



DERECHO

Tesis previa a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados

AUTOR: Tania Lisbeth
Añarumba Chisaguano

TUTOR: Ab. Alba Guevara
Bárcenes

“Gestación por sustitución en Ecuador, la dimensionalidad del
derecho a la filiación familiar: Una investigación desde el interés
superior del niño y la sentencia Satya.”

ÍNDICE

Dedicatoria	5
Agradecimientos	6
Aprobación del tutor	7
Declaración de autoría y honestidad académica	8
Resumen.....	10
Abstract	11
Abreviaturas y Siglas	12
I. Antecedentes y Justificación del Tema.....	13
A. Pregunta de Investigación.....	17
B. Hipótesis:	18
II. Objetivos.....	18
A. Objetivo General:	18
B. Objetivos Específicos:	18
III. Estado del arte y marco teórico.....	19
A. Capítulo I: Nociones Generales.....	19
1. Antecedentes de la gestación por sustitución	19
2. Concepto ¿por qué gestación por sustitución?	20
3. Posturas contrarias y favorables a la gestación por sustitución.....	22
4. Terminología e intervinientes en el proceso de GS.	25

5.	Modalidades de gestación por sustitución	27
6.	Ausencia de norma legal en Ecuador ¿Cuál es su situación?	30
B.	Capítulo II: Reconocimiento de la filiación por GS	36
1.	Determinación de la maternidad	36
2.	Teoría de la contribución plena	37
3.	Teoría de la contribución genética.....	37
4.	Teoría de la preferencia de la gestante	39
5.	Teoría de la intención	40
6.	Filiación.....	49
7.	El interés superior del Niño	54
8.	Filiación.....	57
9.	Análisis Normativo Internacional.....	64
C.	Capítulo III: Regulación de la GS, condiciones y requisitos.....	70
1.	Regulación respecto a la filiación por GS	70
2.	Sistema de previa intervención jurídica.....	74
3.	Requisitos de la gestante.....	76
4.	Requisitos de los padres comitentes	79
5.	De la importancia de considerar el interés superior del niño	80
6.	Idoneidad de los padres comitentes	81
7.	El acuerdo altruista o por compensación.....	83

8.	Revelación del origen del niño producto de GS	84
9.	Inscripción del niño producto de GS	85
10.	De la muerte de uno o dos de los comitentes	86
IV.	Conclusiones	86
V.	Recomendaciones	89
VI.	Bibliografía	93
Tabla 1 <i>Intervinientes en la GS, Antes, Durante y Después</i>		26

Dedicatoria

A mi mami Ruth y a mi papito Víctor que con su infinito amor guiaron mis pasos para culminar esta maravillosa etapa con la bienvenida de gratas recompensas, promesas cumplidas y amor verdadero. A mi hermano Ronhy mi compañero de travesuras, que me brinda su cariño y ternura pilar fundamental para continuar en mi proceso de aprendizaje. A mis amigos y colegas que la vida me permitió conocer y que se convirtieron en la luz de mi sendero Caro, Danni, Estefy, Karlita, Antho, David, Stefy, Kari, gracias por su amistad y consejos, por su compromiso y confianza que guardo con cariño en mi corazón.

Agradecimientos.

A Dios y la Virgen María por ser mi fuerza y fortaleza.

A mis padres que con dedicación y esfuerzo me brindan su amor incondicional y vida a enseñarme el valor de la familia, la perseverancia y el valor de cumplir mis sueños. *“Un minuto de decisión por una eternidad de gloria”*.

A Albita que con cariño y entrega guio mis pasos, por su enseñanza, acompañamiento, paciencia y dedicación.

A mis amigos, colegas de trabajo y a todos quienes confiaron en mí, y me acompañaron en esta maravillosa etapa de crecimiento y aprendizaje.

APROBACIÓN DEL TUTOR

Yo, ROSA ALBA GUEVARA BÁRCENES, certifico que conozco al autor del presente trabajo siendo la responsable exclusiva tanto de su originalidad y autenticidad, como de su contenido.

.....

DIRECTOR DE TESIS

Declaración de autoría y honestidad académica

Nombre: Tania Lisbeth Añarumba Chisaguano

Cédula de ciudadanía: 0502903727

Escuela: Derecho

DECLARO QUE

El trabajo de investigación de fin de carrera titulado “*Gestación por Sustitución en Ecuador, la dimensionalidad del Derecho a la Filiación Familiar: Una Investigación Desde el Interés Superior del Niño y la Sentencia Satya*” para optar por el título de abogada es de mi autoría exclusiva y producto de mi esfuerzo personal; las ideas, enunciaciones, citas de todo tipo; obtenidas de cualquier documento, obra, artículo, memoria, entre otros (versión impresa o digital), están citadas de forma clara y estricta, tanto en el cuerpo del texto como en la bibliografía. Estoy plenamente informado/a de las sanciones universitarias y/o de otro orden en caso de falsedad de lo aquí declarado, en todo o en parte.

Quito, 05 de enero de 2024



Tania Lisbeth Añarumba Chisaguano

0502903727

Declaración de autorización de derechos de propiedad intelectual

Yo, Tania Lisbeth Añarumba Chisaguano, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, para que sea publicado y divulgado en internet, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, su reglamento y demás disposiciones legales.

Quito, 05 de enero de 2024

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tania Lisbeth Añarumba Chisaguano', written over a light blue circular stamp.

Tania Lisbeth Añarumba Chisaguano

0502903727

Resumen

El presente trabajo de investigación se centra en analizar la urgencia del reconocimiento de la dimensionalidad del derecho a la filiación familiar de la gestación por sustitución, como respuesta a los avances en ciencia y tecnología que plantea nuevas realidades de diversidad familiar, posterior a la sentencia Satya con el reconocimiento de dobles maternidad y paternidades pero con una norma insuficiente que dé respuesta a la laguna normativa que incurre en vulneraciones al interés superior del niño, al no tener acceso a ejercer las obligaciones que derivan de la filiación, promoviendo la creación de ficciones legales y otros riesgos derivados de la clandestinidad.

En esta investigación se demostrará la existencia de herramientas, teorías, modelos y legislaciones para que el Estado acoja la filiación familiar por GS, ponderando la voluntad procreacional como parte esencial al derecho a la identidad del individuo, sugerir el reconocimiento de una nueva forma de filiación respecto a los casos de GS, establecer requisitos mínimos para los comitentes y la mujer gestante, nuevos procedimientos judiciales para autorizar la GS, entre otros requisitos mínimos que brinde mayor seguridad jurídica, certeza atendiendo al interés superior del niño.

Palabras claves: Familia, filiación, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Voluntad Procreacional, Interés Superior del niño

Abstract

In this research will be focusing on analyzing the urgency of recognizing the dimensionality of the right of family filiation, as a response to advances in science and technology, about new realities of family diversity after the court ruling Satya with the recognize double maternity or paternity situation however, with an insufficient norm that solves the normative gap which results in violate best interest of the minor, because they lack access to exercising rights and contracting obligations inherent to filiation, promoting the creation of legal fictions and other risks caused by clandestinely.

In this research, it will be shown that alternative of tools, theories, models and legislation for State accept family filiation considering the procreational will as an essential part of the right to identity of the individual, suggesting the recognition of a new form of filiation with respect to cases of surrogacy, establishing minimum requirements for the parents and the surrogate woman, new judicial procedures to authorize surrogacy, among other minimum requirements that provide greater legal security, certainty taking into account the best interests of the minor.

Keywords: Family, Filiation, Assisted human reproductive techniques, procreational will, best interest of the minor

Abreviaturas y Siglas

CC: Código Civil

CCE: Corte Constitucional del Ecuador.

CDN: Convención de los Derechos del Niño

COIP: Código Integral Penal

CONA: Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

CRE: Constitución de la Republica del Ecuador

DGRC: Dirección General del Registro Civil

FIV: Fertilización in vitro

GS: Gestación por sustitución.

LOGIDC: Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

RAE: Real Academia Española

TRHA: Técnicas de reproducción humana asistida.

I. Antecedentes y Justificación del Tema

La maternidad y paternidad son uno de los ideales que forman parte del proyecto de vida del ser humano. Años atrás solo se concebían conceptos inmutables y tradicionalistas de sexualidad, fecundación, gestación y procreación, es decir, el principio *mater semper certa est* implantó el nexo del parto con la certeza de ser madre.

En cuanto a los avances científicos y tecnológicos en medicina respecta, los conceptos de sexualidad, fecundación, gestación y procreación han mutado debido a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), Santamaría (2000) lo define como el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación [...] todas las TRHA, implican la participación de los gametos masculinos y femeninos en el proceso generativo a través de la fecundación, por consiguiente, las técnicas intracorpóreas de reproducción asistida, están divididas en **a)** homóloga cuando el espermatozoide y el óvulo pertenecen a la pareja, y **b)** heteróloga cuando el espermatozoide u óvulo, o ambas, provienen de un tercero (donante).

La presente tesina desarrolla uno de los métodos con intervención de terceros de las TRHA, denominado **Gestación por Sustitución** (en adelante GS), conformado por una mujer denomina gestante. Como su nombre lo indica, presta su útero para gestar y posteriormente parir a un niño o niña, el cual es entregado a una persona o pareja que presenta esterilidad o infertilidad para tener hijos biológicos denominados padres comitentes, este proceso conlleva ponderar el principio volitivo, una vez que son los padres comitentes quienes asumen derechos y obligaciones respecto al niño producto de GS.

Examinaremos brevemente a los intervinientes en la gestación por sustitución debido a roles que pueden ser visualizados en una cadena de protección y dependencia: **a)** la mujer gestante

debe acceder a un servicio de salud adecuado durante las etapas de embarazo, parto y postparto para prevenir riesgos físicos como discapacidad o muerte, hasta el momento del alumbramiento del niño o niña producto de la GS; **b)** en el caso de los comitentes deben contar con la seguridad que el bebé se desarrolló con un estado de salud adecuado que no pone en riesgo a la mujer gestante o del desarrollo del embrión y que al finalizar el proceso de gestación (con el parto) podrán recibir a su hijo, reconocerlo y establecer los derechos de filiación; **c)** el tercer interviniente y principal actor de esta investigación es el niño o niña, producto de GS, ahora bien en sentido estricto es el Estado, la sociedad, y comitentes, en especial estos últimos los encargados de proteger y precautelar los derechos de los niños producto de la GS desde su nacimiento y desarrollo frente a un estado indolente, empezando por su derecho de identidad y filiación, para salvaguardar al interés superior del niño y dignidad humana; **d)** finalmente el médico o clínica tratante de las TRHA, que dependiendo de cada legislación tendrá un rol fundamental al ser el nexo entre la mujer gestante y los padres comitentes, además de establecer el reconocimiento inicial de quiénes son sus padres, y de ese modo establecer su origen, certificado de nacido vivo e inscripción en el Registro Civil.

En vista de que la GS es un método de las TRHA que genera debates sociales, jurídicos, éticos y morales, es preocupante que hasta la fecha de la presente investigación no cuente con una respuesta por parte del legislativo u organismos encargados de velar por la protección de los derechos de niños y niñas, como son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Salud, entre otros, que propongan con celeridad una norma que sea ejecutable, con un proyecto a corto y largo plazo que regule las TRHA y con ello la GS. Hasta el momento la voluntad del legislativo se ha quedado en una simple intención, con debates prolongados, pero sin respuesta.

En torno a la GS existen implicaciones respecto al ejercicio de los derechos reproductivos interrelacionados a la vida, nacimiento, origen biológico, familia, identidad, dignidad humana, salud, desarrollo integral, maternidad y paternidad responsable y deseada y a la filiación. En contraste, la presente investigación se centrará en el derecho de filiación familiar, ya que los niños y niñas producto de GS se encuentran en un limbo jurídico cuando se discute el tema del reconocimiento de la paternidad o maternidad de los comitentes.

Independientemente de las posturas a favor o en contra, la GS es parte de la realidad social, consecuencia de la decisión libre y voluntaria de adultos capaces, y su deseo de acceder a la paternidad y maternidad a través de la referida técnica. Por consiguiente, al nacer vivos los niños producto de gestación por sustitución, el Estado debe establecer un régimen normativo jurídico que brinde protección jurídica y prever para los futuros casos garantías y certeza de un procedimiento que reconozca la filiación por GS.

En Ecuador, la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE), en la Resolución Número 184, del Registro Oficial Suplemento Número 61, del 11 de septiembre de 2018, conocida como caso Satya, establece parámetros para empezar a regular las TRHA, frente al incumplimiento de la Dirección General del Registro Civil (en adelante DGRC o Registro Civil) para reconocer el derecho a la identidad de Satya¹.

En la sentencia referida la CCE, ordena al Registro Civil la inscripción con los apellidos de las dos madres con el objetivo de precautelar el interés superior del infante, así mismo el

¹ Una pareja de mujeres en unión de hecho, al intentar inscribir a su hija, con sus apellidos obtuvieron una respuesta negativa por el Registro Civil, al considerar que en Ecuador no se contemplaba la doble filiación materna, y lo que sugiere el Registro Civil es la inscripción de la niña, solamente con los apellidos de la madre biológica.

máximo órgano determino que aquellos niños nacidos a través de TRHA, sea con material homólogo o heterólogo sean inscritos, sin embargo de manera obligatoria deberán contar con un certificado emitido por centro de TRHA, por otro lado, se incorpora en su sistema de inscripción la doble paternidad y maternidad, en consonancia se fija una regla jurisprudencial para *“que ningún servidor público encargado de los registros de los niños y niñas pueda alegar la falta de ley que reconozca la doble filiación sea materna o paterna, pues estaría desconociendo los derechos constitucionales como la identidad, igualdad ante la ley y no discriminación²”*.

Motivo por el cual, aunque la pareja no concibió a su hija por medio de la GS, sí lo hizo a través de una TRHA, lo que permitió instaurar un hito jurídico con relación al reconocimiento constitucional de la diversidad familiar, especialmente de las familias homoparentales y de manera análoga determinar la filiación de aquellos niños nacidos a través de la TRHA. Pese a que la CCE ordenó “como medida de garantía de no repetición a la Asamblea Nacional para que en un plazo no mayor a un año desde la disposición de la sentencia regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales; que la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, a través de su unidad administrativa de talento humano, con la asistencia técnica de la Defensoría del Pueblo³ y del Consejo Nacional para

² Corte Constitucional, Resolución 184, Registro Oficial Suplemento Número 61, de 11 de septiembre de 2018. Parte expositiva.

³ La Dirección de Análisis Normativo de la Defensoría del Pueblo de Ecuador³, el 10 de marzo de 2023, presentó la primera propuesta del proyecto de Ley Orgánica que Regula el Derecho a la Reproducción Humana Asistida en el Ecuador, reconoce las siguientes **técnicas** de reproducción humana asistida: 1) condiciones personales de la aplicación de las técnicas; 2) inseminación artificial; 3) fecundación in vitro; 4) donación de ovocitos; 5) diagnóstico genético Preimplantacional (DGP); 6) otras técnicas tales como donación de embriones, congelación de semen, biopsia testicular para la obtención de espermatozoides, eclosión asistida, a su vez reconoce también los siguientes **métodos** con intervención de terceros: 1) donación de esperma; 2) donación de óvulos; 3) subrogación tradicional o gestacional y 4) donación de embriones (Defensoría del Pueblo Ecuador).

Defensoría del Pueblo Ecuador, propuesta de estructura del “Proyecto de Ley Orgánica que regula el Derecho a la Reproducción Humana Asistida en el Ecuador”, revisar en el siguiente

la Igualdad Intergeneracional, diseñen e implementen una jornada de capacitación a escala nacional a sus servidoras y servidores en materia de derechos y garantías constitucionales [...]”, Sin embargo, hasta la fecha no se ha materializado.

Temas que nos replantean la importancia de exigir al legislativo, a la academia y otros organismos como la Defensoría del Pueblo y Registro Civil, que efectúen un proyecto de manera conjunta que proponga el análisis, reconocimiento y posterior regulación de la GS como parte de las TRHA, partiendo de nuestra realidad social, especialmente de la construcción familiar con apoyo médico pero no limitativo, que profundice diferencias y refuerce sistemas de discriminación respecto a los procedimientos de TRHA.

Para alcanzar los resultados propuestos, esta investigación se estructura en tres capítulos: el primero abordará nociones generales y la influencia de la sentencia Satya; el segundo capítulo aborda temas como: teorías para la determinación de la maternidad, la paternidad sin maternidad, posturas en contra y a favor de la GS, la realidad social en Ecuador y un análisis normativo internacional con los países que regulan la GS altruista y onerosa, y aquellas que la prohíben. Finalmente, en el tercer capítulo analizaré el tratamiento al derecho de filiación de los niños nacidos a través de la GS, desde el interés superior del niño, identidad, principio volitivo para proponer posibles soluciones que reconozcan la filiación por GS en Ecuador.

A. Pregunta de investigación

¿De qué manera el no reconocimiento del derecho a la filiación a los niños producto de Gestación por Sustitución afecta al interés superior del niño?

B. Hipótesis:

La falta del tratamiento al derecho de filiación familiar en Ecuador provoca una laguna normativa respecto a los casos de niños producto de la GS, la cual puede incurrir en una posible vulneración al interés superior del niño, en cuanto no se pueden ejercer las obligaciones que derivan de la filiación, dando paso a la creación de ficciones legales y otros riesgos derivados de la clandestinidad.

II. Objetivos**A. Objetivo General:**

Analizar las consecuencias de la falta de regulación de la gestación por sustitución en el derecho a la filiación en el Ecuador, respecto a si este menoscaba el interés superior del niño, a partir del análisis de la sentencia Satya.

B. Objetivos Específicos:

1. Determinar las circunstancias en las que se produce la gestación por sustitución en el Ecuador.
2. Analizar la forma en que la dimensionalidad del derecho a la filiación familiar se ha aplicado en Ecuador en los casos de gestación por sustitución a partir de la sentencia Satya.
3. Determinar las vulneraciones al derecho de filiación y su incidencia en los casos de gestación por sustitución en Ecuador.

III. Estado del arte y marco teórico

A. Capítulo I: Nociones Generales

1. *Antecedentes de la gestación por sustitución*

El siguiente punto trata una de las instituciones más antiguas y tradicionales, la familia concepto que no concibió un modelo diferente al modelo nuclear de heteronormatividad, en el cual debía ser un hombre y una mujer quienes, a través de un contrato social como el matrimonio, tengan el objetivo de procrear. Sin embargo, la reconstrucción social y el reconocimiento de derechos son victorias sociales que transforman el curso de la historia con transiciones donde se reconocen nuevos tipos de familia.

