

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

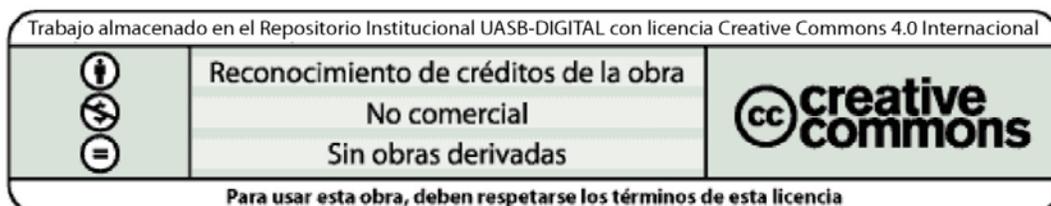
Maestría Profesional en Derecho Constitucional

Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador

María Fernanda Viteri Sánchez

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, María Fernanda Viteri Sánchez, autora de la tesis intitulada “Problemas Jurídicos derivados del ejercicio de la Maternidad Subrogada” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se le haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 29 de agosto de 2019.

Firma: _____

Resumen

El presente trabajo investigativo abarca temas relativos a fecundación humana, reproducción humana asistida y maternidad subrogada o alquiler de vientres, los cuales han sido conceptualizados desde la ciencia médica para entender los distintos fenómenos derivados de las modernas formas de reproducción humana.

En este sentido se plantearán cuestiones relativas al eminente choque del fenómeno médico con la esfera jurídica, en donde indefectiblemente será necesario analizar la problemática desde un enfoque transversal de la problemática en las ramas de: Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Internacional Privado.

Se demostrará que en el ejercicio de esta moderna forma de maternidad necesariamente se involucran derechos e instituciones como la vida, la dignidad, la identidad, libertad, familia, derechos reproductivos, la maternidad, paternidad, filiación, materia contractual y problemas jurídicos en el ámbito internacional.

Este análisis ha permitido evidenciar el retraso que existe en nuestra legislación respecto a las nuevas realidades científicas y la necesidad imperante que todo el andamiaje jurídico nacional reconozca estas realidades y las regule, necesidades que resulta aún más imperiosa toda vez que las prácticas en medicina reproductiva y en el caso específico del alquiler de vientres entran en choque con derechos fundamentales.

El regazo legislativo ecuatoriano se evidencia aún más cuando analizamos realidades jurídicas en otras esferas internacionales y las modernas y variadas formas de enfrentar y legislar la problemática; así también cómo el alquiler de úteros rebasa las fronteras nacionales y crea un gran conflicto en el derecho internacional privado que tampoco en la actualidad existen herramientas legales que puedan afrontar el abanico de posibilidades y conflictos derivados de estas prácticas.

Palabras claves: maternidad, alquiler, útero, subrogación, reproducción.

Dedicatoria

A mi ángel en el cielo, a mi príncipe eterno, mi abuelo adorado, mi roble gigante, al ser que no le alcanzó la vida para verme grande, volando alto y llegando lejos, por eso hoy te dedico este título, porque quiero decirte que aquí estoy viviendo los sueños que tenías para mí y haciéndolos realidad en tu nombre, por tu amor eterno y por tu memoria.

A mi madre amada, a quien no puedo dejar de mirar sin entender lo que es el verdadero amor, eterno e incondicional; a mi padre quien se ha convertido en mi ejemplo de honestidad y vida digna, del camino correcto. Les dedico este trabajo de titulación, les dedico mi vida entera, mi caminar, mis triunfos, mis logros, mis fracasos, mis decepciones, les dedico todo lo que soy como ser humano y como profesional, hoy les dedico lo que soy porque amo, admiro y respeto a la mujer que hicieron de mí; me enseñaron que no hay triunfo sin sacrificio, ni aprendizaje sin dolor, me enseñaron a abrir mis alas para volar mis sueños pero con los pies en la tierra.

A mi adoración más grande en este mundo, a mi hermana Mishell, te dedico el camino trazado, el camino andado, y el que está por venir. A mi amada familia, mi mayor ejemplo, mi más grande tesoro; a mi Abuela "Mamá Tina", mis amados tíos "Raúl, Iván y Bachi" por su apoyo, consejos, comprensión, amor, en todos los instantes de mi vida, y por ayudarme con los recursos necesarios para estudiar. Me han dado todo lo que soy como persona, los valores, principios, carácter, empeño, perseverancia y coraje para conseguir mis objetivos. Son mi mejor ejemplo de lucha y esfuerzo.

A mi querida amiga, mi otra mitad, mi hermana del alma, mi Sofy querida. Te dedico mi carrera entera a ti, por haber sido parte de ella: mi soporte, mi sostén, mi ejemplo de vida, por creer en mí, por recordarme mis motivaciones y aspiraciones, por vivir mis sueños, por verme grande, por celebrar mis triunfos y llorar mis derrotas.

Al amor de mi vida, mi Santy adorado, la motivación de mis días, mi ejemplo de lucha, mi guía, mi luz; por darme fuerza y valor, por el valioso aprendizaje a tu lado. Hoy más que nunca entiendo que cada decisión que he tomado o indecisión que he tenido, cada prueba que se me ha presentado, cada obstáculo en mi vida, cada negativa de Dios, me condujeron hacia ti; y que si hubiese cambiado una sola cosa o algo no hubiera sucedido como sucedió en su momento, en el tiempo y en las circunstancias que se dieron no tendría la dicha que seas parte de mi vida y que hoy en día seas la causa principal de mi felicidad.

Agradecimientos

Al creador de todas las cosas, al hacedor de la vida, al dueño de los planes perfectos, a él quien me ha dado la fortaleza para plantarme y continuar cuando he estado a punto de caer, por ello con toda humildad le agradezco a Dios por este arduo trajinar de libros, y cuadernos, de aulas de clases, de noches de estudio, de fines de semana sin descanso. Hoy más que nunca y para siempre le agradezco por la vida, por la salud, le agradezco por las pruebas, por las dificultades, por los días de sol y los días de lluvias. Le agradezco por haberme sostenido siempre. Gracias por demostrarme que el sol sale cada mañana y alumbra para todos. Gracias por la maravillosa oportunidad de vivir, de sentir, de aprender, gracias por mi familia, por mis amigos, por mi profesión y mi trabajo, gracias por enseñarme que, aunque a veces la vida duele, a veces cansa, a veces hiere, ésta no es perfecta, no es coherente, no es fácil, no es eterna, pero que a pesar de todo la vida es bella.

A mi príncipe, a quien no dejo de agradecerle cada día por su presencia fugaz en mi vida, porque ni mil años hubieran sido suficientes para vivirlos juntos, por ser el mejor ser humano que pude conocer, por haber sido mi abuelo, mi dicha más grande, gracias a la vida por permitirme llevar tu apellido, por tener tu estirpe y tu sangre. Me faltará la vida para extrañarte, mientras sigue en mis sueños, sigue siendo la primera gota de lluvia y el primer rayo de sol, sigue siendo el césped verde, sigue siendo la luz de nuestras vidas. Te amamos, te queremos, te extrañamos y te necesitamos igual que siempre y para siempre.

Mi eterno agradecimiento a mi Universidad Andina Simón Bolívar, por la formación profesional que me entregó durante estos años de estudio. Un sincero agradecimiento a todos mis maestros.

Un especial agradecimiento a la tutora del presente trabajo, Dra. Claudia Storini, por su colaboración, su apoyo y ayuda incondicionales en este trabajo. Maestra y mujer admirable.

Finalmente, gracias a todos quienes encontraron la manera de estar ahí para mí durante este proceso, a quienes desde distintos espacios y momentos me ayudaron a continuar con mi formación académica.

Tabla de Contenidos

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis.....	3
Resumen	5
Dedicatoria.....	7
Agradecimientos	9
Tabla de Contenidos	11
Introducción.....	15
Capítulo Uno: Aproximación conceptual de maternidad subrogada y clases de maternidad subrogada.....	17
1.1. Noción y Definición de maternidad.....	17
1.2. Definición de subrogación y de maternidad subrogada.....	18
1.3. Antecedentes y casos pioneros de maternidad subrogada	20
1.4. Clases de maternidad subrogada.....	22
1.4.1. Maternidad Portadora.....	23
1.4.2. Maternidad Sustituta	23
1.4.3. Embriodonación	23
1.5. Nuevas consideraciones de la maternidad frente al fenómeno del alquiler de vientres	24
1.6. Disociación de la maternidad.....	26
1.7. Género y Derecho: La cuestión de los roles en la sociedad y en las leyes	27
Capítulo Dos: Impacto de la ciencia en el derecho y problemas jurídicos-sociales derivados de la maternidad subrogada.....	31
2.1 La Reproducción Humana Asistida y el Derecho.	31
2.2 El vacío jurídico en el Ecuador.	32
2.3 Potencial riesgo de comercialización con seres humanos.	34
2.4 Complicaciones en el ejercicio de la maternidad subrogada.....	35

2.5	El derecho ecuatoriano y su rezago legislativo con relación a las nuevas realidades sociales en cuestiones de filiación. Caso Satya.	37
2.6	La maternidad subrogada como contrato. Análisis desde la realidad jurídica en materia civil en el Ecuador.	39
2.7	La voluntad procreacional y el cuestionamiento sobre la verdad biológica en la determinación de la filiación.....	45
	Capítulo Tres: El problema de la filiación en la maternidad subrogada.....	49
3.1	Principios generales sobre filiación.....	49
3.2	Teorías para la determinación la maternidad.....	51
3.2.1	Teoría de la Maternidad Voluntaria	51
3.2.2	Teoría del hecho del parto y el principio “mater semper certa est”	53
3.2.3	Consideración de los elementos genético, voluntario y gestacional en la filiación en la maternidad subrogada.....	54
3.2.4	El problema de la paternidad en la maternidad subrogada.....	58
3.2.5	La Paternidad en el caso de Maternidad Portadora	62
3.2.5.1	Óvulo y espermatozoides de la pareja que solicita el alquiler del útero (Homóloga)	62
3.2.5.2	Óvulo de la mujer que solicitó el alquiler del útero y espermatozoides donados. (Heteróloga)	62
3.2.5.2.1	La mujer que aportó con su material genético es soltera/sin pareja y desea tener un hijo con espermatozoides donados	62
3.2.5.2.2	La mujer que aportó con su material genético es casada o a su vez tiene una pareja estable que no aporta con su material genético masculino (por diferentes causas)..	63
3.2.5.3	Espermatozoides del hombre que solicitó el alquiler y óvulo donado.....	63
3.2.5.3.1	Que el hombre que solicitó sea soltero/ sin pareja	63
3.2.5.3.2	Que se trate de una pareja de homosexuales en la que uno de ellos aporte con su material genético y requieran de una mujer portadora y otra donante.....	64
3.2.5.4	Espermatozoides y óvulo donados (embriodonación)	64
3.2.5.4.1	La pretensión de ser madre de una mujer soltera/sin pareja por medio de la embriodonación, alquilando el vientre de otra mujer.	64

3.2.5.4.2	La pretensión de ser padres de una pareja casada o estable por medio de la embriodonación	64
3.2.5.4.3	La pretensión de ser padres de una pareja de homosexuales valiéndose de la embriodonación	64
3.2.6	La paternidad en el caso de maternidad sustituta	65
3.3	La Adopción Biológica.....	66
3.4	Venta de niños en la Maternidad Sustituta	67
3.5	La problemática del reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada	69
3.6	La filiación respecto al principio del interés superior del niño y los derechos en pugna.....	76
	Capítulo Cuatro: La maternidad Subrogada en el marco de la Constitución Ecuatoriana: derechos involucrados	79
4.1	El derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de indisponibilidad del cuerpo humano.....	79
4.2	Derechos Reproductivos ¿Derecho a tener un hijo o el derecho a procrear?	90
4.3	El derecho a la identidad de los niños en la maternidad subrogada	95
	Conclusiones	103
	Bibliografía	107

Introducción

El desarrollo de la ciencia y la tecnología, han permitido un impulso del ser humano a incursionar en el campo de la biotecnología, entendida de manera general como la tecnología de la vida. Sin embargo, dicha incursión significa un replanteamiento de la propia vida, incluso del dominio del hombre de ciencia sobre la naturaleza humana. El científico actualmente es capaz de generar vida sin importar las limitaciones de la naturaleza. Ante estas conquistas el Derecho no puede quedar impávido, escueto, quieto; no es razonable que dichas realidades se desarrollen al arbitrio de la gama de las posibilidades creadas sin límites ni control del Poder Público.

Es indudable que los adelantos en la ingeniería genética y el descubrimiento de nuevas técnicas que implican crear vida de manera extracorpórea hacen reflexionar a las sociedades y obligan al Derecho a cuestionarse sobre estas nuevas realidades científicas y sociales que indefectiblemente influyen de manera drástica en el mundo jurídico, dando paso a la permisión de un escenario de un sinnúmero de consecuencias, en muchos casos imprevistas.

La sociedad y el Derecho en general se ven conmovidos ante la irrupción de la ciencia y la tecnología, pero es notorio que no sólo el quehacer jurídico es trastocado por dichos descubrimientos de la ciencia, sino también instituciones como la familia, las normas de convivencia social, entre otras instituciones jurídicas que entran en crisis. Las concepciones tradicionales como paternidad, filiación, maternidad deben reconsiderarse frente a estos fenómenos médicos. Estos avances científicos en verdad han dado grandes soluciones, pero también grandes problemas, en especial al mundo jurídico.

El alquiler de vientres o maternidad subrogada genera no pocas inconsistencias en el derecho nacional, pues esta práctica supone la existencia de una tercera mujer encargada de gestar a solicitud de otros, con aporte o no del material genético de la mujer que alquila su vientre. Evidentemente la tradicional figura de la maternidad está fragmentada, disociada; debido a la presencia de una madre que busca adquirir dicho estatus sin gestar ni parir un niño. Adicionalmente se adhiere a esta extraña situación una madre gestante y en algunos casos otra biológica siendo la maternidad compartida por más de una mujer. La modernización de esta maternidad implica la presencia de las técnicas de reproducción humana asistida entre las cuales para configurar esta cuestión de múltiple maternidad están la fecundación in vitro y la inseminación artificial.

A consecuencia de la disciplina científica, en medicina reproductiva especialmente la forma de crear o procrear seres humanos ha cambiado radicalmente. No obstante, nuestro derecho nacional se ha mantenido al margen del avance científico lo que resulta inadmisibles frente al hecho que estas técnicas de reproducción humana asistida impactan en la vida humana en sí misma.

Capítulo Uno: Aproximación conceptual de maternidad subrogada y clases de maternidad subrogada.

1.1. Noción y Definición de maternidad

Debido a los adelantos de la ciencia médica y la tecnología, ciertas instituciones jurídicas se ven conmovidas, en el presente caso la figura de la maternidad. El mencionado fenómeno y como consecuencia de los descubrimientos en medicina reproductiva, crea una nueva clase de maternidad: la maternidad subrogada, misma que se desarrolla con la participación de más de una mujer, hecho contrario a lo que naturalmente sucede. Por tal motivo es importante conocer y determinar qué es la maternidad, pues para el derecho debería ser una tarea de suma importancia el establecer si las mujeres intervinientes en el proceso de la maternidad subrogada adquieren algún derecho respecto al niño.

En el sentido etimológico, la palabra madre procede del latín *maternus*, y se concibe como “el estado o cualidad de madre, la maternidad es la condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano”¹.

Entonces tenemos que maternidad se refiere al estado o cualidad de madre, mientras que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el término madre se define como “la hembra que ha parido o a la hembra respecto de su hijo o hijos”.

En términos biológicos, la madre es el ser vivo que ha tenido descendencia, que ha parido a otro ser vivo luego de un tiempo apropiado de gestación que varía de acuerdo con el tipo de ser vivo al que hagamos referencia. En este sentido, ser madre es algo en lo que la mayoría de los seres vivos de sexo femenino se convierten cuando se ven fecundadas y procrean un nuevo ser vivo².

Por su parte en términos jurídicos, según la doctrina la maternidad es parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores. Pero también conoceremos que esa filiación puede

¹ Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2010. “*Maternidad Subrogada. Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado*”. Cámara de Diputados de México. Octubre. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>.

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Enciclopedia Jurídica Mexicana, (México D.F.: Porrúa, 2011), 423.

²Cortés Gallego et al., *Políticas públicas para la mujer en Colombia: La doble condición de madre y trabajadora en la legislación del siglo XXI*, (Cali: Entramado, 2012), 74-75

derivarse de la relación de la naturaleza o de la ficción de la ley, como en el caso de la figura de la adopción.

Jurídicamente y en estricto apego a nuestra realidad jurídica, partimos del axioma “mater semper certa est”, la maternidad es cierta y madre es la que gesta y pare, consagrándose la existencia de la maternidad por medio del parto como hecho vinculante y de identidad del nacido. En este sentido el artículo 60 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano establece que: “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre”. La regla general en el derecho civil ecuatoriano es clara: la mujer que dé a luz a un niño o niña se entenderá que ese hijo o hija es suyo.

1.2. Definición de subrogación y de maternidad subrogada

En igual modo deberemos definir el término *subrogar*, para entender su contexto en el fenómeno de la Maternidad Subrogada. Comúnmente la palabra subrogar se concibe como el hecho de sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. “Podríamos hablar de una suerte de remplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.”³

La palabra subrogar en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, significa: “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. En el ámbito jurídico, específicamente en el derecho civil la figura de la *subrogación* busca la sustitución de personas o cosas, para la cuestión de la maternidad, la sustitución de una mujer por otra para que la segunda lleve a cabo el proceso de gestación de un ser humano. “Sustituta es la persona que hace las veces de otra; poner a una persona o cosa en el lugar de otra, jurídicamente lo que reemplaza son los derechos y deberes de una persona”⁴.

Adicionalmente, se define a la subrogación uterina como un: “contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el

³ María Cano, *Breve aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada*, (Buenos Aires: Revista Persona, 2013)

⁴ Carlos Romeo, *Genética y derecho, responsabilidad jurídica y mecanismos de control*, (Buenos Aires: Astrea, 2003), 163

embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible.”⁵

Una gran contribución a la definición de la temática es el Informe Warnock, desarrollado en 1984 por la “Comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana” presidida por la filósofa Mary Warnock, en el Reino Unido. En este informe, la maternidad subrogada o alquiler de vientres se lo ha considerado como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.”⁶

Sabemos entonces que existen diversos criterios sobre lo que se concibe como vientres de alquiler o término que sin diferencia mayor se lo denomina maternidad subrogada, pero más adelante debido a la existencia de las distintas variables, evidenciaremos que una sola denominación no logra acoger a todas las posibilidades que se pueden generar.

Considerando los puntos de vista y los conceptos expresados por los expertos citados, diremos que la maternidad subrogada consiste en el proceso por el cual una mujer pone a disposición su vientre para gestar a un niño a solicitud de un tercero. Una vez que el niño nace, debe ser entregado a los solicitantes. Sin embargo en la realidad, la práctica del alquiler de vientres no es simplemente un proceso que consiste en gestar a un niño (valiéndose de las técnicas de reproducción asistida) para luego ser entregado; pues en éste fenómeno se consideran ciertas situaciones como el aporte del material genético (de manera total o parcial por parte de los contratantes) y la posible mediación de un contrato que contempla el alquiler de vientres y un sin número de condiciones que más adelante serán identificadas.

En este sentido gracias a estas técnicas se han generado grandes dificultades en el aspecto jurídico y en esa inteligencia es que requieren ser tratadas con profundidad, suma prudencia, para generar un análisis que contemple y abarque la mayor gama de aspectos derivados de estos conflictos.

⁵ Alma Arámbula, *Maternidad Subrogada*, (México D.F: Centro de Documentación, Información y Análisis. Subdirección de Política Exterior, 2008)

⁶Reino Unido, Comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana: 1982-1984 (Londres, Comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana, 1982)

1.3. Antecedentes y casos pioneros de maternidad subrogada

Buscando el origen más remoto de la maternidad subrogada lo encontramos en el capítulo 16 del Libro del Génesis, atribuyéndose de esta forma a la maternidad subrogada nada menos que un origen bíblico.

En el Antiguo Testamento, se narra sobre la existencia de Ismael, el hijo que Abraham tuvo con Agar (la esclava de su esposa) porque la esposa del profeta no había tenido descendencia. De ese modo, Sara logró que otra mujer tuviera un hijo con su esposo para que luego de su nacimiento le fuera entregado a ella; aparentemente esta práctica era muy común entre las mujeres estériles de Oriente Medio. En este mismo sentido se encuentran más ejemplos expresados en la Biblia como el episodio de Raquel y Jacob, Raquel era una mujer estéril, y le dijo a su esposo Jacob: “Dame hijos o me muero, ahí tienes a mi sierva Bala; entra a ella para que dé a luz sobre mis rodillas y tenga yo prole por ella”. Así como la paralela realidad de Lía, con su esclava Zelfa y Jacob, pues Lía que había dejado de tener hijos, tomó a Zelfa su esclava y se la dio por mujer a Jacob.⁷

La antigüedad de la práctica es palpable también en Mesopotamia, cuando por el año 1760 a.C, el Rey Hammurabi, expide el Código que lleva su nombre, en dicho cuerpo legal, ya se reglan las situaciones de maternidad sustituta, donde de modo general la práctica consistía en que las mujeres esclavas dieran hijos a los amos cuando la infertilidad de las esposas de éstos no les permitía tener descendencia.

Los casos de alquiler de vientres suscitados a nivel internacional que han alcanzado publicidad han sido tratados con tanta espectacularidad y morbo mediático que han hecho obviar lo antiquísimo del fenómeno. Aclaremos entonces que la presencia y utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, son el elemento innovador, la versión sofisticada de las viejas usanzas desarrolladas como consecuencia del modo de producción esclavista que propiciaba la opresión de las clases inferiores, en el caso que nos compete se configuraba el servicio de las esclavas hacia sus amos para generar la descendencia que la esterilidad de sus esposas les privaba.

Ahora, pondremos de manifiesto los primeros casos de maternidad sustituta que se valen de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida ya antes precisadas. Parafraseando

⁷ Carlos Pérez, *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, (Madrid: Revista Noticias Jurídicas, 2010)

a María Eleonora Cano, tomando en consideración su artículo “Breve aproximación en torno a la Maternidad Subrogada”⁸, referente al inicio de la maternidad subrogada se conoce en el Estado de California en EE. UU., la propaganda de un periódico haría pública la solicitud para que una mujer sea inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración. En base a éste descabellado anuncio, se empezaron a constituir diversas organizaciones profesionales que tendrían como objeto el contactar a mujeres interesadas en alquilar sus úteros con otras personas que tuvieran interés en dichas ofertas, las hoy conocidas agencias o centros de maternidad subrogada.

Parafraseando a Itziar Alkorta Idiákez, Viceconsejera de Universidades e Investigación en España en su obra “Regulación Jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado”⁹, conoceremos que uno de los casos más famosos y por ser uno de los primeros que causó discrepancia y fue llevado a un Tribunal estadounidense, fue el caso denominado Baby M ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whitehead, para que ésta última llevara a cabo la gestación de un niño producto de una inseminación artificial de un óvulo de la futura gestante y el espermatozoide del Sr. Stern. El contrato contenía el compromiso, por parte de la madre portadora, de entregar al niño una vez que éste naciera, y la obligación de abortar si tras la realización de unas pruebas de laboratorio, el feto presentaba anomalías. Todo lo antes a cambio de una prestación dineraria en favor de Whitehead. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M y el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. Pero la gestante y que además como antes se dijo era la dueña del óvulo, es decir la madre genética-biológica, decidió no entregar al bebé a los contratantes. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija. El caso generó controversia entre las partes, por lo que fue llevado a la Justicia de New Jersey y el juez que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre gestante y biológica, y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales éstos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para

⁸ María Cano, *Breve aproximación en torno a la Maternidad Subrogada*, (Buenos Aires: Revista Persona, 2011)

⁹ Itziar Alkorta Idiákez, *Regulación Jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, (Madrid: Aranzadi, 2003)

Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

Para comprender en todos sus aspectos la problemática planteada y lograr un mínimo de entendimiento en las consecuencias experimentadas por una madre portadora, se presenta a continuación una declaración de la madre gestante del caso antes detallado, que fue publicada en el diario El País de España, el 6 de agosto de 1984, en el artículo denominado *Una madre alquilada australiana se niega a entregar al hijo concebido por encargo*, mismo que manifiesta: “Al principio, ha declarado, es fácil ver las cosas de una forma irreal, Cuando aún no hay bebé, es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos (...). A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero (...). No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro”¹⁰

Hoy en día este tema es propiciador de una diáspora de criterios debido a las consideraciones jurídicas, sociales, culturales, éticas y morales que vienen desarrollándose al respecto, pues si bien es un evidente avance de la ciencia y una conquista para la medicina reproductiva, deja de ser una práctica que involucra solamente el aspecto científico, pues en su esencia se manejan valores universales y humanos como la vida y la dignidad humana.

1.4. Clases de maternidad subrogada

Precisado ya el concepto de Maternidad Subrogada, de la forma más sencilla diremos que es el procedimiento a través del cual una persona o personas acuerdan con una mujer para que ésta última geste en su vientre a un ser quien deberá ser entregado a quienes solicitaron el alquiler.

Para entender a este fenómeno en toda su extensión, debe considerarse en las distintas variables que presenta, y es que atendiendo a diversos criterios de clasificaciones que a continuación se detallan, encontramos que este fenómeno puede presentarse en diversas modalidades. También entenderemos que la denominación de *Maternidad Subrogada* aplicada a este procedimiento no es compatible o adaptable a todas las variables que se pueden generar, así tenemos:

¹⁰ Francesc Cusi. “Una madre alquilada australiana se niega a entregar al hijo concebido por encargo”. El País, 17 de agosto de 1984

1.4.1. Maternidad Portadora

Es la mujer que acepta por encargo de otros llevar a cabo la gestación de un embrión que previamente ha sido producido en un laboratorio por medio de las técnicas de reproducción asistida, para que posteriormente éste sea transferido a su útero, para gestarlo. En este caso se trata propiamente de un préstamo de útero, en donde no interviene el material genético de la mujer que va a gestar al embrión. Ahora bien, el caso de la madre portadora puede tener también algunas variables como veremos a continuación, pues el embrión que le va a ser transferido puede ser producto de:

(Homóloga)

- Óvulo y espermatozoides de la pareja que solicita el alquiler del útero
- Óvulo de la mujer que solicitó el alquiler del útero y espermatozoides donados.

(Heteróloga) Es conocida también como maternidad gestacional o parcial.

- Espermatozoides del hombre que solicitó y óvulo donado. (Heteróloga)
- Espermatozoides y óvulo donados (embriodonación) (Heteróloga)

1.4.2. Maternidad Sustituta

En este supuesto la mujer que pretende rentar el útero de otra no genera óvulos ni puede gestar, por lo que en este caso la mujer que va a arrendar su útero es también la que aporta con el material biológico. Así, el material genético masculino será aportado por:

- Espermatozoides del marido o pareja estable de la mujer contratante
- Espermatozoides de un donante

Cualquiera que sea el origen del material masculino, se podrá llevar a cabo la Maternidad Sustituta por medio de la Fecundación in vitro y posterior transferencia del producto de ésta al útero de la contratada o por medio de inseminación artificial.

A este tipo de maternidad subrogada también se la conoce con el nombre de maternidad tradicional, plena o total.

