica y puede satisfacer mejor las necesidades materiales, yo no puedo juzgar a la madre subrogante que tal vez por necesidad preste su vientre no porque le falta el deseo de ser madre, el factor socioeconómico no puede ser el factor determinante para decidir qué madre puede cubrir mejor las necesidades materiales, tal vez haciendo

una valoración psicológica a ambas para saber cuál va a ser mejor en el entorno del niño por el equilibrio emocional mayor que ofrece una de las dos.

ENTREVISTA N° 3

Nombre del Profesional	Dr. Germán Grandes
Profesión	Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia Mariscal Sucre
Fecha	20 de mayo de 2019

1. **El art. 66.10 de la Constitución del 2008 reconoce y garantiza el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y la vida reproductiva de las personas y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.**

Con este antecedente:

1.1. ¿Ud. cree que estos derechos se aplican en la realidad?

En todas las legislaciones del mundo se vienen practicando esta forma de reproducción, pienso que nosotros estamos a la par del ordenamiento jurídico moderno, sin embargo considero que en la realidad ecuatoriana no, porque nuestra sociedad recién está empezando a conocer lo que ya otras sociedades más modernas por ejemplo las europeas han implementado, ellos si tienen este tipo de aplicaciones en cuento a la reproducción, pero no se ha hecho efectivo en nuestro medio.

2. **¿Cómo justifica usted el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida?**

Yo considero que bajo el principio de igualdad todos absolutamente todos pueden optar por un medio de reproducción, ósea no solo aquellos que tiene ciertas dificultades para procrear, sino es la voluntad en definitiva el derecho de los ciudadanos, entonces pienso que no solo se debe aplicar a los que no pueden procrear biológicamente sino para quienes deseen, inclusive por la propia salud, no olvidemos que hoy en dia que las relaciones sexuales pueden causar contagios de índole sexual entonces muchas legislaciones para prever este fenómeno lo han aplicado, en fin todas las personas tendrían el mismo derecho porque es su voluntad.

3. **¿Considera Ud. que los procedimientos de maternidad subrogada son usuales en nuestro país?**

No, (tal vez no se han judicializado… pero si hay ofertas) en definitiva aquí no se ha dado, en el Ecuador por el momento no se ha conocido ningún caso.

4. **¿Usted ha tenido algún caso fuera de lo que es maternidad subrogada, alguno que tenga que ver con reproducción asistida?**

No, sin embargo alguna vez hacíamos un ejercicio entre compañeros jueces, acerca de los bancos de donantes que son una institución sumamente reservada, y nos preguntábamos el caso de que nace el niño, llegó a los 18 años, a los 18 años podría ejercer su derecho inclusive el derecho a la impugnación ya sea de la paternidad o de la maternidad (de la paternidad no porque yo leí que cuando se hace una donación se reserva el anonimato y el donante de semen o del ovulo no adquiere obligaciones de tipo jurídico, entonces el chico tiene derecho a conocer su identidad biológica pero él o la donante no asume ninguna obligación), ya pero en eso solo

estamos hablando de la parte legalista, nosotros poníamos el ejemplo: que tal que un momento dado se ha divulgado la información de ese joven de 18 años y se llega a determinar quién es el padre en el mismo banco de donantes y analizábamos en la parte constitucional, acaso ese ser humano no tiene derecho a que le reconozca su verdadero progenitor constitucionalmente, no cree que el prohibirle a ese ciudadano que exija su derecho a la identidad biológica, no cree que podría acceder mediante una acción constitucional, en esta caso los jueces no tenemos una norma, personalmente si me llegaría un caso así yo le concedería el derecho a la paternidad, ahora en esos caso el no tendría ninguna responsabilidad respecto al que le dono madre o padre biológico, sino el que donó tiene un contrato con la institución, con el banco, entonces cualquier repercusión de índole legal recaería entre la institución y él pero no entre el que fue procreado y el procreador, entonces yo pensaría que constitucionalmente tendría todo el derecho de exigir a que el Estado le reconozca que ese es el padre biológico de ese hijo, pese a que no nació ninguna obligación

5. **¿Es suficiente con la regulación que se plantea en el proyecto de COS que únicamente prohíbe las contraprestaciones económicas a cambio de la subrogación del vientre o cree que el Ecuador necesita de una ley específica para la regulación de la maternidad subrogada?**

Yo pensaría que una ley específica porque en definitiva, usted me acaba de decir que no está previsto las contraprestaciones económicas, entonces yo pensaría, en otras legislaciones normalmente está regulado esto a cambio de una contraprestación como usted justamente menciona que hay países optan porque sea comercial y también altruista y otros que solamente lo ponen como altruista y otros como España que lo tienen totalmente prohibido, asi que en ese sentido yo creo que sí debería regularse.