Lara (2008) menciona que el antecedente más antiguo de la GS se remonta a 1780 a.C. en Mesopotamia. El Código de Hammurabi dispuso la obligación de las mujeres estériles a buscar los medios posibles para darle descendencia a sus esposos, dicho código disponía:

“Dar una esclava a su marido con fines de procreación (Ley 146), perdiendo así el marido todo derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, esta podía venderla (Ley 147). Cuando la esclava proporcionada por la mujer daba hijos al señor, este no podría buscar o tener una concubina (Ley 144). Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la esposa principal (Ley 145)” (Lara, 2008, p. 107).

De Coulanges, señala un ejemplo similar en la India, las leyes de Manú disponían que las mujeres en un periodo de ocho años fueran madres, caso contrario serían remplazadas al no perpetuar el legado sanguíneo familiar a través de la descendencia. (De Coulanges, 1994, p. 44).

La abogada Guevara, citando la obra de Carcaba, señala que los primeros casos de gestación por sustitución tradicional ocurrieron en Estados Unidos año 1953, se usó semen congelado (Carcaba, 1995, p. 14), Martínez (2017, p.358) afirma que en 1969 en Reino Unido se practicó la fertilización in vitro de gametos, y en 1975 en California, a través del periódico, se publicó un anuncio para solicitar una mujer que posteriormente iba a ser inseminada de manera artificial.

2. *Concepto ¿por qué gestación por sustitución?*

La relación que tiene la mujer gestante con el niño o niña producto de GS, crea un espectro en la terminología. La abogada Guevara menciona que “se usa indiscriminadamente terminología como úteros de alquiler, vientres de alquiler, maternidad subrogada, madres sustitutas, donación temporaria de útero, madres subrogantes, madres suplentes, madres gestantes, maternidad por encargo, entre otros términos que han sido atribuidos por la sociedad para referirse a la GS” (Guevara, 2021, p. 37). ¿Es correcto atribuir el término maternidad o madre a la mujer gestante?

La Real Academia de la Lengua (en adelante, RAE) define que el término madre está interrelacionado con el vínculo biológico, producido por el parto: “*madre es quien concibe o ha parido a uno o más de un hijo*”⁴ (RAE, s.f.), mientras que el término maternidad se define como “*el hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano, del que surgen derechos y obligaciones*” (RAE, s.f.). De modo que la terminología de madre y maternidad sigue siendo sugestiva, no excluye el nexo de parir un infante, sobre la responsabilidad de su cuidado y crianza. Como ocurre en el método de GS, una mujer no asume el rol de cuidado y protección del niño o

⁴ “Mujer que tiene uno o más hijos respecto de los que se encuentra en el primer grado civil de parentesco de la línea recta femenina ascendente.” (RAE, s.f.)

niña posterior a su nacimiento, al contrario, son los padres o persona comitente quienes asumen dicho rol.

Fernández (2018) hace énfasis en que ser madre no debe ser una obligación; al contrario, ha de concebirse como el compromiso de vivir la maternidad desde el amor, la decisión, el deseo y la elección. A fin de cuentas, madre no es la que pare, sino aquella que cría. De ahí radica precisamente el término padre comitente, aquel que tiene deseo de serlo, y mujer gestante, quien solo presta su útero para la gestación.

En relación con el término alquiler de vientres o útero, Lamm expone términos con connotaciones que estigmatizan a las mujeres con término de matriz y parto, con el objetivo de cosificar el rol de las mujeres “*vientres de alquiler*”, “*arrendamiento de útero*”, tampoco se denominará “*maternidad subrogada*”. Dicho de lo anterior, no se subroga la maternidad, sino la gestación (Lamm, 2012).

En la GS no se espera que la mujer gestante asuma las responsabilidades y obligaciones que se desprenden de la maternidad, considerando que el nacimiento del infante no podría ocurrir sin el acuerdo previo entre una pareja o una persona a partir del deseo e intención de formar una familia y posterior acudir a la mujer gestante quien entregara el niño a los comitentes, por consiguiente el término que se adapta a la realidad de los individuos involucrados y que es objeto de la presente investigación es “*gestación por sustitución*”

La abogada Guevara señala que detractores de la GS, sostienen que la terminología como GS o maternidad subrogada son eufemismos, para maquillar un riesgo como la explotación de la mujer gestante y el comercio de su útero (Guevara, 2021, pág. 40). En palabras de Kajsa, “*la*

maternidad subrogada puede considerarse una forma ampliada de la prostitución". En consonancia al no prestarse un servicio sexual, directamente venden sus vientres (Kajsa, 2017).

Considerando que en la GS, la mujer que engendra renuncia al vínculo jurídico dimanado del parto gestar no implica necesariamente el deseo de concebir y posteriormente reconocerlo como suyo, por estas razones la autora de la presente tesina sostiene que en la GS la gestación no podría ocurrir sin el deseo de los comitentes a conformar una familia, el acuerdo voluntario de las partes al decidir optar por la GS, implica asumir el rol jurídico y afectivo con el infante para resguardar sus derechos y atribuirse obligaciones como sus padres legítimos, viviendo el deseo y compromiso pleno de maternidad y paternidad, reforzando la idea de no subrogar la maternidad, sino el proceso de gestación, motivo por el cual el término adecuado que se adapta a las TRHA con intervención de terceros es la de gestación por sustitución.

3. *Posturas contrarias y favorables a la gestación por sustitución*

a) *Posturas en contra*

En vista de que cierta parte de la academia defiende la teoría de la preferencia de la gestante⁵ de manera sucinta, está asociado el término madre con maternidad, dando preferencia a la mujer que pare, independientemente si comparte o no material genético, o fue su voluntad el nacimiento de un infante.

Dicha teoría crítica a la GS por cosificar el cuerpo de la mujer (especialmente su vientre), dando paso al tráfico de mujeres, en especial aquellas de bajos recursos económicos, pues considera que los contratos que se lleguen a efectuar serán de control sexual y reproductivo, para acceso de un pequeño grupo por los altos costos, y simultáneamente encubre la posibilidad de la

⁵ Respecto a las teorías, se encuentran detalladas de manera amplia en el siguiente capítulo.

compra de niños en la clandestinidad. En palabras de Salazar, son *“una alianza entre el patriarcado y el capitalismo que usa a la mujer como un medio y no como fin, por tanto, atenta a su dignidad”* (Salazar 2017, p. 85).

López señala que la GS es una industria multimillonaria con el negociar sus cuerpos, crítica al procedimiento y la falta de mecanismo de protección de derecho que no atente con su dignidad (López 2017, p. 199). Considera que todo acto o contrato que busque llevar a término una GS debería estar prohibido, pues las cláusulas limitarían a la gestante a tomar decisiones sobre el proceso de GS. Lo que a mi consideración es criticable al poner en tela de duda la decisión consiente y voluntaria que puede tomar una mujer para decidir sobre su cuerpo y libertad sexual que en el ejerza, menoscabando su autonomía para la toma de decisiones, tratando de mantener un lazo del Principio Pauliano para que la mujer sea vista de la única forma “aceptable” para la sociedad conservadora, rechazando posibles soluciones concretas para la GS que forma parte de la realidad social, e imponiendo la moralidad sobre la seguridad jurídica que brinde certezas para establecer, en lugar de prohibiciones, límites que garanticen la protección integral de los intervinientes.

b) Posturas a favor

La presente investigación, como parte de sus objetivos, plantea demostrar la vulneración de derechos de los infantes, respecto al derecho de filiación frente a la falta de regulación o posible prohibición al arrinconar a los intervinientes de la GS a optar por ficciones jurídicas o la clandestinidad, cobrando fuerza los temores de las posturas en contra, ya que efectivamente, lo clandestino es caldo de cultivo para explotar a mujeres y dejar vulnerables a niños producto de la GS.

De conformidad con la unidad de investigación citada por la doctora Guevara, menciona que *“al menos 7 de cada 10 casos son tratamientos de GS, realizados a personas con problemas de fertilidad que acuden a un vientre gestacional”* (Unidad de Investigación, 2019). *“De información cruzada con la Fundación Equidad, se tiene conocimiento que al menos 7 parejas homoparentales, de entre ellas, dos parejas femeninas han acudido a esta técnica en los últimos tres años”* (Guevara, 2021).

A consideración de la autora de la tesina, la GS es una práctica que se lleva a cabo a nivel mundial y Ecuador no es la excepción, de allí la importancia de establecer garantías y procedimiento que regulen la GS, entre ellos requisitos que deberán cumplir los comitentes, la mujer gestante, penalidades, procedimientos como la autorización judicial, conocer el origen biológico y considerar que la falta de compensación razonable recae en la explotación de las mujeres, al devaluar e invisibilizarlas, como lo señala Vila Coro *“en España los donantes de semen y donantes de óvulos se les compensa económicamente, y nadie se lleva las manos a la cabeza [...] un voluntario sano que presta su cuerpo a una multinacional farmacéutica y que experimenta un nuevo fármaco no es mal visto”* (Coro, A.), Entre otros aspectos de necesaria discusión.

La doctrina señala la importancia de reivindicar los derechos de libertad sexual y de procreación, para cumplir el proyecto de vida de los comitentes, hecho que nace de la voluntad procreacional para optar por las TRHA, interrelacionados con el desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad entre hombres y mujeres, parejas homosexuales o heterosexuales, con la posibilidad de tener descendencia genéticamente propia (Guevara, 2021, pág. 53).

Otro lado de la doctrina reconoce la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la soberanía reproductiva de las mujeres, no se puede cuestionar o dejar sin eficacia y valor las decisiones que sobre su cuerpo tomen. En cuanto al exceso de paternalismo, es debatido al tratarlas

como personas sin capacidad de decisión; ejemplo de ello es la decisión de interrumpir un embarazo (Guevara, 2021, pág. 53-54).

En Ecuador, al existir una laguna jurídica que no prohíbe la GS, pero tampoco permite acceder a ella, las consecuencias repercuten cuando acuden a ficciones jurídicas, que efectivamente incitan a la inseguridad jurídica y la vulneración de derechos para los niños (Rosero, 2016). El proyecto de Código Orgánico de la Salud buscaba de cierto modo regularizar la GS⁶, sin embargo, fue vetado totalmente el 25 de septiembre de 2020, demostrando la falta de voluntad política y rigor legislativo. La GS es una tarea pendiente, debe analizarse sus beneficios y riesgos, dejar de ser un tema aislado, y superar las limitaciones en la inscripción de los niños y niñas producto de esta técnica, ponderando la protección del interés superior del niño.

4. Terminología e intervinientes en el proceso de GS.

⁶ Art. 196.- Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema.

Solo se autorizará este tipo de procedimientos en establecimientos prestadores de servicios de salud que cuenten con la habilitación específica para brindar estos servicios; dispongan de protocolos explícitos de consentimiento informado; sometan a la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional sus protocolos de atención; y, cumplan las regulaciones que se expidan para el efecto respecto de toda la cadena de atención.

La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer, se garantizará el derecho de los niños al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar. Los prestadores de servicios de salud deberán garantizar en todo momento el cuidado y atención de las portadoras gestacionales para para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto.

Se prohíbe realizar estos procedimientos en niñas y adolescentes; así como, 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 gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto.

Disponible en <https://www.puenteasociados.com/wp-content/uploads/2020/08/Co%CC%81digo-Orga%CC%81nico-de-Salud-Texto-final-para-votacio%CC%81n-25-08-2020.pdf?fbclid=IwAR3Jzuo0zMosRqpjibQIsFVuKu7Jc7DXlPe1g9BOoActUT7v7iXHIg-3Eh4>

Tabla 1*Intervinientes en la GS, Antes, Durante y Después*

Interviniente	Antes	Durante	Después
Mujer gestante	Una mujer a través de un contrato oneroso o altruista decide prestar su útero para gestar a un infante.	Gesta por nueve meses a un niño o niña, durante este periodo llevará a cabo los cuidados médicos necesarios para un desarrollo adecuado del infante.	Renunciará al vínculo jurídico que dimana del parto a favor de quien ha tenido la intención de llevar a cabo la maternidad y paternidad deseada, rompiendo el vínculo biológico de “madre”.
Padres Comitentes/ Padre Comitente	Persona/s que, por factores biológicos, de edad, infertilidad u otras causas, no puedan ser padres o madres biológicos, pero su deseo es llevar a cabo este rol, y, por tanto, encarga la gestación.	Una pareja o una persona sola, al llegar a un acuerdo voluntario con la mujer gestante, deciden el tipo de material a utilizarse (homólogo o heterólogo).	Tendrán derechos y obligaciones durante la gestación de la mujer gestante y posteriormente en el desarrollo y crianza de su hijo.
Niño o niña producto de la TRHA/ GS	El ser humano que producto de las TRHA, como la GS se encuentra en estado de indefensión, al cual se le proporcionará los medios para la prevalencia de sus derechos, a través de herramientas, políticas públicas, entre otros recursos proporcionados por el Estado para alcanzar su protección, pero la responsabilidad principal recaerá sobre los padres comitentes.		
Equipo Médico	Realizar un plan, análisis, ventajas, alternativas y posibles riesgos para llevar a cabo una TRHA como la GS. En algunos países son el nexo entre la mujer gestante y los padres comitentes.	Encargados de la implantación del embrión en el útero de la mujer gestante, llevarán el proceso médico y genético para el proceso de GS.	De acuerdo con el país, y su tipo de reconocimiento son los encargados de establecer el tipo de filiación, o solo emitir el informe de nacido vivo, para la posterior acta de nacimiento.

5. *Modalidades de gestación por sustitución*

La doctrina determina variantes que se pueden presentar en la GS, dependiendo de factores como: **a)** los intervinientes; **b)** el aporte del material genético sea este homólogo u heterólogo; **c)** la mujer encargada de la gestación, que puede ser un familiar o un tercero independiente; y, **d)** quienes han tenido la voluntad de tomar la responsabilidad legal de ser padres, que puede ser una pareja heterosexual, homosexual o un individuo que sea hombre o mujer.

Se han determinado cuatro variantes principales, como lo ha señalado Lamm en su obra⁷, las cuales son:

1. Los padres comitentes, que son una pareja heterosexual, deciden usar el método de la GS, porque si bien son aptos para aportar su material genético, están limitados por un impedimento físico que les imposibilita llevar a cabo la gestación. Acuden a una mujer gestante que, a través de un contrato oneroso o altruista, acepta la técnica de fertilización in vitro para obtener el embrión, que será implantado en el útero de la mujer gestante y al nacer vivo será entregado a sus padres comitentes, de modo que no tendrá un vínculo biológico con la mujer gestante. (Lamm. E, 2013, pág. 29).

- a. Ejemplo:** X y Y son una pareja que han decidido formar una familia, por tanto, existe la voluntad procreacional, pero Y por un accidente tiene un impedimento físico para engendrar, acuden a W quien, de manera voluntaria, decide efectuar un contrato altruista en el que han acordado, a través de la técnica de

⁷ Lamm, E, Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, 2013.

fertilización in vitro, una vez que se obtenga un embrión con el material genético de X y Y en un laboratorio, este será implantado en el útero de W, por consiguiente bajo el consentimiento de W el niño producto de la GS será entregado una vez que nazca a X y Y, de modo que no tendrá un vínculo biológico con W al ser genéticamente similares a X y Y.

2. Solo un comitente será quien aporte su material genético: Si es la mujer o una persona sola (madre comitente) quien aporta el óvulo porque ella no puede gestar, podría un donante aportar el espermatozoide, y la mujer gestante únicamente será quien lleve a cabo el proceso de gestación hasta el nacimiento, pero no tendrá un vínculo biológico respecto al niño o niña producto de la GS (Lamm. E, 2013, pág. 29).

Si es el hombre o una persona sola (padre comitente) quien aporta el material genético, existen dos supuestos: **a)** la mujer gestante aporta el óvulo (vínculo biológico) o, **b)** una donante aporta el óvulo (no existe vínculo biológico) (Lamm. E, 2013, pág. 30).

b. Ejemplo: X y Y son una pareja que han decidido formar una familia, por tanto, existe la voluntad procreacional, pero Y por un impedimento físico no puede gestar, acuden a W a quien se le implanta un embrión que poseerá el material genético de X y Q (donante), como resultado, W solo gestará y no tendrá ningún vínculo biológico con el infante.

3. La pareja comitente o la persona sola (comitente) que no es apto para aportar el material genético, optan por la donación de espermatozoide u óvulo para formar el embrión a través de la técnica de fertilización in vitro, posteriormente será implantado en el útero de la mujer gestante, lógicamente no tendrá un vínculo biológico con la mujer gestante, pero tampoco con los padres comitentes (Lamm. E, 2013, pág. 30).

- c. Ejemplo:** Podrían X y Y acudir a un laboratorio en el cual se determine que son aptos los donantes A y B para aportar su material genético y acudir con Y para que aporte su útero para gestar el embrión, de modo que, Y no tendrá un vínculo biológico, pero X y Y no tendrán un vínculo genético.
4. La mujer gestante aporta su material genético, y un comitente o un donante (un tercero) aporta su material genético a través de la inseminación artificial de paso a la fecundación y gestación hasta el nacimiento, por tanto, tendrá un vínculo biológico (Lamm. E, 2013, pág. 30).
- d. Ejemplo:** La pareja X y Y han decidido formar una familia, Y tiene un impedimento físico, acuden con K para que X aporte su material genético, K aporta el óvulo y el útero para gestar al embrión, por tanto, tendrá un vínculo biológico con K.

A partir de las cuatro variantes en el método de GS, la presente investigación, sostiene que la persona o padres comitentes que tienen la voluntad procreacional deberán ser considerados como su madre y/o padre de manera legal, determinando la filiación, los derechos y obligaciones que se derivarán de la crianza del infante, para lo cual considero que deberá usarse el material genético de mínimo uno de los padres comitentes, al ser un procedimiento que brinda soluciones a quienes por diversas causas físicas no pueden concebir o llevar a término un embarazo y no renuncian a la posibilidad de tener un hijo genéticamente similar al comitente, debe salvaguardar que la GS no sea un medio para acortar las vías de tener un hijo que no sea genéticamente propio, eso no quiere decir que el aporte genético prime sobre la voluntad procreacional.

6. *Ausencia de norma legal en Ecuador ¿Cuál es su situación?*

De acuerdo con la investigación realizada por Merlyn Sacoto, el primer “bebé probeta” ecuatoriano nació en Quito, el 10 de junio de 1992, en el Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad (Cemefes), método que se dio gracias al doctor Iván Valencia Madera, quien constituyó un banco de semen en 1984, y el 20 de mayo de 1999 nace el primer embrión crio-conservado (Sacoto, 2022).

De acuerdo con la Red Lara, existen 1514 casos de bebés nacidos mediante TRHA⁸ y de acuerdo con ACESS⁹, existen 18 centros de fecundación asistida, la mitad en Quito (Pichincha), 4 en Guayaquil (Guayas), 1 en Salinas (Santa Elena), 3 en Cuenca (Azuay) y 1 en Machala (El Oro), de los centros mencionados 8 de ellos están acreditados por la Red Lara (Sacoto, 2022).