1.4.3. Embriodonación

Para determinar esta cuestión, se plantea que ambos miembros de la pareja padezcan de infertilidad en su totalidad, para lo cual será necesario espermatozoides donados, y una mujer que sea inseminada, existirá en esta modalidad entonces gametos donados y un útero alquilado.

1.5. Nuevas consideraciones de la maternidad frente al fenómeno del alquiler de vientres

Como observamos en las tres variables que se generan en la Maternidad Subrogada, existe una evidente fragmentación de la maternidad y a consecuencia de estas alternativas se plantea una interrogante en torno a su propia denominación y como vemos la doctrina ha utilizado diversos términos para nombrar a esta realidad, así: maternidad subrogada, gestación por sustitución, vientre de alquiler, maternidad intervenida, maternidad disociada, gestación por contrato, madre sustituta o madre de alquiler. De este modo empiezan a evidenciarse las variables en los términos y definiciones, vemos entonces en el aspecto médico hay acuerdo en la terminología, menos aún en el mundo jurídico.

Es notorio que esta figura de la maternidad subrogada ha evolucionado y hoy por hoy la distinción de las circunstancias generadas por este fenómeno, permiten advertir que el término subrogación no es el correcto por no englobar a todas las alternativas.

Una de las denominaciones más comunes *alquiler de útero*, es también considerada imprecisa pues en el sentido estricto del término y en relación con la práctica, en el proceso gestacional no solamente se necesita el útero sino todo el aparataje sistémico de la mujer, “la denominación “alquiler de útero” ha de ser criticada por su incorrección y falta de precisión, ya que la gestación es un concepto mucho más amplio, y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo”.¹¹

Sin embargo, los problemas no terminan con la imprecisión en las denominaciones de la práctica, sino que como veremos más adelante esta realidad ha acarreado serios problemas de orden jurídico, que son los que en realidad nos preocupan, pues significan un desequilibrio a la estructura de la mayoría de las instituciones tradicionales del derecho y que posteriormente serán precisadas.

Las posibilidades antes expuestas son las más generales derivaciones de la Maternidad Subrogada, pero debido a la manipulación deliberada que tiene esta práctica, pueden darse otros casos, como por ejemplo el hecho que los materiales genéticos femeninos, masculinos o ambos provengan de una criogenización. En el caso que nos compete hablamos del congelamiento de células reproductivas masculinas y femeninas, incluso que pueden

¹¹ Marina Mongue, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, (Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002)

continuar siendo preservadas luego de que el *propietario* de dichas células muriera. Estas células son utilizadas para llevar a cabo el procedimiento denominado inseminación post mortem, a fin de que éstas por medio de una fecundación asistida puedan generar un nuevo ser.

La facilidad de la práctica ha permitido que parejas de homosexuales (biológicamente masculinos) que pretenden tener un hijo (probablemente con el material genético de uno de ellos) y que la adopción les ha negado esa posibilidad, pues para estas parejas en muchas legislaciones la adopción es prohibida. También el mismo interés de tener un hijo por medio del alquiler de un vientre, lo persiguen hombres que no desean tener una pareja y finalmente están mujeres que quieren ser madres, pero sin las complicaciones físicas y consecuencias estéticas que conllevan un embarazo.

Ante las cuestiones antes dichas, nos invaden una serie de interrogantes ¿madre es la que pare? ¿Es aquella mujer que contribuye con su material genético? ¿La que proporciona su útero, su cuerpo y todo su aparataje biológico para el desarrollo de un nuevo ser? ¿Es madre la que cría, la que alimenta, la que atiende al niño, la que le proporciona educación, cuida de su salud y bienestar? ¿Madre es la mujer que buscó un vientre para traer a un niño al mundo? Ahora bien, frente a la disociación de la maternidad provocada por el alquiler de útero, en un sentido estrictamente sociológico, el niño producto de un vientre de alquiler puede tener diferentes madres y cada una de ellas asume un rol distinto respecto al niño.

Anteriormente definir maternidad era fácil, actualmente redefinirla resulta casi imposible en la medida que hoy a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida se ha convertido en un fenómeno complejo y dinámico, cambiado incluso sus concepciones primigenias.

Como explicamos líneas arriba, los preceptos jurídicos que creíamos estables y permanentes ante estas nuevas formas de procreación humana cambian y dejan de ser tan estáticos como creíamos, tal es el caso de la maternidad y la calidad de madre, que por medio de las técnicas de reproducción asistida ha adquirido una importante variable: la maternidad subrogada. Pero al derecho por la cuestión de la filiación y en protección de la identidad del menor le resulta importante determinar y definir si estas mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o dicha calidad es atribuible solo a una de ellas.

Volviendo a la definición de madre sabemos, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que significa “estado o cualidad de madre”, de ahí parte la existencia de la relación entre madre e hijo, "la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos..."¹². Bajo esta concepción más que jurídica, cultural o hasta si se quiere humana podremos decir que una madre no únicamente gesta y pare, en este orden ideas el bebé tendría dos madres. Pero en el derecho ecuatoriano, legalmente madre es la que da a luz, a excepción de la figura de la adopción, en cuyo caso una mujer puede adquirir la calidad de madre de un menor que no es su hijo.

La maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante la fecundación y posterior gestación. Por tal razón “la maternidad por siempre fue considerada un hecho eminentemente biológico, por lo que la principal interrogante es si se puede escindir la figura de la maternidad de aquel presupuesto biológico.”¹³

1.6. Disociación de la maternidad

Como se analizó antes, las concepciones de la maternidad subrogada y sus modalidades, ha dado lugar a la aparición de lo que podríamos denominar maternidad compartida, que según el criterio de Claudia Morán de Vicenzi, se ha clasificado este tipo de maternidad según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación, identificándose así las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

- “a. Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- b. Maternidad genética: es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- c. Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- d. Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos. (Caso de la adopción)”¹⁴

Por lo general la doctrina y la jurisprudencia se han enfocado en resolver los conflictos derivados de la paternidad, y hoy nos damos cuenta ¡cuán relegada ha permanecido

¹² Martha Cassanova, *Ser Mujer. La formación de la identidad femenina*, (México D.F: Universidad Autónoma Metropolitana, 2002), 25

¹³ Claudia Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, (Piura: Ara Editores, 2005), 191

¹⁴ Claudia Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, (Piura: Ara Editores, 2005), 191

la maternidad! (antes impensable que se la pueda cuestionar), sin embargo, actualmente y debido al avance médico en reproducción humana, ésta presenta más problemas de los que pudieran parecer, tanto en su definición como en su función:

“La interrogante que se formuló respecto a la paternidad vuelve a repetirse con un cambio de género, esto es: ¿quién es la madre? La respuesta que hasta hace poco parecía ser unívoca, en el sentido de dar una mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad”.¹⁵

Como consecuencia de esta disociación y considerando la especial naturaleza de la maternidad subrogada, el problema que se plantea y que debería ser solucionado por el Derecho, en caso de legislarse esta cuestión, es la determinación de *madre legal* de entre todas las mujeres intervinientes en el proceso procreacional. En el Ecuador, la cuestión de la maternidad legal, en el obsoleto código civil, sigue siendo determinada por el hecho del parto, sin embargo, la doctrina en la materia ha reconocido la existencia de una *maternidad compartida*, lo que podría considerarse como una madre de segundo grado, a la mujer que gesta.

Algunos juristas, respecto a la problemática han manifestado que “la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación es innegable, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica”¹⁶

Aquí la fragmentación de la función materna es evidente, por tal razón más adelante se expondrán los criterios de doctrinarios sobre las distintas teorías para la fijación de la maternidad, fenómeno generado a partir de las posibilidades creadas por la medicina reproductiva.

1.7. Género y Derecho: La cuestión de los roles en la sociedad y en las leyes

El intento por pretender repensar las cuestiones de género respecto a la asignación de roles sociales y legales en función de lo femenino y masculino (desde la construcción socio-cultural de género -y no sobre la base biológica-), y particularmente en este trabajo de investigación de índole legal nos obliga necesariamente a trastocar fundamentos *tradicionales* del derecho y a repensar en las complejidades internas y externas de éste desde

¹⁵ Claudia Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, (Piura: Ara Editores, 2005), 192

¹⁶ María Paz García, *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*, (Madrid: Revista Tapia, 1987), 73

su producción epistemológica, su carga filosófica, su sesgo histórico y su relación con la construcción cultural de lo que se ha entendido como masculino o femenino; y en función de lo cual se han asignado papeles jurídicos y sociales diferenciados que para el caso de la mujer ha sido siempre en condiciones de subordinación hacia los hombres o lo masculino.

“Desde el punto de vista histórico, las diferencias entre los sexos y la desigualdad legal están estrechamente ligadas. ¿Por qué? Porque la diferencia mutua entre hombres y mujeres se concibió como la diferencia de las mujeres con respecto a los hombres cuando los primeros tomaron el poder y se erigieron en el modelo de lo humano. Desde entonces, la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres. Esta desigualdad podría haberse dado en contra del sexo masculino si el parámetro de lo humano hubiese sido a la inversa. Pero, está empíricamente probado que la jerarquización se hizo y se hace a favor de los varones. Es más en todas partes y en la mayoría abrumadora de las culturas conocidas, las mujeres somos consideradas de alguna manera o en algún grado, inferiores a los hombres”¹⁷

Tomemos como base el hecho que conceptualmente no deberían existir diferencias entre hombres o mujeres, o por lo menos no en la mayoría de las sociedades o legislaciones modernas, sin embargo “...cada cultura hace esta evaluación a su manera y en sus propios términos, a la vez que genera los mecanismos y las justificaciones necesarias para su mantenimiento y reproducción.”¹⁸, y pese a esa modernidad no es novedad que las asignaciones correspondan a un criterio de subordinación de los hombres sobre las mujeres, en un marco de relaciones de poder, construidas desde el patriarcado.

“La sociedad patriarcal se caracteriza, entre otros puntos, porque está asentada sobre una clara y profunda división en todas las áreas de vida de la especie humana, entre hombres y mujeres. Estas últimas, según la tradición ancestral tienen la misión innata de reproductoras de la especie y, por ello, están capacitadas consecuentemente para el cuidado de la misma. Por ende, el espacio privado, el resguardado, el protegido, es el lugar donde las mujeres deben cumplir con los papeles que la sociedad tradicional les ha asignado. Por su parte, los hombres son los proveedores que se desenvuelven en el espacio público y cuyo dominio en todos los sectores de la sociedad son una constante.”¹⁹

¹⁷ UBA. “*Feminismo, Género y Patriarcado*”. Alda Facio y Lorena Friese, Argentina. 15 de julio de 2019. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf

¹⁸ Ibidem

¹⁹ I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación CTS+I. “*Las mujeres y la ciencia en la sociedad patriarcal*”. Ana María Peppino, México. 15 de julio de 2019. <https://www.oei.es/historico/memoriasctsi/mesa10/m10p07.pdf>

La importancia de análisis del derecho en las cuestiones de género se basa en que es el derecho generalmente positivizado el responsable de mantener y reproducir los roles históricamente asignados, entendido desde su función principal como regulador de las relaciones sociales para lograr alcanzar una convivencia pacífica y armoniosa, y es en este punto precisamente cuando cabe el cuestionamiento y evaluación sobre si ha cumplido con tan magna labor.

Las subordinaciones que encierran los ámbitos en la esfera social, cultural, económica, política (cuyas relaciones generan sumisiones), influyen en los temas de familia. Entonces la perspectiva de género resulta importantísima (desigual y jerárquico entre hombres y mujeres, en detrimento de la mujer) como punto de análisis para evidenciar las relaciones del poder existentes, que servirán de base para generar planteamientos tendientes a respetar a las partes más débiles de las relaciones contractuales derivadas de la subrogación materna.

La perspectiva de género no debe perder de vista que los acuerdos de subrogación involucran una manipulación y en algunos casos comercialización del cuerpo de la mujer y de su capacidad gestacional y reproductora. La problemática del alquiler de vientres debe insertarse en un escenario en cuya realidad se desenvuelven las relaciones de poder y dominaciones, que siguen reproduciendo beneficios masculinos y sumisiones femeninas y colocan a la mujer en una situación de detrimento de sus derechos inherentes a su condición de ser humano. Hemos visto a lo largo de la historia de la humanidad que el cuerpo femenino se ha mercantilizado a disposición de los varones, desde prácticas como el contrato sexual, la pornografía y ahora el alquiler de úteros.

Y es desde esta cuestión de género que la maternidad subrogada sitúa a la madre gestante en un estado de negación como persona al convertirla en un medio para justificar el ejercicio de otros derechos: derecho a fundar una familia, derechos reproductivos, derecho a la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad. Desde este análisis la maternidad subrogada puede ser pensada como una prolongación de esas relaciones de poder en las estructuras de subordinación tradicionalmente marcadas que en este caso se convierte en un medio de procreación ayudado de la técnica, esquivándose a todas luces la lógica de prevalencia de derechos que ceden ante las reglas del mercado, reproduciendo el tipo de

relaciones de género en donde las mujeres (asociadas natural y socialmente a su rol reproductor y elemento fundador de una familia), en este caso las mujeres portadoras del embarazo, quienes siguen sometidas a esas arraigadas estructuras y que buscan explotar su capacidad gestativa y reproductora; y el niño producto de estas prácticas es el llamado a satisfacer el ideal de familia desde la perspectiva social, histórica, jurídica y económica.

Dicho lo cual constituye un verdadero desafío convertir al derecho en una herramienta transformadora que rebase conceptos tradicionales e inaugure nuevos significados que rompan los tradicionales moldes pensados desde las diferencias de sexo y/o género; y el primer paso para esa transformación es la aceptación de las realidades y en este aspecto las justificaciones y expresiones esgrimidas desde las propias normas que datan de un sistema de dominación patriarcal. Entonces "... el interés por la "problemática" de género es más que académico. Involucra un deseo de cambio y la emergencia de un orden social y cultural en el cual el desarrollo de las potencialidades humanas esté abierto tanto a las mujeres como a los hombres. "²⁰

²⁰ UBA. "*Feminismo, Género y Patriarcado*". Alda Facio y Lorena Frise, Argentina. 16 de julio de 2019. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf

Capítulo Dos: Impacto de la ciencia en el derecho y problemas jurídicos-sociales derivados de la maternidad subrogada.

2.1 La Reproducción Humana Asistida y el Derecho.

La sociedad y el Derecho en general se ven conmovidos por los avances científicos y tecnológicos, pero es notorio que no sólo el quehacer jurídico es trastocado por los modernos descubrimientos de la ciencia, sino también instituciones del núcleo social, en este caso la familia, que entran en crisis por la incompatibilidad con los fenómenos de la modernidad y las tradicionales normas de convivencia social.

En medicina reproductiva, las concepciones tradicionales como paternidad, filiación, adopción, familia, maternidad deben reconsiderarse, replantearse o si se quiere redefinirse frente a estos fenómenos médicos. Estos avances científicos en verdad han dado grandes soluciones médicas, pero también grandes problemas sociales y en especial conflictos en la esfera del mundo jurídico.

“Las normas de los valores plasmados en las leyes son más estables que los progresos de la ciencia aplicada; ésta progresa más de prisa, y periódicamente surgen las diferencias y el desconcierto por el progreso de la técnica. Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al derecho. El derecho nace de las realidades humanas. Primero existen las realidades, y después se plasman en el derecho.”²¹

Cabe señalar que, durante siglos, en la ciencia jurídica términos científicos y biológicos como genoma, células germinales, embrión o ADN, fueron expresiones ajenas a la esfera del Derecho, hoy sin embargo el Derecho y la Biología son obligados a coexistir y a generar reflexiones para regular y solucionar los problemas jurídicos y sociales que esta disciplina científica genera actualmente.

²¹ Alfonso Quiroz en su obra Medicina Forense, 1980, citado en pág. 516, citado en Luis Rodríguez Manzanera, “Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología”, 11 de mayo de 1996, pág. 3, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1996/05/11_reproduccion_asistida_y_criminologia.pdf

Es precisamente en el contexto de esta realidad científica donde debemos enfocarnos y reflexionar que hay un hecho evidente: la ciencia, la tecnología, la biogenética han avanzado a pasos agigantados no así el Derecho, especialmente en la realidad jurídica ecuatoriana, pues nuestros códigos datan de hace más de cien años.

2.2 El vacío jurídico en el Ecuador.

En el Ecuador, el problema principal en la cuestión del alquiler de vientres es la carencia de una legislación positiva, existe un vacío sustancial en la norma que permita su práctica, la prohíba radicalmente o establezca límites para regularla. Aquí hay una realidad palpable, el alquiler de vientres se lleva a cabo en el Ecuador, a pesar de no existir una regulación jurídica para ello, lo que implica la generación de conflictos en el orden jurídico ecuatoriano.

Esta práctica irremediabilmente genera modificaciones a roles de suma importancia para el ser humano individualmente y al colectivo al que éste se pertenece, en la problemática planteada dichas metamorfosis son producidas en aspectos como la maternidad, la paternidad, la filiación, la familia. La controversia del tema provoca que se enfrenten varios intereses y situaciones en donde están presentes convicciones sociales, religiosas, bioéticas, jurídicas, posibles necesidades emocionales por un lado y económicas por otro.

A consecuencia de la disciplina científica, en medicina reproductiva especialmente, la forma de crear o procrear seres humanos ha cambiado radicalmente, sin embargo, nuestro derecho nacional se ha mantenido al margen del avance científico lo que resulta inadmisibile frente al hecho que éstas técnicas de reproducción humana asistida impactan en el punto más crítico: la vida humana, valor que libremente es maniobrado por médicos y científicos, quienes han desarrollado la habilidad de crear vida de todas las maneras posibles y nunca antes imaginables.

El rezago legislativo del Ecuador se marca aún más cuando consideramos a realidades jurídicas como la de Francia, España, EE. UU., Argentina, México, Inglaterra, India, Italia solo por mencionar algunas legislaciones que han abordado a la par el fenómeno, tanto en el orden científico como en el jurídico. La legislación nacional carece de normas en la materia, hecho que dificulta la investigación en el tema, y como demostraremos más adelante la cuestión civil de la maternidad se encuentra en evidente choque con las consecuencias que se derivan de la maternidad subrogada.

Adicionalmente la carencia de legislación regulatoria en dichos temas nos convierte en potenciales *paraísos biotecnológicos*, en posibles mercados en donde personas en cuyas realidades jurídicas es prohibida la práctica y optan por mirar hacia estos lugares para cumplir sus deseos, esta cuestión se evidenciará más adelante cuando se exponga realidades como la de la India, siendo este uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos por la carencia de normatividad. El derecho no inventa nada, sólo se encarga de reglamentar una realidad, un problema, una situación fáctica a la que le asigna un rol determinado, de acuerdo con los valores, principios, sistema jurídico, realidad, época.

Si bien nuestro país no ha participado en los descubrimientos de la reproducción asistida, inevitablemente ha sido receptor de estas técnicas, pero no así en el aspecto legal regulatorio de las mismas. Para evidenciar dicho retraso basta con realizar una búsqueda bibliográfica en el país de la realidad actual respecto a la reproducción humana asistida o en el caso específico que nos compete de la maternidad subrogada, de este modo se puede palpar la escasez de investigación jurídica nacional al respecto.

En el país el intento de legislar en materia de reproducción asistida en el año 2000, con el Proyecto de Ley del Código de Familia, mismo que en el tema de maternidad subrogada, trataba de regularla en el sentido que de suscitarse un alquiler de útero la portadora no será constreñida a entregar al niño, dejando al arbitrio de ésta el cumplir o no el pacto promisorio. Sin embargo, este intento de regularización no llegó a condensarse.

Actualmente se encuentra en debate el proyecto de Código Orgánico de la Salud, el cual en temas de reproducción humana asistida y en específico la renta de úteros, se lee:

“Artículo 189.- Reproducción humana asistida. - Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo con principios bioéticos universales y con las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional, incluyendo los que atañen al acceso a estos métodos. Se prohíben las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos o embriones o de la subrogación del vientre, con la excepción del pago de los costos de la atención durante la gestación y el parto. Los establecimientos prestadores de servicios de salud que brinden este tipo de servicios deberán contar con protocolos explícitos de consentimiento informado”²²

²² Proyecto de Código Orgánico de la Salud. Asamblea Nacional del Ecuador. Segundo Debate. 18 de marzo de 2019. https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/05/COS_borrador_para_Segundo_debate-_marzo-2018.pdf

Del texto antes precisado, se deduce que la tendencia sería reglar la maternidad subrogada en el sentido altruista en el Ecuador, pero existe aún impresiones en el texto legal toda vez que no se contemplan el abanico de posibilidades que genera la maternidad subrogada.

Por otra parte, la mayoría de las concepciones civilistas de nuestro Derecho se ven afectadas por la maternidad subrogada o el alquiler de úteros, pues la legislación civil no ofrece respuestas apropiadas y legislación especializada en la materia no existe. En cierto punto nos veríamos obligados a replantearnos conceptos jurídicos tan tradicionales como el de persona y de este modo generar la necesidad de incluir realidades biológicas y genéticas al Derecho nacional.

Es innegable que estos avances, nos enfrentan a nuevas formas de pensar sobre la vida, la persona misma, a la familia; y respecto al Derecho, nos obliga a replantearnos los presupuestos jurídicos que dábamos por definitivos y estables. El aspecto jurídico en sus diferentes planos: familiar, administrativo, civil, penal entran en crisis, pues todos estos cambios confrontan de manera radical la evolución de la sociedad frente al Derecho, que si bien éste último no puede frenar el avance científico si puede y debe fijar los parámetros necesarios para un sano desarrollo de las relaciones sociales, médicas, científicas y jurídicas.

2.3 Potencial riesgo de comercialización con seres humanos.

El problema más grave y preocupante, es el potencial riesgo de comercialización humana que ésta práctica supondría, tanto en la mujer que renta el vientre como el niño objeto principal de la transacción. Sabemos pues que puede haber diversas modalidades en que se desarrolle un alquiler de vientres, tanto aquellos casos en los que una mujer gesta un ser humano sobre el que no tendrá ninguna relación biológica con él, como aquellos en los que la madre gestadora será también la madre biológica del niño.

En varios países se considera un delito el hecho que las mujeres se embaracen por cuenta de otra, o la actividad de realizar arreglos en favor de individuos o parejas que deseen contratar el útero de una gestante. Por su parte, este alquiler (en países que permiten la subrogación gestacional) ha generado la proliferación de agencias o centros cuyo giro del negocio consiste en poner en contacto a las partes y en todo el proceso asesorar a los intervinientes especialmente en la cuestión contractual. Tanta es la especialización de este método y el sentido comercial al que se eleva, que dichas agencias se encuentran dotadas de

profesionales, como médicos especialistas en medicina reproductiva, ginecólogos, obstetras, psicólogos, abogados y por otra parte cientos de mujeres que ofertan sus úteros a cambio de dinero. Así estas empresas reciben el beneficio económico como pago a dicha mediación.

En contrapartida con el potencial riesgo de comercialización, y enfocando la práctica con la única finalidad altruista se plantea el hecho que:

“En el caso de que existiesen vínculos familiares desaparecerían los riesgos de mercantilización, y las tensiones emocionales podrían quedar mitigadas por la existencia de lazos de afecto entre las partes. Frente a estas limitaciones, o a las propuestas abiertamente prohibicionistas, las posturas que apoyan la permisibilidad del alquiler de vientres, siguieren un replanteamiento de la figura de la adopción, o simplemente quedarán bajo la regulación contractual general, y por lo tanto sobre lo acordado por las partes.”²³

Se ha considerado que el fin altruista de la práctica evitaría que exista explotación de la mujer:

“En algunos países solamente se permite que la mujer que se embarace por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios como médicos, psicólogos, alimentación especial, transporte, hospitalización. Y en algunos lugares por la paga de los abogados que intervinieron en la formulación del contrato. Se prohíbe recibir compensación por el “servicio” como medida para evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer.”²⁴

2.4 Complicaciones en el ejercicio de la maternidad subrogada

Adicionalmente se han identificado ciertas dificultades que pueden generarse por el hecho del alquiler de vientres, y que en algunos países han sido llevadas hasta instancias judiciales y resueltas desde distintas vertientes, así por ejemplo podría suscitarse que:

1. Que la madre gestante quiera quedarse con el nuevo ser.
2. Que la madre gestante, ni la contratante quieran quedarse con el nuevo ser, por adolecer éste, por ejemplo, de problemas de salud
3. Que durante la gestación se advierta ciertas anomalías del concebido y la pareja contratante pretenda el aborto terapéutico, negándose a dicha práctica abortiva la gestante.
4. Que se disuelva el vínculo matrimonial de la pareja solicitante (estéril) durante la etapa de embarazo de la gestante, considerando que la cónyuge no aportó el gameto femenino (óvulo)”²⁵

²³ Carlos Lema Añón *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo Filosófico Jurídico sobre las técnicas de Reproducción Asistida* (Madrid: Trota, 1994), 140

²⁴ Xavier Hurtado Oliver *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos.* (México D.F: Porrúa, 1999), 55

²⁵ Canessa Vilcahuamán Rolando Humberto .2008. “Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”. Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor San Marcos-Perú. http://http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/192/Canessa_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cuando han existido conflictos suscitados tras estas prácticas, por ejemplo el caso en que la madre que alquila el vientre se niega a entregar al niño, de la casuística investigada se ha determinado que estos conflictos se han resuelto según el caso concreto y de conformidad con la legislación interna de cada país, determinándose como criterio transversal y bajo el justificativo del interés superior (criterios subjetivos en ciertos caso) la tenencia o custodia del niño se ha concedido en beneficio de la pareja *económicamente más estable* y que evidentemente esa ventaja recaerá en favor de los contratantes y como ya vimos sucedió en el famoso caso de “Baby M”.²⁶

Los problemas jurídicos más evidentes, han sido los relacionados con la filiación, debido a la presencia de otra mujer en el proceso gestacional, aspecto que se desarrollará con mejor precisión más adelante. El ejercicio de este nuevo tipo de maternidad y la falta de regulación jurídica al respecto, generan la posibilidad que se cometan actos delictivos como prácticas de un aborto (en el caso de malformaciones congénitas o embarazos múltiples), o incurrir en falsificación de documentos para configurar este tipo de filiación.

Otros problemas que se generan son a partir de la posibilidad que la subrogación de útero se produzca en mujeres que se encuentran en estado vegetal. Hecho que por demás rebasa los límites de la lógica, la moral y el respeto a la dignidad humana.

Por otra parte, está la existencia de la criónica y con ello la posibilidad de la inseminación post mortem, misma que para llevarse a cabo podría existir la necesidad de alquilar un útero a fin de transferir un embrión congelado, o producir uno a base de gametos igualmente criogenizados.

²⁶ Caso llevado a cabo en un Tribunal de los Estados Unidos, ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whitehead, para que ésta última llevara a cabo la gestación de un niño producto de una inseminación artificial de un óvulo de la futura gestante y el esperma del Sr. Stern. El contrato contenía el compromiso, por parte de la madre portadora, de entregar al niño una vez que éste naciere, y la obligación de abortar si tras la realización de unas pruebas de laboratorio, el feto presentaba anomalías. Todo lo antes a cambio de una prestación dineraria en favor de Whitehead. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M y el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. Pero la madre gestante y que además como antes se dijo era la dueña del óvulo, es decir la madre genética-biológica, se negó a entregarla al matrimonio Stern. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija. El caso generó controversia entre las partes, por lo que fue llevado a la Justicia de New Jersey y el juez que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre gestante y biológica, y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales éstos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

2.5 El derecho ecuatoriano y su rezago legislativo con relación a las nuevas realidades sociales en cuestiones de filiación. Caso Satya.