6. **¿Qué aspectos cree Ud. que debería regular una ley de maternidad subrogada?**

Realmente aquí en el país no ha habido un estudio concreto, por lo que debe haber un estudio más profundo tanto en la parte de salud y cuáles son las consecuencia jurídicas (es algo interdisciplinario porque también entra el tema psicológico de las tres partes de los padres intencionales, madre gestante y el niño, pero bueno estábamos en los aspectos que considera debe tener esta ley, obviamente sobre la legalidad es indiscutible, también sobre si el contrato es comercial o altruista, yo considero que es importante legislar sobre los requisitos para que las mujeres que deseen ser gestantes puedan serlo, y a su vez a los padres que quieran serlo, es importante en función del tema psicológico que hablábamos, en el Reino Unido plantean que tanto a la gestante como a los padres intencionales se le haga una evaluación psicológica para que los dos tengan un buen grado de madurez emocional y la gestante no pueda crear un vinculo con ese niño.

7. En un procedimiento de Maternidad Subrogada puede haber dos escenarios:

a) Se habla de Subrogación Gestacional cuando la mujer que tiene la voluntad procreacional aporta el óvulo y la segunda mujer (la gestante) únicamente consiente en llevar a cabo la gestación prestando su vientre para ello sin tener la intención de adquirir obligaciones jurídicas que conlleva la gestación.

b) Se habla de Subrogación Total cuando la mujer que tiene la voluntad procreacional no dona su gameto, por lo que la segunda mujer (la gestante) además de prestar su vientre dona su óvulo, sin tener la intención de adquirir obligaciones jurídicas que conlleva la gestación.

7.1. ¿Para efectos legales, cuál cree debe ser considerada como madre?

Para mí, aquí sería la madre gestante, porque en el ordenamiento jurídico no existe una norma que diga lo contrario, a menos que se trate de un caso de maternidad disputada, en donde igualmente, a través del examen de ADN se pruebe que la madre biológica del niño es la madre comitente o intencional.

8. **¿Cree Ud. que el procedimiento de maternidad subrogada vulnera los derechos del niño o neonato?**

Podría estar vulnerando, yendo al mismo caso que yo le decía que una norma legal en el supuesto caso que haya el contrato de la maternidad subrogada, tendría que necesariamente cumplir con ese contrato, pero en el caso del niño de derecho intrínseco de él podría conocer su origen biológico, lamentablemente ninguna legislación pienso que va a prever eso, pero yo le ponía el ejemplo anterior, que tal cuando cumpla 18 años, el podría buscar su verdadera identidad e inclusive tranquilamente podría demandar la declaratoria de

paternidad. Nuestra legislación dice que tiene derecho a alimentos hasta los 21 años, cumplió los 18 y si sigue estudiando tendría que el juez declarar la paternidad y regular una pensión de alimentos, (no entiendo como) eso le decía, que tal que se haya divulgado la información y el hijo quiere que se aclare de que persona procede a si sea donado (una persona no puede tener dos papás) claro pero tiene derecho a la identidad a conocer su verdadera identidad constitucionalmente; vamos al caso, el Código civil , la reforma dividió lo que es la impugnación y lo que es el reconocimiento voluntario, en el caso del reconocimiento voluntario el padre solo puede impugnar vía nulidad, pero porqué, porque él voluntariamente sin presión de ninguna naturaleza reconoció, pero en esta misma situación el código prevé que el hijo si puede impugnar el reconocimiento voluntario de ese padre, entonces él dice que no quiere llamarme como ese señor como consta en mi partida, entonces voy a investigar quien es mi verdadero padre, entonces el si tiene esa posibilidad, lo que no tiene en este caso el padre para que se le declare que no es el padre de ese niño, porque ya dio su voluntad, por eso en la sentencia de la corte nacional dice que el puede impugnar solamente por vía de la nulidad del reconocimiento voluntario, por erro fuerza o dolo, ahí se abre el panorama, porque ese hijo puede verse vulnerado en su derecho (pero en este caso no se estaría vulnerando el derecho a la vida privada del dónate? Porque piensa que va a donar no a volverse papá de nadie. En el caso del joven de 18 años que por A o B circunstancia llega a conocer en la institución encargada del banco de esperma cual es su verdadero padre si podría reclamar esa paternidad porque está amparado constitucionalmente, pero entre la institución y el donante habría un gran problema, hasta un juicio de daños y perjuicios.