En 2018, la Comisión Nacional de Bioética del Ministerio de Salud de Ecuador menciona la práctica de la GS al menos desde hace 23 años¹⁰. Pedro Valdivieso, director de la Unidad de Fertilidad de la clínica Alcívar, uno de los centros afiliados a Red Lara, señalan que la práctica de la GS es menor al 1%. Sin embargo, existen páginas de Facebook “*Ventre de alquiler Ecuador 2020*”¹¹ que usan frases para promocionar dichos servicios (Sacoto, 2022).

Motivo por el cual, al analizar las respuestas que brinda la normativa ecuatoriana, de manera general encontramos que la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE)

⁸ Red Lara, Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry, 2017. Disponible en: <https://redlara.com/images/archivo/RLA-JBRA-2017-2020.pdf>

⁹ ACESS es la Agencia de Aseguramiento de Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada, encargado de registrar en Ecuador sobre estos centros.

¹⁰ Ministerio de Salud Pública, Criterios sobre maternidad asistida, 2020. Disponible en: <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS-pdf>

¹¹ Facebook, “Ventre de Alquiler Ecuador”. Disponible en: <https://www.facebook.com/groups/516509112345200/>

en el artículo 66 reconoce los derechos de libertad y los derechos sexuales reproductivos; el artículo 25 reconoce el derecho de las personas a gozar, beneficiarse y aplicar los progresos científicos y saberes ancestrales, y el artículo 67 que reconoce a la familia en sus diversos tipos, siendo el Estado quien garantizará su protección, además de condiciones que favorezcan su consecución¹².

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el artículo 89 y 164, tipifica como un delito de lesa humanidad a la inseminación artificial o transferencia de un óvulo fecundado a una mujer, sin su consentimiento, con una pena privativa de cinco a siete años, y si fuese una mujer menor de 18 años, una pena privativa de siete a diez años¹³.

El Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA), en su artículo 22, reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a desarrollarse en su familia biológica, en casos excepcionales que sean contrarios al interés superior del niño, puede hacerlo con otra familia, concepto ambiguo al no mencionar o precisar quienes podrían ocupar ese lugar de “otra familia”.

El artículo 20 del mismo cuerpo determina que “*se prohíben experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes...*”, supondría que se prohíban las TRHA, sin embargo, el mismo no prohíbe de manera expresa la filiación que se derivaría si se llevase a cabo la GS (Sacoto, 2022).

En el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza la Fertilización In Vitro (FIV), desvirtúa el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células, citando al perito Zegers los embriones que se

¹² Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

¹³ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.

transfieren a través de la FIV, no generan embriones de menor valor biológico que los generados de manera espontánea en el cuerpo de la mujer (Fecundación In Vitro). Por tanto, no existiría manipulación en estricto sensu, pues las TRHA requieren, al igual que el proceso natural de concepción la utilización de un óvulo y un espermatozoide para generar un embrión, que en el caso de la GS será implantado en el vientre de la mujer gestante, continuando el proceso natural de gestación el cual no debe confundirse con la eugenesia que es la ciencia que busca mejorar cualidades físicas o biológicas a través de la manipulación genética por selección.

Retomando la sentencia denominada caso Satya, pese a no mencionar el método específico de TRHA para engendrar a Satya, se puede dilucidar que fue necesario recurrir a la inseminación artificial, la CCE reconoce que los niños y niñas nacidos a través de TRHA, sea de material homólogo o heterólogo, podrán inscribirse siempre y cuando se emita un certificado del centro médico en el que se llevó a cabo el proceso de TRHA (STCE de 29 de mayo de 2018). Lo que no consideró la Corte es que acceder a las TRHA es costoso, en respuesta a ello existen parejas que prefieren usar métodos tradicionales (relaciones sexuales), y al no acceder a una clínica no podrán obtener el certificado médico que les permita inscribir a sus hijos y con ello no gozarían del derecho de filiación.

No obstante, el Registro Civil en su procedimiento de Inscripción o Registro de Nacimientos PRO-GRC-IRN-001, versión 9.0 y en su página web¹⁴ reconoce “*la inscripción de nacimiento de hijos de progenitoras del mismo sexo por reproducción asistida*”. Por tanto, se ha

¹⁴ Más información en: <https://www.registrocivil.gob.ec/inscripcion-de-hijos-de-progenitoras-del-mismo-sexo-por-reproduccion-asistida/>

limitado la inscripción a la doble maternidad, lo que recae en un acto de discriminación a las parejas homosexuales varones.

Una vez establecidos, los componentes de la GS, sus variantes y los antecedentes de la sentencia Satya, se conoce que las familias pueden ser monoparentales o constituidas por padres homosexuales o heterosexuales que tienen como objetivo en común cumplir su proyecto de vida, pese a tener una situación de infertilidad médica o infertilidad estructural, la GS como TRHA, es la solución para aquellas parejas que desean tener un hijo que sea genéticamente similar a uno de los dos padres comitentes.

Sin embargo, cuando el Estado no toma en cuenta la celeridad e importancia de la regulación de las TRHA como la GS, este acto imposibilita la filiación legal del padre o padres comitentes con sus hijos e hijas, y son los padres que buscan todos los mecanismos no idóneos e idóneos para proteger el derecho a la identidad de sus hijos.

En respuesta a este limbo jurídico, la abogada Guevara ha mencionado que se ejecutan actos ilícitos en centros de salud o por parte de médicos que efectúan el método de la GS, por ejemplo el día del nacimiento del bebé, la mujer gestante y la madre comitente entran en la misma sala en el centro médico, para que se registre la información de la comitente en el certificado¹⁵ de

¹⁵ El Código Civil, en el artículo 60, del principio de la existencia de las personas, determina que la existencia legal se reconocerá desde el momento en que nace vivo y es separado de su madre (Código Civil, 2018), por ello la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en su artículo 27, señala que el término “nacido vivo”, se determina tanto con el hecho de nacer vivo y ser extraído del cuerpo de su madre, por ello el documento para proceder con la inscripción del infante es el informe estadístico de nacido vivo, al ser emitido legalmente por el médico tratante este incluirá información como: hora del nacimiento, talla, peso, sexo y primordialmente los nombres y apellidos de la mujer gestante, a quien bajo nuestra normativa, será a quien se le atribuirá la maternidad de forma directa por ende la filiación materna.

nacido vivo, que si bien, es una acción que recae en el ilícito penal, los intervinientes están dispuestos a correr el riesgo (Guevara, 2021).

¿Cuál es el camino idóneo? Actualmente, en Ecuador frente a la carencia de regular la GS, y la filiación primando la voluntad procreacional, las opciones se limitan a adaptarse a una realidad jurídica con los siguientes escenarios: la filiación está establecida de dos formas, la primera de manera directa y la segunda como excepción. La filiación de manera **directa** se basa en dos supuestos: **a)** en el matrimonio y **b)** la unión de hecho, en los dos casos el niño o niña se considera engendrado en un matrimonio verdadero o en una unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente. Por otro lado, la filiación como **excepción** se basa en dos supuestos: **a)** el reconocimiento voluntario cuando son solteros tanto la madre como el padre, y, **b)** a través de una declaración judicial (Sacoto, 2022).

La filiación, recogida en la normativa ecuatoriana, está creada bajo los parámetros del principio pauliano que reconoce la filiación biológica y la legal por adopción, por tanto, no considera la voluntad procreacional, ni contempla la GS.

Del análisis normativo, la solución idónea actualmente para no privar a los niños y niñas nacidos a través de GS de su derecho a la identidad es la filiación por excepcionalidad, reconocida en el artículo 233 del Código Civil (CC), que establece la posibilidad de presentar una acción de investigación para impugnar la maternidad, pero esta acción evidentemente podrá ser aplicable únicamente cuando uno de los dos padres comitentes aportaron su material genético (parejas heterosexuales), ya que el juez determinará únicamente la maternidad en función del ADN.

Como se puede observar, la inscripción de los infantes producto de la GS, al contar con el certificado de nacido vivo, será relativamente más sencillo para las parejas heterosexuales, pues el

padre comitente reconoce de manera voluntaria a su hijo, la mujer gestante obligatoriamente deberá reconocer al niño o niña porque se determina como madre legal, y es la madre comitente quien presentará una acción de impugnación de la maternidad¹⁶.

Desde una perspectiva del legislador, cuando estableció este proceso debió pensarlo para los supuestos de reconocimiento de hijos por familiares cercanos como hermanos, abuelos, tíos, u otros, que no tenían relación alguna con la GS, por ello sigue sin ser el método más adecuado para establecer la filiación del niño o niña producto de la GS con las parejas heterosexuales, y para las parejas homoparentales¹⁷ es un proceso inviable.

Respecto a las parejas homoparentales, la sentencia Satya también garantiza la vigencia de los derechos de las personas LGBTQIA+¹⁸, pues la orientación sexual de sus madres no fue un factor para considerar una posible negativa, y existe un emblemático desarrollo en materia de derechos de igualdad y no discriminación.

La Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile determina que son los cambios sociales, culturales e institucionales los que han desarrollado más opciones de vida para los ciudadanos, ha generado aceptación de familias que han surgido de este proceso como son familias interraciales, monoparentales, divorciadas, entre otras, por lo cual es el Estado quien debe velar

¹⁶ La acción de impugnación de la maternidad también podrá ser presentada por la madre biológica, por la gestante a quien se le atribuyó la maternidad, por el hijo, o por las personas a quienes la maternidad o paternidad impugnada perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre, una vez que se inicie la investigación y se compruebe la vinculación genética con la madre comitente, se le atribuirá la maternidad (Guevara, 2021, pág. 92).

¹⁷ En Ecuador, la CRE determina “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[...].”

¹⁸ Lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, queer, intersexuales, asexuales, y el símbolo + que representa a todas aquellas que no estén contempladas en estas letras.

por su protección y responder a la velocidad de los cambios sociales, pues al no hacerlo se encuentra en la encrucijada de diversas formas de intolerancia y discriminación que son violatorias de derechos humanos, por ende replicadas por la sociedad.

Las dificultades de la GS, se encuentran en el nexo biológico para determinar la filiación, en la legislación ecuatoriana prevalece el principio pauliano por encima de la voluntad procreacional, siendo esta última la postura que se sostiene en la presente tesina para una solución y reglamentación de la GS respecto a la filiación, complementado a la jurisprudencia que reconoce la doble maternidad y paternidad para resguardar los derechos de las parejas homosexuales, pero en especial brindar protección jurídica a los derechos de niños y niñas producto de GS al brindarles certeza del acceso a una familia.

B. Capítulo II: Reconocimiento de la filiación por GS

1. Determinación de la maternidad

Varias legislaciones determinan la maternidad por el parto debido a que en la procreación las mujeres aportan el óvulo y llevan a cabo el proceso de gestación, sin embargo, las TRHA y específicamente la GS, al presentar variables respecto al aporte de distintas mujeres, diversifica las funciones maternas como son la aportación genética a través de los gametos femeninos, la gestación y la voluntad procreacional, como lo señala Lamm:

En este proceso, se rompe el principio Pauliano, ya que lo único claro es que ninguna de ellas se le podrá atribuir que es la madre cierta, ni tampoco la única maternidad tradicionalista, social y jurídica tan conocida, de tal manera que ante los diferentes aportes que pueden tener las mujeres que son parte del proceso de gestación por sustitución la doctrina y jurisprudencia han encontrado diversas posturas para dar una respuesta a quién debe ser la madre legal del niño o niña producto de la GS (Lamm, 2013, pág. 33).

Por tanto, en la GS, intervienen de tres a cuatro mujeres que están involucradas en el proceso de nacimiento de un infante, de manera general la primera es la mujer comitente, quien tiene la voluntad procreacional, el vivir una maternidad deseada y que por factores físicos, de manera biológica no puede ser madre, b) la mujer gestante que puede o no compartir material genético y c) los donantes, de modo que vuelve cuestionable al principio que se consideró histórico, clásico, jurídico y social como un hecho cierto, a su vez genera interrogantes para determinar a la madre legal.

2. Teoría de la contribución plena

Se denomina teoría de la contribución plena a la relación genética y gestacional que tiene la mujer, con el nexo que responsabiliza los derechos y cumplimiento de deberes que se derivan de la maternidad, ya lo ha señalado Valdés, “*se conjugan la relación biológica (genética y gestacional) con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican a la maternidad*” (Valdés 2014, p. 463).

Motivo por el cual la filiación, se retoma como un método tradicional, al configurarse el principio romano *mater semper certa est*¹⁹, no hay mayor inconveniente al ser la misma mujer quien gesta hasta el nacimiento y asume la responsabilidad y obligaciones de la maternidad con el nexo del vínculo biológico.

3. Teoría de la contribución genética

Esta teoría considera que si fue una mujer quien aportó el material genético, se determinara la maternidad jurídica de acuerdo con quién aportó el óvulo, pues sostiene que un niño o niña

¹⁹ Que significa “la madre siempre es conocida” (Palacios Pintado, 2022).

puede tener solo un padre y una sola madre genética, hecho que se puede verificar de manera neutral y científica (Pantaleón, 1998, Pág. 25)

La conexión genética entre los niños y niñas con sus padres es lo que lleva a las parejas optar por las TRHA, en lugar de la adopción, Lamm citando a Hill ha señalado que para aquellos padres o persona que son infértiles si bien la adopción les da la oportunidad de llenar sus sueños de ser padres, lo que les inclina a optar por las TRHA es cumplir su anhelo de tener un hijo o hija que sea una versión de ellos (Hill, 1991, pág.389).

El caso jurisprudencial que respalda la teoría genética es *Belsito vs. Clark*²⁰, desarrollado en el Tribunal de Justicia de Ohio, con el objetivo de tratar un caso de gestación por sustitución. El objeto de controversia era determinar el nombre de la mujer que se reconocería como madre (mujer gestacional Carol Clark o mujer de aportación genética Shelly Belsito) y que se inscribiría en la partida de nacimiento del infante.

A Shelly Belsito le diagnosticaron cáncer y fue sometida a una histerectomía, sin embargo, los médicos pudieron salvar sus óvulos, pero no podría engendrar a su hijo, de modo que su hermana Carol Clark de manera voluntaria decidió ser la mujer gestante que llevaría en su vientre al hijo de Belsito, por tal motivo Belsito y su esposo, presentaron una acción ante los tribunales para fijar quienes son los padres legales.

El Tribunal uso la teoría genética para determinar quiénes eran los padres naturales del niño, y por otro lado para determinar quiénes eran los padres legales, se analizó que si eran los padres genéticos quienes renunciaban a sus derechos podría ser la mujer gestante quien se

²⁰ *Belsito v. Clark*, 644 N.E.2d 760 (1994)

reconocería como madre legal. En este caso como Belsito y su pareja no renunciaron a sus derechos serían ellos quienes serían determinados como los padres legales.

Sin embargo, considero que si la teoría genética fue útil para Belsito vs. Clark no es de aplicación *erga omnes*, no se puede tomar a la genética como el único punto clave para determinar la paternidad, debido que en la práctica se vuelve complejo cuando un donante que es ajeno a los padres comitentes es quien dona el óvulo, pues el niño o niña no tendría relación genética con la mujer gestante o los padres comitentes, y bajo esta lógica sería quien donó el óvulo quien tiene el derecho a reclamar su maternidad, aunque no tuviera la intención de tenerlo como hijo.

4. Teoría de la preferencia de la gestante

La presente postura sostiene que la maternidad es consecuencia de la gestación, y se concreta con el parto (principio Pauliano). En 1986, el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana, analizó la gestación y maternidad concluyendo que las dos no tienen un mismo valor, siendo más importante la gestación, durante nueve meses la mujer gestante es quien ha cuidado el desarrollo del infante que está en su vientre y no se requiere de prueba adicional para fijar la maternidad, aunque la misma se hubiese desarrollado con material genético de donantes o de los mismos padres comitentes (Lamm, 2012, pág.38).

Doctrinarios como Lledó Yagüe²¹ señalan que la maternidad está determinada por el proceso de gestación, pues conlleva la preparación física y psicológica, independiente de la aportación de material genético o gametos, es la mujer que a traviesa este proceso quien debe determinarse como madre legal del niño o niña producto de la GS.

²¹ Lledó Yagüe, F. Fecundación artificial y derecho. Tecnos, Madrid, 1988.

Los defensores de esta postura, como Coleman están en contra de la GS, los han clasificado como deshumanizadores al cosificar a las mujeres, pues temen que mujeres jóvenes, de clase baja, sin educación sirvan como gestantes a los “ricos” y de paso a la comercialización de vientres, inclusive si estuviera de acuerdo en firmar un contrato de GS, señalan que al encontrarse en un estado de vulnerabilidad ante comitentes adinerados no tienen otra opción²².

Considero que dicha teoría desacredita y minimiza la decisión de adultos capaces, respecto a sus derechos reproductivos tanto de los padres comitentes y de la mujer gestante, dando la espalda a una realidad que no se ajusta a la típica planificación familiar, y que a lo largo de la presente investigaciones se sostiene con la teoría de la intención, para determinar que en la GS el vínculo del parto no es decisivo para determinar la maternidad.

5. *Teoría de la intención*

A lo largo de la investigación se ha sostenido la importancia de la voluntad procreacional, recogida en la teoría de la intención, que permite la protección de los derechos de infantes productos de la GS, al tomar en cuenta que sus padres son quienes han acordado y decidido asumir todas las obligaciones y derechos inherentes a maternidad y paternidad, a diferencia de aquella mujer gestante que de manera voluntaria, onerosa o altruista toma la decisión de que en su vientre gestara por nueve meses a un niño o niña que deberá ser entregado a los padres comitentes, inclusive si este no tuviese el aporte genético de uno o ambos comitentes (Guevara, 2021, pág. 48).

²² Coleman, M “Gestation, Intent, and the Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction. *Cardozo Law Review*, 17, 1996, pág. 529.

Dicha teoría fue desarrollada en el caso Johnson Vs. Calvert de 1993²³, el objeto de la controversia eran dos mujeres, una que dio a luz y otra que dio su material genético, los comitentes Mark y Crispina quien se vio obligada a realizarse una histerectomía en el 84, no podía embarazarse, pero seguía produciendo óvulos, por lo cual la pareja busca a una mujer gestante.

En 1989 Anna Johnson se ofreció de manera voluntaria a ser la gestante, por medio de un contrato señalando que serían usados los gametos de la pareja y posteriormente sería implantados en el útero de Anna, y como resultado de este contrato el niño producto de la GS sería entregado a los padres comitentes y con ello se fijaría la filiación.

