

# El derecho a fundar una familia y la gestación subrogada

Samantha Bermúdez





Serie Magíster

# El derecho a fundar una familia y la gestación subrogada

---

Samantha Bermúdez



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador

Serie Magíster  
Vol. 272

*El derecho a fundar una familia y la gestación subrogada*  
Samantha Bermúdez

Primera edición  
Coordinación editorial: Jefatura de Publicaciones  
Corrección de estilo: Gabriela Cañas  
Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro  
Impresión: Ediciones Fausto Reinoso  
Tiraje: 300 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,  
Sede Ecuador: 978-9978-19-952-7

Derechos de autor: 056842

Depósito legal: 006351

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

• [www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Impreso en Ecuador, julio de 2019

---

Título original:

«El derecho a fundar una familia y su vinculación con la gestación subrogada»

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho  
con mención en Derecho Constitucional

Autora: Samantha Valeria Bermúdez Pozo

Tutora: Elisa Lanás Medina

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1978

*A mis padres Eduardo y Lourdes:  
el soporte de mi vida.*

*A mi amado Fernandito:  
alegría de mis días.*

*Los amo con todo mi corazón.*



## CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS .....	7
INTRODUCCIÓN .....	9

### **Capítulo primero**

#### APROXIMACIÓN TEÓRICA SOBRE LOS DERECHOS A FUNDAR UNA FAMILIA Y A LA GESTACIÓN

SUBROGADA .....	11
LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS .....	11
Recepción de los derechos reproductivos en instrumentos internacionales de derechos humanos .....	13
Derechos reproductivos .....	16
Obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos .....	26
EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA COMO DERECHO REPRODUCTIVO .....	27
Configuración del derecho .....	28
Concepto de familia .....	30
Clases de familias .....	34
EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA REFLEJADA EN LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	41
Precisiones terminológicas .....	41
Origen y definición de gestación subrogada .....	42
Clases de gestación subrogada .....	44

### **Capítulo segundo**

#### LA GESTACIÓN SUBROGADA A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Y SUS EFECTOS JURÍDICOS .....	47
SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA REALIDAD JURÍDICA .....	48
Admisión .....	48
Prohibición .....	54
Omisión legislativa .....	56
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA .....	56

Argentina: Sentencia de 18 de junio de 2013. Juzgado Nacionalde Primera Instancia en lo Civil n.º 86. Causa NN o D. G. M. B. MS/inscripción de nacimiento .....	56
España: Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo. Rechazo a la inscripción de la filiación obtenida de gestación por sustitución .....	61
Colombia: Sentencia T-968/09. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana .....	66
REFLEXIONES GENERALES SOBRE LOS CASOS JURISPRUDENCIALES ANALIZADOS .....	75

### Capítulo tercero

ASPECTOS NORMATIVOS QUE DEBEN REPLANTEARSE EN ECUADOR PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA .....	77
EL CONCEPTO TRADICIONAL DE FAMILIA .....	77
DIVERSAS FORMAS DE DETERMINAR LA FILIACIÓN.....	80
Parejas del mismo sexo se convierten en padres por medio de la maternidad subrogada, usando esperma u óvulo de un/a donante .....	84
Intervención de un/a donante en el caso de parejas heterosexuales .....	86
Reproducción asistida <i>post mortem</i> .....	87
CONSIDERACIONES PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA .....	90
Voluntad procreacional.....	90
Requisitos de la mujer gestante y de los comitentes.....	91
Prohibiciones .....	95
Formalidades.....	97
CONCLUSIONES .....	99
BIBLIOGRAFÍA .....	101



## AGRADECIMIENTOS

A Dios, por brindarme la certeza de su existencia, su protección y guía.

A mis queridas hermanas: Patricia y Lorena, compañeras incondicionales.

A mi esposo Fernando por su constante motivación.

A mi querida tutora, Elisa Lanas Medina, por su acertada dirección y constante aliento.



# INTRODUCCIÓN

---

Los cambios suscitados en el derecho de familia como consecuencia de los avances en el campo de la biotecnología nos llevan a reflexionar respecto de la necesidad apremiante de modificar instituciones como la filiación, que frente a los avances científicos cuestionan su tradicional determinación, toda vez que en la actualidad existe una disociación entre la sexualidad y la reproducción.

La gestación subrogada, como una de las técnicas de reproducción asistida (TRA), permite que el derecho a fundar una familia se efectivice para aquellas personas que se encuentran imposibilitadas de procrear, ya sea porque sufren problemas de esterilidad, porque se trata de personas solas, o porque son parejas del mismo sexo. Sin embargo, nuestro derecho interno ha omitido su regulación, y frente a esta realidad corresponde al legislador desarrollar la respectiva normativa para evitar las dificultades que su práctica pueda ocasionar.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el presente trabajo de investigación propone un estudio enfocado en la necesidad de regulación de esta práctica. Para ello se ha estructurado el trabajo en tres capítulos.

En la primera parte, se efectuará una aproximación teórica sobre los derechos a fundar una familia y la gestación subrogada. Para ello se revisarán los diversos instrumentos de derechos humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad, y que han acogido a los derechos reproductivos; se abordará el derecho a fundar una familia

desarrollando su contenido e identificando a las distintas clases de familias que han sido reconocidas en la sociedad, y se realizará un estudio de la gestación subrogada como una de las vías que permiten que este derecho fundamental se materialice.

En el segundo capítulo, se realizará un análisis comparativo sobre la gestación subrogada a la luz de su situación en la realidad jurídica, dividiendo su estudio por ámbitos materiales entre su admisión, prohibición y omisión legislativa para, posteriormente analizar jurisprudencia relevante, exponer algunos de los problemas jurídicos que se presentan y las soluciones que han previsto los distintos tribunales.

Finalmente, en el desarrollo del tercer capítulo se justificará la necesidad de contar con un cuerpo normativo que regule la práctica de la gestación por sustitución. Para ello se revisarán los aspectos normativos que deben replantearse en Ecuador para garantizar la efectividad del derecho a fundar una familia. Por tanto, se analizarán los cambios que han modificado a la institución de la filiación, que han trastocado el concepto tradicional de familia.

Sobre esta base, la investigación se concretará en torno a las consideraciones que se deben observar para la regulación de la gestación subrogada, desarrollando el concepto de voluntad procreacional, los requisitos que deberían cumplir los comitentes y la mujer gestante, y las solemnidades y prohibiciones que se deben prever.

## CAPÍTULO PRIMERO

# APROXIMACIÓN TEÓRICA SOBRE LOS DERECHOS A FUNDAR UNA FAMILIA Y A LA GESTACIÓN SUBROGADA

---

## LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Para abordar el contenido del derecho a fundar una familia es fundamental partir del reconocimiento de los derechos reproductivos como un elemento clave en su desarrollo y efectiva vigencia. Los derechos reproductivos son una categoría más de los derechos humanos. Alda Facio señala que una característica de los derechos humanos es que son dinámicos y están en permanente expansión en razón de las demandas de grupos de seres humanos excluidos de su protección o debido a los avances en el conocimiento humano.<sup>1</sup>

Manifiesta también que en la evolución de los derechos humanos, progresivamente se ha ido profundizando y ampliando el contenido de cada uno de ellos, al tiempo que se suman nuevos derechos como

---

1 Alda Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2008), 17.

parte integral e indivisible de los derechos humanos reconocidos.<sup>2</sup> A continuación señala que fue en la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo (1994), donde se adoptó el término «derechos reproductivos», para designar a los derechos humanos que se relacionan con la salud reproductiva, la población y el desarrollo.<sup>3</sup>

El Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) conceptualiza a estos derechos de la siguiente manera: «Los derechos reproductivos se desprenden de los derechos humanos más básicos y abarcan principalmente el derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a la atención de la salud reproductiva».<sup>4</sup>

Por su parte, Jimena Ávalos Capín manifiesta que el concepto de derechos reproductivos y sexuales debe completarse con la noción de «justicia reproductiva», la cual une a los derechos reproductivos con la justicia social permitiendo a todas las personas gozar de los recursos sociales, políticos y económicos necesarios para tomar decisiones sobre su cuerpo y su familia. Según la autora, al referirnos a derechos reproductivos y sexuales se hace alusión al derecho de todas las personas, sin importar su edad, identidad de género u orientación sexual, a decidir sobre su propia reproducción y sexualidad.<sup>5</sup>

El reconocimiento de los derechos reproductivos se ha realizado mediante su incorporación en las distintas cartas magnas como derechos fundamentales, con la declaración motivada de su existencia por vía judicial, y también han sido incorporados por medio de instrumentos internacionales, siendo por ello vinculantes para los Estados.

---

2 Ibid.

3 Ibid., 18.

4 Grupo de Información y Reproducción Elegida —GIRE—, asociación civil sin fines de lucro, fundada en 1991, en Alberto Abad Suárez Ávila, *Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana* (México DF: UNAM-IJ, 2015), 9.

5 Jimena Ávalos Capín, *Derechos reproductivos y sexuales* (México DF: Biblioteca Jurídica Virtual del UNAM-IJJ / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013), 2267-9, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/38.pdf>>, consulta: septiembre de 2015.

## RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Luigi Ferrajoli manifiesta que la historia del constitucionalismo es la historia de la progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos, que han sido conquistados tras rupturas institucionales, como las revoluciones americana y francesa; las luchas feministas, obreras, ecologistas, etc.<sup>6</sup>

A continuación, señala que después del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y con la aprobación de cartas e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son fundamentales, no solo dentro de los Estados cuyas constituciones los reconocen, sino también en el ámbito internacional; por tanto, son derechos supraestatales.<sup>7</sup>

Los derechos reproductivos no han sido consagrados en una normativa específica; sin embargo, en el ámbito del derecho internacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos tratan sobre ellos, e inclusive los definen.

### **Primera conferencia internacional de derechos humanos en Teherán**

El reconocimiento de los derechos reproductivos a nivel internacional se inicia con la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968, donde se aprobó la Proclamación de Teherán, cuyo art. 16 señala: «La Comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre sus nacimientos».<sup>8</sup>

De esta manera, se reconoció por primera vez el derecho a la autonomía reproductiva, otorgando a las personas libertad para decidir cuándo y cuántos hijos tener.

---

6 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 39-40.

7 *Ibíd.*, 40.

8 Por invitación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 120 Estados participaron en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, que tuvo lugar en Teherán desde el 22 abril hasta el 13 de mayo de 1968. Se aprobó por consenso la Proclamación de Teherán, [http://www.tc.gob.pe/portal/servicios/tratados/uni\\_ddhh/instru\\_alca\\_gene2/teheran.pdf](http://www.tc.gob.pe/portal/servicios/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/teheran.pdf), consulta: septiembre de 2015.

## **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**

También conocida como CEDAW (por sus siglas en inglés), fue aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Teniendo como principal objetivo, conforme su art. 1, la eliminación de toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que menoscabe o anule los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer.

En cuanto al reconocimiento y protección de los derechos reproductivos, su art. 16 dispone lo siguiente:

1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

El mismo derecho para contraer matrimonio;

El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

[...] Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos [...].

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.<sup>9</sup>

La Convención constituye un instrumento jurídico que integra el derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, al reconocer el derecho de la mujer a decidir sobre el número de hijos que quiera tener, el intervalo entre sus nacimientos y el acceso a la información en materia reproductiva obliga también a los Estados a incluir este derecho fundamental en sus legislaciones internas.

---

9 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979.



## **Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD). Programa de Acción<sup>10</sup>**

La CIPD reconoce a la salud reproductiva como:

Un estado general de bienestar físico, mental, 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 de procrear, y la libertad para decidir hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.<sup>11</sup>

Por su parte, el Programa de Acción de El Cairo define a los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos e indica que:

Se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.<sup>12</sup>

## **Conferencia mundial de la mujer y la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín**

En su art. 17, hace referencia a «el reconocimiento explícito y la reafirmación del derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su propia fecundidad, es básico para la potenciación de su papel».<sup>13</sup>

La Plataforma de Acción es un programa que busca establecer condiciones para el empoderamiento de la mujer en la sociedad, y la

---

10 Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en El Cairo, desde el 5 hasta el 13 de septiembre de 1994. Delegaciones de 179 Estados participaron en las negociaciones que dieron como resultado un «Programa de Acción sobre Población y Desarrollo para los próximos 20 años», [http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94\\_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html](http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html), consulta: septiembre de 2015.

11 Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994.

12 Programa de Acción adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Nueva York: Fondo de Población de las Naciones Unidas, 1998), 192.

13 La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer se reunió en Pekín desde el 4 hasta el 15 de septiembre de 1995, y aprobó la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín, <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>, consulta: septiembre de 2015.

eliminación de los obstáculos que limitan su participación en la vida pública y privada. Reafirma que los derechos humanos de las mujeres y las niñas son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos; y, promueve el pleno disfrute de todos los derechos y libertades de las mujeres.

## DERECHOS REPRODUCTIVOS

La constitucionalización de los derechos reproductivos ha tenido como objeto reconocer y proteger la libertad de los ciudadanos para decidir de manera responsable sobre su vida reproductiva. En este acápite se revisarán los derechos reproductivos que han sido reconocidos en el ámbito internacional y nacional.

Como se ha mencionado anteriormente, no existe una normativa específica que regule los derechos reproductivos, es por ello que su desarrollo se circunscribe en la consagración en instrumentos internacionales y nacionales. Al respecto, Nina Pacari clasifica a los derechos sexuales y reproductivos de la siguiente manera:

el actual concepto internacional de derechos sexuales y reproductivos abarca los siguientes derechos: a la salud reproductiva y sexual, como componente de la salud general a lo largo de toda la vida. El derecho a la adopción de decisiones en cuestiones reproductivas, incluidas la elección del cónyuge, la opción en materia de formación de familia y a la determinación del número, el momento de nacer, y el espaciamiento de los propios hijos, así como el derecho a información y a los medios de ejercer esas opciones. El derecho a la igualdad y a la equidad entre mujeres y hombres; el derecho a la seguridad sexual y reproductiva, incluida la ausencia de violencia y coacción sexuales y el derecho a la vida privada.<sup>14</sup>

La autora destaca que los derechos reproductivos integran principalmente el derecho fundamental a la salud, el derecho a la libertad, seguridad e integridad, el derecho a la información y el derecho a la igualdad. Sin embargo, considero que los derechos reproductivos son más amplios, e incluyen a otros derechos humanos que no han sido considerados en el concepto transcrito, tales como el derecho a la vida,

---

14 Nina Pacari, asambleísta representante del Movimiento Pachakutik, Acta 70, 27 de abril de 1998, citada por Judith Salgado Álvarez, «Derechos sexuales en el Ecuador» (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005), 42.

el derecho al empleo, el derecho de beneficiarse de los avances en el campo científico, el derecho al matrimonio, entre otros.

Por su parte, Alda Facio explica que los derechos reproductivos se están ampliando constantemente y los delimita en doce derechos humanos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales, regionales y nacionales.<sup>15</sup> Por lo tanto, basada en su estudio, y por la importancia que revisten estos derechos en el ámbito reproductivo, a continuación realizaré un breve estudio sobre cada uno de ellos:

### **Derecho a la vida**

El derecho a la vida constituye un derecho universal, indispensable para el ejercicio de todos los demás derechos. Ha sido reconocido en todos los tratados internacionales de derechos humanos.

Con frecuencia se vincula el derecho a la salud reproductiva con el derecho a la vida,<sup>16</sup> motivo por el cual constituye una obligación estatal el crear y garantizar las condiciones necesarias para que las mujeres no mueran por causas evitables relacionadas con el parto, el embarazo o el aborto clandestino.

En el ámbito nacional es importante resaltar la incorporación de la penalización de la figura del femicidio, que ha sido incluida en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) para salvaguardar el derecho fundamental de que las mujeres vivamos libres de violencia. Al respecto, el art. 141, manifiesta:

La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.<sup>17</sup>

Los Estados, al ratificar instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se comprometen a modificar y adecuar su derecho interno,

---

15 Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 25-8.

16 Claudia Ahumada y Shannon Kowalski-Morton, *Derechos sexuales y derechos reproductivos: Guía para activistas jóvenes* (Ottawa: The Youth Coalition, 2006), 23, <[http://www.youthcoalition.org/wp-content/uploads/Guia\\_activista\\_DS DR\\_-withcover.pdf](http://www.youthcoalition.org/wp-content/uploads/Guia_activista_DS DR_-withcover.pdf)>, consulta: septiembre de 2015.

17 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 141. En adelante, COIP.

con normas que prevengan que se lesionen derechos fundamentales. En este contexto, Ecuador ha asumido su responsabilidad estatal mediante la incorporación del tipo penal de femicidio con objeto de prevenir el cometimiento de estos actos delictivos, sancionar a los responsables y reparar a los familiares de la víctima.

### **Derecho a la salud**

Miguel Carbonell señala que el derecho a la salud constituye un derecho social, que tiene un carácter prestacional, pues conlleva obligaciones positivas por parte de los Estados, como el asegurar el derecho a la atención o asistencia sanitaria.<sup>18</sup>

A continuación, hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y manifiesta que el referido documento constituye la regulación más completa del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos, por su vinculación con otros derechos fundamentales, y al establecer que los Estados deben crear condiciones que aseguren atención y servicios médicos para todos en caso de enfermedad.<sup>19</sup>

Alda Facio menciona el Comentario General 14 emitido por el Comité DESC, que enfatiza el deber de los Estados de ofrecer servicios de salud de calidad, económicos y que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva. También menciona al Protocolo de San Salvador,<sup>20</sup> que reconoce a la salud como un bien público, y establece medidas que deben adoptar los Estados para su cumplimiento, entre ellas: 1. brindar atención a la salud reproductiva básica; 2. educar a la población en materia de salud reproductiva, y; 3. satisfacer las necesidades de salud reproductiva de los grupos de más alto riesgo, y aquellos cuya pobreza los coloca en vulnerabilidad.<sup>21</sup>

---

18 Miguel Carbonell y José Carbonell, *El derecho a la salud: Una propuesta para México* (México DF: UNAM-IIJ, 2013), 2-3, <[http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cap\\_\\_tulo\\_Primer.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cap__tulo_Primer.pdf)>, consulta: octubre de 2015.