9. ¿Para usted que determina la relación paterno filial, la voluntad de ser madre de la madre intencional o el parto de la gestante?

Yo siempre me baso en la situación contractual, si existe un contrato con la madre intencional, claro porque ahí nace la obligación jurídica.

10. ¿Cuáles son los criterios jurídicos generales que guían al juez para determinar el interés superior del niño y materializar la prevalencia de sus derechos en un caso particular?

El interés superior del niño lo que busca es el desarrollo integral, salud, educación, todo lo que trata el Art. 2 de la ley reformatoria, entonces es el desarrollo integral; ahora el interés superior del niño también ha sido manipulado de alguna forma, y es a nivel mundial, donde invocando el interés superior del niño pueden violentar otras normas, otros derechos, pero realmente el interés superior del niño es que el estado garantice que el desarrollo de ese niño sea de forma adecuada, y es por eso que el art. 11 dice que no se puede invocar contra norma expresa, entonces (la Corte Constitucional Colombiana tiene una serie de consideraciones para disminuir la discrecionalidad del interés superior del niño, uno de esos criterios es el no poner en riesgo al niño, que las personas que vayan a ser sus padres tengan estabilidad emocional, en el Ecuador hay criterios en los que se pueda basar un juez para resolver acerca del interés superior del niño?) Claro, normalmente nosotros ponderamos los derechos, no toda petición invocada por el interés superior del niño se puede aplicar, de acuerdo al medio, a la condición social en que se desarrolla, no podría por el interés superior del niño poner pensiones alimenticias de $ 1000 cuando la situación económica de su progenitor no es favorable, hay que ver la proporcionalidad, hay que ponderar, hay que proteger pero no por ello vulnerara otros derechos.

ENTREVISTA N° 4

Nombre del Profesional	Dr. Farith Simon
Profesión	Abogado especialista en Derechos de la Infancia y la Adolescencia Decano del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ
Fecha	23 de mayo de 2019.

1. **El art. 66.10 de la Constitución del 2008 reconoce y garantiza el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y la vida reproductiva de las personas y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.**

Con este antecedente:

1.1. ¿Ud. cree que estos derechos se aplican en la realidad?

En sentido técnico sí, porque las personas pueden de acuerdo a las condiciones actuales que hay que tomar en cuenta; por un lado personas que si pueden reproducirse pero que retrasan esta etapa o solo no quieren tener hijos, y personas que queriendo tener hijos no pueden, eventualmente tiene acceso a TRA para reproducirse o a la adopción, en el caso de que se use los métodos y no se cumpla el fin requerido.
La pregunta correcta sería, que pasa con aquellas personas que queriendo tener hijos no pueden y tampoco tienen los recursos necesarios para acceder a TRA, lo qu también se puede plantear de la siguiente manera: No puedo tener hijos, pero tampoco tengo recursos, puedo acceder al apoyo de asistencia estatal para acceder a ellos y a cuáles métodos.

Así que, normativamente si, se aplican estos derechos en la realidad, en el Ecuador no hay restricción de ninguna TRA, no hay prohibición de acceso a ningún método, el tema es de restricciones de acceso de carácter económico.

2. **¿Los derechos del art 166. 10 de la Constitución pueden ser interpretados de forma que den lugar un ejercicio abusivo?**

Prácticas abusivas considerando el ordenamiento jurídico ecuatoriano, podría ser, por un lado están temas como la prohibición del aborto (abortar sin que esté dentro de las causales, aunque más que abuso, se trata de un delito porque esa conducta ya está penada), en el otro lado se habla de temas como la prohibición de experimentación científica con material genético, sin embargo esta prohibición solo se enmarca para los experimentos, es decir que estén encaminado a obtener un objetivo que puede ser de dañar la integridad, sin embargo, no se refiere a una prohibición de las TRA, porque ya se tratan de procedimientos con una comprobación, es decir ya son probados y avalados; por otro lado cuando hablamos del Diagnóstico Genético Preimplantacional, el cual se puede emplear para seleccionar y eliminar aquellos genes que portan algún tipo de defecto congénito, hay que mencionar que esta selección se produce una vez que se ha producido la fecundación, y lejos de alterar, se desea salvar datos, por lo que el objetivo de protección de vida supera esta prohibición.