Anna renunció a todos sus derechos sobre el niño que estaba gestando y a cambio, recibiría un seguro de vida y 10.000 dólares en cuotas, siendo la última abonada posterior a los 6 meses que naciera el bebé. Aunque la implantación fue un éxito, la relación entre la mujer gestante y los padres comitentes se deterioró y en 1990 Anna envió una carta a la pareja señalando que debían pagar todo el dinero o caso contrario se quedaría con el bebé.

La pareja procedió con una acción legal solicitando que se reconociera que ellos eran sus padres, aunque el bebé aun no hubiera nacido, y por otro lado Anna solicitó una acción legal para determinar que ella era la madre.

En primera instancia, el juez resolvió que los padres comitentes eran los padres biológicos, genéticos y naturales, pues el contrato de GS era válido y, aunque Anna apeló, la Cámara de Apelaciones ratificó la decisión, llegando el caso a la Suprema Corte, argumentando que la mujer

²³ Johnson v Calvert, 5 Cal.4th 84, 19 Cal. Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 5to U.S. 874, II4 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d I63) (Cal. 1993).

gestante es quien se determinaría como la madre legal, pues ella fue quien dio a luz, mientras que la madre comitente invocaba que existe el vínculo genético que demostraba que era su madre legal.

En ese sentido, la Corte determinó que dichos argumentos normativos eran válidos, por tanto, analizó la intención de las partes a través del contrato de GS, y demostró que existió el deseo y la voluntad procreacional para tener un hijo, y que de no ser por este acto no se hubiera dado paso a la GS, por tanto, la madre genética es también la madre legal, ya que es ella quien tiene el propósito de criar al bebé y por otro lado, que para cumplir con dicho objetivo fue Anna quien de manera voluntaria decidió ser la facilitadora para materializarlo.

Este caso fue el precedente para casos como *Buzanca*²⁴, padres comitentes que usaron gametos de terceros, y al divorciarse el padre comitente no quería aceptar la paternidad, y la gestante declaró no querer a la niña, pero la madre comitente sí quería ser su madre y llevar el proceso de paternidad con su nueva pareja, para lo cual la Corte tomó el análisis del caso hito y señaló que aunque no existan lazos genéticos, es la intención y en este caso al consentir la inseminación artificial cuando aún era su pareja, es esta acción la que dio paso a la GS y por tanto, se determina la responsabilidad de alimentos y derechos de custodia y visita, al ser sus padres legales, aunque estos ya estuvieran divorciados.

Por otro lado, en el caso *S.N Vs. M.B.*, se usó el mismo principio, en este caso una mujer fue quien tomó la decisión a través de la donación de esperma acudir a la GS. La Corte determinó que ella es la madre legal, sin importar que sea una mujer soltera pues la mujer tuvo el deseo y por tanto, la intención procreacional de modo que es la madre natural, ya que en el contrato de GS se

²⁴ *In re Marriage of Buzanca* (1998), Justicia as law, Disponible en: <https://law.justicia.com/cases/california/court-of-appeal/4th,61/1410.html>.

evidenció el reconocimiento voluntario una vez que nazca el bebé y con ello asumir todas las obligaciones y derechos que deriven de él, rompiendo la antigua creencia de quien da a luz es la madre (Lamm, 2013).

Doctrinarios como Hernán Ibáñez señalan que madre es la mujer que en el contrato establece su voluntad y deseo de tener un bebé que será su hijo y por tanto acude a la GS, independientemente si aporta o no material genético, por tanto, se reconocerá la maternidad legal y genética, al romperse patrones de la maternidad natural, y posteriormente será un análisis caso a caso, ya que como resultado de ello podrían darse cuestiones como: una mujer aportar el material genético, otra sería la mujer gestante y otra la madre comitente quien ha expresado su voluntad procreacional, y será el contrato el que establezca, como se llevara a cabo el acuerdo de las partes para determinar a una sola persona como la madre legal que debe ostentar dicho cargo, y aunque el contrato fuese nulo, en palabras del autor “ha nacido una persona que tiene derecho a tener una madre²⁵” (Hernández, 1988, p. 445).

Lo cual es de vital importancia para tomar una decisión respecto a la filiación, desde el análisis de la voluntad y deseo de ser madre o padre, se diferencia que la mujer gestante de manera voluntaria se ofreció a realizar la GS y por tanto, renuncia a todo derecho sobre el bebé que está gestando, además de aquellos vínculos afectivos o sentimentales, ya que sin la intencionalidad de los padres comitentes no es posible la GS.

²⁵ Hernández Ibáñez, C. “La atribución de la maternidad en la gestación contratada” Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium, Madrid, 1988, p. 445).

a) La voluntad procreacional

Malaurie, señala que la filiación no existe o se limita a una única verdad, contiene diversas aristas como: a) la afectiva que determina la paternidad del amor que a su hijo; b) la biológica que son conocidos como los lazos inquebrantables de sangre; c) la sociológica que genera la “posesión de estado”; d) la de la voluntad individual que nace desde el deseo de querer asumir el rol que conlleva la paternidad o maternidad; y, e) la del tiempo que se construye día a día, para reforzar el vínculo y disfrutar de la paternidad o maternidad (Malaurie, 2003, pág. 546).

Reducir la filiación al nexo biológico o genético es un hecho alejado de la realidad, cuando no toma en consideración la relación paterno filial, la misma nace desde la voluntad procreacional y el deseo de vivirla, materializada con el nacimiento del infante, considerando factores sociológicos y culturales que son fundamentales para establecer la identidad del ser humano.

Lamm señala el rol fundamental de la “desbiologización de la paternidad”, pues como se ha visto ha ganado un nuevo campo doctrinario y jurisprudencial la maternidad y paternidad voluntaria, que va más allá de la paternidad biológica toma en cuenta factores, sociales, afectivos y todos aquellos que trascienden de los conceptos biológicos y genéticos (Lamm, E. 2013).

Por ello, las TRHA nos permiten comprender que las relaciones de filiación están disociadas con el aporte biológico o genético²⁶ y que debe tomar en cuenta la relación social e inclusive cultural, para determinar la paternidad y maternidad voluntaria, una diferenciación entre el rol del progenitor (aporte de material genético) y el rol de padre (voluntad procreación, asume responsabilidad social y jurídica).

²⁶ Lledó Yagüe, F. Fecundación artificial y derecho. Cit., p.59

En ese sentido, Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lamm, E. han establecido criterios diferenciados de la verdad biológica, genética y voluntaria o consentida.

1. Verdad genética: Su importancia radica en el material genético.
2. Verdad biológica: Su importancia radica en un acto humano que sumado al aporte de material genético genera un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, ejemplo de ello son los casos de adopción.
3. Verdad voluntaria o consentida: Su importancia radica en el elemento de la voluntad procreacional para determinar la paternidad y maternidad²⁷.

Respecto a la filiación a través de la voluntad procreacional tiene como antecedente a Estados Unidos en los años noventa, conocida como “*intention*” a través de autores como Hill²⁸, Shultz²⁹ y más recientemente Storrow³⁰, sostienen que determinar la voluntad procreacional garantiza una seguridad jurídica para los niños y niñas productos de la Gs, desde su nacimiento se determine la filiación legalmente reconocida, nace desde la voluntad procreacional de los padres comitentes, sin que sea necesario tener que comprobar el material genético y quién es el sujeto que lo aportó.

En Ecuador, la noción constitucional de familia al reconocer sus diversos tipos permite analizar la importancia de la relación afectiva, el elemento de la voluntad y deseo, en el que al ponderar la voluntad procreacional es esta la fuente determinante para establecer criterios que

²⁷ Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual. La Ley, 20/09/2010.

²⁸ Hill, J.L. “What Does It Mean to Be a “Parents?”” Cit. pp. 353-420.

²⁹ Shultz, M.M. “Reproductive Technology and Intent- Based Parenthood....” Cit., pp. 297-398.

³⁰ Storrow, R.F. “Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage.” Hastings Law Journal, 53, 2002, pp. 597-679.

beneficien a los niños y niñas productos de GS respecto a su filiación, y a las familias que posteriormente se constituyan, sin distinción inclusive en parejas homosexuales, mujeres u hombres que acuden a la GS con el fin de poder tener un hijo genéticamente similar, adquiriendo doble maternidad o paternidad, pero además no estar atados a determinar la maternidad respecto a la mujer gestante, como se verá en el siguiente apartado.

b) Paternidad sin maternidad

(1) *Matrimonio igualitario*

El matrimonio igualitario trae consigo una reforma respecto a la determinación de la filiación que debe ser equiparable con las parejas heterosexuales, y de conformidad a las diferenciaciones biológicas y necesidades que afrontan, por ejemplo, en el caso *Atala Riffo Vs. Chile*, se determina que no existe ningún criterio o base fundamentada para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor con anomalías que de manera directa o indirecta den como resultado una mala crianza.

En ese sentido, las generalizaciones despectivas que pueden ocasionarse a través de estereotipos no son más que una base cognitiva equivocada y lastimosamente llena de prejuicios que demuestran la intolerancia de una sociedad violatorios del principio de igualdad³¹, por tanto, nada les impide optar por la maternidad y paternidad a través de las TRHA, y en la mayor parte de caso la GS, que les brinda la oportunidad de cumplir su proyecto de vida para tener un hijo que genéticamente sea de al menos de un padre comitente (Domínguez, 2010).

³¹ Se recomienda la lectura de Gil Domínguez, A., Famá, M.V., Herrera, M. *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*. Ediar, Buenos Aires, 2010, capítulo IV y V, pp. 225 y ss.

Van den Akker³², señala que la adopción de niños o niñas solo es posible para parejas heterosexuales, y que por tanto la GS, sigue siendo la segunda mejor opción que tienen las parejas homosexuales, debido a que la GS les brinda la oportunidad y además de ser la única alternativa de un hijo genéticamente igual a uno de los padres comitentes (Van Den Akker, 2007).

Continuando con la idea de prevalecer la teoría de la voluntad procreacional como el elemento determinante para el vínculo de doble maternidad o paternidad, por cuanto se ponderan los derechos que tienen los padres comitentes al iniciar con el proceso de GS, además de los derechos y obligaciones que se derivan de la maternidad y paternidad, dependiendo de la composición de la pareja, pues en ningún momento se podrá atribuir que la mujer gestante es la madre del niño o niña, ya que dicho prejuicio solo será en detrimento del interés superior del niño que desarrollaremos en el siguiente capítulo.

(2) *Paternidad unilateral*

Respecto a la paternidad unilateral actualmente, son más visibles y recurrentes que hombres o mujeres que de manera unilateral acudan a la GS para cumplir su proyecto de vida de tener una familia. Se diferencian dos tipos de familia monoparentales, en el caso de familias monoparentales originarias no requieren de manera obligatoria una pareja para determinar la relación materno o paterno filial y por otro lado, las familias monoparentales derivadas que son resultado de viudez, divorcios, maternidades o paternidades no deseadas (Lamm, 2013, pág. 65).

Cuando la legislación reconoce el acceso a las TRHA para una mujer u hombre solo, no se requiere legalmente, ni se demanda la obligación de existencia de la figura faltante, al ser una

³² Van Den Akker, O.B.A. "Psychosocial aspects of surrogate motherhood." Human Reproduction Update, vol 13 núm. I, 2007, pp. 53 y ss.

decisión deliberada y libre, la maternidad o paternidad solitaria permite visibilizar la diferencia entre el vínculo biológico, social y la voluntad procreacional para determinar el parentesco, por ello la paternidad de un hombre o mujer solo se justifica a partir de las siguientes razones que ha determinado Lamm:

- a. Derecho a la libertad, y que el Estado le brinde protección y respeto (Lamm, 2013, pág. 65).
- b. En legislaciones como la Argentina y la Española la posibilidad de adopción de manera unilateral, pues no ha habido dificultades o prejuicios respecto a este tipo de adopción, pero que en el caso de la GS es posible el vínculo genético, ya lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fornerón vs Argentina* señalando que es una realidad que no en todas las familias exista una figura materna o paterna, sin embargo ello no es obstáculo para brindar bienestar y proteger el interés superior del niño o niña para que su desarrollo (párrafo. 98) (Lamm, 2013, pág. 65).
- c. El respeto a los valores de igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la familia, la libertad sexual e intimidad personal, para concretar su proyecto de vida (Lamm, 2013, pág. 65).
- d. El derecho a la reproducción para cumplir su proyecto de vida, acompañado de la dignidad humana que nace de la voluntariedad procreacional del comitente, el cual se consolida a nivel universal al partir de la CIPD³³, y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, de 1995, y que, a través del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, reconoce el

³³ Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo de Naciones Unidas.

derecho de reproducción de todas las parejas y los individuos (Lamm, 2013, pág. 65).

- e. El reconocimiento jurídico en legislaciones como es la LTRHA³⁴ que reconocen que las mujeres y hombres solos pueden acceder a estas técnicas, pues caso contrario se constituirá discriminación al no permitirle acceder a la paternidad de manera voluntaria sin necesidad de tener pareja, en el caso de los hombre por tanto respecto a la filiación se fijará respetando la voluntad procreacional, y que tendrá padre, pero no madre, ya que es él quien puso en marcha la planificación y posterior mecanismos para que se le atribuyan la paternidad, ya que si no fuera por él no se diera paso a la GS, y por ningún motivo se le atribuirá a la mujer gestante la calidad de madre, en contra de su voluntad (Lamm, 2013, pág. 65).

Además, como lo señala el psiquiatra y terapeuta de familia Barudy “buenos o malos tratos a la infancia” no solo depende de si está formado una familia por uno o por dos personas, sino de factores económicos, sociales, culturales, que son más complejos que la conformación que tengan (Lamm, 2013, pág. 68).

6. *Filiación*

a) La filiación

En la presente investigación se han desarrollado las alternativas que brindan las TRHA a quienes desean vivir la maternidad o paternidad y por razones físicas no es posible, realidades que

³⁴ Ley de técnicas de reproducción humana asistida.

superan el alcance normativo especialmente ante la indeterminación del derecho a la filiación, provocando discriminación y vulneran el interés superior del niño o niña producto de la GS.

La RAE determina que la filiación es “*el conjunto de los datos identificativos de un individuo*” o “*procedencia de los hijos respecto a los padres*” (RAE, 2023), La filiación es una institución del Derecho de familia que dota de identidad a sus miembros, independientemente de cómo esté conformada, motivo por el cual este vínculo sobrepasa el nexo biológico, y en palabras del tratadista Guzmán “*establece un vínculo jurídico entre dos personas como es el padre o madres con el hijo o hija*” (Guzmán, 2007).

Los doctrinarios que sostienen la teoría tradicionalista de la filiación enlazada directamente con un hecho natural, el nacimiento de un niño o niña y los lazos conformados por el ADN son la principal característica que busca proteger, mediante un acto civil de naturaleza voluntaria. El reconocimiento voluntario como es la adopción crea vínculos entre los padres adoptantes con su hijo o hija adoptiva generando efectos similares a una filiación natural, no existe distinción legal respecto al origen, pero sí de su conformación familiar.

La definición de familia, en palabras de Engels es un elemento activo, motivo por el cual se encuentra en evolución constante, claro ejemplo son las nuevas realidades sociales que se separan del principio *mater certa semper est*, situación que ocurrió con los tipos de familia consanguíneas, punalúas, sindiásmicas, que consideraban el principio del *pater semper incertus*, “la paternidad incierta”, principio superado con el origen de las familias monogámicas, en las que se considera que los hijos de una pareja casados, o en unión de hecho generan la certeza de la paternidad (Engels,1993).

La evolución y reconocimiento de la sociedad respecto a las instituciones de la familia han permitido inclusive eliminar conceptualizaciones discriminatorias, ejemplo, aquellos niños que no nacieron en el matrimonio se les atribuyó denominaciones como incestuosos, sacrílegos, ilegítimos, entre otros, en la actualidad con el propósito de proteger el interés superior del niño han dejado de usarse (Lamm, 2013).

Las transformaciones sociales y los avances en tecnología de reproducción asistida y en genética, despiertan nuevas interrogantes específicamente en la GS, por su complejidad y estructura, al configurarse nuevas formas de parentesco que rompe la regla general y biológica, a través de una visión antropológica, al alejarse de las parejas “tradicionales” y demostrando otros supuestos como es la doble paternidad, o monoparentales.

De modo que imposibilita la aplicación de las reglas de presunción de paternidad y el *mater semper certa est*, al haber mutado los conceptos de filiación al conformarse y reconocerse nuevos tipos de familia, respuesta que encuentro en la teoría de la voluntad de procreacional, que permitirá garantizar a los infantes derechos y facultades desde el momento de su nacimiento y a lo largo de su desarrollo, fundamentales para establecer su identidad al individualizarse socialmente.

b) Consecuencias jurídicas que se derivan de la filiación

El primer derecho de un niño o niña que se origina a partir del reconocimiento de la filiación es el derecho a la identidad, constituido por un nombre y apellidos, los cuales marcan el inicio de la individualización, origen biológico y procedencia familiar, fundamentales en los primeros años de vida y posteriormente en su desarrollo, crecimiento, formación, y acceso a servicios como salud, educación y desarrollo social como participación política, entre otros.

Respecto a las consecuencias jurídicas que se engloban en el derecho de filiación, que se constituye a partir del derecho a la identidad es la materialización del ejercicio de los derechos y principios que dinamizan su protección y ejercicio pleno, ejemplo de ello un nombre y un apellido, una nacionalidad, el derecho de alimentos, derechos sucesorios y por consecuente la patria potestad (Guevara A, 2020).

La Convención de los Derechos del Niño en el artículo 7.1, determina que el nombre y apellido es un derecho del nacido, el artículo 45 de la CRE reconoce que los niños tienen derecho a la determinación de un nombre y su ciudadanía, y el artículo 28 de la misma norma, reconoce de manera jurídica la identidad del niño o niña que le permitirá desarrollarse como individuo.

El C.C, el CONA y la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (en adelante LOGIDC) y su reglamento, desarrollan procedimientos con el objetivo de precautelar los derechos de niños desde el momento de su nacimiento y registrarlos, tomando en cuenta ciertos parámetros que analizaré de manera breve.

Respecto a la filiación la LOGIDC en el artículo 30 señala entre otros varios criterios que *“se tiene un plazo de tres días desde el nacimiento para determinar la filiación y que se pueden modificar los nombres, posterior a los noventa días, describe quienes están llamados hacerlo de manera obligatoria y las excepciones para determinar plazos extraordinarios.”*

Por otro lado, el C.C, que determina la presunción de la paternidad de los hijos que nacen en un matrimonio o en una unión de hecho, reconocida en su artículo 233 *“como una garantía para los infantes”* además de prever el reconocimiento voluntario de aquellos infantes que no cumplen la condición mencionada, pero que atribuye deberes, obligaciones y derechos de los padres que reconocen al niño, a través del escritura pública, declaración judicial, acto

testamentario, los cuales demuestran los avances respecto a la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Lo que nos lleva a dos casos, el primero aquellos hijos nacidos en un matrimonio o en una unión de hecho se les atribuye de manera directa el derecho a la filiación, debido al principio *iuris tantum*; el segundo caso que corresponde aquellos niños que no son nacidos en un matrimonio o una unión de hecho, pero que rige el reconocimiento y voluntariedad de los padres que determinan la filiación como un acto irrevocable, inclusive cuando carece de vínculos biológicos, este acto se realiza de manera voluntaria y sobre todo con el uso de todas sus facultades legales.