19 *Ibíd.*, 3.

20 El «Protocolo de San Salvador» constituye el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En su art. 10, trata sobre el Derecho a la salud.

21 Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 34-6.

### **Derecho a la libertad, seguridad e integridad personales**

Del derecho a la libertad, seguridad e integridad personales, derivan los siguientes derechos reproductivos: 1. el derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; 2. el derecho a estar libre de violencia basada en el sexo y el género; y, 3. el derecho a vivir libre de explotación sexual.

Alda Facio, al abordar este conjunto de derechos reproductivos, manifiesta que la violencia de género constituye una violencia directa al derecho a la vida, la dignidad, la integridad corporal y a estar libres de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, pues puede llegar a afectar la salud de la mujer y su autonomía reproductiva y sexual. La violencia también se manifiesta por medio de políticas de esterilización, abortos forzosos o en condiciones desfavorables, etc.

El Estatuto de Roma (1998) establece como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra a la violación, trata de personas, esclavitud sexual, el embarazo forzado, esterilización forzada y otros tipos de violencia sexual, y los asemeja a la tortura.<sup>22</sup>

Por su parte, en el ámbito nacional el COIP, en su art. 89, señala como delitos de lesa humanidad

aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: la ejecución extrajudicial, la esclavitud, el desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos, la privación ilegal o arbitraria de libertad, la tortura, violación sexual y prostitución forzada, inseminación no consentida, esterilización forzada y la desaparición forzada, serán sancionados con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años.<sup>23</sup>

A continuación, el art. 91 se refiere al delito de trata de personas, indicando en su num. 2, que configura este tipo penal: «la explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil»; el num. 4 señala también a la «Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación», entre otras modalidades de explotación.<sup>24</sup>

---

22 *Ibíd.*, 37-44.

23 Ecuador, *COIP*, art. 89.

24 *Ibíd.*, art. 91, nums. 2 y 4.

Es trascendental el reconocimiento, incorporación y penalización de los delitos de lesa humanidad, así como el de explotación sexual y sus diversas modalidades, pues su regularización ha tenido por objeto sancionar a los responsables de tales infracciones, y de esta manera evitar la impunidad por el cometimiento de actos atroces que vulneran derechos fundamentales.

### **El derecho a decidir el número e intervalo de hijos**

Hace referencia al derecho a la autonomía reproductiva y a acceder a la información, educación y los medios para su ejercicio. Constituye un derecho de libertad para decidir cuándo y cuántos hijos tener.<sup>25</sup>

Alda Facio, mencionando al Comité CEDAW, indica que el derecho a decidir el número e intervalo de hijos se vulnera «cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad»,<sup>26</sup> como por ejemplo mediante esterilizaciones forzadas, métodos anticonceptivos impuestos o legislaciones prohibitivas en materia de aborto.

Por otra parte, el derecho a decidir el número de hijos se relaciona con la posibilidad de decidir cuándo y con quién mantener relaciones sexuales. La intimidación, el incesto, la prostitución forzada y la violación sexual, constituyen ejercicios del poder que imposibilitan el ejercicio de este derecho.<sup>27</sup>

Nuestra Constitución se refiere a los derechos de libertad y reconoce en su art. 66, num. 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».<sup>28</sup> De una manera más amplia, la configuración y estudio de este derecho de libertad se revisará más adelante en el presente capítulo.

---

25 La CEDAW, en su art. 16, lit. e), señala que «los Estados deberán adoptar medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer [...], y asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres [...] decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos».

26 Comité CEDAW, Recomendación General n.º 24, párr. 17.

27 Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 46.

28 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66, num. 10.

## **El derecho a la intimidad**

Se refiere al derecho de toda persona a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas. Este derecho es conculcado cuando el Estado o los particulares interfieren en la decisión de la mujer sobre su cuerpo y su reproducción.<sup>29</sup>

Las exigencias y aportes de feministas se han manifestado en transformaciones de las normas legales, como por ejemplo la penalización de la violación entre cónyuges y la regulación del acoso sexual.<sup>30</sup> En nuestro país, por medio del COIP, art. 100, se califica y sanciona la explotación sexual de personas en los siguientes términos:

La persona que en beneficio propio o de terceros, venda, preste, aproveche o dé en intercambio a otra para ejecutar uno o más actos de naturaleza sexual, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Si la conducta descrita se lleva a cabo sobre personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o enfermedad catastrófica, personas en situación de riesgo o se encuentren en situación de vulnerabilidad o si entre la víctima y la persona agresora se mantiene o se ha mantenido una relación consensual de pareja, de familia, conyugal o de dependencia económica o exista vínculo de autoridad civil, militar, educativa, religiosa o laboral, la pena privativa de libertad será de dieciséis a diecinueve años.<sup>31</sup>

Como podemos observar, el delito de «explotación sexual» se ha configurado como la ganancia o provecho que se consigue como consecuencia de la prostitución de una persona, constituyendo una afectación a su integridad física y psíquica, de ahí la necesidad de incluir penas agravantes cuando estos hechos se cometen sobre niñas y otras personas que se encuentran en condiciones vulnerables.

## **Derecho a la igualdad y a la no discriminación**

Alda Facio considera que la igualdad no es un hecho, sino un valor establecido ante el reconocimiento de la diversidad humana. La igualdad

---

29 Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 47.

30 Isabel Cristina Jaramillo, «La crítica feminista al derecho», en *El género en el derecho: Ensayos críticos*, comp. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 125.

31 COIP, art. 100.

constituye un principio básico de los derechos humanos. Como derecho humano de reproducción se refiere a la no discriminación de los individuos en la esfera de la vida y salud reproductiva. Al respecto, los instrumentos internacionales<sup>32</sup> que garantizan la igualdad prohíben la discriminación por motivos de raza, sexo, orientación sexual, religión, origen o cualquier otra condición social y contempla la obligación de los Estados de garantizar la igualdad ante la ley.

Por su parte, Judith Salgado indica que el androcentrismo se ha manifestado en el campo del derecho de varias maneras: en normas que directamente excluyen a la mujer en el ejercicio de derechos (derecho al sufragio); normas que reconocen privilegios de hombres sobre mujeres (necesidad de contar con el permiso del marido para trabajar); normas aparentemente protectoras de la mujer, pero que resultan discriminadoras (prohibición de ejecutar trabajos nocturnos); y en la omisión legislativa en no regular temas que afectan a la mujer (aborto, violencia doméstica).<sup>33</sup>

En este marco, constituye un gran avance en materia de derechos humanos la aprobación de la Convención Interamericana de Belém do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

### **Derecho al matrimonio y a fundar una familia**

En el ámbito de los derechos reproductivos, se desprenden los siguientes:

- El derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones relativas a su función reproductora en igualdad y sin discriminación.
- El derecho a contraer o no matrimonio.
- El derecho a disolver el matrimonio.
- El derecho a tener capacidad y edad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio y fundar una familia.

El derecho a contraer matrimonio representa por antonomasia la manifestación de la autonomía personal, es un acto de libertad personal;

---

32 El derecho a la igualdad y no discriminación ha sido reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por la Convención Americana de Derechos del Hombre, entre otros instrumentos de derechos humanos.

33 Judith Salgado, «Género y derechos humanos», 173.



sin embargo no constituye un deber jurídico porque nadie puede ser obligado a casarse.<sup>34</sup>

La Recomendación General 21 de la CEDAW<sup>35</sup> manifiesta:

las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta [...] La mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene.

En la clasificación de las labores humanas se ha relegado de manera histórica a las mujeres a la esfera privada, donde se le han asignado exclusivamente la ejecución de actividades domésticas. Con el avance de la sociedad, la mujer ha ido incorporándose a la vida pública; sin embargo, su desarrollo personal se ha visto afectado por la falta de equidad en las relaciones familiares y la influencia del componente cultural en la sociedad.

### **Derecho al empleo y la seguridad social**

En el ámbito de los derechos reproductivos comprende el derecho a la protección legal de la maternidad en materia laboral; el derecho a trabajar en un ambiente libre de acoso sexual; el derecho a no ser discriminada por embarazo; el derecho a no ser despedida por causa de embarazo, y el derecho a no sufrir discriminaciones laborales por embarazo o maternidad.<sup>36</sup>

A escala nacional, la Ley de Seguridad Social, en su tít. III, trata sobre el Seguro General de Salud Individual y Familiar, e indica en su art. 102, que se «protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad», también dispone que «Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio».<sup>37</sup>

34 Sara Acuña Guirola, «El derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia en los textos internacionales de derechos humanos y en la Constitución española de 1978», en *Cuestiones actuales de derecho comparado*, coord. Gloria M. Morán (Coruña: Universidade da Coruña-Servicio de Publicaciones, 2003) 225-6, <<http://hdl.handle.net/2183/11221>>, consulta: octubre de 2015.

35 CEDAW, Comité de la CEDAW, Recomendación General 21.

36 Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 56.