3. **¿Cómo justifica usted el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida?**

(Los derechos reproductivos son de las personas, no de las parejas) hay que mencionar que si bien antes cuando se alegaba que las parejas que estaban unidas en matrimonio eran hábiles para reproducirse, técnicamente se disocia lo de la pareja cuando se establece que, una mujer si puede acceder a una TRA: 1) con un donante de esperma o 2) con un embrión; el tema es el hombre, porque requiere de un ambiente donde se desarrolle el embrión, y la donante de óvulo, entonces esta disociación NO se da por la ley, sino porque es algo técnico, en el Ecuador por ley pueden adoptar personas casadas, viudas y solteras, no está asociado el tener hijos al tener pareja (en los ‘70 había esa distinción de hijos legítimos/ilegítimos, pero eso ya no

funciona asi justamente desde los años ´70) entonces se trata de un disponibilidad de técnica.

Ahora en parejas, es un tema también de reconocimiento de filiación, en el Ecuador como hasta hace poco no había la doble maternidad/paternidad, era imposible inscribir un niño como hijo de dos padres o madres, sin embargo la sentencia de la CC ahora nos dice, asi sea con la pareja del mismo sexo o sola, la persona puede acceder a una TRA y es este método el que legitima su inscripción no por la realidad biológica, sino por la voluntad procreacional, y se disocia realidad biológica de voluntad procreacional.

Ahora, si bien la ley está pensadas para el padre y la madre, la sentencia establece que si la persona demuestra que quiere tener hijos, ya sea uno o dos hombres, o una o dos mujeres, y eso es la base de la filiación, no hace falta preguntar algo más.

Ahora, si decimos que los métodos de reproducción asistida son aptos para una pareja hombre-mujer porque no se afecta el interés superior del niño, eso significaría que ninguna persona sola podría criar un niño porque ya estaría vulnerando el interés superior del niño, pero que pasan con los padres solteros, ¿per se viola el interés superior? Entonces se está generalizando, y no se puede hacer eso, porque de acuerdo a la observación general N°14, no se puede llegar a una conclusión general, sino caso por caso; sumado a esto, no se puede utilizar argumentos como la estabilidad emocional de los niños, decir esto es reproducir varios prejuicios sobre las formas familiares, no es un tema técnico, jurídico.

Ahora, si tomamos en cuenta la Conferencia del Cairo sobre población y desarrollo, en donde se aborda el tema de los derechos reproductivos y sexuales, estos son derechos que van separados, entonces se habla la libertad sexual como la libertad de decidir con madurez, decidir si ejercer o no esos derechos y con quien, y libertad reproductiva, que consiste en decidir cuántos hijos tener, en qué momento y con quien; es decir lejos de pensar que la mujer es reproductora y la relación sexual como reproductora, se establece que las personas tienen derechos sexuales que es una expresión sobre su identidad, vida, salud, y este derecho no está asociado a la reproducción, es decir si bien van vinculados, la reproducción no es el fin único de la sexualidad.

En respuesta a tu pregunta, si bien todos tenemos la titularidad de los derechos sexuales y reproductivos tenemos todas las personas, ahora cuando se puede decidir si acceder a estas técnicas, la mejor referencia es el caso Artavia Murillo, en la sentencia dicen que la incapacidad reproductiva es una forma de discapacidad y por lo tanto es una obligación del estado de medio, no de fin, (porque permitir que accedan a los métodos no garantiza que efectivamente tengan hijos) garantizar que las personas tengan acceso a ciertos métodos para poder reproducirse, no permitirles este acceso es una violación a una obligación estatal de garantizar el derecho.

4. ¿Considera Ud. que los procedimientos de maternidad subrogada son usuales en nuestro país?

Hace bastante tiempo son usuales, no son masivos, pero son frecuentes, y hay varias clínicas de fertilidad o centros de reproducción asistida desde hace años que ofrecen este método, como no estaba claro legalmente, era ilegal, no en el sentido de que va en contra de una norma, sino que no tiene una regulación, y siempre estaba resulto por detrás de la Ley, se sabía que pasaba, antes las mismas clínicas tenían sus redes de búsqueda para encontrar una madre sustituta; a raíz de la sentencia Satya que juridifica esta práctica, ya existe oferta, anuncios en internet y demanda, empiezan a haber condiciones.