Otro factor esencial de la filiación es la determinación de la patria potestad, cuyo objetivo es velar por la protección material integral de los infantes cuando aún son menores de edad, por lo que se responsabilizan de su cuidado, alimentación, educación, prevalencia de su salud, esparcimiento entre otros que conforman las funciones tuitivas y materiales para proteger y garantizar los derechos de niños y niñas.

Respecto a los derechos sucesorios, los niños tienen la garantía de gozar de la protección de un patrimonio creando limitaciones a las facultades de sus padres, como es a través de limitar la disposición de bienes, o en el caso de ausencia por diversas causas de sus padres, que por consecuente a las reglas de sucesión sean sus hijos quienes puedan heredar, correspondiente al caso a caso.

De modo que los niños y niñas que son productos de la GS bajo el principio de igualdad y no discriminación, se puede percibir que en los casos de declaración de filiación de los hijos e hijas no existe mayor complejidad cuando son producto de parejas casadas o en unión de hecho ya que están amparados en dichas instituciones jurídicas, sin embargo, el vacío legal aún se presenta en

aquellos hijos de parejas homosexuales, que restringe la posibilidad de ser inscritos como hijos de una pareja que goza de doble paternidad o maternidad o de aquellos padres que no cuenten con un certificado de una clínica de TRHA, lo que lleva que los derechos y obligaciones mencionadas a lo largo de la tesina se encuentren en una escala de vulneración de derechos muy grave desde sus inicios con el derecho a la identidad, esencial en la vida de un niño o niña para el desarrollo de su personalidad y materialización.

7. *El interés superior del Niño*

a) Visión General

Aunque ahora se protege el interés superior del niño, este hecho histórico y jurídico se retrotrae a la patria potestad, sujeta al concepto de pertenencia de los hijos hacia los padres de modo que no eran sujetos de derechos, y su opinión tampoco se tomaba en cuenta. Pero su evolución radica en la Edad Media a partir de las ideas humanistas y renacentistas que generan un cambio en la mentalidad de la población, pero no es hasta el siglo XVII y XVIII que se da relevancia al bienestar, desarrollo y protección de los niños.

Siendo la comunidad internacional la que lleva a cabo un largo proceso en temas de reconocimiento y protección de los derechos de los niños a través de la Declaración de Ginebra de 1924 y de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, los cuerpos normativos que reconocieron la existencia de los derechos de niños y niñas, pero que tiene su boom con la Convención de los Derechos del Niño en Naciones Unidas (en adelante CDN) en 1989 (Guevara, 2021).

Así, el proceso de reconocimiento de los derechos del niño atraviesa una etapa de consolidación de bienestar, desarrollo y protección de los derechos de niños y niñas y como establece la CDN a través de tres pilares fundamentales, el primero a partir de considerar que los

niños no son objetos de protección sino titulares de derecho, lo que da paso al segundo pilar que consiste en el interés superior del niño determinado como base de actuaciones directas respecto al niño, niña o adolescente, y el tercer pilar que constituye la participación y capacidad de decisión en circunstancias que le conciernen directamente.

En este orden de ideas la CDN reconoce cuatro principios básicos; la no discriminación que debe aplicarse a todos los niños y niñas, siendo el Estado el responsable de tomar las acciones y medidas necesarias para evitar cualquier discriminación; el interés superior del niño o de protección señala las medidas que se toman respecto protección y cuidado de sus intereses ante cualquier otro y el Estado como ente principal de su materialización; el principio de supervivencia y pleno desarrollo que reconoce a los niños y niñas el derecho a la vida, y obliga al Estado a garantizar la supervivencia y desarrollo de los niños y niñas; el cuarto de principio de participación infantil que dota de importancia al derecho a ser escuchados, que da paso a que los niños y niñas expresen su opinión en los asuntos que de manera intrínseca sean parte de su esfera personal y que los afecten directamente, de conformidad a su edad y madurez para la toma de decisiones. Dichos principios son esenciales y transversales en la Convención, y obliga a los Estados llevar a cabo todas las medidas necesarias para la efectividad de su cumplimiento.

b) ¿Qué es el interés superior del niño?

La Observación general N°14 señala que el “*objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño*”, que por tanto abarca “*el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño*” (Observación general N°14, 2013). Es decir, tiene un sentido tripartito desde un enfoque de derecho, principio y norma de procedimiento.

Desde un enfoque de derecho sustantivo, considera las decisiones que afectan directamente a niños, por ello el principio interpretativo garantiza que prevalezca la regla que rige la satisfacción y realización efectiva de los derechos consagrados en la CDN.

Lo que da paso a la evolución del interés superior del niño de un principio declarativo, para convertirse en un principio informador de los ordenamientos jurídicos, que integre y observe la aplicabilidad de las normas jurídicas, pero que exige el análisis caso a caso, y con ello la individualización de las necesidades concretas para el estudio de los conflictos en los que intervengan niños.

En ese sentido desde el análisis de la GS, ningún estudio científico de psicología prenatal ha demostrado un daño o potencial daño para los niños producto de GS, como lo ha señalado Álvarez *“son niños deseados, pues tanto lo deseo que se recurre a la gestación por sustitución, lo que actualmente no es sencillo, ni legal, ni económicamente, ni fácticamente”* (Álvarez, 2010).

Por tanto, un niño o niña producto de la GS no tiene un daño demostrado en su vida, por ejemplo, Golombok y su equipo iniciaron una investigación comparativa de las familias que recurren a la GS, a través de la donación de óvulos y por otro lado, de familias tradicionales, a través de la fase de edad de los niños desde (1 año, 2 años y 3 años), en el cual descubrieron que en la primera etapa los padres comitentes tuvieron un mayor bienestar psicológico y mayor facilidad de adaptación, además de mayor calidez y apego en el comportamiento hacia sus hijos a diferencia de los padres naturales³⁵.

³⁵ Golombok, S., MasCallum, F., Murray, C., Lycett, E. J., Jadva, V. "Families created through surrogacy: parent child relationship in the first year of life" P. 50-63

A los dos años nuevamente se demostraron resultados positivos para los padres comitentes respecto a los niveles de felicidad, competencia y niveles bajos de estrés, agresividad y culpa, mientras que en los niños no se encontraron diferencias significativas respecto al desarrollo cognitivo y la adaptación psicológica. En tres años de estudio se verificó en los padres comitentes mayor nivel de amabilidad e interacción con sus hijos.

Por ende, se dilucida que los niños que nacen a través de la GA no tienen niveles de adaptación psicológica diferentes de los niños que nacen de manera natural, no existe riesgo para el interés superior del niño, ya que la GS lo satisface al crear vínculos afectivos, sociales y psicológicos, y genera bienestar entre las partes intervinientes, ya que el niño o niña nace en una familia que lo deseó y que actualmente no es una TRHA que sea sencilla de acceder. Por tanto, se desarrollan dos puntos de análisis: el a priori que exige tener un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño o niña y tiene como objetivo protegerlo, ya que el interés superior del niño será el que triunfará sobre cualquier otro interés.

8. Filiación.

a) Determinación por la voluntad procreacional con independencia del aporte genético

En los casos de la GS se rompe la barrera de la maternidad y paternidad directamente genética o biológica, cambia la perspectiva de un estatus rígido, y responde al deseo de llevar a cabo el proceso de paternidad y maternidad, materializado en la voluntad procreacional para iniciar la GS, evidentemente sin esta voluntad no se podría llevar a cabo el proceso biológico con el propósito de engendrar a sus hijos, por ello debe determinar la filiación independientemente si esta es llevada a través de material homólogo o heterólogo, la misma debería llevarse a cabo a través

de un juez, señalando su consentimiento el cual pondrá en marcha el proceso del desarrollo y nacimiento de su hijo o hija.

b) Imposibilidad del arrepentimiento de la mujer gestante y los padres comitentes.

El principio volitivo que rige a la GS es el volitivo, por ello otro aspecto a considerar cuando existe un acuerdo entre los padres comitentes y la mujer gestante es la imposibilidad del arrepentimiento, retratado en el caso Baby M en 1986 se llevó a cabo un contrato de GS, siendo Mary Beth Whitehead la mujer gestante y William y Elizabeth Stern los padres comitentes. No fue posterior al embarazo en el que la mujer gestante se negó a ceder la custodia de la bebé, el caso se llevó a los tribunales de Nueva Jersey los cuales señalaron que dicho contrato era nulo, y bajo el interés superior del niño otorgó la custodia a los padres comitentes, pero fijando un régimen de visitas para la mujer gestante, es el caso estrella para demostrar que si bien en ciertos casos existe una relación sana entre la mujer gestante y los padres comitentes, los conflictos pueden surgir posterior a la gestación.

Lamm (2013) manifiesta un estudio realizado en el 2022 en Estados Unidos reporto entre 14000 y 16000 nacimientos producto de la GS, de los cuales en 88 casos existió controversia entre los comitentes y la mujer gestante, sin embargo en la mayor parte de los casos no hubo la necesidad de llevarlos a juicio, y 23 casos eran las mujeres gestantes quienes amenazaban a los padres comitentes que se quedarían con los bebés productos de la GS, con el propósito de recibir un estipendio económico adicional o el uso de artimañas para recibir beneficios económicos, pero no solo existen riesgos con la mujer gestante, también ocurre con los padres comitentes al no desean quedarse con los niños productos de la GS por factores como divorcios, que esperaban un niño y nacían más, condiciones de salud, entre otros (Lamm, 2013).

De modo que el arrepentimiento es un de temor tanto para los padres comitentes y la mujer gestante, Lamm (2013) citando a Gamble señala que en el Reino Unido surgieron dos casos en el que la mujer gestante decidió quedarse con el bebé, sin embargo, para determinar quién tendría la custodia del niño o niña se analizó el interés superior del niño, en un caso los comitentes obtuvieron la custodia³⁶ y en otro caso la obtuvo la mujer gestante³⁷, lo que implica un análisis particular de caso a caso y que de acuerdo a Gamble son pocos los casos en los que la gestación por sustitución termina en conflictos.

En países como Estados Unidos y Reino Unido que llevan a cabo procesos de GS, son pocas las ocasiones en las que existió conflicto entre los padres comitentes y la mujer gestante, cumpliendo con los acuerdos que se pueden establecer además de no cambiar de parecer o mostrar algún tipo de arrepentimiento, motivo por el cual respecto al derecho comparado existen países que determinan un periodo de tiempo para que la mujer gestante decida si se quedara con el niño o niña, entre ellos está Reino Unido que prevé 6 semanas, en Australia tiene el denominado periodo de reflexión que son de tres meses para decidir, en este tiempo se suspenden los derechos de los padres comitentes, hasta que pase el periodo de reflexión y se tome una decisión por la mujer gestante (Lamm, 2013).

En otros países como Grecia, en el momento en que se implanta el embrión en la mujer gestante, se autorizó un acuerdo y la mujer gestante pierde su derecho a interrumpir, cambiar o arrepentirse del acuerdo y nace la obligación de cumplir con el acuerdo y de dar al niño o niña a los padres comitentes a partir del momento en que nace, viceversa los padres comitentes aceptan los términos y condiciones, no se pueden arrepentir de dejar a los niños o niñas con la mujer

³⁶ Caso *In the matter of N (a child)* 2007 EWCA Civ 105.

³⁷ *Re TT (Surrogacy)* 2011 EWHC 33 (Fam) 2011, 2 FLR

gestante y se les obliga a hacerse cargo del infante con todos los derechos y obligaciones que implica el reconocimiento como padres comitentes hacia el menor (Lamm, 2013).

Por otro lado, Estados Unidos considera a través de la ley de New Hampshire que los contratos de GS, prevéan el derecho a resolver el contrato a la mujer gestante, desde el momento en que nace el niño tiene 72 horas para tomar una decisión respecto a la custodia del niño o niña, mientras que en Virginia establece que los comitentes son directamente sus padres legales y por ende tienen la custodia, a menos que se haya aportado materia genético por la mujer gestante, en ese caso podrá decidir terminar el contrato en 180 días desde que se haya comenzado el embarazo (Lamm, 2013).

Otro país que establece un periodo de tiempo para que la mujer gestante tome una decisión, es Rusia sin embargo se suma que en el Código de Familia son los cónyuges los encargados de fijar en el acuerdo el periodo para que la mujer gestante de su consentimiento, y los comitentes dan la autorización para que se implante el embrión en la mujer gestante, sin embargo será la mujer gestante quién tome la decisión de autorizar o no a los padres comitentes inscribir al niño o niña como suyo (Lamm, 2013).

En casos como Israel, la ley de GS determina que los padres comitentes tienen todos los derechos y obligaciones con el niño desde el embarazo hasta el nacimiento, por lo que no se determina un periodo de tiempo para que la mujer gestante decida si desea o no quedarse con el niño producto de GS, y si llegase a una controversia será el juez quien propenderá proteger el interés superior del niño para cambiar el contrato de GS (Lamm, 2013).

El Distrito Federal de México determina a través de un proyecto de ley que es la mujer gestante quien tiene que entregar al niño o niña a los padres comitentes y estos a su vez deberán recibirlo, para lo cual deben determinar un periodo (Lamm, 2013).

Pese a la variabilidad que presenta el derecho comparado, se debe tomar en cuenta que la regla que prime la decisión de quién tendrá la custodia del niño o niña producto de la GS, va de la mano con la imposibilidad de los padres comitentes y la mujer gestante para negarse a recibir y entregar al niño correspondientemente, lo cual se puede llevar a cabo mediante un contrato, o la autorización judicial desde que inicia la GS hasta el nacimiento.

Pero en casos en los que hubiese conflictos entre los comitentes y la mujer gestante no es menos es cierto que pueden alzarse a un tribunal, en el cual se intervenga judicialmente y se prime el interés superior del niño para definir su custodia e inscripción, además de los derechos derivados de la filiación.

c) ¿Los documentos esenciales como certificados de inscripción y partida de nacimiento, obligatorios para la revelación de origen del niño o niña?

Se ha determinado el derecho a la identidad como parte del reconocimiento en una dimensionalidad doble, la primera la identidad estática o primaria, corresponde a la identificación respecto a la imagen, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, entre otros (Delgado, 2016).

La identidad dinámica responde a la “*verdad personal o proyecto de vida*” propio del individuo, como lo señala Fernández consiste en la proyección social que se enriquece, fluctúa y evoluciona alrededor de la vida como parte de su proyecto de vida (Fernández, 1992).

Como resultado el derecho a la identidad de los niños está reconocido en los artículos 7, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ello las investigaciones que sostienen el análisis del derecho a la identidad sobre la doble dimensionalidad y el método o modo de concepción concluyen que el secreto de su origen puede afectar al desarrollo psicológico de los niños, especialmente cuando no sucede antes de la adolescencia (Lamm, 2013).

En la GS existen cuestiones como el secreto y anonimato por factores como el uso de un gameto por un donante anónimo, un acuerdo de GS altruista con miembros de familia, entre otros, sin embargo, Lamm señala que en Reino Unido 42 parejas que acudieron a la GS, el 91% de madres y el 93% de padres volvieron a ver a la gestante una vez después del nacimiento, por otro lado, el 60% de los comitentes ven a la mujer gestante cada cierto tiempo, mientras que el 92% de las madres y el 90% de los padres consideran positivo que el niño o niña vea a la mujer gestante, finalmente demostró que el 100% de los padres comitentes estaban dispuestos y planificaban como decirle a sus hijos el método y modo para su nacimiento, las madres optaban por 3 años, mientras que los padres preferían los 5 años, los dos tienen el objetivo de dar a conocer el origen y la verdad de su nacimiento, sin la intervención de un tercero (Lamm, 2013).

En Estados Unidos, si bien se promueve que los niños conozcan sobre su origen, aún tienen dificultades para establecer cuál es la edad correcta para decirle la verdad a los niños, además que las guías estadounidenses no mencionan cual es la edad adecuada.

En Reino Unido en donde se ha demostrado la familiaridad y amistad que tienen entre los comitentes y la mujer gestante debido a los vínculos creados durante la gestación y posterior al nacimiento, al no permitir agencias o intermediarios para llevar a cabo el proceso de GS, o factores sociales para las mujeres comitentes al no poder justificar que tengan un hijo cuando no estuvieron

embarazadas, da como resultado que opten por revelarles la verdad a sus hijos a la edad de 7 a 10 años.

La explicación usada con los niños corresponde al rol de las mujeres gestantes, quienes ayudaron a su madre para que estuviesen con ellos y pudieran tenerlos, pero este factor ha ocurrido principalmente en las GS gestacionales, mientras que en las GS tradicionales no se mencionó este factor, pues el 76,2% de padres comitentes cuando usan la GS tradicional, es decir que el óvulo es de la mujer gestante solo se mencionan que su nacimiento se inició porque otra mujer los llevó en su vientre. (Lamm, 2013) Lo que demuestra la apertura de los comitentes para que sus hijos conozcan sobre su origen, no obstante, son más reservados en el modo genético que involucra el uso de gametos de donantes anónimos, familiares o de la mujer gestante.

El estudio realizado por Readings a niños producto de TRHA, concluyó que de 33 familias que optaron por la GS, el 95,2% conocían que su progenitor genético era diferente a quienes consideraba como sus padres, sin embargo, en los casos en que todavía no conocían que eran producto de la GS se planificaba por los comitentes decirles en un futuro.

Dicha variabilidad se puede apreciar en diversas legislaciones, debido a los criterios divididos del anonimato:

- a. Suecia, Austria, Noruega, Suiza, Holanda, Gran Bretaña, Finlandia, Nueva Zelanda y el estado de Victoria en Australia, se eliminó la figura del anonimato del donante, como resultado establecen la obligación que los niños conozcan sobre su origen genético.
- b. Francia, Hungría y Dinamarca mantienen la figura del anonimato.

- c. Grecia y Brasil no se permite el acceso a la identidad de los donantes, pero sí a los datos médicos.
- d. España o Portugal prevén el anonimato, con la posibilidad de conocer la identidad del donante, denominado anonimato relativo.