En el caso ecuatoriano, la cuestión de la maternidad subrogada, es una práctica que existe, basta con ver anuncios en Internet, de mujeres que publicitan la necesidad de alquilar su vientre a cambio de dinero, tal cual como se publicara cualquier anuncio del arrendamiento de un bien u oferta de un servicio, en contrapartida existen personas que por distintos motivos no pueden gestar un hijo pero tiene el deseo de ser padres biológicos, entonces recurren a alquilar los úteros ofertados por las mujeres antes mencionadas.

De esta realidad, la legislación nacional no puede ni debe permanecer escueta, si bien para el derecho resulta complejo el adelantarse a las realidades sociales, una vez que estas se encuentran en desarrollo y se evidencia un potencial conflicto con el orden jurídico determinado, necesariamente debe intervenir y pronunciarse.

En símil a lo antes dicho, y en evidencia al rezago legislativo que vivencia este país y que es sorprendido por las realidades sociales modernas, es necesario poner de manifiesto el caso de Satya:

“Satya es la hija biológica de Nicola, que es pareja lesbica de Helen (en unión de hecho reconocida). Satya nació de Nicola por un método de reproducción asistida, en la que el “padre” es un donante anónimo. La pareja, Helen y Nicola, pretenden la inscripción de Satya bajo sus apellidos, lo que no ha sido admitido por el Registro Civil”²⁷

El caso en mención llegó a instancias de la Corte Constitucional. El 29 de mayo del 2018 la Corte Constitucional del Ecuador aceptó la acción extraordinaria de protección No.1692-12-EP interpuesta por Helen Bicknell y Nicola Rotheron, madres de Satya, a quienes se les negó el derecho a registrar a su hija con sus apellidos en el Registro Civil, por ser una pareja de madres lesbianas. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante Sentencia²⁸ ordenó la inscripción de la menor el Registro Civil con los apellidos de sus dos madres, y adicionalmente:

“Declara la vulneración de los derechos constitucionales ante la tutela judicial efectiva; al debido proceso en la garantía de motivación; a la identidad personal en relación a la obtención de la nacionalidad; a la igualdad y no discriminación; a la familia en sus diversos tipos: así como también al principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes. En esta sentencia se desarrolla de manera comprensiva lo que implica el derecho de una niña a

²⁷ Mauricio Maldonado Muñoz, “En torno al caso Satya”, La República, 07 de mayo del 2012, párr. 1. <https://www.larepublica.ec/blog/opinion/2012/05/07/en-torno-al-caso-sayta/>

²⁸ Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. 184-18-SEP-CC”, en el Caso No: 1692-12-EP, 29 de mayo de 2018.

vivir con su familia y que la negativa del Estado en su registro acarrea afectaciones a derechos conexos de manera inadecuada. Es un hito en el desarrollo de derechos porque reconoce a una familia diversa compuesta por una pareja del mismo sexo, reconociendo que la relación de la niña con sus madres debe ser respetada por todas las Instituciones del Estado y que un elemento sustancial de su identidad es reconocerse como parte de su núcleo familiar.”²⁹

De lo antes dicho y en referencia a este fenómeno actual del arredramiento de vientres, lo que se pretende traer a colación es que las realidades sociales existen y que resulta inaudito el hecho de que las leyes deban esperar a que se susciten controversias (en las cuales existe el riesgo de lesionar derechos) o crisis sociales para que sean los jueces quienes deban intervenir, por lo que frente a esta problemática es menester cuestionarse si ¿Es aceptable qué los problemas derivados de la maternidad subrogada deban ser resueltos por los jueces sin que exista ninguna legislación en la materia?

“Las familias homoparentales en Ecuador existen, pero su invisibilidad frente a la ley se traduce en problemas constantes. En primer lugar, si uno de los padres o una de las madres fallece y el hijo no estaba inscrito con su apellido, desaparecen los derechos del padre o de la madre que no estén legalmente registrados. Las consecuencias pueden ser múltiples, y pueden contemplar incluso que el menor entre en proceso de adopción. En caso de separación las consecuencias no son más sencillas: la pérdida de derechos de uno de los padres o el acceso a la pensión alimenticia, visitas, u otros aspectos pueden limitarse también, así como los derechos ligados a la herencia y a la identidad. En suma, las inseguridades jurídicas que rodean la realidad de las familias homoparentales se deben a la incapacidad de la función legislativa de reconocer el derecho de igualdad ante la ley”³⁰

La sentencia en el caso Satya, evidentemente rompe con las figuras tradicionales de filiación, y que reconoce una nueva forma de maternidad, la maternidad doble, pero que sin embargo la lucha por alcanzar ese reconocimiento significó una contienda en tribunales por parte de sus progenitoras y la solución del conflicto que una vez suscitado (con todas las lesiones a otros derechos hasta antes de su solución judicial) indefectiblemente estuvo en manos de los jueces quienes reconocieron el hecho de una doble maternidad, cambiando en cierto sentido la tradicional forma en la que estaba concebida y establecida la filiación.

“...El decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Farith Simon, dice que el fallo de la Corte plantea una transformación revolucionaria que se

²⁹ Defensoría del Pueblo del Ecuador, “Sentencia de la Corte Constitucional en favor de Satya Bicknell-Rothon constituye un logro para la igualdad en derechos”, Defensoría del Pueblo del Ecuador, 26 de junio del 2018; <http://www.dpe.gob.ec/sentencia-de-la-corte-constitucional-en-favor-de-satya-bicknell-rothon-constituye-un-logro-para-la-igualdad-en-derechos/>

³⁰ Daniela Gallardo, “En Ecuador, los apellidos de dos mujeres abrieron un nuevo episodio en la lucha por los derechos de las familias diversas”, Global Voices, 17 de junio de 2018, párr. 6, <https://es.globalvoices.org/2018/06/17/en-ecuador-los-apellidos-de-dos-mujeres-abrieron-un-nuevo-episodio-en-la-lucha-por-los-derechos-de-las-familias-diversas/>

puede resumir en tres niveles. El primer hecho concreto es el reconocimiento de la diversidad familiar. “Es difícil de medir en este momento y solo con el tiempo podremos verificar todas las consecuencias porque esta era una de las restricciones que, de manera permanente, se había establecido en el tema de la filiación de parejas del mismo sexo. Si bien la adopción está prohibida, en este caso la filiación no es adoptiva”. Simon se refiere a que la de las madres de Satya es una filiación biológica porque una es la donante del óvulo y la otra es la madre gestacional: en ambos se establecen vínculos de filiación... La tercera transformación más relevante, según Simon, se relaciona con los métodos de reproducción asistida como la maternidad subrogada, la donación de óvulos, o la donación de material genético...”³¹

2.6 La maternidad subrogada como contrato. Análisis desde la realidad jurídica en materia civil en el Ecuador.

Tanta ha sido la especialidad de esta realidad en el ejercicio de la maternidad subrogada, que ha llegado a instrumentalizarse, en las realidades jurídicas en donde la práctica ha sido reglada, y respecto a estos contratos se ha dicho que:

“Son acuerdos entre la madre gestacional y los padres biológicos y constituyen el primer paso legal hacia la maternidad subrogada en aquellos estados donde está permitida. Según la ley de cada estado, el contrato suele requerirse antes de que el proceso médico empiece; es decir, antes de que se realice la fecundación in vitro. Por lo general se requiere que las madres involucradas y sus parejas (si están casadas) acudan a evaluaciones psicológicas para determinar su capacidad de participar en un contrato de maternidad subrogada. Los expertos deben brindar un dictamen para establecer su aptitud. Una vez superada esta prueba, se deben cumplir los requisitos que exija la ley. En algunos casos, esto puede requerir un estudio social de los padres biológicos, documentos que comprueben su estado civil, su orientación sexual, evidencia de su incapacidad de concebir por cuenta propia, entre otros. Una vez realizado el contrato, la Corte puede emitir una "orden previa al nacimiento" (pre-birth order en inglés), donde se establece que los padres biológicos deben ser inscritos como tales en el certificado de nacimiento del bebé. De este modo adquieren todos los derechos legales sobre el bebé, pueden visitarlo en hospital, seleccionar el nombre, tomar decisiones médicas y llevarlo a casa sin mayores contratiempos”.³²

Por su parte, en materia contractual y de obligaciones, la legislación ecuatoriana define al contrato en el artículo 1454 del Código Civil y al respecto manifiesta: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”³³.

La legislación ecuatoriana, en materia civil, no reconoce dentro de los tipos de contrato al contrato de maternidad subrogada, evidenciándose una vez más que esta práctica no se encuentra reglada en el país, empero se podría celebrar un contrato innominado basado

³¹ GK, “El triunfo de Satya”, GK, 04 de junio de 2018, <https://gk.city/2018/06/04/significado-legal-caso-satya/>

³²WHO/OMS “Maternidad Subrogada” Organización Mundial de la Salud, núm. UC3MUN2016/Study Guide, <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>

³³ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1454

en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, sin embargo, ese principio tiene sus límites, no es absoluto y actúa para cubrir las posibles omisiones contenidas en el contrato, pero debido a la naturaleza sui generis de esta práctica resultaría incompatible con los preceptos legales establecidos

La figura de la maternidad subrogada y en una de sus variables el alquiler de vientre, tal como su nombre lo indica, ha sido asimilada con el contrato de arrendamiento o alquiler. Sin embargo, esta configuración sería aplicable únicamente en el caso de la maternidad portadora. Pero tratando de adaptar este fenómeno al contrato de alquiler, resulta aventurado el considerar a una parte del cuerpo humano como calidad de cosa, en el caso que nos asume el útero, o se podría pensar también en contrato de servicios que la mujer portadora está brindando.

Evidentemente no existe una figura legal que pueda adaptarse a un fenómeno sui generis, pero en definitiva el contrato de la maternidad subrogada, se lo puede considerar como un contrato innominado al no encontrarse tipificado en el ordenamiento jurídico, pero resulta importante cuestionar la licitud del objeto, a fin de determinar las posibilidades de su existencia, así como su capacidad para generar las consecuencias jurídicas deseadas.

Por los conceptos anteriormente manifestados y desde el punto de vista contractual la maternidad subrogada resultaría ser un acuerdo entre las partes, que busca crear obligaciones recíprocas; la una consistente en gestar el producto de la concepción y posteriormente entregarlo en contraprestación la otra parte hacer el pago dinerario o cumplir el acuerdo que hayan pactado, dependiendo obviamente del título de la prestación (gratuito u oneroso).

“El llamado contrato de alquiler de útero, según muchos juristas y esto apoyado por diversos fallos internacionales estipulan que sería nulo todo acuerdo de ese tipo ya que no se puede contratar con partes del cuerpo humano por ser éste indisponible ni tampoco con el status de familia, llegando a ser ilícito por contravenir el orden público y las buenas costumbres, por otro lado más allá de que sea nulo o no, hay otro factor más importante y que es el de determinar la filiación de ese niño nacido por este tipo de fecundación asistida. Este contrato resulta en una situación aberrante al ver un fin económico en medio de ello, lo cual trastoca valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer y al niño porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres. O la mercantilización de la fecundación uterina que conlleva a la degradación de la mujer concebida como una incubadora o como una “fábrica de hacer niños”.³⁴

³⁴ Ana Araujo Rodríguez, “La Maternidad Subrogada por Sustitución en la Gestación. Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas” accedido 12 de marzo de 2019, párr. 7 <http://aboutderecho.blogspot.com/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>

Por otra parte, es indispensable analizar sobre licitud del posible objeto del contrato de subrogación materna el cual no está contemplado en nuestras leyes. Para que un acto jurídico exista, se deben contemplar estas condiciones: “la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades. Son condiciones de validez aquella que, si bien pueden faltar en el acto, su concurrencia le da una existencia sana.”³⁵. Se debe precisar que, en caso de falta de uno o varios requisitos de validez, se vicia el acto, se lo puede anular, pero el acto tiene existencia en la vida jurídica. “Los requisitos de validez del acto jurídico de manera general son la capacidad de las partes, la voluntad no viciada y el objeto y causa lícitos”³⁶ De los elementos antes citados los que merecen especial consideración son sin duda los referentes al objeto y a la causa lícitos en el especial contrato de la maternidad subrogada.

El artículo 1476 del Código Civil ecuatoriano, manifiesta que: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”³⁷. “El objeto son las cosas sobre las que recaen los derechos. Desde luego, el primer requisito de los actos y contratos consiste en su legalidad: no pueden dirigirse a violar o burlar la ley: el objeto ha de ser lícito”³⁸.

Determinar el objeto del contrato en la maternidad subrogada es el primer problema, “¿Se trata de un contrato de hacer, de no hacer o de dar? ¿El objeto indirecto será el útero de una mujer, el niño que nacerá, o como algún autor señala, la capacidad gestacional de una mujer? La validez del contrato es también cuestionable si el cuerpo no puede ser objeto de contrato”³⁹. Según otros criterios doctrinales, “la maternidad por cuenta ajena tiene como objeto central que la madre sustituta permita ser inseminada artificialmente o bien que se le implante un embrión humano para su gestación hasta el momento del parto; en ese sentido, el objeto lo constituiría el cuerpo de la madre sustituta en general, y en particular el útero de

³⁵ Arturo Alessandri, *Tratado de Derecho Civil Tomo II* (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1998), 193

³⁶ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1461

³⁷ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1476 Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1476.

³⁸ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002), 94

³⁹ Ingrid Brema “La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf>

esa mujer”⁴⁰, o desde otra perspectiva podría pensarse que “El interés que se disciplina no es el embrión ni el útero de la gestante, porque lo que en verdad ésta hace es utilizar a favor de la comitente su capacidad biológica de gestar. La capacidad y la relación de la maternidad constituyen el objeto del negocio jurídico”⁴¹

De los criterios antes esgrimidos, es notoria la complicación al pretender definir el objeto dentro de la maternidad subrogada, el cual podría consistir en: el alquiler del útero, el aporte del óvulo en el caso de la maternidad sustituta o la entrega del niño.

Por otra parte, el artículo 1478 del Código Civil, menciona que existirá objeto ilícito en todo lo que contravenga al Derecho Público Ecuatoriano.

“Hay una analogía notable entre el “orden público” y el derecho público, y prácticamente cuanto está incluido en el segundo, pertenece al primero; además, hay ciertas disposiciones del derecho privado que también se incluyen en orden público, como los impedimentos matrimoniales, los derechos de los cónyuges, y otras que se refieren al régimen fundamental de la familia. El concepto de orden público, no resulta fácil de definir, porque se han formulado diversas teorías y resulta una noción polémica; pero, se puede convenir al menos en que pertenece a este orden público, todo lo que atañe a la fundamental organización de la sociedad: su estructura constitucional, el respeto de los derechos esenciales del hombre, la organización de las funciones del Estado, los medios más directamente vinculados con la consecución del bien común. Así es como se admite que forma parte del “orden público” el derecho constitucional y muchas normas del derecho administrativo, del derecho procesal, penal y laboral; se suman, las reglas que organizan lo más esencial de la familia.”⁴²

Así también, con relación al objeto contractual diremos:

“El derecho no se encierra en sus propios y estrechos límites, sino que está llamado a realizar valores humanos más altos, como son los principios éticos y morales. Por esto, el objeto de los actos y contratos no es protegido por las leyes si es contrario a la moral y las buenas costumbres o carece de la debida determinación, lo cual dejaría abierta la puerta para todo abuso.”⁴³

A saber, el artículo 1478 del Código Civil, respecto al objeto ilícito y el orden público, en la concepción más amplia de esta acepción se entiende que ilícito no es contravenir

⁴⁰ Dina Rodríguez López “Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, El útero como objeto de contrato”, Revista de Derecho Privado UNAM, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>

⁴¹ Fernando Alarcón Rojas en su artículo El negocio de maternidad por sustitución en la gestión, 2003, citado en págs. 134-136, citado en Ingrid breña, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, pág. 153, <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-de-derecho-privado-mexico-d-f/articulo/la-maternidad-subrogada-es-suficiente-la-legislacion-civil-vigente-para-regularla>

⁴² Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002), 97

⁴³ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002), 95

únicamente a lo escrito, a las normas positivas. Entonces al no existir normas relacionadas que prohíban o permitan la práctica de la maternidad subrogada, no podemos hablar de una violación de norma expresa. En el caso de existir la prohibición de la maternidad subrogada y ante una transgresión de esa norma sí estaríamos hablando de una actuación ilegal.

En este punto, debemos cuestionarnos entonces qué es la moral y qué son las buenas costumbres. Entenderemos por buenas costumbres los usos o conductas que determinado grupo social en un espacio y tiempos específicos consideran como aceptables y dentro de esas usanzas está la moral, pero deberemos entender que dichos criterios tienen fundamentos subjetivos. Y en relación con el contrato de maternidad se ha dicho que:

“Desde la perspectiva de la jurisprudencia, se ha considerado que los contratos de maternidad subrogada atentan contra el orden público por tres razones principales: a) constituyen un instrumento para la explotación de las mujeres, especialmente aquellas de bajos recursos económicos, b) tienen como propósito la compraventa de recién nacidos, lo que convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado, y c) atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana.”⁴⁴

En cuanto a la cuestión de la moralidad de los contratos, ciertos tratadistas han manifestado lo siguiente:

“Es contrato inmoral aquel que agrede las buenas costumbres, y va contra los principios morales corrientes en un determinado lugar y en un determinado momento. Pero el contrato inmoral, es una especie del negocio ilícito, que abarca el contrato ilegal (contrario a normas imperativas) y el contrato prohibido (contrario al orden público). La ilicitud significa más que lo antijurídico, ya que lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al derecho). No debe olvidarse que las buenas costumbres son de naturaleza meta jurídica, provienen del mundo ético, social y no están consagradas, por lo general, en normas concretas. El orden público, en cambio es de carácter puramente jurídico y se le puede deducir de los textos coactivos de la ley.”⁴⁵

Pero de lo antes dicho a pesar que la moralidad y las buenas costumbres son criterios hasta cierto puntos subjetivos o dependientes de la idiosincrasia de la sociedad, en el caso de la maternidad subrogada se ha tomado especial interés en razón que los valores que aquí se contemplan son muchos y no únicamente aceptados por el Derecho, el orden público o por la moral y las buenas costumbres, sino que se trata de una cuestión de Derechos Humanos,

⁴⁴ Camilo Rodríguez y Karol Martínez, “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, Revista de Derecho Valdivia, diciembre de 2012, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003

⁴⁵ Matozzo de Romualdi, Liliana. 1999. “¿Hay algún fundamento que pueda atribuirle fuerza legal a los contratos de subrogación de vientres?”. Revista de Derecho ED 182-1663

pues como hemos visto la manipulación de la vida queda al arbitrio de los hombre de ciencia y lo que más preocupa son los sujetos vulnerables de esta práctica: los niños, tanto en el proceso de gestión como el posterior destino que estos tengan.

“Todas estas actividades tratan al niño-sujeto de derechos desde la concepción, como un objeto, ya que el objeto principal de este contrato es la entrega de un niño, siendo las otras actividades complementarias de ésta. Los medios empleados para satisfacer el normal y genuino deseo de ser padres a través de esta contratación, comprometen principios éticos y jurídicos. El niño, ve negada su condición de persona libre, y es transformado en un objeto, cuyos “amos” han dispuesto su compra a través del pago de un canon a una mujer que lo gestó y lo alumbró. Los actos de la concepción, anidación, gestación y alumbramiento son actos que pertenecen a la intimidad de la persona por nacer, intimidad que hace a su esencia y dignidad de ser libre. Se trata como cosa-esclavo a un niño que se lo obliga a desarrollar vínculos materno-filiales físicos y afectivos con una mujer que lo gesta y luego se lo arranca y recibe como un producto fabricado ad-hoc.”⁴⁶

Se debe considerar además el hecho que por medio de estos contratos se pretende que los padres del menor renuncien al vínculo de filiación y con ello a todos los derechos y obligaciones que le ha impuesto la ley respecto del hijo. Otro de los requisitos de validez que se considera de suma importancia en el posible contrato del alquiler de vientres es el relacionado con la causa del contrato. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato según lo dispone el artículo 1483 del Código Civil ecuatoriano, que expresa:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

Todos los contratos tienen una causa, un motivo que generó el contrato, así ésta no se encuentre expresada.

“En los contratos también entra en juego, la consideración de la intención, el objetivo o finalidad a la que se dirige la voluntad: el factor subjetivo, intencional que se inspira en la causa final. Para que el acto humano sea éticamente positivo, bueno, se requiere que el fin y los medios sean en sí mismos honestos, y que circunstancias exteriores no alteren esa recta orientación hacia el bien. En el plano jurídico, de manera paralela a esto, se requiere también, una causa buena, unos medios honrados, y una finalidad que no contraríe el recto orden de la sociedad. Cuanto se encuadra dentro de este respeto al valor de lo bueno, tiene la protección legal; por esto, se exige una causa real, posible y lícita.”⁴⁷

⁴⁶ Matozzo de Romualdi, Liliana. 1999. “¿Hay algún fundamento que pueda atribuirle fuerza legal a los contratos de subrogación de vientres?”. Revista de Derecho ED 182-1663

⁴⁷ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002), 122.

Por su parte el artículo 1704 del Código Civil del Ecuador establece que: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”⁴⁸.

De lo antes expresado y en relación al contrato de maternidad, entendemos que por la naturaleza de dicho fenómeno hay cosas que no pueden volver a su estado anterior, como si no hubiera existido dicho acuerdo y es precisamente en este punto donde se evidencia, que en el contrato de maternidad subrogada el objeto que pretende comprometerse no son cosas, estrictamente el objeto conlleva en sí mismo valores como la vida, el cuerpo de un ser, células humanas, y que no pueden ser tratadas como objeto contractual. ¿Cómo aspirar que el producto de la concepción vuelva a su estado anterior, a embrión, o a dos gametos, a nada? El niño nació y no se puede desconocer ni deshacer este hecho biológico y legal. ¿Cómo regresar el óvulo y el espermatozoide a sus lugares originarios? ¿Cómo pretender que la madre que gestó regresé a su estado anterior a la práctica, tanto física, emocional y psicológicamente? Es por esta razón y muchas otras que hay ámbitos que están fuera del comercio. Lo único que podría retrotraerse a lo anterior es el dinero en la cuenta de los comitentes.

2.7 La voluntad procreacional y el cuestionamiento sobre la verdad biológica en la determinación de la filiación

Tratando de problematizar aún más estas cuestiones y principalmente en función del resquebrajamiento e ineficacia actual del principio de verdad biológica respecto a la maternidad y al hecho del parto. Y es que la innovación médica en el ámbito reproductivo nos ha obligado a repensar y trastocar el principio tradicional relacionado con la biología de la gestación y el alumbramiento, hechos que como corolario nos llevan a pensar en un desdoblamiento y avance progresivo de los conceptos de maternidad y paternidad cimentados en el derecho positivo como verdad absoluta e incuestionable años atrás, pero que hoy la ciencia a través de las técnicas de reproducción humana asistida han provocado una separación palpable entre los elementos de orden biológico y genético, y una interesante introducción de la voluntariedad que la analizaremos como punto de problematización sobre

⁴⁸ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1704

la que se pretende justificar el ejercicio de derechos reproductivos y derechos de maternidad y paternidad al consolidarse como una moderna y especialísima fuente de filiación.

A propósito de ello, y trascendiendo la cuestión *ius positivista* del tema filial construido a partir de imaginarios meramente civilistas, en contrapartida y desde el ámbito del *ius naturalismo* pensar este tipo de derechos y voluntades desde lo fundamental de su esencia nos lleva a situarnos en el plano de derechos humanos. En este sentido resulta interesante la jurisprudencia de la CIDH, derivada del caso Artavia Murillo y otros en contra de Costa Rica⁴⁹, sentencia en la que se sostuvo que la prohibición del Estado sobre la práctica de estas técnicas de reproducción humana asistida significa una injerencia en el ámbito de la vida privada de las personas y que es en este sentido que se produce una violación de Derechos Humanos, más aun determinando discriminación indirecta por parte del Estado en razón de género, capacidad económica y discapacidad.

En definitiva, todos estos conceptos que tiene su campo de batalla en el derecho filial no hacen más que evidenciar también la lucha permanente que busca el reconocimiento de los distintos tipos de familia que existen ahora, pues la *familia tradicional* innegablemente ha evolucionado al punto de hoy manifestarse en pluralidad de familias, y es aquí donde identificamos otro derecho inmiscuido en esta problemática, el derecho a fundar una familia, que concibe su base en el derecho a la procreación, de ahí precisamente que desprendiéndonos de las cuestiones puramente *ius positivistas* y logrando ascender al esencialismo y fundamentalismo que solo encuentran su razón de ser en las teorías *ius naturalistas*, podemos concebir a estos derechos en su más pura forma, pues solamente así abandonan lo escueto del derecho filial y que finalmente son esos derechos los que verdaderamente pretenden ser ejercidos (innegablemente en el presente caso valiéndose de la ciencia en medicina reproductiva). Y es precisamente esta construcción en torno a estos derechos la base sobre la que descansa y se justifica la voluntad procreacional a fin de trastocar estas cuestiones hoy complejizadas hasta llegar a concebir estos derechos en su más pura esencia y que son los que ahora podrían cuestionar la verdad biológica y protagonizar nuevas formas y fuentes de filiación que obliguen a romper, desbaratar y finalmente

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

reconstruir los paradigmas sobre los cuales han descansado tradicionalmente los conceptos de maternidad y paternidad.

En los casos de reproducción a través de la intervención de la ciencia médica, la voluntad de procrear innegablemente es aún más evidente que en los casos de reproducción de forma natural, la voluntad de tener un hijo es la que ha conducido a buscar los medios necesarios incluso enfrentando las limitaciones de la propia naturaleza humana, desde este presupuesto es también que la problemática de la filiación en estos casos y basada en el hecho voluntario guarda una estrecha relación con el principio del interés superior del niño, pues existe el aspecto subjetivo de la voluntad que trasciende al plano objetivo que busca darle abrigo al niño producto de estas técnicas.

A partir de las ideas antes precisadas, creo es necesario también analizar los derechos (desde la concepción del ius naturalismo y abandonando en este análisis el plano civil) que eventualmente (y en determinados casos) pretendan ejercer los otros intervinientes (madre subrogada o los donantes); así el cuestionamiento radica en la pregunta sobre si ¿estos intervinientes tienen una pretensión ius fundamental respecto del niño? ¿existe un derecho a la maternidad derivado de la relación gestacional? ¿hay un derecho a la maternidad o paternidad vistos desde la donación de células reproductivas?, bajo estos planteamientos la respuesta es que evidentemente *no* existe la voluntad directa ni indirecta de tener un hijo, luego al no existir esta voluntad procreacional, diremos entonces que tampoco existe un derecho ius fundamental, pero también nace la interrogante pues ¿qué pretensión subyace cuando una mujer se ve separada del niño que gestó? Si decimos que tiene un derecho respecto a ese niño, tendríamos que aceptar que esta mujer tiene el fundamento de ser madre y ejercer su derecho a la maternidad a través del ejercicio del derecho reproductivo por medio de la gestación y alumbramiento del niño (sin la voluntad en la procreación), pero con estas consideraciones ¿tiene el derecho fundamental de ser madre respecto a *ese hijo*? En definitiva, la discusión es profunda y dependerá de la casuística.