5. ¿Es suficiente con la regulación que se está planteando en el proyecto de COS que únicamente prohíbe las contraprestaciones económicas a cambio de la subrogación del vientre o cree que el Ecuador necesita de una ley específica para la regulación de la maternidad subrogada?

Si bien no es suficiente, hay que tomar en cuenta que el exceso de regulación acarrea mas problemas, pues van de la mano con normas de derecho público, la pregunta es sobre cuidado personal sobre el embarazo

(cuidados normales o podría exigirle cuidados restricciones) y la entrega posterior

6. ¿Qué aspectos cree Ud. que debería regular una ley de maternidad subrogada?

Se debe regular el tema de límites personales, si existe o no remuneración, obligaciones sobre el proceso, responsabilidades de médicos, centros de reproducción asistida, de las personas que contratan, de los contratados, obligaciones de cuidado personal, que pasa si nace con una discapacidad, si hay eventos sobrevinientes, fuera de control.

Hay que poner énfasis en si es altruista o comercial, permitir que sea un contrato con una función económica o que sea sin beneficio económico; ahora si se desea plantear que sea una practica altruista, esto plantea el problema gigante del mercado negro, pues si además se plantea que solo se lleve a cabo con personas del circulo familiar ¿qué pasa si no hay nadie? Se lo va a hacer clandestinamente, ahora si se amplía a personas que no sean parte del círculo familiar, nos topamos con la sorpresa de que nadie lo va a hacer gratuitamente, lo que de nuevo conduce a un mundo económico clandestino, como pasa en otros países que se paga una cantidad por concepto de compensación por molestias, por gastos de embarazo, etc; y en el caso de las madres sustitutas es a veces mucho peor, porque a pesar de la exposición y del riesgo, al estar manejadas por un intermediario, es este último quien recibe la compensación, hay que pensar bien en cómo funciona esta cadena.

7. ¿Cree usted que las Técnicas de Reproducción Asistida (Maternidad Subrogada) pueden ser considerada como una fuente de filiación?

Revisar respuesta a pregunta N°2.

8. ¿Cree Ud. que el procedimiento de maternidad subrogada vulnera los derechos del niño o neonato?

Revisar respuesta a pregunta N°2.

9. ¿Para usted que determina la relación paterno filial, la voluntad de ser madre de la madre intencional o el parto de la gestante?

Revisar respuesta a pregunta N°2.

10. ¿Cuáles son los criterios jurídicos generales que guían al juez para determinar el interés superior del niño y materializar la prevalencia de sus derechos en un caso particular?

En principio en condiciones normales, a menos que se pruebe un riesgo inminente para la vida del niño, el juez podría tomar la decisión de no entregar el niño a los padres intencionales cuando realmente demuestre que existe un riesgo absoluto para la integridad de ese niño; como en cualquier caso, una madre que da a luz a un hijo biológico que es pues se determina, pienso que hay que seguir la misma lógica que se seguiría para un hijo biológico.

ENTREVISTA N° 5

Nombre del Profesional	Dr. Marcelo Flores
Profesión	Médico especialista en ginecología Director de Unidad de Fertilidad y Esterilidad Concebir
Fecha	9 de mayo de 2019

1. **¿Cómo justifica usted las técnicas de reproducción asistida?**

Todos los métodos de reproducción asistida son para gente que tiene conflicto, nadie que no tenga dificultades para concebir va a recurrir a esos métodos de reproducción, todas las personas que vienen acá, es porque definitivamente se encuentran imposibilitados de concebir por medios naturales.

2. **¿La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida más, o es una técnica complementaria, un método de apoyo a la reproducción asistida?**

Es una forma de reproducción asistida, lo que pasa es que la maternidad subrogada está ayudando a la mujer que no puede concebir porque tiene ausencia de útero, o está dañado, o existe una mal formación, tiene algún conflicto de enfermedades, que le impiden llevar un embarazo. Estos casos en donde los que hay gente pudiente, que tiene dinero que por no querer llevar un embarazo contrata a una persona que lleve a término el embarazo, a cambio de lo que le puede pagar; a mi criterio son desviaciones del concepto principal.

3. **¿Usted considera que la maternidad subrogada es una práctica usual aquí en el Ecuador?**

Si

4. **¿Podría indicarme más o menos cuantos casos de maternidad subrogada ha llevado a cabo?**

Cada vez se ve más gente que necesita de eso, exactamente nosotros fuimos los primeros en tener, creo que fue en el año 2002, una niña producto de la reproducción asistida, debe tener la edad de unos 17 años.