Volviendo al tema que nos ocupa, es imperante mencionar la posible aplicación en el Ecuador del sistema de anonimato bajo el sistema de España o de Portugal denominado anonimato relativo, el cual brinda la posibilidad del niño conocer la identidad del donante en el caso de las TRHA cuando lo desee, ejerciendo su derecho a la identidad en su doble dimensionalidad, acceso a la información en cuanto goza de los avances científicos, igualdad de derechos y la diversidad familiar, además de cumplir criterios de identidad estática originada al conocer quiénes son sus padres, su origen, los donantes en caso de existirlos, complementa su identidad dinámica al conocer la historia de origen desde el principio volitivo.

En conclusión, el acceso de información corresponde a conocer el origen genético, datos del donante en caso de intervenir los procesos heterólogos, el medio y método usado en la GS, además de conocer quién fungió como mujer gestante, información que forma parte de su identidad y corresponderá a los padres comitentes cuando consideren adecuado y bajo las recomendaciones de las investigaciones mencionadas anteriormente que sea antes de la adolescencia comunicar a sus hijos y a la par o posterior pueda acceder a su expediente médico o judicial.

9. *Análisis Normativo Internacional*

a) Posturas en el derecho comparado

A lo largo de la investigación se han mencionado a diversas legislaciones en el ámbito de la aplicación de la GS, en temas puntuales tales como España, Brasil, Colombia entre otros, el

presente apartado tiene como objetivo presentar las posturas y tendencias legislativas, específicamente tres: la prohibición, la GS altruista y la admisión amplia.

Considerando que los sistemas jurídicos comparados son un conjunto lógico ordenado estructurado, histórico y secuencial de normas que regulan a la sociedad para una convivencia y que se delimitan en un Estado se ha de tomar en cuenta que al existir países que tienen prohibición total de la GS como es Francia, Alemania, México (Querétaro y Coahuila), Suiza, Italia, Austria, Portugal y España; respecto a los países que admiten la gestación por sustitución cuando es altruista esta Reino Unido, Australia (Australian Capital Territory, Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria y Western Australia), Canadá, Grecia, Brasil, México (Tabasco), Israel y Sudáfrica y finalmente, los países que admiten la gestación por sustitución de manera amplia es Rusia, Ucrania, India y México (Sinaloa).

Se han seleccionado tres países en específico: España, Brasil y México Sinaloa, al presentar tres posibles situaciones en las que el estado ecuatoriano bajos factores jurídicos, políticos, económicos, sociales y culturales (históricas) podrían ser adaptados para el desarrollo entorno a la GS.

b) Prohibición de la gestación por sustitución

(1) Análisis normativo internacional con España

En el caso de España, existe una nulidad para todos los acuerdos de GS, originado por la Ley 14/2006 que establece la ilegalidad de la GS, en consecuencia la Dirección General de los Registros y lo Notariado el 18 de febrero de 2009 y el 5 de octubre de 2010 promueven la inscripción de los niños y niñas nacidos producto de la GS con convenios celebrados en el extranjero en dónde sea legal su práctica o exista mayor flexibilidad respecto a la GS, desde la

obtención de la sentencia o resolución judicial se acredita la filiación y se extenderá las certificaciones por parte del Registro Civil español. (Guevara, 2021).

Este planteamiento ha generado debates en torno a la prohibición de la GS en España, como un país que promueve el turismo gestacional, es decir las parejas que desean ser padres acuden a legislaciones que regulen la GS y se involucren en la mercantilización de vientres, como respuesta a la falta de control, protección y garantías para la mujer gestante, como lo determina García los servicios de salud buscan brindar un espacio de igualdad de condiciones en las fronteras, el denominado turismo médico ocurre cuando se buscan servicios ilegales en el país de origen pero que son flexibles o con menos restricciones (García. M, 2017).

Por ende, un grupo privilegiado de personas con un nivel económico podrá costear el tratamiento en otro país, lo que lo vuelve un negocio lucrativo y distorsiona la protección de las partes involucradas en la GS, pese a la prohibición, restricción o limitación de la norma, las parejas buscan una respuesta o solución a dichas prácticas, aunque estas sean inadecuadas y pongan en riesgo al niño o niña producto de la GS.

La respuesta de España específicamente con la GS y la prohibición de los contratos de GS altruistas o compensatorios es la nulidad, al considerar que una mujer que renuncia a la filiación “materna”, atenta contra el principio *mater semper certa es*, de modo que no existen deberes y obligaciones de las partes intervinientes en la GS.

El artículo 1271 del Código Civil español determina que la capacidad de una mujer de gestar es intransferible, es un hecho personal que no puede ser parte del comercio, lo cual atenta con la dignidad humana, es decir si una mujer prestara su vientre para llevar a cabo el proceso de GS la misma no tiene la obligación de entregar al niño a sus padres comitentes, ni estos podrían

adquirir responsabilidades, lo que limita a que si llegase a incumplirse la manifestación de voluntad, a través del acuerdo de las partes de personas capaces y que de manera voluntaria decidieron llevar a cabo el proceso de GS no puedan legalmente reclamar sus derechos, y bajo el artículo 10.2 de la Ley que regula las TRHA obliga a la mujer gestante a ser reconocida como la madre del niño o niña producto de GS por el hecho de parir.

c) Gestación por sustitución altruista regulada por el Consejo General de Medicina

(1) Análisis normativo internacional con Brasil, una regulación sin ley

Brasil no tiene una ley respecto a la GS, al estar regulada por el Consejo General de Medicina, con la resolución No. 2013/13 del 16 de abril de 2013, la cual establece la posibilidad de acceder o crear situaciones de GS en clínicas, centros o servicios de TRHA, siempre y cuando se demuestre circunstancias que impidan o contraindiquen que no es posible que una mujer pueda ser madre biológica, o en casos de unión de parejas homosexuales, bajo dicho espectro se consideran ciertas características específicas para llevar a cabo la GS:

- a. La mujer gestante tiene que pertenecer a la familia de uno de los comitentes, hasta en un cuarto grado de parentesco y se respetará un límite de 50 años.
- b. La GS no podrá llevarse a cabo por carácter lucrativo o comercial.
- c. Los documentos que tendrán las clínicas como requisitos mínimos incluyen los informes médicos psicológicos que se practicarán a la mujer gestante, el formulario de consentimiento informado para los padres comitentes y la mujer gestante.

- d. El análisis médico del tratante, y por escrito de las consideraciones que se tomaran respecto al proceso de TRHA, en el carácter biológico, legal, ético y económico, y los resultados que se alcancen a través de la TRHA.
- e. Respecto a la filiación del niño o niña producto de la TRHA se establece un contrato con los pacientes.
- f. Se analizan los aspectos sociales y biológicos que se derivarán del proceso de gestación y alumbramiento, además de los riesgos que se desprenden producto de la maternidad.
- g. Se determinarán las garantías, riesgos y seguimiento médico hasta la etapa de puerperio.
- h. Se señala la imposibilidad de la interrupción del embarazo cuando se haya iniciado el proceso a menos que sean parte de las excepciones que establezca la ley o autorización judicial, como son las complicaciones médicas que pongan en riesgo a la mujer gestante y el desarrollo del feto.
- i. Se establecen las garantías para que la entidad de registro civil reconozca como padres legales a los comitentes.

Dichos requisitos se toman en consideración conjunto a la autorización escrita cuando la pareja está casada o en unión de hecho.

La GS en Brasil al estar regida por el Consejo Federal de Medicina, emitió una resolución, que tiene solo efectos sancionatorios administrativos para el personal médico cuando no cumple con alguna de las reglas detalladas anteriormente, la resolución prevé un control médico- paciente compatibles con las normas de ética médica, para registrar e inscribir al niño de GS como hijo de

los padres comitentes, sin embargo requiere de la autorización judicial, que ponga en firme el acuerdo de GS que se lleva a cabo.

Sin embargo, los procesos de introducción del reglamento en 2013 plantean regular un contrato entre los padres comitentes y la mujer gestante para fijar la filiación, que garantice en el Registro Civil su inscripción, para lo cual el contrato se prevé ejecute durante el embarazo, lo que implicaría no acudir a la vía judicial para la inscripción de los niños y niñas producto de GS.

d) Gestación por sustitución amplia

(1) *Análisis normativo Internacional con México Sinaloa*

El estado de Sinaloa, el 6 de febrero de 2013, publicó el Decreto No. 742 y expide el Código Familiar del Estado de Sinaloa, para regular la GS comercial o altruista. El artículo 283, es la descripción de la GS cuando una mujer gesta un producto fecundado de una pareja (hombre y mujer), no obstante, descarta que este proceso pueda ser realizado por parejas homosexuales, pues determina que se da paso a la GS como alternativa de TRHA cuando existe por parte de la mujer dificultades físicas o existe alguna contradicción médica.

Sin embargo, en su norma reconoce la subrogación total o parcial, es decir, la subrogación total se efectúa con los óvulos de la mujer gestante, mientras que la subrogación parcial consiste en que solo será quien preste su vientre hasta el momento del nacimiento, ya que se implantará el óvulo y espermatozoide de los comitentes.

En consonancia reconoce de manera independiente la subrogación onerosa, como un servicio en el que se paga una cantidad cierta y determinada, e incluirán los costos del proceso de gestación hasta el nacimiento, y en caso de existir altercados como malos procesos médicos,

complicaciones, patologías entre otros, la gestante podrá demandar civilmente a los comitentes por dichos procesos al derivarse de la gestación.

Del mismo modo, reconoce a la GS altruista, cuando la mujer gestante acepta de manera gratuita el prestar su vientre para la gestación, hasta el nacimiento.

Entre los requisitos principales para ser mujer gestante es tener entre 25 a 35 años, se recalca la importancia de que anteriormente haya sido madre y su hijo haya nacido sano, contar con el consentimiento voluntario de la gestante independiente del proceso altruista o gratuito, no se permite que la mujer gestante tenga adicciones a sustancias legales, o que sea tóxico maníaca, realizarán un acompañamiento domiciliario respecto a su entorno social y familiar, que no haya estado embarazada 365 días antes de la implantación de la mórula, y se establece un límite de máximo dos GS consecutivas.

El sistema que se usa para llevar a cabo la GS de manera legal es un contrato notariado, que verifica el consentimiento de los intervinientes (padres comitentes, mujer gestante, director de la clínica o centro hospitalario), respecto la filiación cuando es elevada a escritura pública, deberá notificarse a la Secretaría de Salud y al Registro Civil, para que se contemple la filiación a favor de los comitentes desde la fecundación, al emitirse el certificado de nacimiento expedido por el médico, se llena un formato de la secretaría de salud que considera que fue un proceso de GS.

C. Capítulo III: Regulación de la GS, condiciones y requisitos.

a) Visión General

La GS dentro y fuera del ordenamiento ecuatoriano, presenta posturas a favor y en contra, sin embargo, aquellos Estados que niegan la inscripción de los niños producto de GS, desatienden al principio de interés superior del niño, en consecuencia, se atenta contra derechos básicos de los

infantes como son nacionalidad, herencia, patria potestad, custodia, los cuales son fundamentales al tratar el derecho de filiación, pero sobre todo del derecho a la dignidad de las personas. Por ello, la determinación de la filiación juega un rol significativo al crear vínculos entre el padre o la madre con su hijo, determina el estatus jurídico de una persona y significativamente determina derechos, obligaciones y facultades para los niños y niñas.

Entre los primeros derechos que se adquieren con la filiación se encuentra el derecho a la personalidad constituido con el nombre y apellido, los cuales inciden en la identificación del individuo referente a la verdad biológica, origen, además de materializar derechos como la salud, educación, participación política, entre otros, que conllevan la protección integral del ser humano, acompañados en sus primeras etapas por quien tiene las atribuciones de la patria potestad y se encargan de todas las funciones tuitivas que brinden condiciones de bienestar para los infantes.

Frente a esta realidad y habiéndose establecido la postura de la autora respecto de regular la GS, el presente capítulo pretende establecer condiciones y requisitos de la gestación por sustitución como propuesta a la filiación en casos de GS, con el fin de materializar el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño es decir el interés superior del niño.

1. Regulación respecto a la filiación por GS

La evolución de la familia y el surgimiento de TRHA forman parte de la denominada “revolución reproductiva”, desplazando a ciertas figuras tradicionalistas como la maternidad, paternidad, embarazo y parto, al diferenciar la reproducción humana de la sexualidad, permite ser padres a aquellas personas o parejas imposibilitadas por factores de infertilidad o esterilidad y dar paso a la paternidad sin maternidad o viceversa.

La evolución de las TRHA, implica cambios en la normativa vigente relacionada con la filiación al ampliar las opciones de reproducción por su complejidad requiere de un estudio multidisciplinario para determinar que valores se deben proteger, sin embargo, el derecho como menciona Arroyo Gil³⁸ (2020) “*entre sus principales funciones, limita la autonomía de la voluntad, al establecer normas de conducta y prohibiciones que reflejan valores, principios y derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico para preservar, la paz social y la dignidad humana*”. Por tanto, la filiación derivada de las TRHA debe analizarse como un conflicto genético y volitivo, que, a criterio de la autora, prevalecerá el segundo, primando la paternidad deseada sobre el aporte genético, este reconocimiento se denomina voluntad procreacional.

Respecto al vacío legal de la GS, y la falta de voluntad legislativa, imposibilita el acceso a las personas para optar por la GS como alternativa de TRHA, pero da paso a que mujeres expongan su vida en peligro al encontrarse en situaciones complejas sea económica, social u otra que incentive al miedo de los detractores de la GS -la mercantilización de la mujer-, dicha práctica se cataloga como turismo reproductivo, a su vez Lamm (2023) menciona que el turismo reproductivo consiste en el desplazamiento de personas, la cuales carecen de legislaciones con cobertura legal o prohíben la GS, impulsándolas a buscar países de destino que aprueben contratos de GS.

En relación con el derecho de los infantes producto de GS, la importancia de la protección y respecto del interés superior del niño, entre otros derechos como pertenecer a una familia determinada, tener identidad, no ser discriminado, tener una nacionalidad, son parte de las garantías fundamentales que recoge nuestra constitución. el artículo 67 reconoce a la familia en sus diversos tipos, y determina la obligación del Estado de proteger el núcleo fundamental de la

³⁸ Arroyo Gil, Antonio. 2020. «Gestación Por sustitución: La Dignidad Humana En Juego». *Estudios De Deusto* 68 (2), 41-73. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp41-73](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp41-73).

sociedad, para ello establecerá condiciones que favorezcan la consecución de sus fines, mediante vínculos jurídicos o de hecho basados en la igualdad de derechos y oportunidades de quienes lo conforman.

De manera general, nuestra legislación distingue la filiación por naturaleza, voluntaria y la adopción, el CC en su artículo 24 dispone que la filiación se establece por tres supuestos:

- 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 madre³⁹.

Conforme se señaló, no se reconoce la voluntad procreacional como fuente de filiación en los casos TRHA, bajo el análisis del capítulo II la adaptación de la filiación por excepcionalidad, plantea un escenario en el que el padre comitente reconoce de manera voluntaria a su hijo, la mujer gestante es obligada a ser reconocida como madre legal y la madre comitente impugna la maternidad al presentar una acción de investigación, lo que no es una solución viable, en cuanto prevalece el vínculo genético y solo es aplicable a parejas heterosexuales, por ende, se requiere determinar un cuarto tipo de filiación en torno a las TRHA, y en el caso específico de la GS, con el objetivo de fijar soluciones que no remitan a la adopción de normas anacrónicas relacionadas a la filiación natural o por adopción, al ser poco claras e injustas generando inconvenientes al momento de la inscripción en el Registro Civil.

³⁹ Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

Para ello, deben preverse de manera independiente normas específicas, con criterios mínimos y uniformes para establecer formalidades, requisitos, garantías, impugnaciones, entre otros, los cuales se desarrollarán a continuación.

2. Sistema de previa intervención jurídica

Hablar de la GS enmarcado en el interés superior del niño en Ecuador, implica una deficiencia de información jurídica, por ende el estudio y análisis de legislaciones que aprueben o no la GS⁴⁰ se debe originar desde el principio volitivo y su repercusión social para la promulgación de la norma jurídica que sea compatible con la materialización del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y no recaiga en falta de respuesta de la autoridad competente de inscripción, al contrario debe ponderar derechos que no perjudiquen a infantes, o que giren en torno a regulaciones discriminatorias, ideológicas o morales, que limitan el desarrollo de la legislación positiva para establecer obligaciones, garantías y límites respecto a la GS.

Como se ha observado en las legislaciones que permiten la GS existen dos grandes grupos el primero que establece un acuerdo de GS *ex post facto*, para que los padres comitentes obtengan la paternidad, por otro lado, los acuerdos de GS *ex ante* en el cual son los padres en conjunto a la mujer gestante quienes presentan un arreglo ante un organismo judicial o ante notario para ser aprobado antes de iniciar con el tratamiento médico que dará paso a la GS.

Sin embargo, las legislaciones que toman el primer sistema, brindan mayor protección a la mujer gestante, lo que le permite tomar decisiones autónomas respecto al embarazo y la oportunidad de cambiar de parecer, en palabras de Lamm este sistema goza de ambigüedad, coloca a la mujer gestante como madre, dando paso a diversos conflictos cuando los comitentes no

⁴⁰ Análisis realizado en el Capítulo II. “Análisis Internacional”

gestionan la transferencia de filiación o si la misma gestante se niega a realizar el proceso de transferencia, ejemplo de ello es el sistema británico que toma como principal punto de decisión el rol emocional que tiene la mujer gestante, es decir, desde la gestación hasta el momento de dar a luz, lo que provoca que solo se reconozca el status de la gestante con responsabilidades que no quiere, a los padres comitentes se les aparta de ciertas responsabilidades durante esta etapa y el infante se queda en un limbo jurídico hasta que se emita una orden parental (Lamm,2022).

Por otro lado, el segundo sistema busca anticiparse a los problemas que puedan surgir frente a incertidumbres jurídicas, cambios de parecer o psicológicos, pues dicho acuerdo requiere del acuerdo anticipado de las partes, es decir, antes de proceder con una TRHA para llevar a cabo la GS, si bien los riesgos no se pueden eliminar, si se mitigan en mayor proporción ya que se cumple con requisitos legales previos, de modo que el sistema de preaprobación es indispensable para establecer el sistema de transferencia de filiación.

De modo que a criterio de la autora para preponderar el interés superior del niño el sistema ideal en la realidad ecuatoriana es el segundo, el sistema de preaprobación implica la aprobación, valoración y verificación de la viabilidad de un proceso respecto al acuerdo, cumplimiento de requisitos legales, de aptitudes de quien actúa como gestante y la evaluación de la idoneidad de los comitentes, para brindar certeza en el cumplimiento de dichos requisitos, y que la autoridad judicial tome una decisión imparcial, idónea y competente, debido a la complejidad de la GS.