37 Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Registro Oficial 483, Suplemento, 20 de abril de 2015, art. 102.

Se contempla como derecho de la afiliada el otorgamiento de asistencia médica y obstétrica, así como también el reconocimiento por parte de su empleador de un subsidio monetario durante el permiso por maternidad legalmente establecido.<sup>38</sup>

### **Derecho a la educación**

Se refiere al acceso a la educación sexual y reproductiva, lo que favorece a que las personas puedan tomar decisiones libres respecto a su vida reproductiva. El Comité DESC<sup>39</sup> manifiesta que la educación es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos, favorece el empoderamiento de la mujer en la sociedad y desempeña un papel trascendental en su emancipación.

Mediante Decreto Ejecutivo 1527, de 24 de junio de 1998, se estableció un Plan Nacional de Derechos Humanos del Ecuador, documento que a la fecha sigue vigente, y en el ámbito de los Derechos de la Mujer, dispone en su art. 21:

Institucionalizar políticas públicas que garanticen el ejercicio de los Derechos Humanos de las mujeres, especialmente en la salud, educación, generación y acceso al empleo, ingresos, participación política, seguridad social, cultura y comunicación en concordancia con los planes de igualdad de oportunidades.<sup>40</sup>

El documento en referencia tuvo como antecedente la ratificación por parte de nuestro país de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; y, por otra parte, la consagración en el texto constitucional como el más alto deber del Estado el respeto, defensa y promoción de los derechos humanos. El objetivo de la expedición del Plan Nacional de Derechos Humanos fue el mejoramiento de la calidad de vida y del desarrollo de las potencialidades humanas, creando condiciones adecuadas para el ejercicio pleno de los derechos humanos, mediante planes y programas que permitiesen promover y garantizar su vigencia.

---

38 *Ibíd.*, art. 105.

39 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 13 sobre el derecho a la educación, 21.º período de sesiones, 1999.

40 Ecuador, *Decreto Ejecutivo n.º 1527*, Registro Oficial 346, Suplemento, 24 de junio de 1998, art. 21.

### **Derecho a la información adecuada y oportuna**

Dentro de este derecho se circunscriben el derecho de toda persona a que se le dé información clara sobre su estado de salud; el derecho a ser informada sobre sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción; y acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad, y sobre las implicaciones de un embarazo para cada caso particular.<sup>41</sup>

La falta de información en materia reproductiva constituye una limitante en el acceso a los servicios de salud materna. Los Estados deben propender a la difusión masiva de información en materia reproductiva, prestar asesoría y los servicios necesarios en planificación familiar.<sup>42</sup>

### **Derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer**

Incluye el derecho a modificar las costumbres que perjudican la salud reproductiva de las mujeres y las niñas. Los Estados deben prohibir y transformar aquellas normas que regulan prácticas culturales lesivas o religiosas que afectan la salud reproductiva de las mujeres, como por ejemplo la mutilación genital femenina (África), matrimonios forzados (India), abortos para la selección del sexo, infanticidio de niñas (China).<sup>43</sup>

### **Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para ser objeto de experimentación**

Este derecho ha sido reconocido en el Pacto Internacional de DESC, se refiere al derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana y a no ser objeto de experimentación en este ámbito.<sup>44</sup>

---

41 Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 62.

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos* (Washington: Organización de los Estados Americanos / Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011), 15, <<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresaccesoinformacionmatariareproductiva.pdf>>, consulta: octubre de 2015.

43 Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 63-5.

44 *Ibíd.*, 17-43. Alda Facio informa que para el análisis de los derechos que forman el universo de los derechos reproductivos, se basó en el libro de Luisa Cabal, Julieta

Alda Facio considera que el marco de los derechos humanos permite un equilibrio entre la dignidad y el progreso científico, que ha ayudado a que el derecho a la paternidad/maternidad se efectivice.<sup>45</sup>

## OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Los Estados tienen tres niveles de obligación frente a los derechos humanos: respeto, protección y cumplimiento.<sup>46</sup>

Respetar el derecho, en el sentido en que el Estado debe reconocerlo como derecho humano y no debe violarlo directamente de manera arbitraria o dificultando su goce y acceso mediante el abuso del poder estatal.

Protegerlo, al promulgar leyes y crear mecanismos para prevenir que los derechos sean conculcados. De acuerdo con la opinión de Danilo Caicedo, los Estados deberían desarrollar mecanismos idóneos para hacer posible el goce de los derechos humanos, ya sea con medidas de prevención, protección o promoción.<sup>47</sup>

Finalmente, la obligación de cumplimiento hace referencia a que los Estados deben adoptar las medidas necesarias, creando las instituciones, la distribución de recursos, y los procedimientos necesarios que permitan que sus ciudadanos gocen del derecho que se les ha reconocido.<sup>48</sup>

El art. 2 del Pacto Internacional de DESC señala que, «Cada uno de los Estados parte se compromete a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».<sup>49</sup> En consecuencia, los derechos humanos se expanden

---

Lemaitre y Mónica Roa, ed., *Cuerpo y derecho* (Bogotá:Themis, 2001). La autora manifiesta también que «hay muchos otros derechos humanos que tienen que ver con la reproducción humana y con la salud reproductiva de las mujeres, como por ejemplo, el derecho a la libertad de culto o religión. Sin embargo, debido a que no hay, o no se encontró, un vínculo expreso entre estos derechos con la salud reproductiva o la reproducción y sexualidad humana hecho por un órgano oficial de la ONU o de la OEA, se optó por no incluirlos», *ibíd.*, 12.

45 *Ibíd.*, 66-8.

46 *Ibíd.*, 68.

47 Danilo Caicedo Tapia, «Experiencia de la Comisión de la Verdad Ecuador: Perspectivas de judicialización de las graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad» (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012), 12.

48 Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 68.

49 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

gradualmente, y es por ello que cada Estado de acuerdo con sus medios, desarrolla políticas que permiten el adecuado ejercicio y efectividad de los aquellos.

Agustín Grijalva indica que nuestra Constitución posibilita la interposición de la llamada acción de protección contra políticas públicas, cuando violan derechos constitucionales, permitiéndose la posibilidad de que sean reclamados.<sup>50</sup> Lo que evidencia la preocupación por parte del Estado de establecer mecanismos para resarcir la vulneración de derechos.

En este sentido, es trascendental la aplicación del principio *pro homine* por parte de los jueces, como criterio hermenéutico, mediante el cual, conforme lo explica Mónica Pinto, se debe acudir a la norma más amplia —interpretación extensiva— para el reconocimiento de derechos protegidos, y a la norma más restringida cuando se tenga que establecer restricciones al ejercicio de un derecho o a su suspensión; pues el rasgo fundamental de los derechos humanos es estar siempre a favor del hombre.<sup>51</sup>

## EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA COMO DERECHO REPRODUCTIVO

Las distintas constituciones políticas de Ecuador han ido reconociendo progresivamente a los derechos humanos, por tanto su desarrollo ha ido de la mano con la evolución del constitucionalismo.

La actual Carta Magna no consagra un derecho a la maternidad o paternidad, tampoco un derecho a la reproducción. Sin embargo, al reconocer los derechos de libertad, entre ellos los derechos sexuales y reproductivos, establece el derecho a la autonomía reproductiva. Siendo por ello, un derecho fundamental protegido constitucionalmente que merece gozar de protección y garantías en nuestra sociedad.

---

50 Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador: Pensamiento jurídico contemporáneo*, n.º 5 (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 29.

51 Mónica Pinto, «El principio *pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, comp. Martín Abregú y Christian Courtis (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 163.

El art. 66 señala que «Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 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».<sup>52</sup>

## CONFIGURACIÓN DEL DERECHO

Luigi Ferrajoli nos brinda una definición teórica de los derechos fundamentales, manifestando lo siguiente:

Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como un presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas [sic].<sup>53</sup>

En consecuencia, los derechos fundamentales pertenecen a todas las personas, por la sola condición de seres humanos y, por tanto, se debe garantizar la plena vigencia práctica de estos derechos, con sistemas jurídicos que garanticen su desarrollo y respeto, ya sea mediante disposiciones que los protejan o la prohibición de menoscabar su ejercicio.

El derecho a fundar una familia constituye un derecho fundamental que puede ejercerse en pareja o individualmente. Según Marcela Martínez Roaro, el derecho a tomar la decisión de procrear se encuentra condicionado a tres supuestos, a saber:

- Libremente: la decisión debe tomarse sin ningún tipo de coacción.
- Responsablemente: previendo las consecuencias de esa decisión, y aceptando afrontarlas y responder por ellas.

---

52 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66, num. 10.

53 Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 19.

- Informadamente: una decisión se toma de manera libre y responsable únicamente cuando existe acceso a una información seria, veraz y científica.<sup>54</sup>

Maricruz Gómez de la Torre explica que «en la categoría de derecho humano no entra adecuadamente el derecho a procrear; lo que sí cabe dentro de la categoría es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa, es decir el derecho a fundar una familia».<sup>55</sup>

Con lo expuesto, el derecho a fundar una familia deriva del derecho fundamental a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántos hijos tener.