5. **¿Usted cree aquí en el Ecuador, existe la necesidad de regular la maternidad subrogada?**

Todos los países del globo deberían tener una ley que regule la maternidad subrogada, como justamente tienen los países civilizados, eso entiendo está haciendo el congreso ahora.

6. ¿**Le parece que esta regulación que están planteando en la Asamblea en el tema de la maternidad subrogada es suficiente o cree que debería tratarse este tema dentro de una ley específica?**

Así debería ser, justamente ayer veía que en España está regulado todo.

7. **De existir una propuesta legislativa que regule el tema de la maternidad subrogada en el Ecuador, ¿qué aspecto cree usted necesarios que estén contenidos en la propuesta?**

Primero que sea por necesidad, ósea como indicación médica para las personas que tengan dificultades para concebir, no por intereses personales¸ después tiene que haber un seguimiento de la persona , tiene que gozar de todos los derechos para cuidar la maternidad y gozar de todos los cuidados; en casi todos los países en que está regulada, le ponen a la maternidad subrogada como condición de base que sea altruista, y es bastante difícil encontrar personas que lo hagan de esa forma, a no ser que tengan parentesco; si es que se considera que ella está haciendo una ayuda y aparte de eso es un trabajo; entonces debería recibir una remuneración, de darle la posibilidad a ella (la madre gestante) que goce de una calidad de vida adecuada, …
En India está regulado, Tailandia, este rato en Ucrania hay gentes que se fueron de España a Ucrania, porque

justamente la legislación española no les quiere reconocer como españoles a los niños que son nacidos en Ucrania de otra mujer ucraniana, pero ya hubo un caso donde le aceptaron, y si ya aceptó, se crea un precedente, entonces todo el grupo que se ha unido son como cuarenta o cincuenta personas que están en Ucrania.

8. **¿Cuáles son las responsabilidades técnicas como encargado de llevar a cabo el proceso de reproducción asistida?**

Las responsabilidades técnicas del equipo médico o del médico es llevar bien el procedimiento, en lo posible que se dé con éxito el embarazo.

9. **Dentro de este proceso de subrogación, ¿Quién es la parte que se encarga de facilitar el acceso a esta segunda mujer que va a prestar su útero?**

Eso depende de las clínicas, hay gente que utiliza las plataformas de internet, Facebook, en el caso de nosotros, siempre señalamos que la persona que va a utilizar una subrogante es la que efectivamente tiene que conseguir ella la subrogante.

10. **En el tema de la subrogación está muy claro que hay dos mujeres, una de ellas es la que tiene la voluntad de ser madre, técnicamente la que tiene la voluntad Procreacional y por otro lado está la segunda mujer, la gestante, que en ocasiones además de prestar su vientre, también aporta sus propios óvulos.**

No, no es asi, la subrogante no puede nunca prestar su óvulo, de o contrario el embrión que estaría gestando seria hija propio; la base de esto es que la mujer gestante solamente lleva a término el embarazo, su labor se limita a la gestación, como te digo, no puede dar sus óvulos, porque sería su propio hijo.
Eso puede ser otra cosa , pero definitivamente no es subrogación, a nivel jurídico en el Ecuador la madre es la que pare, entonces eso ahorita habría que regular, porque de eso no hay nada; pensemos en España, en donde lo que se hace es una adopción, el papá biológico pide la paternidad y la mujer da en donación, entonces ese trámite es el que legalmente debería hacerse, porque de acuerdo a las leyes ecuatorianas, actualmente la mujer pare es la mamá, por lo que la mujer que pretende ser madre debería hacer el procedimiento legal de adopción.

11. **¿Usted cree que esa es la única solución o usted cree que se deba regular en el mismo sentido de España de proponer el reconocimiento de parte de padre y la adopción por parte de la mujer o una reforma en la que añada que en los casos de maternidad subrogada, que la mujer que da a luz diga no es la madre legal del niño?**

Para eso tiene que crear entidades de control de parte del Ministerio de Salud Pública, que valoren quien necesita y quien no necesita de este tipo de procedimientos, en otro países, por ejemplo, en Inglaterra se puede hacer pero tiene que pasar por un Comité multidisciplinario de Ética y Control, que termina pronunciando si la persona o la pareja es apta para llevar a cabo un procedimiento de esta magnitud.