A su vez, la intervención médica implicará la presencia del médico para acompañar a los intervinientes en proceso de elegir la TRHA idónea y de ser el caso proceder con la GS, previo a la autorización judicial, asegurando el cumplimiento de los requisitos legales mínimos. ¿Cuáles deben ser los requisitos mínimos para tomar en consideración?

3. *Requisitos de la gestante*

a) **Consentimiento**

Sin bien la gestante debe cumplir parámetros de idoneidad, edad mínima, encontrarse en buen estado de salud física y psicológica, entre otros, el consentimiento libre, pleno e informado es una práctica primordial para que la mujer gestante tome decisiones. Para ello, es importante el acceso a la información de los procedimientos, riesgos u otros aspectos médicos físicos y psicológicos, previo al inicio de cualquier tratamiento, lo que implica el acompañamiento psicológico de la gestante, por medio de un especialista, permitiendo la toma de decisiones con consentimiento, sin coerción, violencia, intimidación ni presiones de ningún tipo.

Entender las implicaciones desde la gestación hasta el momento en que nazca el infante, permitirá proteger a la mujer gestante y al infante antes y posterior de iniciar la GS, además de garantizar a la gestante el libre desarrollo de la personalidad reconocido en la CRE, para actuar y decidir.

Respecto a los límites al número de procesos que puede someterse la mujer gestante, cierto grupo de doctrinarios que están en contra de la GS, han señalado que esta pretende convertir a las mujeres en máquinas, motivo por el cual es determinante que la gestante no se someta a un proceso de GS más de dos veces, previniendo de esta forma la cosificación de las mujeres.

El número de gestaciones se sugiere en función de que legislaciones como la Israelita, Sinaloa e India prevén los riesgos que en todos los casos implica el proceso de embarazo y parto, complementado con la instauración de un sistema de recopilación de datos que permita cruzar información entre las diversas entidades de salud.

En Ecuador existen desafíos respecto a la acción pública, específicamente de políticas en torno a la salud, el título VII de la CRE desarrolla dichos derechos y establece la existencia de un Sistema Nacional de Salud que tiene la obligación del desarrollo, protección y recuperación de capacidades y potencialidades para una vida saludable e integra tanto colectiva como individual.

Por ende, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar el derecho a la salud pública, mediante mecanismos que permitan su aplicación, por ejemplo, a través de la expedición de un cuerpo normativo que institucionalice el sistema nacional de salud, para ello, el ente rector es el Ministerio de Salud que funge como un conjunto articulado de instituciones, políticas, programas entre otros que abarquen la dimensionalidad de derecho a la salud, integrando a todos los prestadores, por ende están constituidos por entidades autónomas, comunitarias, privadas, públicas, entre otras redes complementarias.

Volviendo al tema de nuestra investigación será la Asamblea Nacional el órgano obligado a la creación de leyes, que regulen las TRHAS entre ellas la GS, debe adecuar formal y materialmente las normas jurídicas de los derechos previstos en la CRE y los Tratados Internacionales, con especial enfoque en los derechos de libertad reproductiva, el goce de beneficios y aplicaciones del progreso científico, dicha necesidad responde de manera primordial a una regulación legislativa garantista de los derechos de mujeres y las familias de diversos tipos, pero sobre todo tutelando el interés superior del niño, respuesta que no ha llegado en cinco años desde la expedición de la sentencia Satya, que en 2018 a través de la CC se ordenaba que *“en el plazo no mayor al de un año adopte disposiciones legales para regular procedimientos médicos de TRHA”*, para lo cual el proyecto de ley deberá establecer mecanismos articulados con el sistema de salud, impulsado por el ente rector -Ministerio de Salud- para dictar política pública que

garantice la calidad de los servicios de salud, regulación técnica, control y mejoramiento de los servicios tanto públicos y privados.

Por otro lado, frente a la existencia de clínicas de fertilidad que han operado en el país, sin el control estatal, con autonomía de regulación según criterios o convicciones propios de cada centro o propietario del establecimiento de salud, , deben considerarse integrantes de la Red Pública Integral de Salud, al formar parte del Sistema Nacional de Salud, independiente de si son personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, al desempeñar actividades relacionadas con la salud deberán estar reguladas por la normativa conexas de TRHA, generando el marco legal para todos los ámbitos de salud, considerando las particularidades de los actores e involucrados en el proceso de GS, primando el principio volitivo, tomando en consideración parámetros mínimos que deberá cumplir el sistema de salud respecto a los comitentes y la mujer gestante, la importancia del acuerdo voluntario de las partes, y su incidencia en el derecho de filiación de los niños productos de GS, ponderando servicios seguros, de calidad, universales, que comprende procedimientos de diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, entre otros que serán cumplidos tanto en el sector público como el privado.

No es menos cierto que las TRHA implican costos elevados que limitan a cierto grupo de la población para acceder, sin embargo una alternativa a considerar es que las TRHA estén disponibles tanto en clínicas privadas como en el sector público dicha modalidad ha sido usada en España, en el cual se establecieron dos requisitos principales ser menor de 40 años en el caso de las mujeres y en el caso de los hombres ser menor a 55 años y no tener hijos previos con la actual pareja, al cumplirse dichos requisitos se entra en una lista de espera que por lo general fluctúa entre uno a dos años, dependiendo del centro de salud se ofrece la posibilidad de realizar varios intentos dependiendo de la TRHA empleada.

b) La importancia de tener al menos un hijo

El presente apartado tiene una estrecha relación con el consentimiento informado, pues asegura que la mujer gestante comprende el proceso no solo desde el punto físico, sino también médico y psicológico. La exigencia de haber gestado al menos una ocasión y un parto pretende garantizar el consentimiento informado, minimizar los riesgos de cambiar o retractarse de ser gestante -que podría ocurrir en mujeres primerizas-, pues solo la mujer que ha gestado y alumbrado por primera vez conoce las implicaciones del embarazo y parto, además de constatar la capacidad de la mujer para llevar una gestación sin riesgo para su salud.

Respecto a los posibles riesgos que giran en torno a la GS, se han planteado las repercusiones en los hijos biológicos de la gestante, legislaciones como Reino Unido, a través de la Asociación Médica Británica sugiere que se entable una conversación con los hijos biológicos de la gestante, en cuanto la desaparición del infante posterior al nacimiento puede causarles angustia de acuerdo con Jadvá⁴¹, un estudio realizado en 32 gestantes, con bebés de un año, determinaba que el 90% había explicado completamente a sus hijos sobre el acuerdo de GS, quien no lo hizo debido a la edad de su hijo biológico lo hizo paulatinamente, las reacciones fueron las siguientes el 81% señaló que sus hijos reaccionaron de manera positiva y el 16% señaló que reaccionaron de manera neutral o ambivalente, por otro lado el 88% informó que la reacción de su hijo biológico fue positiva una vez que se entregó el infante a los padres comitentes, y el 9% mencionó que la reacción fue neutral (Lamm,2022). Lo que implica que, al informar a sus hijos, no existe una reacción negativa o afectación psicológica en los hijos de la gestante, en cuanto la mujer gestante considera que el bebé que gestan no es suyo, facilita la renuncia, y son propensas a

⁴¹ El estudio podrá ser analizado con mayor detalle en el siguiente enlace: <https://academic.oup.com/humrep/article/18/10/2196/622680>

informar a sus hijos biológicos sobre los acuerdos de GS, en la mayoría de los casos reaccionan de manera positiva, y ningún niño experimentó complicaciones importantes derivadas del acuerdo de GS.

4. *Requisitos de los padres comitentes*

El reconocimiento de la doble maternidad y paternidad en Ecuador da paso a que la GS sea una opción para las parejas casadas o no, heterosexuales y homosexuales, en esta línea la importancia del reconocimiento a la diversidad familiar radica en la ponderación del interés superior del niño brindando protección legal, independientemente de la relación que puedan tener sus padres, su forma de concepción y nacimiento.

Una vez analizado las diversas modalidades de GS, es fundamental determinar el origen de los gametos de al menos uno de los comitentes, con el objetivo de disminuir el riesgo de ser usada como un proceso simplificado para acceder a la maternidad o paternidad de un hijo que no es genéticamente propio, por otro lado, no debe confundirse el criterio mencionado con la teoría que pondera al principio volitivo para establecer la filiación.

Otro de los requisitos a tomar en cuenta es la imposibilidad de concebir o llevar a término un embarazo, en legislaciones como Grecia, Israel y Sudáfrica han establecido requisitos para que los padres comitentes que tengan alguna imposibilidad para concebir o que su embarazo no pueda llegar a término accedan a GS. Lo que pretende este requisito es que las mujeres que no tengan imposibilidad médica de tener hijos transfieran dicho riesgo a otra mujer, sea por razones estéticas o comodidad, a dicha acción se la reconoce como “GS por sustitución social”. Motivo por el cual será esencial contar una certificación médica que determine la imposibilidad de concebir o llevar a término un embarazo, requisito que debe ser verificado en parejas heterosexuales, al ser una incapacidad estructural la misma no será necesaria en casos de parejas homosexuales masculinas

u hombres solos, por ello la autora de la presente tesis sostiene que la GS debe ser un procedimiento exclusivamente por la imposibilidad de los comitentes para gestar un niño, por diversos factores físicos que recaen en la infertilidad o esterilidad pero no renuncian a su deseo de ser padres con un hijo genéticamente propio, evitando el uso indiscriminado de la GS en casos de parejas o personas que pretendan acortar las vías de tener un hijo propio por motivos estéticos como evitar el daño del cuerpo o recaigan en la eugenesia.

5. *De la importancia de considerar el interés superior del niño*

En el presente análisis se ha recalcado la importancia de tener en mira el interés superior del niño para autorizar el proceso de GS, en esta línea argumentativa la comunidad internacional a recorrido un largo camino que fortalece el reconocimiento y protección de los derechos del niño materializado en la CDN con tres pilares fundamentales: el primero precautela el reconocimiento de los niños como sujeto y titular de derechos, el segundo pilar que toma al interés superior del niño como la base de las actuaciones que están alrededor del infante, el tercer pilar que dota a los niños de reconocimiento sobre su capacidad y participación en la toma de decisiones cuando estas afectan de manera directa su esfera personal.

Bajo la línea argumentativa desarrollada en el capítulo anterior, el interés superior del niño tiene contenido tripartito, es decir una dimensionalidad desde el derecho, como principio y norma de procedimiento. Por ello se afirma que el interés superior del niño es un derecho sustantivo que está en constante evaluación y prevalece en todas las decisiones que afecten a los niños de manera directa o indirecta en el goce de sus derechos, al ser determinado como principio interpretativo a su vez implica que desde la vertiente de garantizar disposiciones jurídicas, la regla general es al existir más de una interpretación se aplique de manera directa la más efectiva que garantice el cumplimiento de los derechos consagrados en la CDN, finalmente la condición de norma de

procedimiento, implica la toma de decisiones respecto a los intereses que pueden afectar a los niños, por ende conlleva un análisis minucioso de repercusiones y la importancia de justificar las decisiones tomadas.

Dado que el interés superior del niño, exige la aplicación del artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, la GS implica que para garantizar sus derechos se requiere de un marco legal que brinde seguridad jurídica, que permita al juez autorizar o denegar las solicitudes de GS en relación al bienestar del niño, determinar la filiación, promover su cuidado y bienestar general de su entorno, el cual debe ser estable, y considerar la situación del infante en casos de la muerte de uno o ambos comitentes, o en el caso de una separación o divorcio, de lo contrario representa el desconocer y negar vínculos jurídicos con quienes hicieron posible su existencia.

6. *Idoneidad de los padres comitentes*

Previo a la autorización de GS es esencial la evaluación de la idoneidad de los comitentes, el cual debe ser realizada por el juez, al contar con la información médica, psicológica entre otras que le permita determinar si los comitentes son aptos para acceder a la GS, implica la continuidad de los comitentes en el proceso, se debe puntualizar que el concepto de idoneidad está relacionado con la protección del infante su crianza, cuidado y educación, criterios que deben ser evaluados sin discriminación del tipo de familia por el que esté conformado.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que los padres comitentes deben aceptar los riesgos que presenta la gestación, como son las anomalías que causan malformaciones o enfermedades del feto. Si bien en ciertas legislaciones se realiza un diagnóstico genético preimplantacional (en adelante DGP) en el cual se busca prever durante el ciclo de fecundación in vitro posibles alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión, para posteriormente ser fecundado en el útero de una mujer, se debe tomar en consideración el hecho o no de aceptar los riesgos que ocurren

en un embarazo natural como en las TRHA, por lo tanto, los padres comitentes estarán obligados a asumir las responsabilidades y obligaciones del infante que presenten anomalías al nacer.

Bajo dicha línea argumentativa, el acuerdo de GS no puede limitar o prohibir a la mujer gestante a tomar decisiones sobre su cuerpo, libertad personal, privacidad, integridad y autonomía con el objetivo de proteger su salud o de los embriones. Lo que se pretende es alcanzar un acuerdo libre y voluntario de las partes para llegar a términos consensuados antes de iniciar la GS, en cuanto los padres comitentes eligieron a la mujer gestante al establecer un nexo de confianza respecto de su conducta y actitud para llevar a cabo la gestación.

7. *El acuerdo altruista o por compensación*

De igual manera se debe entender que los acuerdos de GS sean altruistas o compensatorios, estos bajo ningún motivo son acuerdos de venta o compra de derechos parentales similares a los derechos de propiedad, el acuerdo busca que los comitentes convengan un servicio en particular de la mujer gestante, pero no se compra o vende, pues las partes buscan llegar a acuerdos en las que no se entrega sino simplemente se cumple las prestaciones de hacer, pues la GS al ser un proceso complejo implica tener una visión amplia en la que se pondera otros aspectos, en el caso de la mujer gestante el dinero podría ser una motivación legítima respecto a la carga emocional y psicológica del proceso de gestación, en cuanto debe tener cuidados especiales frente a complicaciones o riesgos de vida desde la gestación hasta el parto, concluyendo con la entrega del niño a los padres comitentes.

A criterio de la autora el recibir una compensación no implica la inmoralidad de los acuerdos y con ello tampoco cosifica a la imagen de la mujer y trata como un objeto de comercio a un infante, por tanto deberá establecer a través de un sistema de contrapesos hasta qué punto se debe retribuir a la gestante sin que este recaiga en el abuso, por ello los padres comitentes a mi

criterio deberán velar por los gastos médicos, asistencia, alimentación que propenda a la protección de la mujer gestante y con ello el bienestar del desarrollo embrionario del feto, sin embargo no es limitante hasta el nacimiento de bebé, pues debe preverse los posibles riesgos propios del embarazo, parto y post parto, como son hemorragias graves, , preeclampsia, eclampsia, diabetes gestacional infecciones o la muerte como parte de sus obligaciones independiente de si se fije una compensación económica, considero deberá acompañarse por un seguro de vida que cubra los posibles riesgos y brinde una atención postnatal tanto física como psicológica de ser necesario.

Lo señalado hace necesario un procedimiento judicial previo entre los padres comitentes y la gestante a través de una evaluación en la que se determine su consentimiento informado, libre, pleno y voluntario, de los acuerdos alcanzados respecto a los métodos, riesgos y complicaciones que se pueden presentar en el embarazo, parto y post parto además establecer garantías que subsanen los posibles riesgos, por otro lado, también es necesario determinar sus capacidades físicas y psicológicas que permitan emitir criterios y tomar decisiones de manera autónoma, por otro lado, el tener mínimo un hijo propio permite conocer a la gestante los riesgos y responsabilidades que implica la gestación, este proceso por ende engloba la planificación y métodos a ser utilizados, con miras a la implantación, desarrollo y alumbramiento adecuado del infante, sin desproteger la seguridad jurídica de la mujer gestante, estableciendo controles a una posible explotación.

8. *Revelación del origen del niño producto de GS*

En el capítulo anterior se ha hablado del derecho de identidad estática y dinámica, su influencia para establecerse como base y abordar la revelación del origen, de acuerdo con Lamm la importancia de que las personas conozcan su origen es fundamental antes de la adolescencia, en

cuanto la omisión de esta puede generar afectaciones en las relaciones familiares y consecuentemente un impacto negativo en el desarrollo psicológico del infante.

En la GS el anonimato tiene ciertos matices debido a que el nacimiento es producto de un acuerdo entre las partes, por otro lado, ciertos padres comitentes mantienen un estrecho vínculo con las mujeres gestantes y los niños productos de GS⁴², bajo dicho estudio el derecho a conocer el origen genético no se puede privar a ninguna persona, y con ello tampoco se priva el derecho de conocer al donante de gametos, o genético y las circunstancias lo cual le permitirá acceder al infante a información que es parte de su identidad, de igual manera acceder al expediente judicial que dio paso a la GS.

9. *Inscripción del niño producto de GS*

Se ha sostenido la idea de que la voluntad procreacional debe primar independientemente del aporte genético, motivo por el cual para ejecutar el proceso de inscripción de un niño producto de GS, una vez el consentimiento de los comitentes y la mujer gestante sea mutuo, la materialización estará a cargo de la autoridad judicial que aprueba o rechaza la GS, en el caso de aprobarse, ejecutarse y con el hecho del nacimiento del niño o niña producto de la GS, en el certificado de nacimiento deberá constar el nombre de los padres comitentes, de manera independiente de su estado civil u orientación sexual, los cuales permitirán la inscripción del infante en el Registro Civil, prescindiendo de otros documentos como el certificado médico emitido por el centro médico o facultativo a fin a la materia, con especificaciones de la TRHA empleada, considerando que la filiación se ha determinado sobre la voluntad procreacional que se

⁴² Dichas estadísticas se pueden observar en el segundo capítulo, apartado c) ¿Los documentos esenciales como certificado de inscripción y partida de nacimiento, obligatorios para la revelación de origen del niño o niña?

formalizó con la autoridad judicial, y no solo por factores como en el caso de las mujeres del parto, y en el caso de los hombres de la presunción de la paternidad.

10. De la muerte de uno o dos de los comitentes

En el supuesto de la muerte de uno o los dos comitentes, durante la gestación debido a la autorización judicial para llevar a cabo la GS, el niño seguirá siendo hijo de los comitentes, y en este caso si fuese el fallecimiento de los dos comitentes se procederá a fijar un tutor, con el objetivo de precautelar el interés superior del niño, pues al no precautelar el riesgo de muerte de uno o dos de los comitentes las consecuencias derivan en la falta de reconocimiento de la relación legal entre el infante y los comitentes, se negarían sus beneficios legales, sociales, emocionales propios de la relación filial, se encontraría en una desventaja económica en cuanto no podría acceder al derecho sucesorio, dejando al niño producto de GS en una realidad jurídica que no coincide a su realidad.