El reconocimiento otorgado a los derechos reproductivos como derechos de libertad confiere a los ciudadanos autonomía procreativa, pero no dota de los mecanismos que garanticen su protección. Por tanto, esta abstención no salvaguarda el ejercicio efectivo del derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener.<sup>56</sup>

Noelia Igareda González manifiesta que las opiniones respecto a la libertad reproductiva son diversas, existen pensadores que consideran que constituye un derecho derivado de otros derechos constitucionales como la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el de la intimidad o el derecho a fundar una familia.<sup>57</sup> Y por otra parte, autores que señalan que el derecho al hijo como consecuencia de la libertad reproductiva no ha sido consagrado en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y que el reconocimiento del derecho de los niños a

---

54 Marcela Martínez Roaro, *Derechos y delitos sexuales y reproductivos* (México DF: Porrúa, 2007), 304-5.

55 Maricruz Gómez de la Torre, *La fecundación in vitro y la filiación* (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1993), 41.

56 Se entendería que una vez que el derecho se encuentre reconocido por la Constitución de la República, no existiría ningún otro límite para su ejercicio que el respeto de los derechos de los demás. Por tanto, no debería existir ningún tipo de injerencia en su desarrollo.

57 Noelia Igareda González, *El hipotético derecho a la reproducción* (Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2011), 266, <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/717/473>>. La autora cita a Robertson, Dworkin, Gómez Sánchez, Alkorta, y De Lora, quienes justifican que la libertad reproductiva deriva de otros derechos constitucionales, consulta: octubre de 2015.

unos padres y a una familia constituye la protección a esa realidad una vez que se ha producido, pero no el derecho a llegar a serlo.<sup>58</sup>

Claudia Morán de Vicenzi explica que «el derecho a procrear se puede traducir en un derecho a la elección reproductiva, que garantiza la libre decisión del sujeto de procrear o no, en la que se incluyen otros aspectos relacionados con la procreación, tales como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, entre otros».<sup>59</sup>

Por su parte, Carolina Salas Salazar señala que «el derecho a la reproducción se erige como un derecho de libertad con una clara faceta prestacional»;<sup>60</sup> y menciona que el contenido esencial del derecho a la reproducción es la capacidad de autodeterminación de todas las personas en materia reproductiva.<sup>61</sup>

En consecuencia, el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener constituye un derecho de libertad, pues su contenido esencial se refiere a la no injerencia del Estado ni de terceros en la toma de decisiones respecto a la vida reproductiva; pero también tendría una naturaleza prestacional, al requerir del Estado la debida protección y garantías para hacer efectivo el goce de este derecho.

## CONCEPTO DE FAMILIA

La construcción del concepto de *familia* deviene de estudios desde distintas perspectivas y enfoques sociológicos, antropológicos, psicológicos y del derecho. La familia constituye la creación social más importante, y es en consecuencia el fin esencial de la actividad del Estado.

Ángela María Quintero Velásquez afirma que ninguna otra institución humana o social ha logrado sustituir el funcionamiento de la familia, sobre todo en la satisfacción de las necesidades biológicas y

58 *Ibíd.*, 266. Igareda menciona a autores como Roca Trías, Pantaleón y Jonas quienes rechazan la idea de que la libertad reproductiva constituya un derecho.

59 Claudia Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial* (Lima: Universidad de Piura / Ara, 2005), 179.

60 Carolina Salas Salazar, *El derecho fundamental a la reproducción en el ordenamiento constitucional español: Fundamentación, estructura y consecuencias jurídicas* (tesis doctoral, Universidad de Castilla, 2008), 264, <<http://hdl.handle.net/10578/2397>>, consulta: octubre de 2015.

61 *Ibíd.*, 277.



afectivas de sus miembros. Señala también que el sentido de identidad de los individuos está determinado por el sentido de pertenencia a una familia particular.<sup>62</sup>

Alma Arámbula Reyes, por su parte, señala que no existe un concepto único de familia, pues no se trata de una institución universal y única, por ello es más apropiada la utilización del término *familias*, como modelos de organización de los seres humanos. A continuación, la autora presenta dos referencias a la idea de familia:

- En sentido amplio: familia linaje, personas unidas por parentesco. La ley extrae una consecuencia jurídica del vínculo.
- En sentido estricto: familia nuclear, pareja e hijos.<sup>63</sup>

Ligia de Ferrufino manifiesta que «no ha habido un solo tipo de desarrollo o evolución de la organización familiar, sino una serie de transformaciones locales que adoptan diferentes modalidades y formas de acuerdo con las diversas circunstancias e influencias»;<sup>64</sup> señala también que varios factores tanto ideológicos, como económicos y científicos han influido en la transformación de la familia.<sup>65</sup>

El Estado protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad según el art. 67 de la Constitución de la República. También reconoce a la familia en sus diversos tipos; en consecuencia, todos los ciudadanos tienen el derecho a fundar una familia. Asimismo, establece los mecanismos de protección de los derechos de las personas integrantes de la familia.<sup>66</sup>

Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia señala en su art. 9: «La ley reconoce y protege a la familia como espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente». Y

---

62 Ángela María Quintero Velásquez, *Trabajo social y procesos familiares* (Buenos Aires: Lumen, 1997), 18.

63 Alma Arámbula Reyes, *Maternidad subrogada* (México DF: Servicio de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Diputados, 2008), 53.

64 Ligia Echeverri de Ferrufino, «Polémica teórica sobre la familia y su papel en la sociedad», *Maguaré*, n.º 1 (1981): 160, <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/view/159-176>>, consulta: octubre de 2015.

65 *Ibíd.*, 162.

66 Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 67, 68 y 69.

en su art. 10, «El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia».<sup>67</sup>

Como se puede observar de las disposiciones señaladas, Ecuador reconoce y protege a la institución de la familia en sus distintos tipos; también establece que constituye el lugar esencial para el adecuado desarrollo de los niños y niñas. La *familia* se erige como consecuencia de diversas variables, tales como la filiación, el matrimonio, la unión de hecho, la adopción, el parentesco, etc.

Sara Acuña Guirola manifiesta que «el matrimonio ha dejado de ser la única célula que crea la familia, entendiéndose, por tanto, que la figura jurídica de la familia admite una pluralidad de formas. Se legitima, pues, sin lugar a duda la posibilidad de que las parejas de hecho puedan constituirla».<sup>68</sup>

Al respecto, Rolando Jiménez plantea lo siguiente:

La concepción de familia determinada por un diseño único y no una multiplicidad de éstos produce instantáneamente discriminaciones y exclusiones respecto de otro tipo de estructuras, como las que agrupan solo a madres y sus hijos/as, a abuelos/as y sus nietos/as, a las parejas que han adoptado o que deciden no procrear, o a quienes se han separado, por mencionar solo algunas.

Constando que las composiciones son distintas, es fácil comprender que, en consecuencia, existan múltiples formas de crear y hacer familia y en un país donde cada persona es igual en derechos y deberes, el Estado tiene la obligación de ampararlas a todas.<sup>69</sup>

En la sociedad existe una superación del concepto de un solo modelo, correspondiente al de la familia nuclear, monogámica y heterosexual. Nuestro país ha avanzado en el reconocimiento y protección de otras estructuras familiares. Sin embargo, la aceptación de su existencia no es suficiente, pues Ecuador debe defender y propiciar también el

67 Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 3 de enero de 2003, última reforma 7 de julio de 2014, arts. 9 y 10.

68 Sara Acuña Guirola, *El derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia*, 232.

69 Hernán Corral, Rolando Jiménez, Marcela Rodríguez et al., «Matrimonio entre parejas de un mismo sexo», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 7 (2011): 67-8. [DOI:10.5354/0718-2279.2011.16996](https://doi.org/10.5354/0718-2279.2011.16996).

reconocimiento de los mismos derechos para todos los modelos de familia que existen.

Por su parte, varios instrumentos internacionales de derechos humanos hacen referencia al derecho de fundar una familia, revisemos sus disposiciones:

Tenemos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. 6 prevé: «toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella».<sup>70</sup>

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, señala en su art. 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad, o religión, a casarse y a fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos se podrá contraer matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.<sup>71</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, proclama en su art. 10.1.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: se debe conceder a la familia que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los cónyuges.<sup>72</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte establece en su art. 23:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una

---

70 Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, art. 6.

71 Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la 18.<sup>a</sup> Asamblea General de la ONU, de 10 de diciembre de 1948.

72 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976.

familia si tiene edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados parte en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos.<sup>73</sup>

El reconocimiento y protección de la institución de la familia, por medio de instrumentos internacionales y su constitucionalización en los distintos ordenamientos internos, demuestra la preocupación de los Estados en protegerla, y establecer mecanismos para su efectiva preservación. Es por ello necesario y primordial que sus disposiciones sean aplicadas en el ámbito jurisdiccional, como instrumentos jurídicos que protegen y preservan a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

## CLASES DE FAMILIAS

La existencia de múltiples tipos de familia dificulta que se establezca una única conceptualización. La familia no es una institución social estática, al contrario, se encuentra en constante transformación; por los cambios que se van dando en la sociedad y en la mentalidad de sus individuos, la dinámica familiar evoluciona y suscita cambios.