Capítulo Tres: El problema de la filiación en la maternidad subrogada.

3.1 Principios generales sobre filiación.

Para el Derecho Civil, la filiación es una de las instituciones pilares. En la cuestión de la filiación y partiendo del antiguo derecho romano dos principios fundamentales han servido de respuesta principal para su determinación y regulación, en relación con maternidad y paternidad, los principios jurídicos son: *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta) y *pater est quem nuptiae demostrant* (padre es quien las nupcias lo demuestran). Principios que más adelante serán detallados y explicados desde la problemática de la maternidad subrogada. Sin embargo, nuevamente se insiste en que la investigación médica y la medicina reproductiva han resquebrajado los esquemas clásicos de la filiación, determinando nuevos métodos de convertirse en padres, madres y de formar una familia.

El hijo es una persona individual, un sujeto de derecho que se vincula al padre y a la madre biológicamente, hechos que de manera general son los que permiten la relación jurídica de la filiación. En base a dichas relaciones, el Derecho establece ciertas consecuencias, derechos y deberes que configuran las relaciones paternofiliales, “es la que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico) y más restringidamente, la que vincula los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto).”⁵⁰

Según Código Civil ecuatoriano, la filiación se basa en el hecho biológico, determinándose que la filiación es aquel vínculo jurídico que la ley establece entre determinadas personas, principalmente derivada de la relación entre padres e hijos. “De allí que la filiación esté determinada por la paternidad y la maternidad a manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación.”⁵¹

El jurista Juan Larrea Holguín, uno de los máximos exponentes del derecho civil en el país, respecto a la filiación ha dicho que: “La generación de unas personas por otras es la base natural de la relación jurídica que se llama filiación, o, recíprocamente: maternidad y

⁵⁰ Héctor Corjeno Chávez, *Derecho familiar peruano*, (Lima: Librería Studium Ediciones, 1988), 33

⁵¹ María Dolores Vila-Coro, *Introducción a la Biojurídica*, (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995), 154

paternidad”⁵². Pero de igual manera este autor manifiesta que no es únicamente importante para la ley la relación biológica entre padres e hijos, sino también los lazos fraternos y la cuestión patrimonial que son tutelados por el Derecho.

La filiación entendemos entonces como aquel vínculo jurídico que se da entre padres e hijos que nace o dimana de la paternidad o la maternidad. Según el artículo 24 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano, las fuentes de la filiación son:

1. “El matrimonio de los padres.
2. Reconocimiento voluntario de los hijos (Cuando no hay matrimonio)
3. Declaración judicial de la maternidad, paternidad o ambas a la vez.
4. Unión libre, monogámica y estable de un hombre y una mujer legalmente reconocida.
5. La adopción (ésta demuestra que la filiación no es precisamente sinónimo de relación biológica).”⁵³

Actualmente la consideración tradicional que el propio derecho civil ecuatoriano establece respecto de las fuentes de filiación resulta obsoleto debido a la irrupción de las conocidas técnicas de reproducción asistida, en donde incluso por el hecho del alquiler de útero podríamos hablar de una adopción biológica como fuente de filiación, como la doctrina en el tema lo ha considerado y será desarrollado más adelante.

En este sentido la relación genética en la maternidad ya no es determinada sólo por el hecho del parto, sino que en caso de conflicto generado por la renuencia a entregar al niño por parte de la mujer que alquiló su útero en la variable de la maternidad portadora, ésta no tendría argumento genético para aducir su calidad de madre. La respuesta frente a la interrogante de ¿quién es la madre genética?, una prueba de ADN resolvería la situación y la relación biológica resultaría innegable, pero por lo menos en el obsoleto derecho civil del Ecuador, no es considerable para la determinación de la maternidad legal, actualmente a consecuencia de la maternidad subrogada y tras el rompimiento de la procedencia genética con el hecho del parto, esta cuestión ha cambiado la figura de maternidad que concebía el derecho civil del país.

Estas pruebas biológicas que con su perfeccionamiento progresivo y vertiginoso cumplen un papel trascendental en los procesos de filiación y han resultado muy útiles para establecer generalmente la paternidad (que tradicionalmente es la que más problemas

⁵² Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002), 339

⁵³ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 24

jurídicos ha generado) y no así la maternidad que se consideraba incuestionable por el hecho de dar a luz una mujer, siendo la madre la mujer que pare al hijo, cuestión que hoy es trastocada por la ciencia.

En el sistema actual, las formas de determinación de la filiación iniciadas en modo natural o normal descansan sobre la base biológica: un niño es hijo de la madre que lo pare y del padre que lo ha engendrado en matrimonio, de aquel que lo reconoce como tal fuera de dicha institución, o de quien cuya paternidad ha sido probada en un proceso judicial. En todos los casos, las personas establecidas como progenitores son realmente quienes han procreado de manera natural, en este hecho lo que la ley prevé es una suerte de sistema tendiente a generar parámetros para establecer la relación filial paterna.

Como vemos la filiación es la consecuencia del hecho de la maternidad y la paternidad, pero ante la novedad de las técnicas de reproducción humana asistida, en el caso de alquiler de úteros, estos parámetros son trastocados y han quedado obsoletos. En este punto evidenciamos que los principios que vienen desde el Derecho Romano y que son “mater semper certa est” y “pater est quem nuptiae demonstrant”, carecen de vigencia.

Esta posibilidad que la ciencia médica ofrece, unida a la clandestinidad en la que se desarrollan estas prácticas (en legislaciones prohibitivas o que no contemplan nada al respecto) a fin de no causar publicidad, provocan hoy la consagración de auténticas ficciones y en casos mayores transgresiones a la ley como la falsificación de documentos. Con las prácticas de fecundación asistida, se intenta primar también la filiación basada en el afecto, la voluntad, la intención, la apariencia, pero en el seno de una normativa ajustada a la filiación biológica como la nuestra (a excepción de la adopción) no existe otro modo de determinación, por ello el choque con nuestra realidad civil actual, es inevitable.

3.2 Teorías para la determinación la maternidad

3.2.1 Teoría de la Maternidad Voluntaria

Este criterio nace tras la presencia de una nueva corriente que defiende la posibilidad de la existencia de una madre social que no se relacionar con el elemento del parto para redefinir la maternidad, en este sentido “la maternidad deberá corresponder a la mujer sin

cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí”.⁵⁴

Por lo expresado anteriormente, esta teoría pretende reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, en otras palabras, la responsabilidad por la procreación.

“La existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre. Por ello se debe determinar la maternidad de la mujer que busca tener un hijo, sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, sin cuya voluntad no se hubiese dado inicio al proceso biológico para dar origen al nuevo ser. La lógica según la cual la gestación crea un vínculo más fuerte con el nacido, es desmentida por la lógica del sentido común. Si el óvulo de una mujer negra gestado por una mujer blanca no hace blanco al nacido, tampoco la mayor duración del embarazo garantiza que la mujer blanca sea mejor madre que la negra. De igual manera, la madre genética puede vivir con mayor intensidad la gestación que la madre uterina, así como el padre no tiene un vínculo afectivo menor con el concebido por no llevarlo en su seno. A ello se añade que siempre es técnicamente posible crear una máquina para la gestación artificial, de manera que es posible que exista nacimiento sin parto, supuesto en el cual este dato pierde su utilidad para determinar la maternidad, a menos que se piense atribuir la maternidad a tal máquina gestadora.”⁵⁵

Tomando en consideración dicha teoría en los casos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, la madre será la mujer quien desea serlo, quien buscó, consiguió y alquiló el útero de otra mujer, defendiendo en esta teoría la existencia de una maternidad basada en la voluntad de la mujer de ser madre, la cual descarta por completo la relación biológica.

Bajo este criterio también existe la teoría de la paternidad voluntaria, el padre social que pretende el cuidado, la crianza, manutención del hijo, y adquirir además la condición legal de padre. En estos casos muchas de las veces como veremos a continuación ese padre social o psicológico puede ser el hombre soltero que desea ser padre, una pareja de homosexuales, o el esposo o pareja estable de una mujer que contrata el útero de otra. En la mayoría de estas variables la paternidad se la efectúa por el reconocimiento voluntario del

⁵⁴ Claudia Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial* (Piura: Ara Editores, 2005), 194

⁵⁵ Attilio Gorassini en su obra “Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari, “Diritto di famiglia e delle persone” que en su traducción al español “La procreación artificial heteróloga y la relación primaria con los padres. Derecho de Familia y de la persona”, 1987, citado en Alma Arámbula Reyes, “Maternidad Subrogada”, agosto 2008, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>

hijo, sin que la legislación nacional prohibida dicho reconocimiento al no existir vínculo genético.

3.2.2 Teoría del hecho del parto y el principio “mater semper certa est”

Esta teoría ha sido la que por siglos se mantuvo vigente en las legislaciones del mundo, pero en los últimos años esta corriente ha perdido vigencia por la aparición de los métodos de reproducción asistida, que como ya se dijo ha separado la maternidad biológica de la maternidad gestacional, mismas que antes constituían un solo hecho.

Como ya se mencionó, la maternidad biológica es la consecuencia de llevar el producto de la concepción en el vientre y darlo a luz. De acuerdo con el artículo 60 del Código Civil ecuatoriano, la madre es quien pare, concepción bajo la cual se excluye determinantemente el elemento genético y voluntario. A esta obsoleta determinación de maternidad basada en el hecho del parto, no le interesa la procedencia del material genético, pues “la maternidad se deriva de un hecho visible, tangible y que no puede ignorarse, además de que admite como prueba directa el parto”⁵⁶. En el caso de la maternidad subrogada la mujer en la que se realiza la implantación del embrión o la que es inseminada, es jurídicamente la madre del niño o niña, debido a que la maternidad se determina por el parto en la legislación ecuatoriana.

Otra razón fundamental para darle la calidad de madre a la mujer gestante incluso en el caso que el material genético sea ajeno es que el aporte biológico no se genera únicamente por la procedencia del óvulo, sino que es importante y determinante la contribución que la mujer gestante hace durante la etapa del embarazo, derivado de la nutrición y del cuidado embrionario del nuevo ser y que incluso muchos doctrinarios consideran debe prevalecer por sobre la aportación genética.

“Durante el período gestacional, el feto realiza importantes interacciones con el fluido amniótico, el útero, los sonidos, los cambios hormonales, y responde a los estímulos de todos ellos, actividades vitales para un buen desarrollo del cerebro. Algunos de los estudios prenatales realizados han demostrado que lo que la madre siente a lo largo del embarazo como por ejemplo su estado mental, ejercen una influencia muy importante, pues éstas producen cambios artificiales que pasan a través de la placenta.”⁵⁷

⁵⁶ Clara Romero Colmenares en su tesis “La Maternidad”, 1981, citado en María Gabriela Villagómez Romero, “Tesis sobre Régimen Jurídico sobre la maternidad subrogada en el Ecuador, pág. 34, 2007, <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/334/1/84587.pdf>

⁵⁷ Sonia Merlyn Sacoto, *Derecho y Reproducción asistida* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2006), 194.

Por otra parte, el principio “mater semper certa est”, ha sido un aforismo clásico en indubitable, sin embargo, actualmente ante la aparición de la maternidad subrogada resulta en algunos casos menos segura de lo que parece, pues supone una inteligencia distinta de la tradicionalmente conocida. En el derecho romano derivado de este principio existe también una máxima “partus sequitur ventrem”⁵⁸, el parto sigue al vientre, aquí evidenciamos que esta máxima latina hace pensar que madre es sinónimo de vientre. “Se dice que el parto sigue el vientre para significar que el hijo sigue la condición de la madre”.⁵⁹

Hace no muchos años este principio parecía ser inamovible y único, pues la maternidad devenía del parto, era un hecho evidente. Pero esta máxima romana nunca consideró que “una mujer pudiese alumbrar a un niño que genéticamente no es suyo”⁶⁰. Hoy en día palpamos que con la biotecnología eso y más es posible, en este caso, una mujer lleva adelante un proceso gestacional de un hijo que no tiene relación genética con la gestante.

Ahora, la filiación ya no solo es posible relacionarla con la cuestión genética o biológica, pues el elemento volitivo juega un papel preponderante en esta moderna forma de maternidad, en donde la madre desiderativa pretender adquirir ese estatus en relación con el nuevo ser como si lo hubiera concebido, gestado y parido.

3.2.3 Consideración de los elementos genético, voluntario y gestacional en la filiación en la maternidad subrogada

En el caso de la maternidad subrogada hay cierta terminología o situaciones que la ciencia médica misma no puede explicar como por ejemplo si lo más importante para adquirir el estatus de madre es que el producto de la concepción deba llevar su patrimonio genético o el establecer una relación biológica y afectiva como es la que se desarrolla durante la gestación.

En el caso de la maternidad subrogada denominada como maternidad sustituta en la que la mujer que alquila su útero para llevar adelante la gestación es la que también realiza un aporte genético, dejando de lado la teoría de la voluntad, la madre es esa mujer. Sin embargo, el problema no termina ahí, la paternidad en este caso también depende de las

⁵⁸ Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia* (Buenos Aires: Astrea 1998), 442

⁵⁹ Matozzo de Romualdi, Liliana. 1999. “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”. *Revista de Derecho* ED 181

⁶⁰ Clara Mosquera Vásquez, *Derecho y genoma humano* (Lima: Editorial San Marcos, 1997), 49.

variables que antes se explicaron. Puede darse la situación que el embrión sea proveniente del espermatozoide del hombre de la pareja que contrató el alquiler de útero y se le atribuiría la paternidad a ese sujeto.

Sin embargo, para la determinación de maternidad portadora, es decir en el caso de locación de útero, la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres, o en ciertos casos tres (mujer que quiere ser madre, donante de óvulo y la que aporta con su útero) que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada es la que lleva adelante el embarazo.

De estas múltiples intervenciones y complejas aportaciones, resulta tarea difícil el determinar la importancia de los distintos momentos y grados de participación de las mujeres en el desarrollo de este nuevo ser.

“En la práctica de la maternidad subrogada se ha ocasionado una distinción entre la paternidad y la maternidad, en cuanto a que, sólo respecto a la primera, es posible alcanzar la máxima correspondencia entre verdad biológica y la formal. En efecto, si el donante de semen y la madre gestante no pueden renunciar a sus derechos sobre el hijo, en el caso de la maternidad, los mismos derechos también pueden ser alegados y discutidos por la mujer que aportó el óvulo.”⁶¹

Respecto a la nueva concepción de la maternidad, se consideran de importancia la existencia tanto de la relación biológica, así como del elemento volitivo, supuestos que estarían presentes en el caso que la contratante sea quien aportó sus gametos y únicamente alquiló un vientre.

A su vez, otra tesis respecto a la determinación de la maternidad en el caso de la maternidad subrogada es la que defiende la existencia de maternidad únicamente relacionada con el dato biológico (madre genética), pero que en ciertas condiciones excepcionales se reconocería el valor de la gestión, otorgándole a la gestante la posibilidad de adoptar al menor. En este punto se plantea que la maternidad está constituida por la transmisión del patrimonio genético que se deriva plenamente de la fecundación y no de la gestación. Sin embargo, bajo el criterio de esta corriente habría que considerar el caso del óvulo donado, cabe la interrogante si fuera lógico y legalmente aceptable ¿imputar la maternidad a una mujer que simplemente donó su óvulo, que no tuvo la intención de generar un nuevo ser? ¿Qué solución legal se dará para determinar la maternidad si se trata de una donante anónima?

⁶¹ Claudia Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial* (Piura: Ara Editores, 2005), 203

Aquí se plantea otra problemática colateral a los métodos de reproducción asistida en confrontación con el Derecho y es respecto a la propiedad de los óvulos y los espermatozoides y sobre los cuestionamientos si una persona que dona su material genético le asiste el derecho de reclamar la paternidad o maternidad sobre un ser proveniente de dicha donación o si la ley misma sin petición les atribuiría esa calidad, o en su momento los hijos productos de esos gametos podrían demandar el reconocimiento paterno o materno basado en la relación genética.

Algunas legislaciones han determinado que los hijos nacidos dentro de un matrimonio (a través de un vientre alquilado) serán hijos de la pareja contratante, siempre y cuando se hayan utilizado sus propios gametos (fecundación homóloga), negando la relevancia jurídica de la mujer que coadyuvó para la gestación del nuevo ser por no existir relación genética con la criatura que llevó en su vientre.

Finalmente, otra tesis plantea la posibilidad de reconocer como madre a la mujer quien alumbró al niño, pero además reconociendo la innegable relación madre e hijo creada durante la gestación y el papel trascendental de la gestante en este proceso en el cual interviene todo su aparato sistémico. Esta solución, aunque para algunos doctrinarios, no es totalmente justa, puesto que implica excluir a la mujer que brindó su aporte genético.

Como vemos, las soluciones que se proponen y que ciertas legislaciones han aceptado abordan la problemática desde una sola perspectiva: del punto de vista de quien procreó o quien coadyuvó a esa procreación. Pero, la problemática de la moderna filiación materna debe considerarse desde las dos posiciones: primero desde la perspectiva del nuevo ser, quien incluso podría demandar el establecimiento de la filiación materna y todos los derechos que ello implica; y por otra parte se encuentra el interés de quienes tuvieron responsabilidad en la creación de este ser, quienes desean se les reconozca su intervención en este especial procedimiento de generar vida.

Sin embargo, también hay que considerar la protección del interés superior del niño, y efectivamente es en este principio en el cual se han basado los fallos de los Tribunales de Justicia (caso Baby M), y considerando la cuestión de manutención del niño o niña, de modo general serán los comitentes quienes se encuentren en una cuestión de ventaja económica frente a la gestante. En este criterio cabría también cuestionarse si el factor económico puede ser el único elemento determinante para el desarrollo integral del niño.

Pensemos también que podría existir la posibilidad que se considere el derecho del menor para elegir entre la madre gestante y la madre genética, es decir si el hijo puede tener interés en mantener el vínculo con la madre gestante, de este modo también puede existir la posibilidad del interés de establecer esa relación con la madre genética.

Por lo antes expuesto, se observa que las normas propias de la relación materna filial no resuelven los problemas creados por la coexistencia de maternidades, en realidad estas novedades introducidas por la ciencia médica generan no pocos problemas al mundo del Derecho.

Todas las corrientes expuestas y que pretenden definir los criterios necesarios para establecer una solución jurídica no son sino creadas por la necesidad de entender la consecuencia de la disociación entre maternidad genética o biológica y maternidad obstétrica o de gestación. Durante siglos se ha legislado considerando a la madre como una cuestión perfectamente identificable y un hecho indudable relacionado con el parto y la gestación, pero esta realidad de la naturaleza pierde vigencia, pues actualmente “la que alumbró puede no estar genéticamente vinculada al nacido.”⁶²

De entre los problemas que principalmente pueden generarse es el conflicto de maternidades, el supuesto que la madre que alquiló el vientre se arrepienta de entregar al niño. Para establecer posibles soluciones de modo general se ha considerado como madre a la gestante, sin embargo, ante una disputa de maternidades y que el caso sea llevado ante la jurisdicción para que en función del interés superior del menor se decida quién debe quedarse con el menor. Como vemos ahí la filiación sería determinada por el juez, no por la ley. Esto es perfectamente aplicable en el sistema jurídico anglosajón que se basa en el common law, precedentes jurisprudenciales y la costumbre. No así para un sistema romanístico basado en el derecho escrito como el nuestro, basado en la práctica del respeto al principio de legalidad. Bajo este mismo criterio tampoco es aceptable que la filiación del ser humano esté determinada por un contrato o en el caso de la variable de la maternidad sustituta, donde la madre biológica y gestacional es la misma persona, sea constreñida a entregar a su hijo, en fiel cumplimiento del compromiso pactado.

⁶² Pablo Beltrán de Heredia y Onís, *Problemas legales ante el caso de un hijo producido por dos madres* (Salamanca: Boletín de Información del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca, 1984), 252

A pesar que el Ecuador, no ha reformado su Código Civil en cuanto a conceptos e instituciones, en relación a la filiación tanto paterna como materna, esta última se mantiene bajo la máxima romana *mater semper certa est*, aún no se han considerado hechos que hasta hace algunos años eran inimaginables y que hoy gracias a la biotecnología son posibles, pues como se evidencia la manipulación y transgresión que ha sufrido la maternidad nos coloca frente a algo desconocido, sin nombre y que puede suscitar aún más problemas jurídicos y desórdenes sociales. Juan Larrea Holguín respecto al tema de maternidad expresa que ésta:

“Se deriva de la atribución a dicha mujer de un parto, y de la identificación de la criatura dada a luz por tal madre, con quien actualmente pasa por ser su hijo. Si son dos, los elementos que componen la relación de maternidad-filiación, la impugnación de la misma puede atacar a cualquiera de dichos elementos: se puede demostrar que la mujer no ha dado a luz en las circunstancias que se supone, o que el fruto de ese nacimiento no es la persona que actualmente se dice hijo de tal mujer.”⁶³

3.2.4 El problema de la paternidad en la maternidad subrogada

Como se evidenció y según los criterios de varios doctrinarios la práctica de la maternidad subrogada que aparentemente no generaría mayor conflicto jurídico es la que sea producto de una fecundación homóloga, es decir que el material genético que se aporte sea enteramente de la pareja comitente. En tal caso la filiación tendría el origen genético normal cuya única variable sería la gestación y el parto que estaría a cargo de otra mujer.

Por su parte, tradicionalmente el caso de la determinación legal de la paternidad ha tenido mayor tratamiento pues esta figura aparece a diferencia de la maternidad como una función social y jurídica. Aportando a consideraciones referentes a la paternidad y maternidad, debido al caso del alquiler de vientres, la doctrina ha considerado como madre y padre, “...Genéticos son aquellos que aportan sus células germinales. Madre portadora o gestante la que soporta el embarazo, vaya a ser o no la madre legal. Y padres legales, aquellos que se determinan como tales en virtud de las normas de filiación...”⁶⁴

El asunto de paternidad es un hecho que actualmente también preocupa por el avance de la biotecnología, y también en caso de la paternidad los conceptos que el clásico derecho romano nos venía estableciendo han perdido vigencia. Así tenemos la máxima *Pater veri is*

⁶³ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002), 357

⁶⁴ María de Jesús Moro, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la fecundación in vitro*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1988), 53-53

est, quem nuptia demonstram que significa que padre es aquel a quien señalan las justas nupcias. Es la presunción que en el caso de existir matrimonio y en consonancia con lo que establece el derecho ecuatoriano, en el artículo 246 del Código Civil se presume que un hijo tiene por padre al marido de su madre, cuando nace dentro de matrimonio. El criterio que sostiene esta norma radica en el acto de voluntad del padre por el que admite por anticipado los hijos que su mujer conciba en lo sucesivo, después del matrimonio, hecho basado también en el derecho canónico, según el cual. “sería el efecto directo del matrimonio mismo, establecida en interés de los hijos, descansaría en la confesión del marido.”⁶⁵

Por otra parte, existe la posibilidad de reconocimiento voluntario de los hijos, en el Código Civil ecuatoriano “Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre”⁶⁶. Esta norma jurídica del Derecho Civil también encuentra su génesis en el Derecho Romano, bajo la figura del *tollere liberum*, que se relaciona a *la recogida del recién nacido*, práctica desarrollada en la Roma inmemorial, la misma que consistía en una “ceremonia por medio de la cual el marido o el jefe del grupo familiar aceptaba o rechazaba al recién nacido que le era presentado, actitud que permitía o impedía su entrada en la familia en calidad de hijo y en algunos pueblos visto como reconocimiento de la paternidad.”⁶⁷

Como evidenciamos el Derecho Romano, fijaba los principios rectores respecto a la paternidad, sin embargo como en el caso de la maternidad, el desarrollo de la genética, deja sin mayor efecto los cálculos que ciertos artículos del propio código civil ecuatoriano establecía para determinar la época de la concepción y la consecuente paternidad, así como los supuestos que debían probarse como el no haber tenido acceso carnal a la mujer, y las reglas en caso de impugnación de paternidad, todos esos hechos contemplados en los artículos 62, 233, 234, 235, 236 y 237 del mencionado Código Civil.

⁶⁵ Martínez de Moretín Llamas, María Lourdes 2007. Régimen Jurídico de las Presunciones Madrid: Dykinson S.L

⁶⁶ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 247

⁶⁷ Martínez de Moretín Llamas, María Lourdes 2007. Régimen Jurídico de las Presunciones Madrid: Dykinson S.L

Con el advenimiento de la prueba sanguínea que permite cotejar el material genético y por tanto determinar la relación filial, estos preceptos y reglas de determinación también han quedado obsoletos.

En el Derecho Romano, se fueron desarrollando las cuestiones de relaciones paterno filiales basadas en la cuestión sanguínea y luego la solución social de la adopción también fue considerada como vínculo filial. A saber, en la figura de la adopción un hombre puede adquirir la calidad de padre de un menor que no es su hijo.

“Se puede decir, pues, que ni en la antigüedad, ni en tiempos más cercanos, la biología lo fue todo en la relación paterno-filial. La prueba están las distintas codificaciones realizadas a partir de la promulgación del Código Napoleón e incluso en normas anteriores donde se establecía la paternidad jurídica en base a presunciones legales o actos de voluntad, o favoreciendo, y a veces prohibiendo, la investigación de la paternidad. Caer en el extremo de creer que la paternidad legal debe ser a todo trance biológica, o todo lo contrario, es olvidar multitud de factores que en forma compleja se entrelazan en el mundo de las relaciones humanas, podremos sostener acertadamente que lo legal debe tratar de coincidir con lo real siempre que sea posible (idea que se ha defendido hasta hoy frecuentemente). Sin embargo, cuando el punto de mira se presta a las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, esa teoría no sólo se derrumba sino que se niega apostando por la importancia de la autonomía de la voluntad, del deseo, de la responsabilización, tomados como elementos irrefutables del concepto de paternidad que se sobrepone a cualquier vínculo de sangre.”⁶⁸

Por lo anteriormente citado, podemos ver que en el tema de paternidad al igual que en la maternidad existe la teoría de la voluntad:

“El pater es (en la Roma antigua) aquel que da la vida o la muerte. El fundamento de la paternidad reside así en la voluntad de un hombre de constituirse padre y técnicamente importan poco las razones, políticas, religiosas, sociales o económicas que lo empujan a querer ser padre. (...) El lazo biológico es por sí mismo incapaz de hacer el padre: la paternidad biológica no es más que un hecho y no un derecho (...) Es en realidad la voluntad del individuo y ella sola la que lo constituye como padre.”⁶⁹

Anteriormente únicamente la adopción era el vínculo generado por la voluntad individual que crea relaciones parentales sin vínculo biológico y dicha figura está reconocida

⁶⁸ Alma Arámbula, *Maternidad Subrogada*, (México D.F: Centro de Documentación, Información y Análisis. Subdirección de Política Exterior, 2008), 21

⁶⁹ J. Mulliez en su obra “Histoire des pères et de la paternité”, 1990, citado en Juan Gennaro, “Tollere Liberum. Sobre el deseo de ser padre”, agosto 2011, <http://www.psicoolisisapdeba.org/wp-content/uploads/2018/05/Gennaro.pdf>

por la ley. Es necesario considerar también que actualmente es inevitable que un reconocimiento voluntario de un niño por parte del hombre (en el caso de nuestra legislación cuando no hay matrimonio de los padres) dé origen a la filiación paterna sin que en realidad existan lazos de sangre, es lo que podríamos denominar como *mentiras jurídicas* porque en la mayoría de las situaciones resultaría innecesario comprobar la autenticidad de la declaración que los pretendidos padres realizan por su propia voluntad. Nuevamente caemos en el criterio volitivo de la filiación.