ENTREVISTA N°6

Nombre del Profesional	Dr. Claudio Vallejo
Profesión	Médico Especialista en Ginecología Líder del servicio de Ginecología del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo
Fecha	3 de junio de 2019

1. **¿Cómo justifica usted el uso de las técnicas de reproducción asistida?**

La infertilidad o esterilidad de la pareja es entendida como la incapacidad para tener hijos, esta puede ser primaria, si se trata de una pareja que nunca ha logrado embarazos; o secundaria, cuando han logrado embarazos anteriormente, pero en tiempo presente no lo consiguen, la Organización Mundial de la Salud ha considerado como una enfermedad del sistema reproductivo que afectan la salud de las personas que la sufren, dicha enfermedad no involucra gravemente la vida ni necesariamente la dignidad o la integridad personal, sin embargo es un aspecto determinante de la condición de la salud y si puede interferir negativamente en otras dimensiones vitales cuando la paternidad/ maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o de la pareja. En las últimas décadas el avance de las ciencias médicas y biológicas han permitido perfeccionar las técnicas de diagnóstico de la infertilidad, paralelamente a ello su solución terapéutica depende de las causas que la motivan. Las TRA se aplican con gran éxito, además permiten la prevención y tratamiento de origen genético o hereditario. Hasta hace poco eran consideradas únicamente como terapéutica a la esta esterilidad, entendida como un problema de salud, en las últimas décadas se ha asociado también el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos. En estrecha comunión con lo anterior sí, las personas tienen derecho a decidir en sentido positivo o negativo sobre su reproducción es decir pueden tomar el partido respecto a ellas mismas sobre la aplicación de medidas de anticoncepción o contracepción, tratamientos seguros para la fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos seguros para la fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos , tecnologías y tratamientos médicos, en función de la procreación, incluyendo las técnicas de reproducción asistida en cualquiera de sus variantes.

2. **La maternidad subrogada debe ser considerada como:**

La maternidad subrogada es calificada como una técnica de reproducción asistida, mediante la Fecundación In Vitro, para solucionar los problemas relacionados con la esterilidad, se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz un bebé, qué genética ilegalmente pertenece a otros padres.

3. **De acuerdo con esto ¿Quiénes deben ser los beneficiarios del procedimiento de maternidad subrogada en el marco de reproducción asistida?**

Los beneficiarios deben ser las dos partes involucradas, la madre subrogada y los padres biológicos

4. **Indique cuántos casos de maternidad subrogada ha atendido.**

Durante mi trayectoria como especialista en infertilidad he llevado pocos casos, en total 5. Debido a que es un procedimiento muy delicado, se debe estudiar muy bien a las parejas y la posible madre

subrogante de vida que implica requisitos no sólo en el ámbito de salud física sino también psicológica.

5. **En este sentido. ¿Considera usted que los procedimientos de maternidad subrogada son usuales en nuestro país?**

En el Ecuador desde hace algunos años se ha empezado a dar varios casos de maternidad subrogada, como una respuesta al problema de esterilidad que enfrenta el 15% de nuestra población. Existen varios centros de fertilidad que trabajan más de 10 años y por dónde tiene muchos casos de maternidad subrogada no registrados.

6. **¿Cree usted que la maternidad subrogada se encuentra normal de manera adecuada en nuestra legislación?**

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe una regulación que acoja esta práctica en níquel la prohíba. Las normas preexistentes relacionadas con la maternidad se encuentran en discordia con los fines que ofrecen la maternidad subrogada, ya que se trata de una práctica realizada mediante la manipulación médica, Contrariando así el derecho público ecuatoriano.

7. **¿Existe la necesidad de crear una ley para la regulación de la maternidad subrogada? Que además de la legalidad de la maternidad subrogada, prevea aspectos concernientes a esta, como:**

Es conveniente legislar en forma de forma inmediata la maternidad subrogada en nuestro país, con el fin de cesar la clandestinidad de los casos que en la actualidad se encuentran muchos ecuatorianos con especialistas que sólo buscan lucrar también en casos donde las madres subrogadas no quiere entregar al bebé la madre subrogante no quieren entregar al bebé. Se debería indicar aspectos como derechos y responsabilidades tanto de las parejas comitentes como de las madres subrogantes, así como también las responsabilidades de los profesionales de la salud que van a tratar este tipo de procedimientos.