A continuación un estudio sobre las distintas tipologías de familia que han sido objeto de reconocimiento y tratamiento legal por parte de nuestro ordenamiento jurídico o la jurisprudencia nacional.

### **Familia nuclear**

Constituye el modelo dominante en la sociedad, hace referencia a la familia constituida por los progenitores —padre y madre— y sus hijos. Representa el tipo de organización familiar más reducido.

Ivan Nye y Félix Berardo, citando a Murdock, se refieren en su trabajo titulado «Matrimonio y sistemas familiares» a la familia nuclear, «Ya sea como única forma dominante de la familia o como unidad básica a partir de la cual se constituyen formas familiares más complejas, existe

---

73 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, realizado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

como grupo característico y fuertemente funcional en toda sociedad conocida».<sup>74</sup>

A continuación, los autores manifiestan siguiendo a Murdock que la familia nuclear cumple funciones esenciales, a saber: 1. relaciones sexuales: en el contexto familiar, la satisfacción sexual otorga solidez a los cónyuges; 2. cooperación económica: permiten desempeñar de manera más eficiente sus respectivos roles y reforzar la relación conyugal, las relaciones paterno-filiales y las relaciones entre hermanos; en consecuencia, es un servicio material recíproco; 3. reproducción: característica esencial de la familia nuclear, la sociedad espera que la pareja de esposos engendre hijos; y, 4. socialización: relacionada con el cuidado material. La familia nuclear asume la responsabilidad de la socialización y educación de sus hijos, para que estén capacitados de desempeñar sus funciones cuando lleguen a la adultez.<sup>75</sup>

Ángela María Quintero define a la familia nuclear señalando que es aquella «conformada por dos generaciones, padres e hijos; unidos por lazos de consanguinidad conviven bajo el mismo techo y por consiguiente desarrollan sentimientos más profundos de afecto, intimidad e identificación [...] En términos antropológicos es denominada familia conyugal o restringida».<sup>76</sup>

Pitts explica que la familia nuclear es «La cohabitación socialmente sancionada de un hombre y una mujer que tienen preferencia o exclusividad de disfrutar de derechos económicos, sexuales, uno sobre otro, y tienen un compromiso para educar y mantener a los niños que han venido al mundo por medio de la mujer».<sup>77</sup>

De acuerdo con las definiciones presentadas sobre el concepto de familia nuclear, todas mantienen elementos en común: se conforma por

---

74 Eloise Murray, dir., *El niño y su familia: Selección de trabajos sobre economía doméstica* (París: UNESCO, 1981), 7. Cita a Ivan Nye y Felix Berardo, *The Family: Its Structure and Interaction* (California: Mcmillan, 1973), 30, 33-40.

75 *Ibíd.*, 8.

76 Quintero Velásquez, *Trabajo social y procesos familiares*, 19.

77 Alicia Arroyo Morcillo, «Las familias monoparentales en España: ¿Una desviación u otra forma de organización social?» (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002), 14. La autora cita a Jesse Pitts, «The Structural-Functional Approach», en *Handbook of Marriage and the Family*, ed. Harold Christensen (Chicago: Rand McNally, 1964).

una pareja heterosexual y sus hijos. La Constitución de la República y nuestro Código Civil reconocen ampliamente a la familia nuclear, la organizan como el modelo hegemónico y, a la vez, la han provisto de manera exclusiva del derecho para contraer matrimonio, en los siguientes términos: art. 67 de la Carta Magna, «El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal».<sup>78</sup>

Por su parte, el Código Civil define al matrimonio en su art. 81: «Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente».<sup>79</sup>

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su art. 9 se refiere a la función básica de la familia, disponiendo en su inciso segundo que «Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos».<sup>80</sup>

Podemos observar que en la legislación ecuatoriana impera el modelo jurídico de familia nuclear; con un carácter heteronormativo, pues refuerza al matrimonio como una institución que le da origen y la compone como un derecho exclusivo del hombre y la mujer.

### **Familia monoparental**

Como consecuencia de la ruptura matrimonial, ya sea por separación o divorcio de la pareja, progenitores solteros, abandono, muerte o ausencia de uno de ellos por trabajo, migración u otros motivos, uno de los cónyuges se hace cargo de la prole dando lugar a la conformación de la familia monoparental.

En otros casos, las familias monoparentales se constituyen por el deseo de un hombre o una mujer de convertirse en padres y, en consecuencia, recurren a la adopción o a las técnicas de reproducción

---

78 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 67.

79 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, última reforma 19 de junio de 2015, art. 81.

80 Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 9.

asistida, construyendo una familia formada por un solo padre o cabeza de familia.<sup>81</sup>

Por lo tanto, la familia monoparental es una agrupación familiar constituida por hijos dependientes económicamente de uno solo de sus progenitores con quien conviven, y es quien ostenta su custodia.<sup>82</sup> Este tipo de familia es conocida también como patrifocales —un solo padre—, o matrifocales —una sola madre—.

### **Familia reconstituida o polinuclear**

Denominada también familia simultánea o superpuesta, se integra por una pareja donde uno de ellos, o los dos tienen uno o más hijos de relaciones anteriores.<sup>83</sup>

Pueden existir diversos tipos de familias reconstituidas, a saber: 1. familias provenientes de un divorcio, en las que uno de los cónyuges tiene hijos de una unión anterior; 2. familias provenientes de un divorcio, en las que los dos cónyuges tienen hijos de relaciones anteriores; 3. familia que proviene de la muerte de uno de los cónyuges. Surge la figura del padrastro o madrastra, que constituye el modelo más antiguo de familia reconstituida; 4. familias en las que el/la divorciado/a tiene hijos y cuya expareja se ha vuelto a casar.<sup>84</sup>

### **Familias homoparentales**

Este tipo de modalidad familiar se conforma por intermedio de la relación entre dos personas del mismo sexo —homosexuales y lesbianas—. Los hijos son producto de relaciones heterosexuales de uno o ambos miembros, por adopción o uso de técnicas de fertilización asistida.<sup>85</sup>

---

81 Innatia, «Qué es la familia monoparental o uniparental (definición y características)», <<http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-que-es-la-familia-monoparental.html>>, consulta: noviembre de 2015.

82 Mónica Giraldes y Estibalitz Penedo, Mertxe Seco y Uoxa Zubeldia, «La familia monoparental, Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria», *Revista de Servicios Sociales*, n.º 35 (1998): 28, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2698833.pdf>>, consulta: noviembre de 2015.

83 Quintero Velásquez, *Trabajo social y procesos familiares*, 20.

84 Roberto Pereira, «Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida», *Perspectivas Sistémicas*, n.º 70, año 14 (2002), <<http://www.redsistemica.com.ar/reconstituidas.htm>>, consulta: noviembre de 2015.

85 Quintero Velásquez, *Trabajo social y procesos familiares*, 21.

Marcela Virginia Rodríguez indica que

Desde los orígenes de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados se comprometen a proteger a la familia, sin definir claramente el contenido de la categoría y la instrumentación jurídica de esta protección. En ningún momento habilitan la inteligencia de la primacía de la heteronormatividad como modelo familiar, ni atan la familia a la reproducción.

La obligación del Estado de proteger la familia implica asegurar material y jurídicamente la posibilidad de que las personas realicen su vida afectiva, libres de toda forma de discriminación, de acuerdo con sus propias preferencias, sin recaer en formas compulsivas de organización social y jurídica e interferencias contrarias a las exigencias de una sociedad democrática.<sup>86</sup>

De acuerdo con el criterio de la autora, la obligación de los Estados de proteger a la institución de la familia implica crear las condiciones necesarias para que pueda cumplir con sus funciones tanto biológicas como psicológicas, independientemente de los distintos modelos familiares que puedan conformarse.

Por su parte, Agustín Grijalva manifiesta que uno de los retrocesos de nuestra actual Constitución respecto a la de 1998 es la definición de matrimonio como una unión exclusiva entre hombre y mujer, limitación que anteriormente no se incluía.<sup>87</sup>

A continuación, revisaremos un caso paradigmático que se desarrolla en Ecuador, en el cual se exige el reconocimiento de iguales derechos para las familias homoparentales. Una pareja de lesbianas —Helen Louise Bicknell y Nicola Susan Rothern—, que anteriormente habían legalizado su unión en Reino Unido, y tras fijar su residencia en nuestro país regularizaron también su unión de hecho. La pareja solicitó inscribir a su hija llamada Satya en el Registro Civil con el primer apellido de cada una. La niña es hija biológica de Nicola, y fue concebida por medio de inseminación artificial heteróloga.

El Director Nacional del Registro Civil negó la petición de las solicitantes, con Oficio n.º 2012-9-DAJ, de 10 de enero de 2012, señalando que «en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta

86 Rodríguez, *Definición de la familia*, 69.

87 Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, 28.