Hoy en día la paternidad es también un concepto afectado debido a las nuevas técnicas para la procreación, pues nos plantean un nuevo sentido del padre, o mejor dicho al igual que en el caso de la maternidad subrogada, un nuevo tipo, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica de la clásica romana y que pretenden introducir forzosas reformas en la actual institución de la filiación.

La paternidad en el sentido biológico y que ha dado lugar al establecimiento de la paternidad legal es la relacionada al significado de padre-progenitor, entendido como aquel que había aportado sus gametos masculinos y con ello su dotación genética al nuevo ser, que tradicionalmente era producto de una relación sexual normal. Tanta importancia ha tenido esta relación biológica que las acciones de reclamación e impugnación sólo tienen sentido en el hecho biológico

Los métodos de reproducción asistida, en cierto sentido alteran la seguridad de la maternidad y la paternidad, aunque paradójicamente también aportan mayor fiabilidad en el conocimiento de la derivación biológica, por la concatenación genética. Como se evidenció en el análisis de los problemas que generan la maternidad subrogada, la donación de gametos permite que no siempre quien da a luz coincida que aporte con su material genético, como no siempre el marido o compañero de la que gesta el hijo es el progenitor, pero puede desear serlo de manera legal y en nuestra legislación si dicha mujer que alquila el útero estuviere casada, el marido de ésta sería automáticamente el padre de dicho niño, aunque no haya existido aporte genético de éste, por tal caso muchas de las soluciones que se plantean en defensa a la legalización del alquiler de vientres es el hecho que no se permita que la mujer que va a alquilar el útero sea casada, o que si se permite en mujeres casadas se cuente con la autorización del marido, tendencia muy criticada porque se considera irrenunciable los hechos de fidelidad que se suponen del matrimonio.

Al igual que en las variables de la maternidad subrogada, para la determinación de la paternidad legal se considera:

3.2.5 La Paternidad en el caso de Maternidad Portadora

En el caso de Maternidad portadora, en sus distintas variables, veremos que el producto de la concepción puede provenir de:

3.2.5.1 Óvulo y espermatozoides de la pareja que solicita el alquiler del útero (Homóloga)

Para este caso la paternidad, sería más fácil de generarla en el supuesto que la madre portadora sea soltera, pues el padre biológico únicamente tendría que realizar el reconocimiento voluntario del menor, situación que la legislación ecuatoriana lo permite, es decir en estricto apego a lo que el código civil de nuestro país establece, dicha criatura tendría como madre a la mujer que lo gestó y lo parió (aunque no sea su madre biológica). En relación con el padre, en el caso de este último estar casado con la mujer contratante del útero, realizará un reconocimiento voluntario del hijo. Pero el caso se complica en el supuesto que la mujer portadora estuviere casada, por lo que el padre legal de la criatura sería el marido de ésta, en el caso de la regulación civil ecuatoriana, quien sería el facultado para impugnar la paternidad de ese hijo procreado en matrimonio a través de subrogación uterina.

3.2.5.2 Óvulo de la mujer que solicitó el alquiler del útero y espermatozoides donados. (Heteróloga)

Aquí evidenciamos a su vez dos posibilidades:

3.2.5.2.1 La mujer que aportó con su material genético es soltera/sin pareja y desea tener un hijo con espermatozoides donados

En el aspecto de la paternidad, es el caso del espermatozoides donado, la doctrina sostiene que en la donación de gametos no se puede imputar la paternidad a alguien que no tuvo la intención de tener un hijo, de hecho, generalmente la donación se la realiza en forma anónima. Por otra parte, en el tema de maternidad y nuevamente en base a las leyes ecuatorianas la madre es la mujer que lleva a cabo el embarazo y pare a la criatura. Sin embargo, si la mujer que alquiló su útero es casada, el marido de ésta (a pesar de no ser el padre biológico), es el padre legal por el hecho del matrimonio con dicha mujer.

3.2.5.2.2 La mujer que aportó con su material genético es casada o a su vez tiene una pareja estable que no aporta con su material genético masculino (por diferentes causas)

El varón en la pareja pretende ser padre y para el caso se acude a un donante. Si la mujer que gesta al niño está casada, como vimos en el supuesto anterior, el marido de ésta será el padre legal de la criatura, quien tampoco es el padre biológico. Aquí el conflicto en materia de filiación se acentúa, pues la ley lo determina a este último como padre; sin embargo, el padre genético es un donante y el padre voluntario es quien pretende ser el padre legal. Para que se produzca el reconocimiento voluntario de éste, el padre legal (marido de la madre), debería impugnar dicha paternidad para dejar de ejercer la función que la ley le ha determinado por el hecho del matrimonio.

El otro supuesto es que la portadora sea soltera y como determinamos anteriormente como mentiras jurídicas quien pretende ser el padre legal (el padre voluntario) sin ser el padre biológico, realiza el reconocimiento voluntario del bebé. Estas mentiras jurídicas en el reconocimiento voluntario se suscitan por la no exigencia de la ley de una prueba de ADN que determine que la persona que pretende reconocer a un hijo como suyo tenga relación genética y biológica con éste, obviamente en el caso de que los presuntos padres no estén casados. Todos los criterios legales antes vertidos están en consonancia con la actual legislación civil del Ecuador, la cual, aunque obsoleta es positiva y vigente.

3.2.5.3 Esperma del hombre que solicitó el alquiler y óvulo donado

Al igual que las situaciones anteriores, este supuesto también evidencia dos situaciones:

3.2.5.3.1 Que el hombre que solicitó sea soltero/ sin pareja

En el presente caso si la mujer portadora es soltera (no contribuye con su material genético), como quedó dicho pese a no ser la madre genética, por el hecho del parto la ley ecuatoriana la reconoce como la madre legal de la criatura. Aquí el hombre que pretende ser padre deberá simplemente realizar el reconocimiento voluntario del menor. Sin embargo, si dicha mujer está casada, el marido de ésta automáticamente es el padre del niño. Pudiendo éste impugnar la paternidad al demostrar no ser el padre biológico.

3.2.5.3.2 Que se trate de una pareja de homosexuales en la que uno de ellos aporte con su material genético y requieran de una mujer portadora y otra donante

Esta práctica es muy común en ciertas legislaciones, que incluso permiten el reconocimiento del menor en el Registro civil como hijo, pero en el Ecuador a partir del caso Satya, en esta situación sería un caso análogo garantizando incluso la doble paternidad. Esta modalidad también tiene sus detractores y ciertas legislaciones igualmente prohíben el acceso a la maternidad subrogada para parejas de homosexuales.

3.2.5.4 Esperma y óvulo donados (embriodonación)

En este punto, hay ciertas variables.

3.2.5.4.1 La pretensión de ser madre de una mujer soltera/sin pareja por medio de la embriodonación, alquilando el vientre de otra mujer.

La madre legal, es la que da a luz, así no sea la madre genética. Si esta mujer es soltera, el niño no tendrá padre que realice un reconocimiento. Pero en cambio si ésta es casada el niño es automáticamente hijo del marido. Quien como lo expresamos en los casos anteriores puede impugnar la paternidad por no ser el padre biológico. Dicha mujer soltera que pretende ser madre según la ley ecuatoriana no tendría ningún derecho.

3.2.5.4.2 La pretensión de ser padres de una pareja casada o estable por medio de la embriodonación

Aquí la madre legal es la madre que parió, la portadora. Si ésta es soltera, el niño, pese a no ser hijo biológico podrá ser reconocido por el varón de la pareja comitente, nuevamente valiéndose de las mentiras jurídicas que antes se trató. Pero de ser el caso que la portadora esté casada, nuevamente el padre legal será el marido de ésta, pese a no ser el padre biológico, ni tener la voluntad de ser padre.

3.2.5.4.3 La pretensión de ser padres de una pareja de homosexuales valiéndose de la embriodonación

A diferencia del supuesto anterior en la que también había presencia de homosexuales, en este caso ninguno de ellos aporta su material genético. Pero el reconocimiento por uno de ellos puede efectuarse a pesar de no ser el padre biológico, sólo en el caso que la portadora quien resulta ser la madre legal no éste casada, caso contrario queda dicho que el hijo tiene como padre al marido de la madre.

3.2.6 La paternidad en el caso de maternidad sustituta

En el caso de Maternidad sustituta, veremos que el producto de la concepción puede provenir de:

En el caso en que el espermatozoide provenga del marido o pareja de la mujer contratante, la maternidad legal corresponde a la mujer que llevó a cabo el embarazo y dio a luz y que en esta situación es además la madre biológica. Por el tema de paternidad no hay variable de los casos previamente expuestos. De ser la madre sustituta soltera, el varón de la pareja comitente será el padre biológico y de realizar el reconocimiento voluntario. De ser casada, ya sabemos la consecuencia.

En el supuesto de la existencia de un espermatozoide donado, el niño desde antes de su concepción no tendría un padre, debido al anonimato que se maneja en la donación de gametos, si la madre es casada, ya sabemos cuál es la situación legal en la realidad jurídica ecuatoriana.

Por su parte, en un caso aún más elaborado, en donde una mujer soltera o sin pareja pretende ser madre y se valga de una donación de esperma y además alquile un vientre, el niño no tendría padre quien lo reconozca, pues la donación de esperma se realiza de manera anónima, y dicha donación no genera una obligación paterno filial. Pero de ser el caso que la madre sustituta esté casada, el marido de ésta será el padre legal.

Si un hombre soltero o sin pareja alquila un vientre y en este supuesto el contratante no aporta su material genético, en el caso de ser la madre sustituta soltera, podrá dicho padre voluntario hacer el reconocimiento legal del bebé, pese a no ser su hijo biológico. Pero caso contrario, si la sustituta está casada, ya sabemos lo que sucede respecto a la paternidad.

Para el caso de una pareja de homosexuales hombres, uno de ellos pese a no ser el padre biológico podrá reconocer al niño como hijo suyo. Los supuestos del estado civil de la madre también aplican en la presente situación respecto de la paternidad.

Como analizamos en las tantas variables de la maternidad subrogada, el tema de paternidad también genera conflictos para el régimen legal de la filiación, por tal razón, algunas legislaciones han tratado de dar solución a estos problemas legales derivados de la práctica de la maternidad subrogada por medio de la renuncia de la filiación contentiva en las cláusulas del contrato de maternidad subrogada. En estas mismas posibles soluciones han planteado algunos doctrinarios el tema de la adopción biológica para configurar la filiación,

pero al referirnos a biológica cabría solamente en los supuestos de aporte genético por parte de los contratantes, otra cuestión es el hecho que la práctica se permita únicamente en parejas casadas y estables y que ellos aporten el material genético de manera total.

3.3 La Adopción Biológica

Para el derecho ecuatoriano la adopción es “una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, respecto de un menor de edad que se llama adoptado. Sólo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años”.⁷⁰

Pero como ya se ha venido expresando, el advenimiento de la técnica y la ciencia en medicina reproductiva ha colaborado para que esta institución jurídica también sufra cambios y que las legislaciones civiles internacionales, tratando de dar solución a estas disyuntivas introducidas por las Técnicas de Reproducción Asistida establezcan tipos de adopción. Aparentemente existe una semejanza entre la figura de la adopción y la práctica de la maternidad subrogada, pues en los dos casos se pretende asumir la calidad de padres de un menor lo que conlleva que se transmitan los derechos y obligaciones derivados de la filiación.

Sin embargo, las diferencias están muy marcadas, pues la adopción es una institución del derecho de familia que tiene por objeto generar la filiación entre los padres y un menor que no es su hijo, a fin de proporcionarle los cuidados paternales necesarios a éste, en razón que su hogar originario no le otorga dichos cuidados o que simplemente no lo tiene. Siendo bajo esta consideración el objeto de dicha institución el de dar solución a un hecho existente, ya ocurrido, tras la presencia de un menor abandonado o cuyos padres no quieren o no pueden darles un hogar y cumplir con todas las obligaciones derivadas de la relación filial.

Por su parte, en la maternidad subrogada, el nacimiento del menor es un hecho creado con intención, para satisfacer los deseos de los padres voluntarios, el hecho no es sino la voluntad de ser padres, no hay hecho preexistente que necesite ser solucionado. En definitiva, la institución de la adopción camina por andariveles distintos a los que la pretensión de la ciencia por justificar su actuación pretende instituir.

A sabiendas de la lentitud de nuestra burocracia, y en el supuesto de instituirse la adopción biológica, la tramitología pertinente para la adopción, misma que puede resultar excesivamente prolongada, cabe cuestionarse ¿mientras ese asunto se resuelve quién o

⁷⁰ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 314

quienes estarán a cargo del menor: la mujer que alquiló su vientre o quienes solicitaron el alquiler? La madre legal, la que pare o da a luz, para iniciar el trámite de la adopción debería haber registrado previamente al niño como suyo y ¿qué sucedería con el niño o niña si quienes lo encargan no cumplen con los requisitos que las leyes establecerían para los adoptantes en estos casos? Cuestionamientos que muestran lo complicado del camino para tratar de configurar esta especialísima relación filial

Es necesario tratar de conceptualizar lo que es la adopción genética en la maternidad subrogada, así podremos entenderla como un acto por medio del cual los padres genéticos de un menor parido por una mujer que ha llevado a su cargo el proceso de gestación adquieren la calidad de padres de dicho menor.

En este sentido se tendría que delimitar los casos de adopción genética en la maternidad subrogada limitada para los procesos de maternidad portadora y en que la mujer que renta su útero sea soltera, caso contrario como vimos en los supuestos de paternidad antes mencionados, ocasionaría un conflicto.

3.4 Venta de niños en la Maternidad Sustituta

Bajo el mismo criterio tratado anteriormente, respecto a la legitimación de la entrega del niño a los comitentes, a fin de establecerse la filiación, como vimos en el caso del Derecho Civil. Sin embargo, no está por demás analizar y fundamentar la línea de oposición a dicha práctica que se vienen desarrollado en los distintos criterios doctrinales, así como los evidentes problemas que se generan a raíz de la transgresión de las figuras de la maternidad, paternidad, filiación, familia.

Con previo conocimiento sobre la maternidad subrogada y sus formas de operación sabemos que posterior al nacimiento la madre tiene la obligación de entregar el bebé a los comitentes. Aquí se condensa nuestra duda ¿Cuál será la base de esta *obligación*? ¿O esa entrega del hijo puede exigirse por medio de un contrato?

En la Maternidad Sustituta, la doctrina que rechaza la práctica sostiene que en este caso se trata de una *venta de niños*, pues la gestante es también madre biológica del menor y en la mayoría de los casos se recibe un pago a cambio de la entrega de su hijo, bajo esta concepción se está realizando una venta propiamente. “La industrialización de las técnicas de reproducción ha propagado como cualquier otro mercado, a través de la publicidad de los

métodos, provocando que los cuerpos, los tejidos y las células humanas, así como los propios niños en sí, sean tratados como simples artículos a la venta.”⁷¹

“Si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de maternidad por sustitución, pero además ese producto lleva su información genética ya que también es productora del óvulo fecundado, su acto no es cosa distinta a la trata de un ser humano.”⁷²Adicionalmente, en la legislación penal ecuatoriana se contempla el delito de trata de personas y es definido del Código Integral Penal que al tipo penal de trata de personas lo describe como:

“La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación, constituye delito de trata de personas. Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de: 5) La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes.”⁷³

La legislación ecuatoriana confundiendo los conceptos de trata y tráfico, en el Código de la Niñez y de la Adolescencia en su hace referencia al tráfico de niños:

“Se entiende por tráfico de niños, niñas o adolescentes, su sustracción, traslado o retención, dentro o fuera del país y por cualquier medio, con el propósito de utilizarlos en la prostitución, explotación sexual o laboral, pornografía, narcotráfico, tráfico de órganos, servidumbre, adopciones ilegales u otras actividades ilícitas. Se consideran medios de tráfico, entre otros, la sustitución de persona, el consentimiento fraudulento o forzado y la entrega o recepción de pagos o beneficios indebidos dirigidos a lograr el consentimiento de los progenitores, de las personas o de la institución a cuyo cargo se halla el niño, niña o adolescente.”⁷⁴

Esta denominación de venta se la entendería como la consecuencia de la existencia de un pago dinerario, pero en el caso de la maternidad subrogada altruista, supone la no existencia de una transacción monetaria, en este sentido ciertos doctrinarios han considerado que la denominación incluso puede ser más indelicada, al considerarlo como un regalo.

⁷¹ María Lozano, *Mujeres Autónomas, madres automáticas*, (Málaga: Universidad de Málaga, 2004), 58

⁷² Fernando Alarcón Rojas en su artículo El negocio de maternidad por sustitución en la gestión, 2003, citado en págs. 134-136, citado en Ingrid Brena, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, pág. 125, <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-de-derecho-privado-mexico-d-f/articulo/la-maternidad-subrogada-es-suficiente-la-legislacion-civil-vigente-para-regularla>

⁷³ Ecuador, Código Penal, Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, art. 91

⁷⁴ Ecuador, Código de la Niñez y de la Adolescencia Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003, art.

De conformidad con el derecho nacional, es madre la mujer que gesta y pare, el problema radica principalmente que debido la falta de regulación en la cuestión de maternidad subrogada resulta complejo configurar la forma de realizar la entrega del niño o niña a los comitentes. Es por tal razón que, para eludir este problema de la entrega, y como vimos anteriormente, para quienes defienden la práctica, plantean como solución que la entrega del menor se podría configurar a través de la adopción, pero en la legislación ecuatoriana se encuentran prohibidas las adopciones por parte de candidatos predeterminados según lo determina el art. 163 numeral 2 del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

Adicionalmente, el tipo penal con el cual podría encajar estos supuestos que conllevan la maternidad subrogada, es el siguiente:

“Supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil. - La persona que ilegalmente altere la identidad de una niña o niño; la sustituya por otra; entregue o consigne datos falsos o supuestos sobre un nacimiento; usurpe la legítima paternidad o maternidad de niña o niño o declare falsamente el fallecimiento de un recién nacido, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”⁷⁵

Pese a la presencia de esta disposición que en cierto modo podría amedrentar a quienes pretendan realizar la práctica, la imprecisión de esta respecto a la temática impulsa a la necesidad urgente que se desarrollen y establezcan los parámetros legales a fin de desarrollar la figura de la maternidad subrogada, y de este modo se precautele el respeto a la identidad de las personas, como bien jurídico tutelado.

3.5 La problemática del reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada.

Independientemente de los miramientos a favor o en contra de la maternidad subrogada, lo cierto es que ésta se lleva a cabo tanto fuera de los países como al interior de estos que se agrava aún más cuando no existe legislación en la materia, hecho que conlleva inseguridad jurídica al interior de los Estados y en el plano extraterritorial. “El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva se encuentra en crisis. Además de estos dos tipos filiales que observan características propias, la realidad nos pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida con una fuente independiente: la voluntad procreacional.”⁷⁶

⁷⁵ Ecuador, Código Penal, Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, art. 211

Sabemos que esta revolución biotecnológica impacta y resquebraja el ordenamiento jurídico local, pero debemos saber también que de dichas transgresiones se escapan de las realidades nacionales, “en efecto, la facilidad, sin perjuicio de la onerosidad, para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los estados que le otorgan efectos jurídicos ha incrementado los casos internacionales de gestación por sustitución”⁷⁷ Esta apertura mundial no es más que la consecuencia de la globalización, pues por ejemplo en los países cuya práctica es permitida o en aquellos como el nuestro que las leyes prefieren callar, los requirentes de un vientre alquilado o las mujeres que ofertan su útero pueden realizar su solicitud en las páginas web de las agencias de subrogación que antes precisamos para comenzar así el trámite, o simplemente por cuenta propia ofertar su útero y las personas acuciadas por ser padres, quienes ofrecen millonarias sumas a cambio de un vientre para gestar a su hijo.

La Conferencia de La Haya en las Jornadas ASADIP 2011, ha determinado que la maternidad subrogada es un negocio global. Con respecto a la maternidad subrogada el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya tomó nota de la complejidad de las cuestiones de derecho internacional privado derivadas del aumento de acuerdos transfronterizos de maternidad subrogada y acordó que las cuestiones de derecho internacional privado relativas a acuerdos de maternidad subrogada debían seguir siendo revisadas por la Oficina Permanente.

En efecto, la falta de regulación o la prohibición de dicha práctica en las legislaciones nacionales impulsan que se busquen nuevos paraguas legales que permitan la práctica fuera de sus esferas nacionales, lo que da lugar a la existencia de otro fenómeno denominado turismo procreativo o reproductivo. El tema de la globalización implica en ciertos sentidos una afectación a los regímenes jurídicos nacionales, por ejemplo, pues pese a que nuestro país contemplara la prohibición de esta práctica, causaría un problema jurídico para parejas o personas ecuatorianas que alquilen el útero de otra mujer en el exterior. La legislación del

⁷⁶ Luciana Scotti, autoría “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas” , Revista Pensar en Derecho de la UBA, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

⁷⁷ Ibidem

país determinará de quién es el hijo e incluso en ciertos casos la nacionalidad de este, sin embargo, de pretenderse inscribir al menor como hijo de ecuatorianos, existiría un conflicto.

“El caso internacional es tangible pero que no sobreabunda inferir que los países permisivos de la “maternidad subrogada” conviven con cierta hostilidad con los no permisivos”. La colisión entre ordenamientos aparece cuando se intenta trasladar la filiación y su inscripción, como así también la obtención de nacionalidad del niño nacido por maternidad subrogada. “Fundamentalmente, en el tema del derecho internacional privado, respecto a esta práctica son tres las cuestiones que se encuentran involucradas: el problema de la determinación de la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias.”⁷⁸

Con respecto a la maternidad subrogada hay que analizar la posibilidad que en ocasiones se acude para su realización a un país que la permita, pero con miras a hacer valer sus efectos con posterioridad en un país que lo prohíbe. En este sentido hablamos de la existencia de documentos estatales (por ejemplo, certificados de nacimiento) con existencia y validez legal en el país que los emitió, desde esta perspectiva se considera que estas cuestiones deberían resolverse desde dos planos: “respecto del reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras en primer lugar; y, en segundo término, la circulación internacional de los documentos extranjeros.”⁷⁹

En el ámbito internacional, los problemas no son pocos, de hecho, se plantean varias interrogantes, existiendo más dudas que certezas. En suma, frente a los casos de maternidad subrogada, ¿Cuáles problemas se derivan de esta cuestión: conflictos de migración, establecimiento de nacionalidad, casos de apátridas, cometimiento de delitos? ¿Es razonable aceptar la legalidad de la maternidad por sustitución de otros regímenes jurídicos del extranjero cuando el derecho nacional los prohíbe o no los regula?, bajo esta misma lógica ¿se podrá aceptar como válido un certificado de nacimiento emitido por el país en donde se realizó la práctica? En definitiva, ¿la solución sería un tratado internacional en la materia?; A pesar de resultar práctico, no sería lógico que un país en su legislación nacional prohíba esta cuestión, pero que a la vez tenga que reconocer como legal esa práctica llevada a cabo

⁷⁸ Rubén Santos, autoría “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella, El Dial.com Biblioteca Jurídica Online, https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-etalle.asp?id=6036&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=25/11/2011&indice=doctrina&suple=Privado

⁷⁹ Ibidem

en el extranjero por sus nacionales, únicamente fundados en el principio del *interés superior del niño*.

La mayoría de legislaciones que contemplan en su ordenamiento jurídico la realidad de la maternidad subrogada, y que desde sus distintos sistemas las permiten, las prohíben o la limita, no contienen normas específicas de Derecho Internacional Privado en la materia, sin embargo, en la India, uno de los países que se ha convertido en una sociedad de turismo reproductivo, el tema legislativo con normas a favor de la maternidad subrogada si contempla normas de Derecho Internacional Privado, por lo menos en cuanto a la nacionalidad, en este sentido la India no concede la nacionalidad de su país a los nacidos por estas técnicas.

“La normativa de la India tiene una particularidad: no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. A los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre –quien aportó el gameto masculino– y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogante” o “madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad adquiere el estatus de “apátrida”.⁸⁰

Aquí se genera un conflicto, pues qué pasaría si el país de donde provienen sus padres se prohíbe esta práctica y se niega a reconocer como hijo de ellos al niño. A parte de no poder establecerse la filiación, también en algunos casos se estaría dejando al niño en condición de apátrida.

Sin embargo, países como España, que tienen una legislación prohibitiva, ante la realidad planteada, y bajo ciertos requisitos, y en tutela del interés del menor, permite la inscripción de los hijos de sus nacionales producto de un vientre de alquiler realizado en el extranjero, evidentemente bajo el cumplimiento de una serie de requisitos formales, por ejemplo el hecho que los padres que pretenden fijar la filiación cuenten con un documento (certificado de nacimiento, resolución, sentencia decisión judicial del país donde se realizó la subrogación) con el objetivo que el Estado les pueda conceder el status de padres, pese a la prohibición interna existente.

Empero considero que el hecho que una pareja o una persona que busca a nivel internacional una madre subrogada, busca principalmente seguridad jurídica, aunque

⁸⁰ Luciana Scotti, autoría “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, Revista Pensar en Derecho de la UBA, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

evidentemente también esa búsqueda podría estar motivada por encontrar un precio módico, en razón de lo antes dicho, el contrato se realizaría en un país que permita su práctica y cuente con los mecanismos jurídicos necesarios para llevarla a cabo, y en donde en caso de arrepentimiento de entregar al bebé por parte de la madre gestante, el contrato sea plenamente exigible.

Pero por otro lado, lo que si genera una problemática es la pretensión de los padres de inscribir al menor en su país de origen, generalmente en el caso que la legislación del país en donde se llevó a cabo la subrogación no otorgue la nacionalidad al niño nacido en gestación por sustitución, como vimos en el caso de la India, y agravando más la hipótesis en el país de origen de los padres la práctica es prohibida, ocasionando así un serio problema para el derecho local que pese a contemplar la prohibición de la práctica tendría que resolver la situación ya antes generada. En el caso del Ecuador, y según lo prescribe la Constitución, podría pretenderse la naturalización del menor, por ser el niño hijo de padres ecuatorianos nacidos en el extranjero, pero en el supuesto que la maternidad subrogada llegare a contemplarse como una prohibición en la legislación nacional, en la ficción legal, el niño no sería hijo de dichos ecuatorianos, y por lo tanto no podría naturalizarse, y si fue éste negado la nacionalidad del país en donde nació bajo la figura de la maternidad subrogada, estaríamos frente al caso de un apátrida, materia que si atañe al Derecho Internacional Privado.

En el aspecto internacional, cuando personas de diferentes Estados celebran estos contratos, generan una preocupación para el mundo jurídico, en el caso del Derecho Internacional Privado, por ejemplo respecto a la situación jurídica de los menores que viven en el lugar de origen de sus padres y que están al cuidado de éstas personas, que son reconocidas como padres de acuerdo con unas leyes extranjeras y que las leyes nacionales solo les reconocería como tales desde el punto de vista de la función social que cumplen, pese a que en ciertas variables de la maternidad subrogada, incluso existiría relación genética. Estos nacionales encuentran problemas jurídicos para adquirir la calidad legal de padres del menor que ha sido concebido y ha nacido mediante el alquiler de un vientre en el extranjero.