8. **¿Cuáles son las directrices en que se amparan al realizar un procedimiento de maternidad subrogada? (sobre el acuerdo respecto de los pacientes)**

Sobre la base del código del trabajo, una vez que se configure la relación laboral entre la madre subrogante y los padres comitentes se generará una serie de obligaciones que se tendría te tendrían que cumplir, de manera que se verifiquen los derechos adquiridos por la trabajadora, es decir la madre subrogante. Por ejemplo el cumplimiento del pago de la remuneración que sigue acordado en el contrato. por otro lado sería imprescindible agregar obligaciones que deberían ser cumplidas por parte de los empleadores, tales como dos puntos asegurar que el embarazo se han monitoreado por el especialista, asistencia al parto, cubrir gastos personales y médicos, aplicaciones más importantes es asumir la condición con el que nazca el niño. Por parte de la madre subrogante, debería entregar al bebé, acudir a los controles médicos, toma la medicación de acuerdo a las dosis y frecuencia, cuidar la integridad del bebé.

9. **¿Cuáles son las responsabilidades como encargados de llevar a cabo los procedimientos de reproducción asistida o maternidad subrogada? (responsabilidades técnicas)**

Entre las responsabilidades técnicas se encuentran: informar sobre el procedimiento tanto a la madre subrogante como a la pareja que se mete a esta técnica.

- Llevar el procedimiento de forma confidencial.
- Aplicar las técnicas de reproducción asistida de forma responsable y profesional.
- Llevar los controles médicos hasta el nacimiento del bebé.

10. Dentro del procedimiento de maternidad subrogada. ¿Quién es la parte encargada de facilitar el acceso o contacto con la gestante?

Lo más recomendados que el contacto lo realizan los especialistas médicos encargados de realizar el procedimiento de maternidad subrogada de mira que no se verán involucrados tanto la madre subrogante como los padres biológicos directamente ni sentimentalmente para evitar problemas a largo plazo.

11. ¿En un procedimiento de maternidad subrogada puede haber varios escenarios?

Pueden existir varios escenarios de tipos de maternidad subrogada entre ellos tenemos la maternidad parcial o tradicional dónde las madres subrogante aporta su propio óvulo y este es inseminado con el esperma de la pareja de la madre intención, por ende en este caso la mujer que presta o alquila su vientre si guarda un vínculo con el niño. otra es la maternidad total, que ocurre cuando la mujer que presta o alquila su vientre termina el desarrollo del embrión que ya ha sido fecundo de manera in vitro, en este caso la madre subrogante no aporta sus lóbulos ya que estos pertenecen a la pareja contratante..

11.1 ¿Cuál cree que legalmente debe ser considerada como madre?

Según mi criterio médico legalmente de ser considerada como madre la madre biológica de vida que la genética le respalda a ese derecho.

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **MICHELLE VERÓNICA MANCERO VALENCIA** C.I. **172653015-5** autora del trabajo de graduación intitulado: **"La Maternidad Subrogada desde la perspectiva del Interés Superior y los Derechos Filiativos Involucrados"** , previa a la obtención del título profesional de **ABOGADA** en la Facultad de **Jurisprudencia**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 24 de octubre de 2019



Michelle Mancero Valencia
C.I. 172653015-5



CERTIFICADO DE VOTACIÓN

24 - MARZO - 2019

0050 F

0050 - 158

1726530155

MANCERO VALENCIA MICHELLE VERONICA

APELLIDOS Y NOMBRES

PROVINCIA: PICHINCHA

CANTÓN: QUITO

CIRCUNSCRIPCIÓN:

PARROQUIA: CONOCOTO

ZONA: 1



REPÚBLICA DEL ECUADOR

DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA

No. 172653015-5

APELLIDOS Y NOMBRES

MANCERO VALENCIA MICHELLE VERONICA

LUGAR DE NACIMIENTO

PICHINCHA

QUITO

CHAUPICRUZ

FECHA DE NACIMIENTO: 1993-05-28

NACIONALIDAD: ECUATORIANA

SEXO: MUJER

ESTADO CIVIL: SOLTERO



ELECCIONES SECCIONALES Y CPCCS

2019

CIUDADANA/O:

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL PROCESO ELECTORAL 2019

F. PRESIDENTA/E DE LA JRV



INSTRUCCIÓN

SUPERIOR

PROFESIÓN / OCUPACIÓN

ESTUDIANTE

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE

MANCERO MILO SANTIAGO SIXTO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE

VALENCIA TITO VERÓNICA VALERIA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

QUITO

2017-12-13

FECHA DE EXPIRACIÓN

2027-12-13