Por lo expuesto, la autorización judicial previa deberá considerar que el acuerdo previo requiere cubrir el supuesto de la muerte de uno o los dos comitentes, a fin de que ante la muerte de los padres el niño sea reconocido como su hijo y por tanto, está cubierta la esfera patrimonial. En ese sentido, el tratadista Bossano (1983) señala que la sucesión por causa de muerte consiste en transmitir los bienes, derechos y obligaciones que al fallecer una persona pasarán a los sobrevivientes por voluntad del testador, porque la ley lo manda así, o como parte de los derechos de dominio y adquisición que se adquirirían como sucesión testamentaria, filiación o mandato de la ley. (p.26).

Es decir el acuerdo de las partes rige con la autorización judicial previa, reconociendo al niño producto de la GS como hijo de los comitentes, y da paso a la sucesión como parte de los derechos de dominio y adquisición que se adquieren con filiación, de acuerdo con el artículo 1400 del CC, el cual establece que es capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no declara

como incapaz e indigna, por otro lado, el artículo 1005 de la misma norma, determina que las personas que no existen al momento de fallecer el causahabiente son simple y llanamente incapaces, pero además establece cinco excepciones, sin embargo, se tomaran principalmente dos como parte de las TRHA, aplicables a la GS a) Las personas concebidas antes del fallecimiento del causante y b) Las personas cuya existencia se espera.

Según dicho criterio, el CC establece en su artículo 60 que la existencia legal de una persona se fija cuando nace vivo, y se separa completamente de la madre, en el caso de la GS de la mujer gestante. Aplicando con ello el artículo 63 de la misma norma, el cual establece que al nacer vivo un niño o niña se entenderá que sus derechos estaban suspendidos, pero que gozaría de ellos, como si hubiese existido siempre al considerar a los comitentes como sus padres legales salvaguardando el interés superior del niño y continuando con las reglas de la sucesión.

IV. Conclusiones

La GS forma parte de la realidad social de Ecuador, sin embargo, se enfrenta a la existencia de un vacío legal respecto a las TRHA y una laguna en torno a las regulaciones de la GS, pese a contar con el respaldo médico, social, ideológico y jurídico. A nivel internacional, recibe críticas que provienen de sectores feministas radicales, ultraconservadores católicos, entre otros que generan debates respecto a la permisión, falta de regulación o prohibición. No obstante la falta de regulación o prohibición de la GS conlleva la clandestinidad y pone en manifiesto la urgencia de brindar una respuesta a los casos de niños nacidos a través de la GS para brindar un marco legal que la admita y la regule, pues caso contrario esta conduce a situaciones de discriminación y prejuicios dejando en un limbo jurídico a los niños producto de GS y la posible vulneración de sus derechos fundamentales, aumentan el riesgo de la práctica de turismo reproductivo y las injusticias

que puedan girar en torno al detrimento del interés superior del niño y la violación de los principios de igualdad y no discriminación.

Respecto a la dimensionalidad del derecho a la filiación familiar aplicada en Ecuador en los casos de GS, la sentencia Satya marca un hito en el reconocimiento de la diversidad familiar, y la protección especial a grupos de atención prioritaria como son los niños y niñas, establece que el Estado es el ente que debe respetar y aplicar las disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales que sean más favorables y protejan el interés superior de los niños, frente a conceptos que han mutado en la sociedad, como es la familia y las nuevas formas de filiación que surgen de las TRHA. Sin embargo, desde la expedición de la referida sentencia, nuestra legislación no se ha actualizado y solamente reconoce tres tipos de filiación, la filiación por naturaleza, adopción y voluntaria, por ende no considera la voluntad procreacional, lo que demuestra la desidia del legislativo en aprobar normas jurídicas que permitan proteger y reconocer de manera amplia su derecho a la identidad, filiación y dignidad humana.

En torno a la GS existe disparidad de respuestas dadas por los ordenamientos jurídicos, tanto en las prácticas, efectos y consecuencia, sin embargo es imprescindible que se establezca un marco legal de protección jurídica, para evitar abusos, riesgos de explotación e indefensión de las partes, que actualmente con la prohibición o permisión sin regulación se producen, la importancia del estudio de las vulneraciones en torno al desconocimiento de la filiación por GS es ofrecer una respuesta que brinde mayor seguridad jurídica y tutele de manera efectiva a los intervinientes, principalmente el interés superior del niño.

Por ello se propone la materialización de un marco regulatorio que determine la filiación por GS, a través de un acuerdo voluntario de las partes autorizado judicialmente, en el que no sea indispensable la presentación de un certificado médico obligando a la mujer gestante a ser

reconocida como madre, al contrario sean los comitentes quienes tengan la seguridad de ser reconocidos como progenitores y puedan inscribir a sus hijos y dotarles de todos sus derechos fundamentales derivados de la filiación, para ello el ente rector será el Ministerio de Salud que expida procedimientos y normas que agilicen los procesos de GS, pero brinden seguridad a los padres comitentes y a la mujer gestante durante el periodo de planificación, implantación, gestación, parto y post parto.

Una vez que se ha cumplido con el desarrollo de la investigación, se concluye que la falta del tratamiento al derecho de filiación familiar en Ecuador provocada por una laguna normativa respecto a los casos de niños y niñas producto de la GS, incurre en la vulneración al interés superior del niño, en cuanto no se pueden ejercer las obligaciones emanadas de la filiación, dando paso a la creación de ficciones legales y otros riesgos derivados de la clandestinidad, obligándoles a adaptarse a normas anacrónicas que complican la inscripción de los infantes en el Registro Civil, condiciones que como se ha expuesto previamente exponen a los infantes nacidos por GS a enfrentarse a un limbo jurídico, que los priva de identidad, filiación, estabilidad familiar y demás derechos, lo que se traduce al despojo de su dignidad humana, vulneración de derechos imputable a la responsabilidad de los legisladores que minimizan la importancia de proporcionar un marco legal regulatorio garantista, que permita a los comitentes y sus hijos acceder al derecho de filiación bajo el principio volitivo, para garantizar el interés superior del niño.

V. Recomendaciones

El Estado ecuatoriano debe garantizar la tutela de los derechos de niños y niñas, familias diversas y mujeres resguardando su integridad personal, libertad reproductiva, goce de los beneficios y aplicaciones del progreso científico en TRHA, por ello la Asamblea Nacional está llamada a adoptar las disposiciones legales que regulen los procedimientos médicos que

corresponden a las TRHA, entre ellos la GS, dicha ley debe brindar protección para quienes deciden ser padres comitentes y requieren de una mujer gestante para materializar su proyecto de vida, al conformar una familia, en una sociedad en el que ha evolucionado el principio *mater semper certa est*, separando ser madre y lo que implica la maternidad, para ello deberá estar acompañado de política pública a través de la Autoridad Sanitaria Nacional, responsable de determinar y formular la política nacional en salud, al normar, regular y controlar las actividades relacionadas a la GS, así como el funcionamiento de las entidades del sector de la salud.

El derecho es evolutivo, si bien la GS no estuvo contemplada en la norma al no existir fácticamente, la misma no es limitante para iniciar con la regulación que adapte, capte y norme modelos que presentan realidades similares, dando certeza a los infantes nacidos a través de la GS respecto a la filiación con sus padres gestantes, por ende el rol del Estado debe crear un margen que maximice la posibilidad de las parejas acceder y formar una familia, promoviendo un marco jurídico que fortalezca el ejercicio de los derechos reproductivos, el acceso a la maternidad o paternidad, reconozca la diversidad cuando por aspectos físicos o fisiológicos no les es posible, en lugar de crear estigmatizaciones, normas imposibles de cumplir que sean discriminatorias para cierto grupo, creando desventajas y escenarios complejos.

Motivo por el cual se recomienda establecer una nueva figura de filiación que tome como punto central el principio volitivo, la ponderación de la voluntad de las partes (voluntad procreacional) para dar origen a la GS, con ello establecer un procedimiento judicial expedito previo para determinar la filiación, tomando en cuenta garantías mínimas que establezcan límites a los deseos reproductivos, cuidando a quienes intervienen en la GS, en el caso de los comitentes que les brinde seguridad jurídica para establecer un reconocimiento pleno y directo con su hijos, los cuales gozaran de manera vehemente de la protección de sus padres, y en el caso de la mujer

gestante que se garantice el pleno goce de sus derechos para decidir de manera libre y voluntaria, velar por su seguridad física y psicológica a través del acompañamiento en el proceso de gestación, parto y post parto.

Entre las regulaciones mínimas que se deberán tomar en cuenta es determinar que la GS es un procedimiento parte de las TRHA por la cual una persona o una pareja denominada comitentes, acuerdan con otra denominada mujer gestante implantar un embrión, el cual será gestado y una vez nacido el infante sea entregado a los padres comitentes, creando vínculos jurídicos de filiación. Para ello se deberán analizar ciertos requisitos mínimos: la capacidad de la gestante y comitentes, al menos uno de los comitentes deberá aportar sus gametos, imposibilidad de arrepentimiento, contar con salud física y psicológica óptima, no someterse a un proceso de GS por más de dos veces, haber dado a luz al menos a un hijo, y comprobar de manera médica la imposibilidad de concebir o llevar a término un embarazo.

Respecto a la autorización judicial, considero que se debe contemplar que todo acuerdo debe ser autorizado judicialmente, y se acompañe la documentación que respalde la identidad de las personas, el certificado médico de los comitentes de la incapacidad de gestar y la mujer gestante que acredite su situación física y psicológica.

Se debe prever una garantía para la mujer gestante, a través de un seguro que cubra las contingencias que puedan derivarse de la GS, además de compensar los gastos médicos, traslados, asesoramiento psicológico o legal, entre otros que se emanen de la gestación hasta el nacimiento del infante y posparto.

En cuanto al registro de gestantes, debe preverse la creación de un registro en la entidad de salud regulada por el Ministerio de Salud que fungirá como un conjunto articulado de instituciones,

políticas, programas entre otros que abarquen la dimensionalidad de derecho a la salud, constituidos por entidades autónomas, comunitarias, privadas, públicas, entre otras redes complementarias, para ello la Asamblea Nacional deberá prever en el proyecto de ley para regular las TRHA, entre ellas la GS mecanismos articulados del sistema nacional de salud, generando el marco legal para todos los ámbitos de salud comenzando desde la rectoría a cargo del Ministerio de Salud, considerando las particularidades de los actores e involucrados en el proceso de GS, primando el principio volitivo, fijando parámetros mínimos que deberá cumplir el sistema de salud públicos y privados, respecto a los comitentes y la mujer gestante, la importancia del acuerdo voluntario de las partes, y su incidencia en el derecho de filiación de los niños productos de GS, ponderando servicios seguros, de calidad, universales, que comprende procedimientos de diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, entre otros que serán cumplidos tanto en el sector público como el privado, además de almacenar los datos de acuerdos de confidencialidad que se llevaran a cabo, una vez que la administración de justicia autorizó el acuerdo y se verificaron los requisitos anteriormente mencionados, además permitirá llevar un control de las mujeres gestantes.

Finalmente, el proceso de autorización y resolución judicial lleva a cabo el punto central de nuestra investigación, que es establecer vínculos jurídicos de filiación de los padres comitentes con los hijos producto de la GS, la cual quedará establecida entre el nacido y los comitentes por la voluntad procreacional, con independencia del aporte genético. La autorización previa generará la certeza de filiación del infante, los comitentes no podrán negar el vínculo de filiación y la gestante no se opondría a entregar el niño a sus padres, garantizando de este modo el interés superior del niño, que tantas veces hemos indicado ha sido vulnerado.

VI. Bibliografía

1. Álvarez, S, “*Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero*”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 2010, No. 10, págs. 339-377. Disponible en: <https://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=3781264>
2. Arroyo Gil, Antonio. 2020. «Gestación Por sustitución: La Dignidad Humana En Juego». *Estudios De Deusto* 68 (2), 41-73. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp41-73](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp41-73).
3. Carcaba, M, “*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación, Editorial Bosch*”, 1995, ISBN-10: 8476983298, Chávez, N, Glosario de Biotecnología, UAA, 2006, ISBN: 970-982-6
4. Coleman, M. “Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction”. *Cardozo Law Revie*, 17, 1996, pp. 497-529.
5. De Coulanges, F, “*La Ciudad Antigua: Estudio sobre el Culto, el Derecho y las Institucionales de Grecia y Roma*”, Editorial Porrúa, 2003, ISBN: 970-07-3779-9
6. Delgado, C (2016). “*El derecho a la identidad: una visión dinámica*”. Disponible en: <https://corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf> María del Carmen Delgado Menéndez
7. Engels, Friedrich. “*El origen de la Familia, La propiedad privada y el Estado*”. Colombia: Panamericana Editorial Ltda., 1993.
8. Fernández Sessarego, C. “*Derecho a la Identidad Personal*”. Astrea, Buenos Aires, 1992

9. Fernández, P, “*Maternidad subrogada, ¿cuestión de derechos?, Dilema*”, (2018), No. 26, Pág. 27-37. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278536>
10. García, J. Martín M. “*Turismo reproductivo y maternidad subrogada, Derecho y salud*”, 2017, Vol. 27. Extraordinario XXVI, Congreso 2017. Disponible en: https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/Revista_D%26S_Vol_Extra_2017.pdf
11. Guevara, A, “Gestación por sustitución: un tema impostergable en el derecho de familia”, Quito, Ed. Ecuador, 2021.
12. Golombok, S., MasCallum, F., Murray, C., Lycett, E. Jadva, V.” Families created through surrogacy: parent child relationship in the first year of life” P. 50-63
13. Guzmán, A, “*La Subrogación de la maternidad*”, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C., 2007, No. 20, Pág. 114-115. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932007.pdf>
14. Hernández Ibáñez, C. “*La atribución de la maternidad en la gestación contratada*” Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium, Madrid, 1988, p. 445).
15. Hill, J.L. Traducción, “*What Does It Mean to Be a “Parents?”*” The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights. New York University Law Review, 66, 1991. Cit. pp. 353-420.

16. Kajsas, E, “El ser y la mercancía prostitución, vientres de alquiler y disociación”, Editions Bellaterra, Barcelona, 2017, ISBN:9788472908154
17. Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”. La Ley, 20/09/2010.
18. Lamm, E, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.” Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
19. Lamm, E. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Revista de Bioética y Derecho, nú. 24, enero 2012, pp. 76-91, Disponible en: http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n24/08_master.pdf
20. Lara, F (2008) “*Código de Hamurabi*”, Tecnos, Madrid, 2008, ISBN: 9788430944187
21. Lledó, F, “Fecundación artificial y derecho”, Tecnos, Madrid, 1998.
22. López, J, *Dimensión económica de la Maternidad Subrogada “Habitaciones en alquiler”*, Cuadernos de Bioética, 2017, Vol. 28, Nom. 93, XXVIII No.2, Pág. 199-218. Disponible en: <HTTP://AEBIOETICA.ORG/REVISTAS/2017/28/93/199.pdf>
23. Malaurie, P. Traducción, ”La Cour Européenne des droits de l’homme et let “droit” de connaitre ses origines. Láffaire Odiévre, La semaine juridique”, núm. 26, 2003, p. 546.

24. Martínez (2017, p.358) Martínez- Martínez, V, Maternidad subrogada. “*Una mirada a su regulación en México*”, Dikaion, 2015, Vol. 24. N.º 2. Pág. 353-382.
Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v24n2/v24n2a07.pdf>
25. Pantaleón, A. F. “*Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida. Jueces para la democracia*”, núm. 5, 1998, pp. 25 y ss.
26. Rae, R. A. E.-. (s. f.-b.). Maternidad. *Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española*. <https://dpej.rae.es/lema/maternidad>
27. Rae. (s. f.-a). *Filiación | Diccionario panhispánico de dudas*. «Diccionario panhispánico de dudas». <https://www.rae.es/dpd/filiaci%C3%B3n>
28. Red Lara, “*Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry*”, 2017. Disponible en: <https://redlara.com/images/archivo/RLA-JBRA-2017-2020.pdf>
29. Rosero, M, “*Las mujeres alquilan sus vientres por no menos de USD. 10000 en Ecuador*” El Comercio. 10 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/mujeres-vientredealquiler-ecuador-sociedad-maternidad.html>.
30. Sacoto, M, “*La gestación por subrogación en Ecuador*”. julio de 2006. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/la-gestacion-por-subrogacion-en-america-latina>
31. Salazar, O, “*La gestación por Sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos*”, UNED, Revista de Derecho Político, 2017, No, 99. Mayo-agosto, Pág. 79-120.
<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/I9307>.

32. Santamaría Solís, L (2000). “Técnicas de reproducción asistida, aspectos bioéticos” Cuadernos de Bioética: Universidad Autónoma de Madrid
33. Storrow, R.F. Traducción, “Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage.” *Hastings Law Journal*, 53, 2002, pp. 597-679.
34. Valdés, C, “*La Maternidad Subrogada y los Derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas*”, Anuario de la Facultad de Derecho, 2014, vol. XXXI, Pág. 459-482. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/434831711/Dialnet-LaMaternidadSubrogadaYLosDerechosDeLosMenoresNacid-5212185>
35. Van Den Akker, O.B.A. “*Psychosocial aspects of surrogate motherhood.*” *Human Reproduction Update*, vol 13 núm. I, 2007, pp. 53 y ss.

Plexo Normativo

1. Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2016
2. Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014
3. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.
4. Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.
5. Corte Constitucional, Resolución 184, Registro Oficial Suplemento Número 61, de 11 de septiembre de 2018.

6. Ecuador, Texto final del Código Orgánico de Salud para la votación, Disponible en <https://www.puenteasociados.com/wp-content/uploads/2020/08/Co%CC%81digo-Orga%CC%81nico-de-Salud-Texto-final-para-votacio%CC%81n-25-08-2020.pdf?fbclid=IwAR3Jzuo0zMosRqppjibQIsFVuKu7Jc7DXIPe1g9BOoActUT7v7iXHIg-3Eh4>
7. Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, Registro Oficial Suplemento 684 de 04 de febrero de 2016, modificación: 14 de marzo de 2018.
8. Proyecto de ‘Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador’ presentada por María Alejandra Vicuña, asambleísta por la provincia del Guayas.

Jurisprudencia

1. Belsito v. Clark, 644 N.E.2d 760 (1994). Disponible en: *Belsito V. Clark*, 67 *Ohio Misc. 2d* 54 | *CaseText Search + Citor*. (s. f.). https://casetext.com.translate.google/case/belsito-v-clark?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc
2. Caso In the matter of N (a child) 2007 EWCA Civ 105.
3. Corte IDH. (2012). Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre.
4. Corte IDH. (2012). *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero.
5. In re Marriage of Buzanca (1998), Justicia as law, Disponible en; <https://law.justicia.com/cases/california/court-of-appeal/4th,61/1410.html>.

6. Johnson v Calvert, 5 Cal.4th 84, 19 Cal. Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 5to U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993). Disponible en <https://law.justicia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>