Tales son los conflictos a nivel internacional que se generan por la práctica, que la primera Cámara Civil de la Corte de Casación de Francia expidió sentencias en 2011 sobre el reconocimiento en ese país del derecho de filiación, surgido de las convenciones celebradas en el extranjero y que tuvieron por objeto la gestación de un hijo por cuenta de un

tercero, aclarando que en dicho país se contempla la prohibición de las madres de alquiler. A continuación, exponemos uno de esos casos, para entender de mejor manera el panorama planteado traeremos a colación la historia de los Mennesson.

“El matrimonio francés formado por Sylvie y Dominique Mennesson, luego de varios intentos de fecundación in vitro en la madre gestante, procedimiento realizado en el Estado de California, finalmente en el mes de febrero del año 2000 se logra realizar la fecundación in vitro con los gametos del padre y un óvulo donado. La madre subrogante gesta dicho embrión. La Corte Suprema de California confiere el 14 de julio del año 2000 la calidad de padres a los esposos franceses en relación a los niños por nacer portados por la Sra. B en virtud de lo dispuesto por las leyes de ese Estado. En tal contexto nacen las gemelas Z y A en La Mesa (California) en octubre del 2000, asentándose como hijas del Sr. y las Sra. Mennesson, en las respectivas partidas, es de ese modo que el sistema jurídico californiano autoriza el procedimiento de gestación por terceros, bajo control judicial. El Sr. Mennesson solicita al consulado de Francia en Los Ángeles, la transcripción de las actas, pedido que es denegado al sospecharse que las gemelas habían nacido por medio de una maternidad subrogada, por lo que le es solicitado un certificado de nacimiento, e igualmente aducía el cónsul que los padres no eran residentes en EEUU. El matrimonio nada dice sobre su proceder y no aporta prueba física del parto de la esposa. La familia regresa a Francia en noviembre del 2000, y sus hijas portaban pasaportes norteamericanos. En Francia, en Nantes las actas de nacimiento son transcritas sobre los registros. Pero el cónsul francés en Los Ángeles envía a Francia una carta en la que afirma que personalmente se reunió con el Sr. Mennesson el 08 de noviembre 2000 y decidió suspender la ejecución de transcripción por motivos de sospecha de una tal adopción ilegal, que puede causar, entre otras cosas, una alteración del orden público. Desde el año 2001 las autoridades de justicia de Francia instauran en contra de los Mennesson una serie de procedimientos legales por la acción de gestación sustituta realizada en el extranjero, cuestión que las leyes francesas prohibían. Tras años de lucha y constantes apelaciones, el 06 de abril 2011, el Tribunal de Casación Francés niega de la transcripción del acta de nacimiento establecida en la ejecución de una sentencia extranjera sobre la base de molestia al orden público francés de esta decisión, cuando contiene disposiciones que ofenden los principios básicos de la legislación francesa, en el estado de derecho positivo, es contraria al principio de la no disponibilidad de estatuto personal, el principio fundamental de la legislación francesa, para llevar a cabo, en términos de filiación, un acuerdo para la gestación, aunque legal en el extranjero, sin embargo no priva a las niñas del linaje materno y paterno que la ley de California les reconoce ni les impide vivir con sus padres en Francia, no vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar de estos niños, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo en su propio interés, como lo garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño. Los jueces no toman en consideración lo dicho por el tribunal venido en grado, que había aducido la violación de la primacía de los intereses de los niños y la tranquilidad de las familias definidas por los acuerdos resultantes de la falta de una transcripción del nacimiento que adquirió regularidad en el extranjero. Los Mennesson decidieron llevar el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El 12 de febrero del 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite a trámite la solicitud de la familia Mennesson y se notifica al gobierno francés. Basándose su denuncia en lo previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención, el primero al no permitir el desarrollo del vínculo familiar y el Artículo. 14, al tratarlos de manera diferente a la de otros infantes sólo por haber nacido en ejecución de una convención de alquiler de vientre, privándoles de la nacionalidad de sus padres. Los Mennesson comenzaron su duodécimo año de litigio. Ellos son la única pareja que ha sido llevado ante

la justicia, tanto en el derecho penal y el derecho civil, mientras que un centenar de parejas francesas hacen todos los años el mismo enfoque en el extranjero.”⁸¹

Como vemos la problemática de la maternidad subrogada para el Derecho Internacional Privado, se manifiesta en relación con las sentencias judiciales emitidas en otros países y el conflicto con el derecho nacional para reconocer y ejecutar esas sentencias, como vimos en el caso de los Mennesson. La legislación nacional entra en conflicto, pudiendo afectar intereses generales de orden público o afectando situaciones privadas y serán estas últimas las que emplacen el Derecho Internacional Privado, materia que actualmente en el asunto de Maternidad Subrogada no tiene ningún instrumento especial para resolver las cuestiones que pudieren generarse.

Como puede observarse los problemas no son pocos, en el supuesto anteriormente expuesto, al ser rechazada la inscripción de las gemelas como hijas de la pareja, pese al vínculo filial estar reconocido en un documento legal otorgado por las autoridades de California, el hecho que las niñas vivan en Francia y dicho Estado no reconozca la relación filial generaría conflictos de convivencia social y legal a la larga, complicando la vida de dicha familia, por ejemplo, cuando los padres tengan que dar un consentimiento informado para una operación quirúrgica vital para los hijos y que tengan que demostrar ser los padres (en donde para el orden francés la partida de nacimiento californiana de maternidad subrogada no será válida, por estar prohibida y además atentar contra el orden público nacional). Si bien es cierto es válida la postura de que este choque jurídico está afectando gravemente la situación de desarrollo normal de las gemelas se evidenciaría adicionalmente una cuestión de discriminación por el origen de su nacimiento.

En fin, son descomunales las problemáticas generadas en torno a esta anómala situación, evidenciamos pues que trasciende las fronteras de los regímenes nacionales, y que los problemas se agravan aún más. Si bien no se puede controlar lo que pase en otras esferas y realidades, y que es también inevitable que los nacionales de un país en que determinada conducta es prohibida busquen la legalidad de esta en otras latitudes, es necesario que los Estados desarrollen legislación nacional en la materia. Por su parte en un tema de más amplio

⁸¹ C.L.A.R.A. “Comité de soutien pour la Légalisation de la GPA (Gestation Pour Autrui) et l’Aide à la Reproduction Assistée.” <http://claradoc.gpa.free.fr>

espectro, sería importante también determinar en qué medida un Tratado Internacional podría remediar estas situaciones. Respecto al vacío de ley de los países en el tema de la práctica subrogada, no es la alternativa más viable ni racional, significa fingir y creer que el fenómeno no existe, asumiendo así una visión ambigua y abandonada a la indiferencia en relación con la práctica.

3.6 La filiación respecto al principio del interés superior del niño y los derechos en pugna

El principio de interés superior del niño contemplado en nuestra Constitución⁸² y en los distintos Tratados y Convenios Internacionales en la materia, si bien es un principio que ha sido desarrollado por la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional⁸³ no ha dejado de ser un concepto indeterminado y sobre todo de compleja aplicación al momento de aterrizarlo sobre casos concretos de distintos contenidos, de ahí el reto y la compleja tarea de considerarlo en unas sus más complejas aristas como principio garantista y principio de ponderación necesariamente en concreto.

Para las cuestiones de maternidad subrogada y la problemática derivada de la filiación, no podemos desatender este conflicto del interés superior del niño.

“Se invoca el interés del menor a la hora de determinar debidamente su filiación para que éste goce de los derechos inherentes a la misma, pero... no necesariamente redundan en interés del menor que la filiación se determine a favor del padre o madre comitente en un contrato

⁸² Art. 44 Constitución de la República del Ecuador.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

⁸³ El Comité de los Derechos del Niño de la ONU interpretando este principio ha propuesto una serie de objetivos, estructuras y correlación con otros derechos y en correspondencia al “interés del niño” manifiesta: El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos. El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos. Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño. Ello implica que los Estados tienen la obligación de aclarar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos los que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

de maternidad subrogada. En efecto, nadie se ocupa de los requisitos exigibles a los padres comitentes, de su idoneidad, como sí ocurre, sin embargo, en los procedimientos de adopción, cuyas reglas se suelen invocar para que sean aplicadas analógicamente al contrato de gestación de sustitución. Y la capacidad de los comitentes para asumir las responsabilidades y deberes que comporta la paternidad, su capacidad económica o sus características psicológicas no son precisamente triviales para el interés del menor...⁸⁴

La problemática entre filiación en maternidad subrogada y el interés superior del niño no deben ser concebidas como cuestiones contrapuestas sino más bien correlacionadas, en conflicto en este sentido radica en la complejidad de los conceptos y la imposibilidad en términos de abstracción de prever y ofrecer soluciones a los distintos casos que podrían derivarse del ejercicio de maternidad subrogada y la filiación. Es en este sentido que volvemos a cuestionarnos sobre la existencia de un derecho ius fundamental a la maternidad, el elemento volitivo como fuente de filiación en esta moderna forma de maternidad y la observancia del principio del interés superior del niño, y en aras de ese interés del menor a favor de cuál de los intervinientes le es correlativo la filiación respecto de ese niño.

En definitiva, la cuestión de subrogación materna y el interés superior del niño, dada la abstracción de la problemática y en consonancia con la realidad actual resulta a todas luces que la mayor preocupación respecto a los menores, radica principalmente en la inobservancia y el riesgo actual de vulnerar los derechos que contienen el principio del interés superior del menor en el no hacer por parte del Estado desde la carencia de desarrollo normativo necesario, pues la falta de legislación provoca por una parte una situación de inseguridad jurídica para los intervinientes en la práctica y más aún la situación asemejada a un limbo en la que se coloca la determinación de filiación del menor, y es precisamente en observancia del principio invocado que el juez deberá resolver en función de éste y hacer que los derechos de los otros sujetos involucrados deban ceder, nuevamente precisando que estas cuestiones serán definidas por las circunstancias del caso en concreto, en este sentido la Corte IDH ha dicho:

“...la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o

⁸⁴ Universidad de Valencia. “*El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada*”. Ana Paz Garibo Peyró, España. 15 de julio de 2019. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>

consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia...”⁸⁵

Otra complicación derivada de esta situación de indeterminación consiste en pensar cuál será el destino de ese menor mientras el caso se resuelve o quién/quienes tendrán a cargo el niño durante ese proceso, en este sentido la CIDH, evidencia otra problemática derivada de los lazos de afecto desarrollados durante la convivencia general con los menores en casos de custodia, así:

“...el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños...”⁸⁶

De los elementos problematizados y en relación con los contratos de subrogación y apartándonos de miramientos a favor o en contra de estos acuerdos o de su choque con nuestra realidad positiva, lo que verdaderamente resulta preocupante son los derechos en pugna que se encuentran de por medio y la imposibilidad fáctica que estos acuerdos contemplen el abanico de posibilidades que pueden suscitarse y que en caso de controversia deberán ser resueltos por jueces en observancia del principio del interés superior pero sobre la base de casos concretos pues existe indudablemente una problematización respecto a los derechos involucrados cuyas dimensiones son de inimaginables proyecciones que no pueden preverse ni mucho menos resolverse en abstracto.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párr. 109, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Forneron e Hijas Vs. Argentina, 27 de abril de 2012, párr. 52, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Capítulo Cuatro: La maternidad Subrogada en el marco de la Constitución Ecuatoriana: derechos involucrados

Como se expresó anteriormente no existe norma que disponga taxativamente la prohibición de tal práctica, ni sanciona a quienes llevaran a cabo estas técnicas reproductivas, pero debemos entender que esta moderna forma de maternidad no encaja con facilidad en nuestro marco constitucional. Este silencio de la norma demuestra por parte del legislador un escaso compromiso con los derechos fundamentales y con los valores constitucionales entendidos como un conjunto indivisible e interdependiente, los cuales están presentes en estas prácticas de medicina reproductiva.

En efecto, en la cuestión de la gestación por subrogación, se confrontan derechos, que necesariamente deben ser analizados desde la perspectiva constitucional, sobre esta base y en relación con la práctica podemos considerar cuestiones como derechos de libertad, la disponibilidad del cuerpo humano (ante la posible comercialización de este o de la capacidad gestadora de la mujer), derechos reproductivos, derechos de los niños y niñas, derechos de identidad, entre otros derechos conexos.

Al valorar el aspecto humano, es inevitable pensar en los derechos constitucionales relacionados con las prácticas de la reproducción humana asistida, en el caso de la maternidad subrogada se involucran cuestiones derivadas de los derechos de las mujeres gestantes, los derechos reproductivos de los solicitantes y por otra parte están los derechos de los seres no autónomos de este fenómeno, los niños producto de esta práctica. En la actualidad se ha pretendido configurar la existencia del derecho al hijo basado en el deseo de ser padres y ejercer su derecho a la procreación, en algunos casos desafiando a la naturaleza y al mundo jurídico.

4.1 El derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

La Constitución ecuatoriana ha establecido que las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás⁸⁷, es decir que podemos hacer o dejar de hacer lo que deseemos, pero con observancia al ordenamiento

⁸⁷ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 5.

jurídico y el respeto de los derechos de las demás personas, considerando en este sentido la premisa que el derecho de uno termina cuando empieza el de los demás, en este sentido la Corte Constitucional ha expresado:

“En cuanto al límite del derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto es, el derecho ajeno, opera, en cuanto la dinámica de la expresión personal vulnera directamente derechos constitucionales de terceros. Sin embargo, ha de entenderse que la libertad de autodeterminar la personalidad e identidad, per se, no transgrede derecho constitucional alguno, sino más bien constituye esencia misma de la dignidad humana. Lo contrario sería legitimar un sistema por el cual, el Estado, mediante regulaciones infra constitucionales-directa o indirectamente-anulen y desconozcan la personalidad e identidad de un sujeto o colectivo. Así, la identidad personal en cuanto libertad de un ente de autodeterminar y desarrollarse, constituye un límite de intervención para el Estado así, como un deber de protección frente a posibles trasgresiones de instituciones públicas o privados.”⁸⁸

En cuanto al contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad la Corte Constitucional del Ecuador lo ha considerado como aquel “derecho que posee todo ser humano de autodeterminarse, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, y deseos. Responde a la facultad que poseen las personas para poder expresar su personalidad, acorde con sus propios y únicos ideales.”⁸⁹

“Este derecho fundamental no consiste en el derecho a hacer lo que es bueno, lo que es razonable o lo que es necesario. La libertad que protege este derecho es una libertad negativa, que consiste en hacer o dejar de hacer lo que se quiera, sin intromisiones externas del Estado o particulares. En este sentido, la Constitución no acoge doctrinas paternalistas o perfeccionistas que constriñen a las personas a optar por el bien y que, por demás, son incompatibles con las libertades constitucionales. Como bien lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, “no corresponde al Estado ni a la sociedad, sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos y modelos de realización personal (*T-516 de 1998*)”.⁹⁰

El derecho al libre desarrollo de la personalidad implica las decisiones sobre las cuales cada individuo puede tomar respecto a su persona, a su proyecto de vida, su libertad de acción que iría desde decisiones tan simples como la de preferir qué tipo de alimentación mantener durante su vida o elegir sobre su orientación sexual, es decir el libre albedrío de todas sus

⁸⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso No: 0288-12-EP*, 18 de mayo del 2017.

⁸⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso No: 0288-12-EP*, 18 de mayo del 2017.

⁹⁰ Eduardo Prats, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad”, *Hoy Digital*, 04 de septiembre de 2015, párr. 2, <http://hoy.com.do/el-derecho-al-libre-desarrollo-de-la-personalidad/>

actuaciones individuales, desde las más simples hasta las más complejas, siempre que éstas no atañen a derechos de terceros.

“En definitiva, estamos ante derechos que suponen el desarrollo y proyección de la persona. Se trata de un grupo de derechos y libertades que se pueden denominar de ámbito personal, porque atienden a todas sus esferas y manifestaciones de la persona, es decir, corporal, psíquica y espiritual. En razón de esta circunstancia, todo ser humano, debe poseer una esfera de actividad personal, que ejerza de modo individual y que debe estar protegida frente a todo poder extremo.”⁹¹

En la maternidad subrogada este derecho de libertad consagrado en la Constitución debe considerarse desde la cuestión de la disponibilidad del cuerpo, la libertad y las limitaciones a esa libertad. “Es decir, este derecho permite al titular poder decidir sobre la disponibilidad de su propio cuerpo. Sin embargo, ello nos puede llevar a formularnos las siguientes preguntas ¿esta disponibilidad debe tener un límite? ¿La mujer gestante dona su cuerpo y su capacidad de gestar?”⁹². En el aspecto de la disponibilidad del cuerpo como derecho derivado del libre desarrollo de la personalidad surgen planteamientos basados en la cuestión de la dignidad humana la misma que limitaría ese derecho de disponer el cuerpo con absoluta libertad hasta el punto de llegar a instrumentarlo.

“La dignidad puede ser descrita como un concepto normativo, y como tal puede ser usado para justificar los derechos humanos. De las dos dimensiones que pueden distinguirse en la noción normativa de dignidad: una contempla la dignidad como fundamento último de los derechos; en este sentido la dignidad señala el límite de la moral y ordena no tratar a los demás exclusivamente como medios; la otra, es la que se traduce en derechos fundamentales concretos, que pueden ser ponderados con otros. La primera dimensión se basa en la segunda formulación del imperativo categórico que prohíbe instrumentalizar al ser humano: «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio»¹⁰. Manuel Atienza señala la importancia del adverbio solamente: «Si la prohibición de instrumentalizar un ser humano, la obligación de respetar su dignidad se entiende como debe entenderse (no que esté prohibido tratar a otro o sí mismo como un medio, sino sólo como un medio), se comprende que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad». Sin embargo, me pregunto, como qué otra cosa se trata a una mujer que gesta para otra persona o personas sino como un medio para satisfacer los deseos de las personas que le hacen el encargo a la gestante, es decir, como un instrumento, y sólo como un instrumento.”⁹³

⁹¹ Aránzazu Bartolomé, “Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, España, 13 de diciembre de 2017, núm. 06, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BiUfLF5RGP8J:https://revistas.upcomillas.es/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/download/8113/7996+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-d>

⁹² *Ibíd*em

⁹³ Ana Marrades Puig, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de Derechos”, *Universidad de Deusto*, España, enero-junio de 2017, núm. 219-241. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:VtxArG8fyi0J:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6129170.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec>

Bajo este criterio, desarrollaremos la cuestión de los derechos de libertad en la maternidad subrogada, partiendo de la consideración de la disponibilidad del cuerpo humano que implica esta práctica, los criterios que apoyan este principio, y los que rechazan la libertad de la mujer de decidir sobre su cuerpo para intervenirlo en estas prácticas.

“Carmel Shalev (1992) admite, como sostienen muchas feministas, que en el contexto social actual las TRA han aumentado el control de los hombres sobre los procesos reproductivos, disminuyendo el que tradicionalmente tenían las mujeres sobre ellos. Pero cree que éstas contienen también elementos liberadores al permitir, siguiendo a Roberston, ir más allá del derecho a reproducirse o no, que habían introducido los métodos anticonceptivos. Está a favor de la maternidad por sustitución porque en ella percibe un elemento liberador al refutar la cultura patriarcal: la madre subrogada engendra fuera del vínculo conyugal, rompe la conexión entre maternidad biológica y maternidad social y permite participar a las mujeres en la economía de mercado por medio del embarazo como un trabajo remunerado. Oponerse a ella es negar a las mujeres su autonomía y mantenerlas en una visión tradicional de la maternidad como un acto altruista y desinteresado. Pero no sólo se limita la autonomía y la responsabilidad de las mujeres cuando se prohíbe celebrar contratos de subrogación. Se actúa de forma paternalista cuando se permite que las mujeres gestantes vulneren el acuerdo inicial alegando que ello se justifica en el instinto materno que se desencadena de forma natural durante la gestación y el parto (Shalev, 1992, p. 126). Para Carol Pateman (1995), sin embargo, el contrato de sustitución no es una vía para el reconocimiento de la autonomía de las mujeres. Más bien lo contrario. Éste no es más que una nueva forma del contrato sexual, una nueva forma de acceso y uso de las mujeres por parte de los hombres. Le parece especialmente sospechoso, cuando se dice que es un servicio que una mujer presta a otra mujer, que no se vea especialmente problemática la forma en la que los hombres participan en el contrato y que significa la solicitud de este servicio.”⁹⁴

De los razonamientos antes traídos a colación, evidenciamos que el cuerpo humano, su comercialización y disponibilidad, son cuestiones de gran debate, y en la maternidad subrogada se discute la cuestión el hecho si el cuerpo de la mujer puede ser tratado como un objeto de convención, transacción, venta; hecho que para muchos doctrinarios y opositores de la práctica se constituye en una instrumentalización del ser humano. Adicionalmente existen posiciones las cuales consideran que no es únicamente el cuerpo de la mujer el que interviene en este proceso, sino también involucra su capacidad gestadora, y algunos tratadistas consideran que “la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima.”⁹⁵

“Creemos que al amparo de la ausencia legislativa en torno a esta práctica reproductiva, los defensores de la postura de que esta técnica se expresa en un contrato, se han equivocado al

⁹⁴ Juan Cruz Parceró, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México D.F: Corte Suprema de Justicia de la Nación Fontamara, 2010), 174

⁹⁵ Ramírez, Rosa. 1987. “Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana, Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas”, en *Revista General del Derecho*, pág. 6564.

pensar que la maternidad sustituta puede calificarse como un acto patrimonial, entre ciudadanos que están en la posibilidad de crear su propia ley con el simple acuerdo de voluntades que plasmen en un papel, revestido de una aparente legalidad. Al respecto, pensamos que el ser humano tiene sobre su propio cuerpo la libre disposición, considerándolo como un todo a través del cual se relaciona, camina, habla, observa, siente; pero que nadie puede aparecer como dueño de sus propios miembros que necesita para ser lo que es. Es decir, consideramos que nadie puede vender un riñón, el hígado, un pedazo de piel, un ojo; a pesar que sabemos que algunos órganos son comerciados en el mercado negro por personas que ven en ello un *modus vivendi*, pero podemos afirmar sin duda, que una vez que lo han realizado, no son ya las mismas personas, ni su cuerpo tiene la misma capacidad que originalmente tenía. Lo anterior nos ayuda a entender que las partes de nuestro cuerpo jamás pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo patrimonial, ni dicho acuerdo puede ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, en virtud de que un elemento que nos distingue y nos da la categoría de personas es un cuerpo físico, y por tanto como elemento de la personalidad, el cuerpo humano o cualquiera de sus componentes en ningún momento puede ser objeto de contrato, sólo puede ser sujeto de derecho.”⁹⁶

En la medida en que este principio de indisponibilidad del cuerpo es discutido, rechazado, con posturas que propugnan la libertad femenina sobre las decisiones en su cuerpo, se debe tomar en consideración que el problema de la falta de regulación conduce a generar potenciales nuevas formas de esclavitud.

“Se inaugura una nueva clase de servidumbre humana: la de las mujeres con la suficiente capacidad física para llevar adelante embarazos y partos y la suficiente necesidad económica para negociar sus vientres, o la suficiente estupidez para creer que el paso del niño por sus cuerpos es algo perfectamente controlable y neutro, al igual que una tintura en los cabellos, sin provocar ninguna reacción psicológica, afectiva o traumática inesperada. (Tal el caso de “Baby M.”). Son tratadas como incubadoras humanas. Actualmente, el derecho ofrece escasas pautas que permitan guiarnos en relación con los reclamos hechos por la que concibe y gesta el niño. Y también se inaugura una nueva clase de explotadores: a) la de aquellos que para satisfacer sus deseos de paternidad, no vacilan en utilizar un vientre ajeno a cambio de unos pesos para tener un hijo, sin tomar en cuenta, que ese vientre pertenece a una mujer (que no funciona por separado del resto de su integridad física, espiritual y moral), que además de su dignidad de persona, tiene sentimientos, que se alteran durante el embarazo por los naturales cambios que la maternidad ocasiona en la condición femenina, y b) la de los infaltables gestores o intermediarios que verán un fructífero negocio, aún menos riesgoso que la compra-venta de bebés nacidos.”⁹⁷

Sin embargo, desde esta consideración mercantilista en las técnicas de reproducción humana, no es la mujer que renta su útero la única que dispone de su cuerpo, sino también el caso de aportes de gametos de terceros implica disponer de partes del cuerpo humano como

⁹⁶ Dina Rodríguez López “Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, El útero como objeto de contrato”, Revista de Derecho Privado UNAM, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>.

⁹⁷ Matozzo de Romualdi, Liliana. 1999. “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”. Revista de Derecho ED 181

si fueran objetos, más allá de todo esto, el niño que es el fin de esta práctica podría considerarse también como un objeto transaccional. “Un pacto como el referido se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato.”⁹⁸

En este orden de ideas, y acercándonos al ámbito que nos preocupa, lo que está en juego en los fenómenos de la biotecnología es la esencia del ser humano como sujeto y ese empuje a ser considerado como objeto, y estas nuevas tecnologías crean las condiciones que en la actualidad hacen que la persona humana comience a ser vista como una cosa, que puede ser modelada por la técnica, dejando de ser un sujeto para convertirse en objeto. “La medicina de la procreación nos concibe y nos habla como seres de ‘puro cuerpo’, hechos de sustancias.”⁹⁹

Se ha venido condensando a lo largo de esta investigación que la maternidad subrogada entra en conflicto con algunos derechos. “La maternidad es literalmente descuartizada, debido a que se la transforma en una actividad económicamente rentable y desde la ética es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame”¹⁰⁰.

Con las consideraciones antes esgrimidas, se puede pensar que el alquiler de vientres en todas sus acepciones y modalidades constituye una distorsión de la maternidad y que da lugar a un manejo indiscriminado del cuerpo de la mujer. En 1983 el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido, se opuso a la práctica de estos métodos, argumentando los serios trastornos emocionales que pueden sufrir las mujeres sujetas a los mismos, al no poder predecirse sus actitudes respecto a los niños alumbrados bajo esta modalidad de alquiler, refiriéndose específicamente a la relación biofísica que se crea en el periodo de gestación entre la madre y el niño. “¿No se rebaja entonces a cumplir

⁹⁸ María de Jesús Moro, Aspectos Civiles de filiación en la fecundación artificial (Barcelona: Bosh, 1988), 264

⁹⁹ Marie Magdeleine Chatel, El malestar en la procreación (Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1996), 60

¹⁰⁰ Mirta Videla, Los derechos humanos en la bioética: nacer, vivir, enfermar y morir (Buenos Aires: Ad-hoc, 1999), 159.

el papel de simple “herramienta de producción”, de una suerte de “incubadora viviente”, puesto que pone a disposición de terceras personas lo más íntimo de su ser, lo que, en el fondo, la distingue como mujer: su capacidad gestacional? Por este medio ¿no se niega ella misma como persona?”¹⁰¹

Volviendo a la cuestión de comercialización de estas prácticas, la gestación por sustitución, en la mayoría de los casos supone la utilización de las mujeres de economía baja por las de una posición elevada, transformando a la subrogación maternal en una opción laboral. Si bien la subrogación se convierte para la madre gestante en una opción laboral, un ingreso económico para ellas y sus familiares, esta finalidad generadora de un ingreso provocaría a su vez una cadena de explotación, propiciando a que terceros pretendan utilizar a una mujer para que ésta rente su útero y ser este tercero el beneficiario de dicho ingreso. En sentido contrario, la cuestión altruista también tiene un gran justificante en el sentido de permitir la práctica, entre algunos criterios se expresa que:

“Dejando absolutamente de lado cuestiones económicas, ¿por qué no puedo gestar un hijo o hija que mi prima, que es estéril, no puede gestar por cuestiones de salud? ¿No es lícito y hasta bonito, según dicen algunas, hacer realidad el deseo de ser madre o padre de otras personas? ¿Queremos prohibir eso? Y Aunque estas mujeres sean, según las firmantes, “minoría”, ¿quiénes somos nosotras para decidir por ellas?”¹⁰²

Pero, si consideramos una concepción mucho más amplia, deberemos identificar que a consecuencia del denominado turismo reproductivo y del fenómeno de la globalización, la maternidad subrogada implicará posiblemente el alquiler de los úteros de las mujeres de los países subdesarrollados, por las personas de países desarrollados.