Dirección de Asesoría Jurídica considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI». <sup>88</sup>

Frente a la negativa del Director Nacional del Registro Civil, la pareja interpuso acción de protección contra la referida Resolución, que fue sustanciada por el Juzgado Cuarto de Garantías Penales. Las accionantes alegaron que el acto administrativo emitido violó sus derechos fundamentales: el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a fundar una familia, el derecho a la identidad y el principio del interés superior de la menor. El Juzgado de Garantías Penales inadmitió la acción planteada y señaló que el acto administrativo era susceptible de ser impugnado en la vía judicial.

La sentencia fue apelada y la Corte Provincial de Pichincha, Tercera Sala de Garantías Penales, rechazó el recurso de apelación, alegando que se atentaba contra el interés superior de la menor, pues se la pondría en riesgo de una impugnación de paternidad, se la privaría del derecho de conocer a su padre biológico, y señaló también que «solo el progenitor biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción, es quien puede reconocer al menor». <sup>89</sup>

Posteriormente, la pareja presentó una Acción Extraordinaria de Protección <sup>90</sup> en la que solicitaron se declare la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, y se ordene la reparación integral del derecho afectado. La Corte Constitucional admitió a trámite la acción extraordinaria de protección, que hasta la fecha aún no ha sido resuelta.

Al respecto, considero que las sentencias previas han desconocido el derecho a la igualdad y el interés superior de la menor. Ferrajoli señala que «los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica». <sup>91</sup> En consecuencia, la Corte Constitucional debería resolver la acción extraordinaria de protección a favor de la pareja, de manera que se garanticen sus derechos fundamentales y de la menor, como garantía

---

88 Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, «Sentencia 584-2012», en *Caso n.º 1692-12-EP*, 9 de agosto de 2012.

89 *Ibíd.*

90 Ecuador Corte Constitucional, *Caso n.º 1692-12-EP*.

91 Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 25.

de la aplicabilidad directa de la Constitución, conforme lo establece el art. 11, num. 3, que a la letra señala: «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte».<sup>92</sup>

Juan Marco Vaggione considera que la jerarquía de la Iglesia católica a nivel de Latinoamérica, la influencia de los actores, creencias y discursos religiosos en la población constituyen el principal opositor político para el cambio del sistema legal y jurisprudencial, que institucionaliza a la familia nuclear como modelo hegemónico.<sup>93</sup>

Algunos países en el ámbito latinoamericano han presentado avances en el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación para aquellas parejas del mismo sexo; tal es el caso de Argentina, pionera en la aprobación de la ley del matrimonio homosexual, el 15 de julio de 2010, que incorporó una reforma al Código Civil y Comercial, cuyo art. 172 señala lo siguiente:

Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.<sup>94</sup>

La reforma tuvo como consecuencia el reconocimiento de todos los derechos que derivan del matrimonio, como el de adopción o a fundar una familia.

Por su parte, Colombia también ha avanzado en el reconocimiento de la unión de dos personas del mismo sexo. Mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sentencia C-577/11 trata sobre la evolución del concepto de familia y no discriminación de las relaciones familiares, tras el planteamiento de una demanda de inconstitucionalidad del

92 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11, num. 3.

93 Juan Marco Vaggione, «Las familias más allá de la heteronormatividad», en *La mirada de los jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, ed. Cristina Motta y Macarena Sáenz (Bogotá: Red Alas, 2008), 14-5.

94 Argentina, *Ley 26.618*, Modificación del Código Civil, Sancionada el 15 de julio de 2010, Promulgada el 21 de julio de 2010.

art. 113 del Código Civil, que define al matrimonio como un «contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente», la Corte declaró exequible la expresión «un hombre y una mujer», reconociendo como legal la unión de dos personas del mismo sexo, y su derecho a decidir respecto a la constitución de la familia. Exhortó al legislador superar el déficit de protección hacia estas personas, de acuerdo con los principios y valores del régimen constitucional. Sin embargo, se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre la expresión «de procrear».<sup>95</sup>

El Senado uruguayo también aprobó el proyecto de matrimonio igualitario, el 2 de abril de 2013, mediante Ley n.º 19.075, que reformó el art. 83 del Código Civil, en los siguientes términos: «El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo».<sup>96</sup>

## EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA REFLEJADA EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

El concepto de familia se encuentra en permanente transformación, cada vez surgen nuevas figuras de convivencia familiar; frente a esta dinámica, los avances científicos en el ámbito reproductivo también han contribuido a su evolución deconstruyendo el concepto tradicional de familia. A continuación analizaré la figura de la gestación subrogada, como una de las TRA que permite que el derecho a fundar una familia pueda manifestarse en la práctica para aquellas personas que se encuentran imposibilitadas de concebir.

### PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Usualmente existen diversas terminologías para denominar a esta figura, siendo las más comunes: «maternidad subrogada», «vientre de alquiler», «gestación por sustitución», «gestación por cuenta de otro», «maternidad sustituta», «alquiler de útero», «madres portadoras», «madres suplentes», entre otras. Al respecto, Eleonora Lamm indica que se inclina por la acepción «gestación por sustitución», toda vez que la mujer

95 Colombia Corte Constitucional de la República, «Sentencia C-577 de 2011».

96 Uruguay, Ley n.º 19.075 *Matrimonio Igualitario*, D.O. 9 de mayo de 2013, n.º 28710.

que actúa como gestante, en efecto, gesta un niño para otro(s) y, a continuación, manifiesta que es incorrecto hablar de «maternidad», pues el término se amplía más allá de la gestación; en cuanto al vocablo «subrogada», menciona que se trataría de aquellos casos en los que la gestante aporta también su material genético, correspondiendo a la modalidad de gestación subrogada tradicional, que se revisará más adelante.<sup>97</sup>

Conforme la explicación de la autora, y toda vez que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «gestar» significa: llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto,<sup>98</sup> y la acepción «subrogar» hace referencia al acto de sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa,<sup>99</sup> en el desarrollo del presente estudio se utilizará el término «gestación subrogada», al resultar el más apropiado para denominar a esta figura.

#### ORIGEN Y DEFINICIÓN DE GESTACIÓN SUBROGADA

Debido a los avances científicos y tecnológicos, miles de seres humanos han nacido por intermedio de tratamientos de reproducción asistida, consiguiendo de esta manera satisfacer el deseo de muchas personas de ser padres; entre ellos mujeres solteras, matrimonios heterosexuales y homosexuales.

Eleonora Lamm, en su trabajo «Gestación por sustitución», explica que esta figura se presenta como actual; sin embargo, sus primeras referencias constan en el Antiguo Testamento, en el libro del Génesis 30:3 «Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella».<sup>100</sup>

A continuación, la autora hace referencia al primer caso de gestación por sustitución moderno reportado en 1984, en el que los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de su amiga, que dio a luz a un niño con quien no tenía ninguna relación genética.<sup>101</sup>

97 Eleonora Lamm, «Gestación por sustitución: Realidad y derecho», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3 (2012): 4. <[www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf/](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf/)>.

98 Real Academia Española, «gestar», *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario (Madrid: Asociación de Academias de la Lengua Española —ASALE—, 2016), <[www.rae.es/](http://www.rae.es/)>.

99 *Ibíd.*, «subrogar».

100 Lamm, «Gestación por sustitución», 4.

101 *Ibíd.*, 5.

En 1986, se trató el caso *Baby M.*, en el que Stern, marido de una mujer estéril, contrata con otra mujer —Mary Beth Whitehead—, la inseminación artificial con su material genético y el semen de Stern; y la posterior entrega del producto de la concepción al padre biológico. La madre biológica se negó a entregar a la niña y el caso llegó al Tribunal Supremo de Nueva Jersey, declarándose nulo el contrato; se reconoció la custodia a Stern y derechos de visita a la madre sustituta.<sup>102</sup>

En la actualidad, ha cobrado gran importancia la presencia de las madres sustitutas, quienes «alquilan» su vientre, para que otros individuos puedan ser los padres del producto de la concepción. Este hecho genera múltiples interrogantes tanto biológicas y genéticas, así como éticas y jurídicas.

Al respecto, para una conceptualización de la figura de la gestación subrogada, revisaremos las referencias de algunos autores:

Xavier Hurtado manifiesta que la gestación subrogada es «la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento».<sup>103</sup>

Por su parte, Alma Arámbula Reyes la define como «el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible».<sup>104</sup>

Rocío Ruiz Martínez, en su trabajo «Maternidad subrogada. Revisión bibliográfica», citando a Souto, define a esta figura como «la práctica en la que una mujer gesta a un bebé previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo».<sup>105</sup>

---

102 Arámbula Reyes, *Maternidad subrogada*, 7.

103 Xavier Hurtado Oliver, *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, donación, eutanasia y suicidio asistido: Problemas éticos, legales y religiosos* (México DF: Porrúa, 1999), 54.

104 Arámbula Reyes, *Maternidad subrogada*, 7.

105 Rocío Ruiz Martínez, «Maternidad subrogada: Revisión bibliográfica» (tesis de grado, Universidad de Cantabria, 2013), 4. La autora cita a B. Souto, «Dilemas éticos sobre la sustitución de la reproducción humana: La gestación por sustitución», *Feminismos. Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, n.º 8 (diciembre 2006): 181-95, DOI: <https://doi.org/10.14198/fem.2006.8.12>.