El caso de la India es una situación palpable de la realidad creada por el turismo procreativo. Por tal razón para muchos doctrinarios esta práctica “resulta a todas luces indeseable por la instrumentalización a que se somete a la mujer”.¹⁰³

“La serie de aberraciones que todo ello supone y qué tipo de sociedad humana puede plasmarse a poco que el egoísmo latente en todo ser aflore en las mujeres que por la potencia de sus medios económicos decidan eximirse de las cargas de la maternidad desplazándolas sobre las nuevas esclavas portadoras en sus senos de los hijos ajenos, a cambio de la

¹⁰¹ Roberto Andorno, *Bioética y dignidad de la persona* (Madrid: Tecnos, 1998), 142.

¹⁰² Emilia Arias, “¿Mi útero, mi decisión? Maternidad subrogada, prostitución y aborto”, *El diario.es*, 26 de junio del 2015, párr. 9 https://www.eldiario.es/pikara/Claro-Nosomosvasijas-Maternidad-subrogada-prostitucion_6_402519750.html

¹⁰³ Jaime. Vidal, “La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español”, *La maternidad subrogada (gestación por sustitución)*, Eduardo, Sambrizzi. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>

superación de su indigencia: ¡he ahí la prostitución de la maternidad transitoria con todo el cortejo degradante de los comisionistas y de los auxiliares profesionales!”.¹⁰⁴

Aquí la libertad propugnada, el principio de autodeterminación de la persona humana, o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que busca ser ejercida sin ningún límite, al parecer no es tan amplia como pretenden justificar quienes defienden la práctica, en algunos casos la libertad o autodeterminación se encuentra limitada, pues la voluntad de la mujer que compromete su vientre está social y económicamente viciada, incluso en el caso de no existir pago dinerario se contempla la posibilidad que esa voluntad pueda en algunos casos estar influenciada por presiones familiares. Independientemente que el móvil sea altruista, el factor dinerario siempre estará presente en estas prácticas, en este contexto, peor aún la mujer gestante sería la única que no cobra y su vientre estará siendo utilizado deliberadamente por los profesionales médicos, así como las agencias de maternidad subrogada.

En base a las consideraciones antes esgrimidas, el defendido derecho a la autodeterminación estaría siendo negado por las mismas mujeres que defienden su derecho de libertad, pues en tanto existan mujeres quienes tengan que ofertar sus úteros, y este hecho las conlleve a convertirse en fábricas de bebés para encontrar un modo alternativo de sobrevivencia, la escudada libertad estará viciada. Sin embargo, en contrario sentido y considerando la disponibilidad de la capacidad reproductiva se ha manifestado que:

“Al igual que ocurre con la prostitución, vemos que los valores morales de algunas personas entran en colisión con la libertad de decidir sobre los cuerpos de otras. ¿Por qué si puedo vender fuerza de trabajo, no puedo vender mi capacidad reproductora? Rechazando la lógica neoliberal pero aceptando el hecho de que vivimos en un mundo en el que, desgraciadamente, debo trabajar o hacer algo a cambio de dinero para subsistir.”¹⁰⁵

Por otro lado, el procedimiento necesariamente involucra la salud física de la gestante, pero además su integridad psíquica, pues el hecho de llevar en su seno nueve meses a una criatura y vivir ese tiempo con la conciencia que tiene que entregarlo después, pretendiendo que durante el tiempo de la gestación no hubo ningún vínculo emocional, no debe ser fácil de superar. Y es innegable que el factor emocional de generar cariño, apego, amor de madre

¹⁰⁴ Jorge Llambias, *La fecundación humana in vitro* (Buenos Aires: T 79, 1999), 120.

¹⁰⁵ Emilia Arias, “¿Mi útero, mi decisión? Maternidad subrogada, prostitución y aborto”, *El diario.es*, 26 de junio del 2015, párr.8 https://www.eldiario.es/pikara/Claro-Nosomosvasijas-Maternidad-subrogada-prostitucion_6_402519750.html

con la criatura en su vientre es lo que ha suscitado que muchas gestantes luego no quieran entregar al bebé como pactaron en un inicio. En este sentido la mujer gestante debe deshacerse de su hijo por obligación con tanta facilidad y evitando aceptar que necesariamente existen consecuencias psicológicas y emocionales, incluso en el menor que está siendo gestado.

“El cuerpo de una mujer que va a ser sometida a técnicas de fecundación humana asistida se transforma en campo de batalla y de encarnizamiento. En campo de ensayo para probar un nuevo éxito de la tecnología, el cuerpo es un ámbito de atosigamiento hormonal, un refugio alejado de intimidad. Significa inyecciones en distintas partes del cuerpo diariamente y muchas veces más de una. Los glúteos que se resisten a tantos pinchazos y marcas y el encarnizamiento que no para. Sólo se trata de atenuar el sufrimiento pensando en que la lucha es por un futuro feliz. El cuerpo se hincha, produce exceso de óvulos maduros (en el mejor de los casos), los ovarios se transforman en racimos de uvas hasta que llega el día en que los óvulos están listos para ser extraídos. Entonces, después, vendrá otra tanda de inyecciones para preparar el endometrio para recibir al huevo que pueda llegar a anidarse. Si todo va bien y los óvulos son fecundados por los espermatozoides, y si se forman los huevos que darán lugar a los blastocitos, entonces llegará el día de la transferencia embrionaria, y el reposo, y la angustia. El cuerpo de la mujer no sólo se expone a bombas hormonales que lo alteran físicamente, también ella atraviesa un proceso psicológico emocional muy caro, pero de eso, la medicina de la procreación casi no se ocupa, dudas, incertidumbre, ilusiones, proyecciones... y hasta el sentimiento de considerarse la responsable absoluta por el futuro de esos embriones. En ese momento, ella es un mero instrumento reproductivo, un medio para.”¹⁰⁶

Las posiciones feministas en contrario sensu argumentan su defensa demostrando que los usos de la medicina reproductiva conllevan a dar fuerza al rol reproductor de la mujer. Hecho que como vimos no es tan libre, sino que más bien acepta una modernísima forma de esclavitud en algunos casos. Este criterio expresado no significa una posición aberrante a la ciencia ni a la tecnología, la cuestión que preocupa es el control que esta ciencia y terceras personas (médicos, contratantes, laboratorios, agencias de maternidad subrogada) ejercen sobre la mujer, hechos que se agudizan más al no existir legislación en la materia. En el procedimiento de estas prácticas la mujer experimenta una falta de autonomía, pues “la madre portadora se disocia de sus sentimientos y de su propio cuerpo al que reduce a un medio que deviene en una máquina”¹⁰⁷ La mujer que ofrece su cuerpo, frente a estas prácticas

¹⁰⁶Mariana Winocur, El mandato cultural de la maternidad. El Cuerpo y el Deseo frente a la imposibilidad de embarazarse. (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012), 57-58.

¹⁰⁷ David Le Breton, Antropología del Cuerpo y Modernidad. (Buenos Aires: Nueva Visión, 1995), 126.

inexorablemente negocia una parte de sí misma, quedando así su integridad humana disociada.

Por otra parte, se debe considerar también el hecho que en la mayoría de los contratos se imponen en el caso de malformación del niño, la gestante *tiene que abortar*, cabe cuestionarnos ¿qué sucede en caso de que la gestante se niegue a abortar? ¿Puede ser obligada? Evidenciamos en este sentido, y en el caso concreto que se ha planteado, que la maternidad subrogada podría incluso rondar alrededor de tipos delictivos como la práctica de un aborto, o incurriendo en falsificación de documentos para configurar la filiación, a fin de justificar la entrega del niño. “En definitiva, en el caso de una gestación subrogada ¿la gestante realmente ejerce por sí misma el derecho a su integridad física o psíquica o no es más que una cooperadora necesaria para que los padres intención cumplan su deseo de ser padres?”¹⁰⁸

“Vemos no son pocas las cuestiones que esta situación apareja y que atañen a los derechos de la personalidad de la gestante y que van más allá que la mera gestación y entrega el bebé nacido, dado que ¿la gestante no es más que una cooperadora necesaria para que los padres de intención cumplan su deseo de ser padres, lo que supone vulnerar su integridad física y psíquica?”¹⁰⁹. Sin embargo, es pertinente también tomar en cuenta que el derecho al libre desarrollo de la personalidad está limitado a respetar el derecho de los demás, en este punto es importante analizar la situación de los niños producto de esta práctica.

En la maternidad subrogada, la vida de este nuevo ser desde un inicio ya ha sido intervenida, violada de su privacidad y naturalidad, lo que en muchos casos se condensa en la denominada manipulación embrionaria, que en algunos casos incluso busca cumplir con las exigencias de que el nuevo ser tenga condiciones específicas, que sea de *calidad*, desechando lo defectuoso. “No existirá la sorpresa del nuevo niño. Se observará su desarrollo con ojos inquisidores y más aún sus imperfecciones físicas quedarán al descubierto, lo que

¹⁰⁸ Aránzazu Bartolomé, “Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data”, Revista Iberoamericana de Bioética, España, 13 de diciembre de 2017, núm. 06, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BiUfLF5RGP8J:https://revistas.upcomillas.es/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/download/8113/7996+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-d>

¹⁰⁹ *Ibidem*

permitirá que inescrupulosos defensores de la calidad de vida decidan que no deba nacer, y sea destinado para repuesto de otros seres humanos o experimentación.”¹¹⁰

Debemos tomar en consideración que el proceso de la maternidad subrogada se vale de las técnicas de procreación asistida, en el caso de la fecundación in vitro, se realizará de manera extracorpórea, en la inseminación artificial, el semen del progenitor será introducido en la madre gestante, todos estos procesos significan manipulación, operación, manejo de material humano, desde su origen el niño ya ha sido intervenido para satisfacer la voluntad de sus padres auxiliados de la ciencia. “No debe sorprender, entonces, que rápidamente se hayan integrado en la medicina reproductiva todas las medidas y criterios que son propios de un proceso de producción: selección o control de calidad (se desechan embriones que no sirven); almacenaje para disminuir costos (criopreservación de embriones); multiplicación de oportunidades (multitransferencia embrionaria).”¹¹¹

En este orden de ideas, pareciere que la pretensión de la ciencia y en satisfacción de los deseos de los padres, es que el niño sea considerado en toda su creación como un producto y bajo este requerimiento se busca justificar la manipulación embrionaria para generar un *producto de calidad*. En este caso, los embriones vienen a formar parte del proceso de producción, en un algo de la procreación, desnudo de su *alguien* de su calidad de *quien*, estas prácticas lo condensan como objeto, no como un sujeto de derechos; y bajo esa concepción tácita de cosa se permite aprehenderlo como un objeto, susceptible de ser ejercido por otra persona, tal como si se tratara de un objeto. El niño desde su creación (no natural) ha sido tratado como un objeto para satisfacer el deseo de sus padres.

De lo antes planteado se puede acarrear una serie de conflictos, respecto a la problemática aún no resuelta sobre el estatuto del embrión humano, en el sentido que muchos advierten la existencia de un preembrión y que este algo no es protegido, es decir pudiera quedar excluido de la tutela de los derechos fundamentales que le son reconocidos y asegurados a todas las personas. Existe la tesis relacionada al embrión y al problema del cuestionamiento sobre cuando inicia la vida, y se ha dicho que existe vida desde el instante

¹¹⁰ Matozzo de Romualdi, Liliana. 1999. “Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada. ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?”. Revista de Derecho ED 181

¹¹¹ Corral, Hernán. 1994. “Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano”, Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, pág. 48

de la unión de las células reproductoras masculina y femenina, incluyendo por consiguiente todas aquellas etapas previas a la anidación de este nuevo ser en el útero materno, por lo que el ser humano debe ser respetado y tratado como tal desde el instante primero de su concepción y es a partir de ese momento que se le deben reconocer los derechos de la persona, desde ese momento ya hay una protección al producto de la concepción, constitucionalmente y conforme a la legislación punitiva que sanciona como delito y considera dolosa toda conducta destinada o que tenga por finalidad interrumpir la vida del que está por nacer.

Pero por otra parte vemos que en la maternidad subrogada, las afectaciones a los niños en esta práctica no comienzan ni concluyen en el proceso de procreación, pues la especialísima relación que se produce entre la gestante y el hijo durante el periodo de gestación, queda anulada al separarles a ambos luego de pocos días de producido el nacimiento, dejándose de tal manera de lado las necesidades del recién nacido, que pasan a un segundo plano, como el de alimentación por parte de su gestante, todos estos puntos no son considerados por la medicina reproductiva.

La parte más sensible en la cuestión de la maternidad subrogada son los derechos de las niñas y niños, por lo que es necesario tener en consideración las falencias jurídicas, en este caso el vacío legal que permite que estos seres sean invisibilizados. Palpamos entonces la impavidez de las leyes frente a su deber de crear los mecanismos necesarios que coadyuven al desarrollo de políticas públicas efectivas tendientes a la defensa, protección y primacía de los derechos de la persona humana desde su concepción. Este no hacer del Estado propicia la subsistencia de la vieja idea social, contraria a los Derechos Humanos de que los hijos son DE sus padres, sujetos sobre los cuales sus progenitores ejercen un derecho de propiedad, es precisamente de esta concepción que se ha creado una nueva idea respecto a los derechos reproductivos que se la ha denominado como *derecho al hijo*.

4.2 Derechos Reproductivos ¿Derecho a tener un hijo o el derecho a procrear?

Bajo ese sentido de propiedad que acabo de mencionar en el último párrafo, es que toma fuerza este fenómeno denominado el derecho al hijo que no es un derecho en sí, sino que como demostraremos más adelante corresponde a una necesidad creada por el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, un artificio de la medicina reproductiva. Esta visión se apega a una función utilitarista de dichas técnicas. Pero este derecho al hijo, la doctrina

que defiende y apoya las prácticas de medicina reproductiva, aducen que esa necesidad no es creada por las técnicas sino es proveniente de la naturaleza humana, de esa necesidad innata misma del ser humano de perpetuar la especie, necesidad y derecho que el propio Estado protege, al consagrar el derecho a la reproducción y que las técnicas de medicina reproductiva más bien ayudarían a ejercer ese derecho.

La Constitución del Ecuador en el capítulo de Derechos de libertad reconoce y garantiza a las personas en el artículo 66 numeral 10: “El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”¹¹². La Corte Constitucional, al respecto manifiesta que “los derechos reproductivos aluden, entonces, al ejercicio de la potestad del ser humano para decidir las condiciones bajo las cuales, va a ejercer su capacidad reproductiva y la manera de hacerlo en caso de que optara por esa posibilidad.”¹¹³, en este sentido precisa que “los derechos sexuales y reproductivos de las personas tienen como presupuesto básico la libertad de decidir, lo cual implica el derecho de toda persona a ejercer autonomía sobre su cuerpo, a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, y resolver sobre ellas, sin ser coaccionada ni sometida a discriminación o violencia de ninguna clase.”¹¹⁴

En 1995 se lleva a cabo la IV Conferencia Mundial sobre la mujer, desarrollada en Beijín, y con relación a la salud reproductiva, en el artículo 94 refiere:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de

¹¹² Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 10.

¹¹³ Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. “003-18-PJO-CC”, en el Caso No: 0775-11-JP, 27 de junio de 2018

¹¹⁴ Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. “003-18-PJO-CC”, en el Caso No: 0775-11-JP, 27 de junio de 2018

las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.”¹¹⁵

De este modo y en concordancia a lo manifiesto por la Corte Constitucional del Ecuador, el derecho a la reproducción implica el reconocimiento de la libertad de los hombres y mujeres en el ámbito reproductivo, considerado como expresión pura del ser humano, sin embargo, dichas decisiones la misma Constitución manifiesta deben ser responsables, referente a este término, nuestra Corte Constitucional establece que:

“En cuanto a la responsabilidad, implica la potestad de una persona de asumir los aciertos, así como las equivocaciones que se deriven de una decisión adoptada. La toma de una decisión de forma responsable requiere un proceso de concientización de las consecuencias positivas y negativas que devienen de la conducta adoptada y la capacidad de afrontar las mismas sin vulnerar los propios derechos ni los de terceros.”¹¹⁶

En este sentido deberemos entender que no es un derecho absoluto, y como todo derecho de libertad sus limitaciones no son otras que las del respeto al derecho de terceros y el respeto a la norma jurídica. Pero es importante identificar el alcance de ese derecho, el mismo que ha sido concebido como el derecho a procrear, empero “el derecho a la procreación no tiene carácter absoluto e ilimitado, sino que, como a todo derecho, le es correlativo un deber”.¹¹⁷

“Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos protegen el derecho a “fundar una familia” o el derecho al “respeto de la vida privada y familiar”. La expresión “derecho a procrear” se emplea en algunos sistemas jurídicos nacionales, pero no aparece en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Partiendo de este orden de argumentos, a veces se sostiene que todos los adultos tienen derecho a crear una familia y criar hijos.”¹¹⁸

La libertad reproductiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano está constitucionalmente reconocida, pero al ser un derecho como cualquier otro, este debe ser

¹¹⁵ Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, celebrado en Beijín en 1995. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada de forma unánime por 189 países, constituye un programa en favor del empoderamiento de la mujer y en su elaboración se tuvo en cuenta el documento clave de política mundial sobre igualdad de género

¹¹⁶ Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. “003-18-PJO-CC”, en el Caso No: 0775-11-JP, 27 de junio de 2018

¹¹⁷ Manuel Porras del Corral, *Biotechnología, Derecho y Derechos Humanos*. (Córdoba: Publicaciones Cajasur, 1994), 90

¹¹⁸ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Asamblea General de Naciones Unidas, 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

ejercido sin transgredir el derecho de terceros. Sin embargo, hay casos en que esa capacidad de procreación se ve afectada y es ahí cuando se requiere la intervención de médicos especialistas, mujeres de subrogación gestacional, y el uso de técnicas de fecundación asistida en general. La voluntad de crear vida (de manera extracorpórea) ya no corresponde únicamente al ejercicio de la libertad propiamente individual, pues aquí necesariamente intervienen terceros, y lo más delicado: un nuevo ser que se está procreando, y la propia responsabilidad del Estado frente a estos hechos de procreación sin que exista normas para su ejercicio.

En suma, en las cuestiones de derechos reproductivos no se han considerado detalladamente los alcances de las técnicas de reproducción humana asistida con relación al ejercicio del derecho de libertad y el acceso a esta medicina moderna, y la interrogante sobre si esta medicina debe o no considerarse como parte del ámbito de salud pública, lo que rebasa las esferas de la individualidad, de lo privado y llega al ámbito estatal. “Enfocar la salud como un derecho, implica extender esta exigencia también a la salud sexual, y con ello a los derechos sexuales y reproductivos. No se limita sólo a este período exclusivamente reproductivo, sino que se vinculan estrechamente con los factores socioculturales, las funciones y características de uno y otro género, el respeto y protección de los derechos relacionados con la sexualidad y las relaciones interpersonales.”¹¹⁹

Sin embargo existen también otras opiniones al respecto del tema de los derechos reproductivos y si los mismos deben considerarse como temas de salud pública, que al respecto expresan que “encuadrar el derecho a procrear dentro del derecho a la salud resulta cuestionable, ya que ni la esterilidad ni la falta de hijos afectan la integridad psicosomática o la salud de la persona, ni la fecundación artificial constituye una terapia en sentido estricto.”¹²⁰ Bajo este criterio, aceptando la tesis de que el derecho a la salud también contempla el derecho a la salud reproductiva, sería perfectamente válido justificar la exigencia que las personas estériles o infértiles pudieran realizar al Estado para contar con

¹¹⁹ Pablo Rosales y María Villaverde, *Salud Sexual y Procreación Responsable. Desde una perspectiva de Derechos Humanos y con enfoque de género. Estudio de la ley 25.673, normativa nacional, provincial y comparada.* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006)

¹²⁰ María Cano, *Breve aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada*, (Buenos Aires: Revista Persona, 2013)

tratamientos necesarios (cubiertos por la salud pública) a fin de lograr sus objetivos procreativos y ejercer sus derechos reproductivos y poder procrear.

“Sin embargo, se reconoce que el derecho internacional no prevé un “derecho a tener un hijo”. Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un “derecho a tener un hijo” suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el “derecho a tener un hijo”, pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos.”¹²¹

La escasa legislación nacional que trata el tema de derechos reproductivos se encuentra contemplada en la Ley Orgánica de Salud ¹²². Sin embargo, resulta cuestionable y debatible el alcance del derecho a la libertad reproductiva, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, y la consideración de que la capacidad reproductiva únicamente deberá ejercerse cuando las condiciones naturales lo permitan, al respecto de este último cuestionamiento se ha dicho que:

“El derecho a procrear como expresión de la libertad personal no se puede equiparar con el derecho a tener relaciones sexuales o el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Es simplemente, el ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa, y en este sentido, se puede afirmar que este hecho tutela la capacidad natural de procrear y no los actos tendentes a la procreación. La tutela del derecho a la reproducción se restringe a la capacidad natural del sujeto, puesto que ya el mismo término procrear hace referencia al hecho que una persona conciba un hijo con sus propios gametos, por medio de la realización del acto sexual. Este acto en sí excluye la posibilidad de intervención de una tercera persona ajena a la pareja, de manera que si se concibe un niño con esperma u óvulo de otro hombre u otra mujer, el niño será hijo de este hombre o esta mujer y no de quien simplemente lo deseó. El derecho a la reproducción es el derecho a procrear el propio hijo, y por consiguiente, no existe un derecho a procrear con técnicas de procreación artificial.”¹²³

¹²¹ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Asamblea General de Naciones Unidas, 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

¹²² Art. 20.- Las políticas y programas de salud sexual y salud reproductiva garantizarán el acceso de hombres y mujeres, incluidos adolescentes, a acciones y servicios de salud que aseguren la equidad de género, con enfoque pluricultural, y contribuirán a erradicar conductas de riesgo, violencia, estigmatización y explotación de la sexualidad. Art. 21.- El Estado reconoce a la mortalidad materna, al embarazo en adolescentes y al aborto en condiciones de riesgo como problemas de salud pública; y, garantiza el acceso a los servicios públicos de salud sin costo para las usuarias de conformidad con lo que dispone la Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia. Los problemas de salud pública requieren de una atención integral, que incluya la prevención de las situaciones de riesgo y abarque soluciones de orden educativo, sanitario, social, psicológico, ético y moral, privilegiando el derecho a la vida garantizado por la Constitución.

¹²³ Claudia Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, (Piura: Ara Editores, 2005), 169

En razón de lo expresado, y sin el ánimo de tomar una postura respecto al alcance de los derechos reproductivos con relación a la medicina reproductiva, es evidente que estas situaciones humanas relativas al hecho de la procreación y la gama de posibilidades que ahora ofrecen las técnicas de reproducción humana asistida, demandan al Derecho el cumplimiento de su actividad reguladora y que la normativa emitida sea concordante a la protección de los otros derechos constitucionales que indefectiblemente intervienen en estos fenómenos de la ciencia médica.

En concatenación con lo antes precisado, resulta interesante enunciar la sentencia de la CIDH “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica”, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en fecha 28 de noviembre de 2012, ordenó al Estado demandado legalizar la reproducción artificial y que además ésta sea costeada con fondos públicos. En la cuestión del derecho a la libertad sexual y reproductiva; y el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida la CIDH precisa que la libertad debe entenderse en su sentido más amplio como un derecho que le faculta a la persona a realizar su proyecto de vida y a hacer todo lo que no esté prohibido, concluyendo que la “decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”¹²⁴

Finalmente, cabe recalcar que en nuestro país ni siquiera la Política Pública¹²⁵ en materia de salud sexual y reproductiva logra identificar situaciones de la salud sexual y reproductiva frente a la incidencia de las técnicas de reproducción humana asistida, dejando al libre arbitrio de médicos, directores de los centro de reproducción humana asistida, laboratorios, y usuarios por fuera de las esferas de las garantías, que en caso de legislarse dichas técnicas, incluido el universo de posibilidades que genera la maternidad subrogada, deberán establecerse los parámetros, condiciones y límites para el acceso a las mismas.

4.3 El derecho a la identidad de los niños en la maternidad subrogada

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la identidad se define como: “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, párr. 143, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹²⁵ Plan Nacional de Salud Sexual Reproductiva 2017-2021 impulsado por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador para la promoción del respeto e inclusión de los Derecho Humanos en el marco de los derechos sexuales y reproductivos

caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho a la identidad está relacionado con la información sobre los progenitores y los derechos y obligaciones derivados de ese vínculo filial. Pero rebasando los cuestionamientos relativos a la filiación como figura legal y la evidente problemática que para el mundo del derecho representa este aspecto, cabe enfocarnos también en el cuestionamiento sobre ¿Quién soy y de dónde vengo? Aquí valdría perfectamente colocarnos en la posición del niño producto de un vientre de alquiler y cuestionar ¿Soy hijo de la persona que tuvo la intención de ser padre o madre, hijo de sus voluntades, hijo de quien buscó un vientre para mí? ¿Soy hijo de quien aportó sus gametos? ¿Soy hijo de quien me gestó y hospedó, de quién, con todo su aparataje biológico, emocional y sus cuidados contribuyeron a formarme?

“Este proceso no será indiferente en cuanto al aspecto psíquico de ambos seres; de hecho el ser humano en su calidad de tal se perfila como un compuesto de cuerpo y mente, desplegados paulatinamente desde los orígenes de la persona. En este sentido, la identidad se integra en una doble vertiente, por un lado, como identidad genotípica (herencia genética) y, por otro, como identidad hábitat (paratipo: ambiente que permite desarrollar unos genes u otros).”¹²⁶

Uno de los más grandes cuestionamientos existenciales de todo ser humano ha consistido en preguntarse ¿Quién soy? ¿Por qué soy? ¿Por quién soy? ¿De dónde vengo? De ahí, el problema filosófico del *yo*, y las tantas teorías y posiciones religiosas, filosóficas y psicológicas que trata de indicar al ser humano las respuestas para encontrarse a sí mismo. Pensemos entonces, si para quienes conocemos nuestro origen biológico, genético y filial resulta difícil encontrar una respuesta a esos cuestionamientos ¿Cuánto más complejo sería este conflicto para un ser humano producto de una maternidad disgregada!

“En consecuencia, centrándonos en el niño engendrado es necesario hacer referencia al derecho a su identidad, que implica su derecho de conocer su realidad biológica, pero también su verdad del parto; ya que si bien sus padres son quienes aportaron el material genético, no se puede desconocer el vínculo físico y psíquico que ha engendrado con su madre gestante, es decir, con la mujer que lo cuidó y alimentó durante todo el embarazo. De esta manera, se estará contribuyendo con la realización del niño, al ser consciente de su realidad y con la personalización de la mujer gestante, quien no es un medio sino un fin en sí mismo.”¹²⁷

¹²⁶ Dolores Yolarte y Adriana Rotonda, *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, (Buenos Aires: Depalma, 1995), 417

¹²⁷ Guillermina Zabalza y María Victoria Shiro, “La maternidad subrogada y la mediatización del ser humano”, Cartapacio, accedido el 21 de abril del 2019, párr. 19, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/881/700> ¹²⁷ ONU Asamblea General, Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, Resolución 1386 (XIV), Art. 8.1

En general en las técnicas de reproducción asistida homólogas podría considerarse un cierto grado de respeto a la identidad genética del menor, pues suponen la no intervención de terceros. Por su parte, en los casos en donde los gametos pertenecen a terceros y el vientre de gestación es alquilado, los problemas relativos al origen del menor son múltiples.

El derecho a la identidad del menor se encuentra establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, hace referencia: “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.¹²⁸ Nuestro texto constitucional lo contempla en el siguiente sentido: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a (...) recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”¹²⁹. En igual sentido, pero en una concepción más amplia:

“El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.”¹³⁰

El texto constitucional en el asunto que atañe esta temática propugna la conservación de la procedencia familiar, derecho que entra en conflicto con la cuestión de la maternidad subrogada, pues como se pone en manifiesto el origen del menor se disocia de una unidad tradicionalmente concretada, lo que provoca un trastocamiento vertiginoso de identidad.

Por su parte el Código de la Niñez y de la Adolescencia, relativo a la identidad del niño, niña y adolescente, mismo que es incluido dentro del capítulo de derechos relacionados con el desarrollo, expresa:

“Derecho a la identidad. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.”¹³¹

¹²⁸ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 45 inciso segundo.

¹²⁹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 28.

¹³⁰ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 28.

¹³¹ Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003, Art. 33

Dentro de la temática del derecho a la identidad del niño existen ciertas variables como la identidad genética, la identidad cultural, y el derecho a la identificación; en relación con este último el Código de la Niñez y de la Adolescencia, determina:

“Derecho a la identificación. - Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad.”¹³²

Este mismo derecho a la identificación lo contempla la Convención sobre los Derechos del Niño: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.¹³³

Los antecedentes legales considerados, de modo general tratan de precautelar la identidad del niño, su derecho a un nombre y a adquirir los apellidos paternos y maternos que le corresponden. De los principios esbozados anteriormente en la maternidad subrogada la madre legal es la que a da a luz, tanto es así que la Ley Orgánica de Gestión de la identidad y datos civiles establece la prueba del nacimiento como requisito para la inscripción del niño, y expresa:

“Documento probatorio del nacimiento. El hecho del nacimiento, para que sea inscrito, se probará con el informe estadístico de nacido vivo o su equivalente, sea físico o electrónico, y legalizado por el profesional de la salud del establecimiento médico que atendió el parto. Excepcionalmente, a falta de dicho profesional, suscribirá el mencionado informe el director del establecimiento de salud respectivo. El profesional de la salud que no llene ni legalice debidamente el certificado estadístico de nacido vivo estará sujeto a las sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico pertinente. Para los demás casos, el estadístico de nacido vivo o su equivalente físico o electrónico se llenará con la declaración de dos testigos, cuyos requisitos y procedimiento estarán contemplados en el Reglamento de esta Ley. La falsedad de los datos consignados en el informe estadístico de nacido vivo estará sujeta a las sanciones de la presente Ley, sin perjuicio de la acción penal que tenga lugar.”¹³⁴

El contenido del certificado de nacido vivo se encuentra especificado en el artículo 36 del Código de la Niñez y la Adolescencia y se lee:

¹³² Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003, Art. 35

¹³³ ONU Asamblea General, Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, Resolución 1386 (XIV), Art. 7.1

¹³⁴ Ecuador, Ley Orgánica de Gestión de la identidad y datos civiles, Registro Oficial 684 de 04 de febrero de 2016, Art. 28

“Normas para la identificación. - En la certificación de nacido vivo, que deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento, constará la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida. En casos de inscripción tardía se deberá registrar en la ficha respectiva la identificación dactilar del niño, niña o adolescente. Cuando se desconozca la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevará los apellidos del progenitor que lo inscribe, sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor. Si se desconoce la identidad o domicilio de ambos progenitores, el niño, niña o adolescente se inscribirá por orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país. Se respetará el nombre con el cual ha sido conocido y se tomará en cuenta su opinión cuando sea posible. La inscripción podrá ser solicitada por la persona encargada del programa de protección a cargo del niño o niña o por la Junta de Protección de Derechos. Practicada la inscripción, el Jefe Cantonal del Registro Civil pondrá el caso en conocimiento de la Defensoría del Pueblo de la jurisdicción correspondiente, para que inicie las gestiones extrajudiciales tendientes al esclarecimiento de la filiación del niño o niña y posterior reconocimiento voluntario o entable la acción para que sea declarada judicialmente. Comprobada y resuelta por la autoridad judicial o administrativa competente la sustitución, confusión o privación de identidad o de alguno de sus elementos, el Registro Civil iniciará de inmediato los procedimientos idóneos para restablecerla sin costo alguno para el afectado. Los niños y niñas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país, tienen el derecho a ser inscritos con nombres propios del respectivo idioma. Las autoridades del Registro Civil tienen la obligación de inscribir estos nombres sin ningún tipo de limitación u objeción.”¹³⁵

De este precepto se deduce entonces que, en el certificado de nacido vivo, deberá constar la identidad de la madre, considerada en la legislación ecuatoriana como la mujer que dio a luz, siendo este documento la primera relación filial de la madre e hijo y en base al cual se procede al registro de inscripción. En lo relativo a la paternidad previamente analizamos cuales serían las posibilidades.

“La identificación del nacido significa asegurarse de que el niño cuya inscripción de nacimiento se realiza, sea efectivamente hijo de la mujer que lo ha dado a luz y que se denuncia como madre. Constituye una cuestión técnica de gran importancia frente a la cantidad de casos de fraudes, suplantación, sustracción o entrega de hijo, y se cumplirá ante la dependencia del registro correspondiente al lugar donde viva el hijo mediante fotografías, impresiones dactiloscópicas, descripción de señas físicas y datos individuales.”¹³⁶

Vemos entonces, que los seres producto de la medicina reproductiva, no podrán identificar su relación filial con sus progenitores y en el tema que nos compete más la identificación de su madre por el desdoblamiento que ha padecido la función de la maternidad y a este hecho se suman los casos de intervención de gametos donados. Empero, más grave aún resulta la circunstancia de hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad,

¹³⁵ Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003, Art. 36

¹³⁶ María Méndez, *La Filiación*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1986), 57

contemplado en la obligación de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer sus antecedentes genéticos, y en esta realidad su madre gestante, violentándose así el derecho del ser humano de saber la verdad acerca de sí mismo y su origen; este reconocimiento está ligado a la necesidad de la certeza de ser descendiente de quienes dicen ser sus padres y poderlos identificar como tales.

“Rechazar a acceder a ese conocimiento pero por decisión propia y no por imposición de una sociedad que ha osado “fabricarlo y armarlo” cual un rompecabezas. Todos estos atentados que produce la ciencia, influirán, sin dudas, en el desarrollo psico-emocional de la personalidad y en el derecho a conocer la propia identidad del niño nacido por esta manipulación antinatural. La libertad de este ser ha sido avasallada desde el comienzo de su vida, “mediante la utilización de técnicas que devienen en “un modelo para armar”: padres biológicos (que incluso pueden ser anónimos), madre portadora (con quien el nasciturus ha tenido una relación físico-psicológica) y padres del “deseo”.¹³⁷

Como manifestamos antes, el derecho a la identidad trasciende al problema de filiación, en el caso inducido por la maternidad subrogada y las técnicas de fecundación humana asistida, existe otro importante derecho del niño, y es el relativo al conocimiento de su origen genético.

“Las primeras referencias con este rango a la libre autonomía del individuo, al patrimonio genético y a un derecho a la identidad genética del ser humano como derechos del ciudadano bioético, y configuran el núcleo de un Derecho Constitucional de la biomedicina, que se irán desarrollando en los próximos años como barrera frente a las presiones de ciertos investigadores y empresas que no reconocen ningún freno al progreso de la ciencia y al beneficio económico (los biocratas).”¹³⁸

Como vemos el derecho a la identidad ha sido generalmente aceptado como un derecho relacionado a la personalidad, que se venía vinculado con otros derechos como la filiación, el derecho a tener una nacionalidad, el derecho a los alimentos que deben proveer los padres, el derecho a mantener un vínculo con los progenitores, el derecho a un nombre y derechos sucesorios.

“El derecho a la identidad mediante la determinación genética puede ser vital para preservar la salud del niño o niña. Es un derecho que se desprende del principio de dignidad de las personas y del cual depende el libre desarrollo de la personalidad. En la actualidad, el derecho a la identidad del niño o niña se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN), por medio de la cual es posible establecer la filiación cierta.

¹³⁷ María Cano, *Breve aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada*, (Buenos Aires: Revista Persona, 2013)

¹³⁸ Carlos María Romeo, “La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho”, Scielo, accedido el 21 de abril del 2019, pág. 292, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v8n2/art09.pdf>

Anteriormente, la paternidad se establecía mediante presunciones, lo que daba como resultado una verdad formal que podía no ser coincidente con la verdad material.¹³⁹

Otra consideración respecto al derecho a la identidad genética consiste en la importancia del conocimiento de su herencia genética en especial en un supuesto de enfermedad del niño producto de células sexuales de terceros (donantes) y para cuyo diagnóstico o curación sería necesario el conocimiento de ese origen, como por ejemplo en la necesidad de un trasplante de médula ósea.

“El desarrollo de la genética ha provocado grandes cambios en lo que se refiere al origen biológico de las personas, especialmente en dos rubros: En primer lugar, la prueba genética permite actualmente establecer la filiación de forma prácticamente indubitable, lo que anteriormente era imposible. Además, los avances en el campo de la medicina genómica y sus implicaciones en la salud han tenido como consecuencia que sea cada vez más importante el conocimiento del origen genético como medio para prevenir enfermedades e impedir el riesgo de matrimonio o procreación con un pariente con sanguíneo.”¹⁴⁰

Bajo estas consideraciones evidenciamos que el derecho a la identidad de los menores es un derecho humano derivado de su dignidad, y el desconocer su origen como persona, su identificación, porque la filiación tiende a ser forzada y en este nuevo panorama el origen genético que implica también una potencial violación de sus derechos humanos de la salud y la vida, como contemplamos en el supuesto anterior.

¹³⁹ González, Mónica. 2011. “Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, accedido el 07 de mayo de 2019, pág. 115, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n130/v44n130a4.pdf>

¹⁴⁰ González, Mónica. 2011. “Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, accedido el 07 de mayo de 2019, pág. 115, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n130/v44n130a4.pdf>

Conclusiones

- La Maternidad Subrogada es un modo especialísimo de generar vida, por medio de la utilización de un vientre distinto al de las personas que buscan procrear de manera extracorpórea. La preocupación jurídica recae en principio sobre el replanteamiento y la búsqueda de trastocar conceptos derivados de la filiación, la misma definición de madre, la voluntariedad como fuente de filiación y el choque axiológico de estas instituciones que se agravan aún más frente a la anomia expresada desde el silencio normativo en la materia y el universo de problemáticas jurídico-sociales que durante estas transacciones pueden generarse.

- Nuestra tradicional herencia romana se ha mantenido hasta el día de hoy al margen del desarrollo científico irrumpido por estas técnicas, tal es así que en el campo civil el tema filiatorio en especial en la maternidad sigue establecido en base el principio “mater semper certa est”, en el que como sabemos la maternidad se determina por el hecho del parto, atribuyéndole la calidad de madre a la mujer que alumbró. Sin embargo, debemos ser conscientes que en la realidad está máxima pierde esencia y vigencia. En este sentido y atendiendo los derechos fundamentales que son afectados por el alquiler de vientres, se debe considerar este fenómeno desde la necesidad imperiosa de que existan normas en la materia.

- La carencia de legislación en la materia en nuestro país conlleva que se desarrollen estas prácticas al arbitrio de quienes pretenden hacer uso de estas técnicas. Así, en este espacio del *no derecho*, los derechos de las personas intervinientes se colocan en un limbo que genera no pocas inconsistencias en el desarrollo de estos acuerdos, y cuyas consecuencias no son previsibles en su totalidad, esto acompañado del desarrollo de clandestinidad y reserva extrema sobre la práctica, que pese a no ser ilegal puede considerarse que ese ocultamiento se debe a que la sociedad ecuatoriana no es tolerante con estas nuevas concepciones y que socialmente los intervinientes pueden ser juzgados independiente de conocer o no a profundidad los derechos que un alquiler de vientres involucra. En este mismo sentido la inexistencia de normas que se pronuncien al respecto convierte al país en un medio idóneo (que si bien la legislación nacional no ofrece garantías en la práctica) para el desenvolvimiento del turismo procreativo, debido a la baja condición económica de

la mayoría de las mujeres de la población ecuatoriana, evidenciándose los riesgos de explotación.

- El problematizar todas estas situaciones derivadas del ejercicio de la maternidad subrogada supone un reto que necesariamente nos obliga a repensar la esencia misma de los derechos en juego y nos enfrentan al desafío de superar y relativizar esencialismos que nos han marcado la pauta en estos temas desde el derecho civil y que eventualmente generarían situaciones de pugna de derechos que deben hacernos reflexionar sobre los derechos ius fundamentales inmersos en la práctica y cuestionarnos desde la visión ius naturalista de los derechos si verdaderamente existe un derecho fundamental a la maternidad, al procrear, al reproducirse de la manera que fuere, el derecho a la identidad genética, a la determinación de nuevas formas de filiación antes jamás pensadas, y el alcance del concepto del mismo sujeto de derecho, pues la categoría persona o ser humano en tanto sujetos jurídicos advienen únicamente cuando el derecho los crea y regula sus conductas. Pero sobre todo y principalmente se tiene que transversalizar sobre estas cuestiones el principio del interés superior del menor que evidentemente deberá obedecer a la concreción de los casos, para realizar un verdadero ejercicio de ponderación de los derechos inmersos en esta especial forma de crear vida.

- Algunos países alrededor del mundo han buscado de alguna manera pronunciarse al respecto de la maternidad subrogada, tomando en cuenta sus distintos sistemas y realidades sociales, así estos pronunciamientos han sido expresados por medio de acápite, normas y todo un compendio de leyes en la temática planteada, e incluso en el derecho anglosajón, la existencia de jurisprudencia ha sido determinante para plantear posturas al respecto. Estas evidencias marcan aún más el regazo legislativo nacional en la materia.

- El tema contractual, en posibilidad de validez de un acuerdo de maternidad subrogada contenido en todas las condiciones que antes ya se expusieron, según la vigente y puramente ius positivista legislación civil ecuatoriana acarrear la existencia de un objeto ilícito. Sin embargo, como se evidenció el efecto de nulidad de retrotraer la cosa al estado anterior del contrato, pone en manifiesto las dificultades derivadas de esta especialísima cuestión

contractual. Más allá de todos estos esencialismos de corte ius positivista lo que se deben tratar con especial atención son los derechos en pugna que se involucran en esta forma de crear vida y que más allá de la licitud o ilicitud de una contrato, validez o exigibilidad de este, el fondo mismo de la problemática y que en caso de suscitarse controversias deberán ser resueltas por juzgadores en atención a la casuística que deberán superar y relativizar los esencialismo marcados como reglas de aplicación fatuas que vienen del derecho civil y elevarse a la cuestión de derechos humanos y derechos constitucionales.

- En un intento por asimilar la cuestión de disponibilidad del cuerpo con el contrato sexual indefectiblemente nos inmiscuimos en la tarea de considerar la existencia de los factores de riesgo alrededor de este tipo de prácticas que no pueden desarrollarse fuera de las relaciones de poder trazadas por el mercado que se convierte en una transacción de oferta y demanda, pues la especialización de la práctica ha llevado a crear agencias de maternidad subrogada, convirtiéndose además en un negocio rentable a todas luces que incluso lucran de la necesidad de unos y la ilusión de ser padres de otros. En este mismo sentido, el patriarcado evidenciado aún por el sometimiento de los hombres hacia las mujeres y las brechas aún existentes (por su condición de reproductoras) crea una nueva clase de explotación en un sistema de dominación, y lo que verdaderamente conmociona es que este tipo de contradicciones no van a estar al margen de las prácticas de subrogación materna, agravadas aún más por la globalización y las herramientas tecnológicas ofrecen el intercambio de información de manera rápida y fácil.

Bibliografía

- Alma Arámbula, *Maternidad Subrogada*, (México D.F: Centro de Documentación, Información y Análisis. Subdirección de Política Exterior, 2008)
- Carlos Lema Añón *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo Filosófico Jurídico sobre las técnicas de Reproducción Asistida* (Madrid: Trota, 1994)
- Carlos Pérez, *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, (Madrid: Revista Noticias Jurídicas, 2010)
- Carlos Romeo, *Genética y derecho, responsabilidad jurídica y mecanismos de control*, (Buenos Aires: Astrea, 2003)
- Clara Mosquera Vásquez, *Derecho y genoma humano* (Lima: Editorial San Marcos, 1997)
- Claudia Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, (Piura: Ara Editores, 2005)
- Corral, Hernán. 1994. “Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano”, *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción*
- Cortés Gallego et al., *Políticas públicas para la mujer en Colombia: La doble condición de madre y trabajadora en la legislación del siglo XXI*, (Cali: Entramado, 2012)
- Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, celebrado en Beijing en 1995. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada de forma unánime por 189 países, constituye un programa en favor del empoderamiento de la mujer y en su elaboración se tuvo en cuenta el documento clave de política mundial sobre igualdad de género
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/>
- Francesc Cusi. “Una madre alquilada australiana se niega a entregar al hijo concebido por encargo”. *El País*, 17 de agosto de 1984
- Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia* (Buenos Aires: Astrea 1998)
- Héctor Corjeno Chávez, *Derecho familiar peruano*, (Lima: Librería Studium Ediciones, 1988)
- Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Asamblea General de Naciones Unidas, 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.
- Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Asamblea General de Naciones Unidas, 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.
- Itziar Alkorta Idiákez, *Regulación Jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, (Madrid: Aranzadi, 2003)
- Juan Cruz Parceró, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México D.F: Corte Suprema de Justicia de la Nación Fontamara, 2010)
- Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002)

- María Cano, *Breve aproximación en torno a la Maternidad Subrogada*, (Buenos Aires: Revista Persona, 2011)
- María de Jesús Moro, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la fecundación in vitro*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1988)
- María Dolores Vila-Coro, *Introducción a la Biojurídica*, (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995)
- María Lozano, *Mujeres Autónomas, madres automáticas*, (Málaga: Universidad de Málaga, 2004)
- María Paz García, *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*, (Madrid: Revista Tapia, 1987), 73
- Mariana Winocur, *El mandato cultural de la maternidad. El Cuerpo y el Deseo frente a la imposibilidad de embarazarse*. (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012)
- Marina Mongue, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, (Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002)
- Martha Cassanova, *Ser Mujer. La formación de la identidad femenina*, (México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, 2002)
- Martínez de Moretín Llamas, María Lourdes 2007. Régimen Jurídico de las Presunciones Madrid: DYKINSON S.L
- Matozzo de Romualdi, Liliana. 1999. “¿Hay algún fundamento que pueda atribuirle fuerza legal a los contratos de subrogación de vientres?”. *Revista de Derecho ED* 182-1663, 1999
- . “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”. *Revista de Derecho ED* 181, 1999
- . “Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada. ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?”. *Revista de Derecho ED* 181, 1999
- Plan Nacional de Salud Sexual Reproductiva 2017-2021 impulsado por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador para la promoción del respeto e inclusión de los Derechos Humanos en el marco de los derechos sexuales y reproductivos
- Ramírez, Rosa. 1987. “Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana, Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas”, en *Revista General del Derecho*
- Reino Unido, Comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana: 1982-1984 (Londres, Comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana, 1982)
- Rodríguez, Dina. 2008. “Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, El útero como objeto de contrato”, en *revista de Derecho Privado Nueva Época* año IV, nú.11

DOCUMENTOS WEB

- I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación CTS+I. “Las mujeres y la ciencia en la sociedad patriarcal”. Ana María Peppino, México. 15 de julio de 2019. <https://www.oei.es/historico/memoriasctsi/mesa10/m10p07.pdf>
- Alfonso Quiroz en su obra *Medicina Forense*, 1980, citado en pág. 516, citado en Luis Rodríguez Manzanera, “Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología”, 11 de mayo de 1996, pág. 3, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1996/05/11_reproduccion_asistida_y_criminologia.pdf
- Ana Araujo Rodríguez, “La Maternidad Subrogada por Sustitución en la Gestación. Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas” accedido 12 de marzo de 2019, párr. 7 <http://aboutderecho.blogspot.com/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>”
- Ana Marrades Puig, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de Derechos”, *Universidad de Deusto*, España, enero-junio de 2017, núm. 219-241.
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:VtxArG8fyi0J:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6129170.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec>
- Aránzazu Bartolomé, “Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, España, 13 de diciembre de 2017, num. 06, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BiUfLF5RGP8J:https://revistas.upcomillas.es/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/download/8113/7996+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-d>
- Arturo Alessandri, *Tratado de Derecho Civil Tomo II* (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1998)
- Attilio Gorassini en su obra “Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari, "Diritto di famiglia e delle persone” que en su traducción al español “La procreación artificial heteróloga y la relación primaria con los padres. Derecho de Familia y de la persona”, 1987, citado en Alma Arámbula Reyes, “Maternidad Subrogada”, agosto 2008, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- C.L.A.R.A “Comité de soutien pour la Législation de la GPA (Gestation Pour Autrui) et l'Aide à la Reproduction Assistée.” <http://claradoc.gpa.free.fr>
- Camilo Rodríguez y Karol Martínez, “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho Valdivia*, diciembre de 2012, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003
- Carlos María Romeo, “La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho”, *Scielo*, accedido el 21 de abril del 2019, pág. 292, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v8n2/art09.pdf>
- Clara Romero Colmenares en su tesis “La Maternidad”, 1981, citado en María Gabriela Villagómez Romero, “Tesis sobre Régimen Jurídico sobre la maternidad subrogada en el Ecuador”, pág. 34, 2007, <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/334/1/84587.pdf>

- Daniela Gallardo, “En Ecuador, los apellidos de dos mujeres abrieron un nuevo episodio en la lucha por los derechos de las familias diversas”, *Global Voices*, 17 de junio de 2018, párr. 6, <https://es.globalvoices.org/2018/06/17/en-ecuador-los-apellidos-de-dos-mujeres-abrieron-un-nuevo-episodio-en-la-lucha-por-los-derechos-de-las-familias-diversas/>
- Defensoría del Pueblo del Ecuador, “Sentencia de la Corte Constitucional en favor de Satya Bicknell-Rothon constituye un logro para la igualdad en derechos”, Defensoría del Pueblo del Ecuador, 26 de junio del 2018; <http://www.dpe.gob.ec/sentencia-de-la-corte-constitucional-en-favor-de-satya-bicknell-rothon-constituye-un-logro-para-la-igualdad-en-derechos/>
- Dina Rodríguez López “Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, El útero como objeto de contrato”, *Revista de Derecho Privado UNAM*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7181/6460>
- Eduardo Prats, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad”, *Hoy Digital*, 04 de septiembre de 2015, párr. 2, <http://hoy.com.do/el-derecho-al-libre-desarrollo-de-la-personalidad/>
- Emilia Arias, “¿Mi útero, mi decisión? Maternidad subrogada, prostitución y aborto”, *El diario.es*, 26 de junio del 2015, párr.8 https://www.eldiario.es/pikara/Claro-Nosomosvasijas-Maternidad-subrogada-prostitucion_6_402519750.html
- Fernando Alarcón Rojas en su artículo El negocio de maternidad por sustitución en la gestión, 2003, citado en págs. 134-136, citado en Ingrid Brena, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, pág. 153, <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-de-derecho-privado-mexico-d-f/articulo/la-maternidad-subrogada-es-suficiente-la-legislacion-civil-vigente-para-regularla>
- GK, “El triunfo de Satya”, *GK*, 04 de junio de 2018, <https://gk.city/2018/06/04/significado-legal-caso-satya/>
- González, Mónica. 2011. “Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, accedido el 07 de mayo de 2019, pág. 115, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n130/v44n130a4.pdf>
- Guillermina Zabalza y María Victoria Shiro, “La maternidad subrogada y la mediatización del ser humano”, *Cartapacio*, accedido el 21 de abril del 2019, párr. 19, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/881/700>
- Ingrid Brena “La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, (México D.F.: Porrúa, 2011)
- J. Mulliez en su obra “Histoire des pères et de la paternité”, 1990, citado en Juan Gennaro, “Tollere Liberum. Sobre el deseo de ser padre”, agosto 2011, <http://www.psicocanalisisapdeba.org/wp-content/uploads/2018/05/Gennaro.pdf>
- Jaime. Vidal, “La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho español”, *La maternidad subrogada (gestación por sustitución)*, Eduardo, Sambrizzi. *Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina*. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestacion-sustitucion-sambrizzi.pdf>

- Luciana Scotti, autoría “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas” , Revista Pensar en Derecho de la UBA, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>
- Mauricio Maldonado Muñoz, “En torno al caso Satya”, La República, 07 de mayo del 2012, párr. 1, <https://www.larepublica.ec/blog/opinion/2012/05/07/en-torno-al-caso-sayta/>
- Pablo Beltrán de Heredia y Onís, *Problemas legales ante el caso de un hijo producido por dos madres* (Salamanca: Boletín de Información del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca, 1984)
- Rubén Santos, autoría “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella, El Dial.com Biblioteca Jurídica Online, https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=6036&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=25/11/2011&indice=doctrina&suple=Privado
- Sonia Merlyn Sacoto, *Derecho y Reproducción asistida* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2006)
- Universidad de Valencia. “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”. Ana Paz Garibo Peyró, España. 15 de julio de 2019. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>
- UBA. “Feminismo, Género y Patriarcado”. Alda Facio y Lorena Fries, Argentina. 15 de julio de 2019. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf
- WHO/OMS “Maternidad Subrogada” Organización Mundial de la Salud, núm. UC3MUN2016/Study Guide, <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 24 de febrero de 2012, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Forneron e Hijas Vs. Argentina, 27 de abril de 2012, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. “003-18-PJO-CC”, en el Caso No: 0775-11-JP, 27 de junio de 2018
- Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. “003-18-PJO-CC”, en el Caso No: 0775-11-JP, 27 de junio de 2018
- Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. “003-18-PJO-CC”, en el Caso No: 0775-11-JP, 27 de junio de 2018
- Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. 184-18-SEP-CC”, en el Caso No: 1692-12-EP, 29 de mayo de 2018.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, *en Caso No: 0288-12-EP*, 18 de mayo del 2017.
- Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005
- Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003
- Ecuador, Código Penal, Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014
- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008
- Ecuador, Ley Orgánica de Gestión de la identidad y datos civiles, Registro Oficial 684 de 04 de febrero de 2016
- ONU Asamblea General, Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, Resolución 1386 (XIV)