Por su parte, Adriana Hernández y José Luis Santiago, en su artículo «Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal», nombran a Dina Rodríguez López, y nos presentan la opinión de la autora sobre gestación subrogada: «El acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de este».<sup>106</sup>

Para Gómez Sánchez, «se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de este».<sup>107</sup>

En conclusión, la gestación subrogada consiste en un procedimiento por medio del cual una persona o pareja «encargan» a otra la gestación de un embrión, bajo la premisa de entregarlo al solicitante o la pareja tras su alumbramiento.

#### CLASES DE GESTACIÓN SUBROGADA

Pueden existir diversos tipos de gestación subrogada, la modalidad más común constituye la subrogación por medio de inseminación artificial; en este caso, la gestante es inseminada con semen de la pareja — heterosexual u homosexual—, y es a la vez la madre genética al aportar su material genético; constituye la modalidad denominada «gestación por sustitución tradicional, plena o total». Otro tipo frecuente de gestación subrogada es aquella en la que el óvulo y el espermatozoide pertenecen a los contratantes, y tras la fertilización *in vitro* (FIV), el embrión es implantado en la contratada para su gestación, conocida también como «gestación por sustitución gestacional o parcial».<sup>108</sup>

Eleonora Lamm manifiesta que se pueden distinguir cuatro variantes de la gestación subrogada, a saber:

106 Adriana Hernández Ramírez y José Luis Santiago Figueroa, «Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 132, año XLIV (septiembre-diciembre de 2011): 1341, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/132/el/el11.pdf>>, consulta: octubre de 2015.

107 Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana* (Madrid: Marcial Pons, 1994), 136.

108 Alma Arámbula Reyes, *Maternidad subrogada*, 42.

- Cuando los contratantes aportan el semen y el óvulo, y tras el procedimiento de fecundación *in vitro*, el embrión es implantado en el útero de la gestante.
- El contratante aporta su material genético —óvulo o espermatozoide dependiendo del caso—, y el otro gameto puede provenir de un/a donante, o aportado por la gestante.
- El caso en el que la pareja o el comitente no aporta su material genético. El procedimiento se realiza con la donación de óvulos y semen.
- La gestante aporta su material genético, el cual puede ser inseminado con esperma del comitente o de un donante.<sup>109</sup>

---

109 Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres* (Barcelona: Universitat de Barcelona / UNESCO, 2013), 29-30.





## CAPÍTULO SEGUNDO

# LA GESTACIÓN SUBROGADA A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

---

El progreso de la ciencia y su repercusión en los cambios sociales exige reconocimiento por parte del derecho; el legislador debe afrontar el reto de normar las nuevas realidades, para brindar seguridad jurídica a todos los ciudadanos.

En cuanto a las nuevas formas de acceder a la maternidad, la gestación subrogada representa la posibilidad de formar una familia para aquellas personas que por diversas razones se encuentran imposibilitadas de procrear un hijo. En este contexto, es importante resaltar la necesidad de que los Estados promuevan el desarrollo de un marco jurídico que contemple a la gestación subrogada como garantía al ejercicio del derecho a fundar una familia, pues su omisión o prohibición no constituye un impedimento para su realización.

Para el análisis de los aspectos que deben incluirse en la regulación legal de la gestación subrogada como manifestación del derecho a fundar una familia, se iniciará el desarrollo de este segundo capítulo con un estudio de su contemplación en la realidad jurídica; posteriormente se examinarán casos jurisprudenciales, que constituyen un insumo importante para conocer la complejidad que conlleva ponderar derechos cuando los Estados no cuentan con una normativa específica que

regule la materia; finalmente, se desprenderán reflexiones breves sobre los principales aportes de las sentencias analizadas.

## SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA REALIDAD JURÍDICA

A continuación, se analizará el tratamiento legal que se le ha dado a la figura de gestación subrogada en el ámbito internacional; para ello se revisará su situación en algunos países y se distribuirá el estudio por ámbitos materiales:

### ADMISIÓN

Los partidarios por la regulación de la figura de la gestación subrogada han considerado que su admisión constituye la manifestación del derecho a procrear, que representa el derecho a fundar una familia, y conlleva el desarrollo de los derechos de libertad, dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, sostienen que su admisión se sustenta en la protección de la familia.<sup>110</sup>

En este sentido, considero importante y necesaria su regulación, toda vez que de conformidad con el principio de igualdad, este procedimiento resulta el único mecanismo por medio del cual parejas del mismo sexo, personas solas, o que adolecen de problemas de salud y se encuentran imposibilitadas de concebir, pueden llegar a tener un hijo con sus características genéticas. Sin embargo, la figura debe ser regulada de manera amplia y precisa, de tal forma que se prohíba su carácter lucrativo, y evitar de esta manera el fomento del turismo reproductivo, entre otros aspectos que serán desarrollados en el tercer capítulo de este trabajo.

En el derecho comparado existen dos vertientes: por un lado, se contempla su admisión únicamente cuando es altruista y cumple con algunas condiciones; y por otro lado, existen países que reconocen ampliamente la gestación subrogada, permitiendo incluso que se efectúen contratos de tipo oneroso.<sup>111</sup>

---

110 Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución*, 7.

111 *Ibíd.*, 11. La autora señala que en el derecho comparado se encuentran tres posturas: a) prohibición de la gestación por sustitución; b) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones; y c) admisión amplia. En el presente estudio he dividido el tratamiento de la legislación comparada en los ámbitos: admisión, prohibición y omisión legislativa.

### **Reconocimiento cuando es altruista**

Eleonora Lamm, en su obra *Gestación por sustitución*, cita algunos países que acogen en sus ordenamientos internos la figura de la gestación subrogada, cuando esta se realiza de manera altruista: Reino Unido, Brasil, Canadá, Grecia, Israel, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda.<sup>112</sup>

A continuación, señala que países como Grecia e Israel regulan el procedimiento de preaprobación de los contratos de gestación subrogada, es decir los comitentes y la mujer contratada presentan su acuerdo ante un juez o tribunal para la verificación del cumplimiento de condiciones y aprobación previo el inicio del tratamiento médico.<sup>113</sup>

Grecia, mediante la Ley 3089/2002, y 3305/2005, reguló las técnicas de reproducción asistida, incorporando y regulando a la gestación subrogada. Lamm cita el art. 1458 de la ley 3089/2002, que a la letra señala:

La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no solo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir.<sup>114</sup>

Considero que la intervención judicial previa brinda a los acuerdos de gestación subrogada mayor seguridad jurídica, pues únicamente tras la constatación de la incapacidad de los comitentes para llevar a cabo la concepción se autoriza la ejecución del procedimiento.

Por su parte, Israel con la Ley 5756 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, establece también que el acuerdo entre los comitentes y la gestante debe ser aprobado por una comisión estatal integrada por psicólogos, médicos, trabajadores sociales, juristas y un representante de la religión que practiquen los comitentes. El procedimiento se realiza en hospitales públicos debidamente autorizados para este tipo de tratamientos. Al nacer, el niño es entregado a los padres intencionales, y a

---

112 *Ibíd.*, 12.

113 *Ibíd.*, 13.

114 *Ibíd.*, 14.

continuación deben seguir un procedimiento de obtención de la orden de paternidad, que se otorga por resolución judicial.<sup>115</sup>

Existen Estados en los que la regulación de la gestación subrogada se efectúa tras el inicio de un procedimiento en el que los comitentes obtienen la paternidad legal del menor como resultado de un acuerdo previo y la transferencia de la filiación se realiza posparto; tal es el caso de Reino Unido, en donde se admite la gestación subrogada altruista, sin intermediarios. La filiación se determina en relación a la madre que da a luz —gestante—, y se transfiere a los comitentes únicamente si lo solicitan ante un juez, quien la concede con una orden parental —*parental order*—.<sup>116</sup>

El Informe Warnock de 25 de junio de 1984 constituye un reporte que el Parlamento Británico encargó a la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana, sobre los alcances de la aplicación de las TRA, ante la falta de regulación de este ámbito. En el informe se recomendó aprobar una ley que declare ilegal todo acuerdo de gestación subrogada; asimismo, se señaló que deberían establecerse sanciones para quienes la oferten comercialmente. Posteriormente, en 1985 se expidió la *Surrogacy Arrangements Act*, que prohíbe la gestación subrogada cuando media publicidad y acuerdos comerciales. Sin embargo, admite el reconocimiento del pago de los gastos razonables que se deriven de su práctica.<sup>117</sup>

A nivel de Latinoamérica, de manera particular en México, existe flexibilidad en legislaciones de algunos Estados; así por ejemplo, el Estado de Tabasco ha regulado en su Código Civil, art. 92, tercer y cuarto inciso, la gestación subrogada, equiparándola a la adopción.<sup>118</sup>

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los

115 Sandra Fernández, «Gestación subrogada en Israel: Legislación, requisitos y filiación», *Babygest. La revista líder en gestación subrogada*, 2017 <<http://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-israel/>>.

116 Lamm, *Gestación por sustitución*, 13-5.

117 Lamm, *Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 131-2.

118 Cristiana Baffone, «La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 46, n.º 137 (mayo-agosto de 2013): 456-7, DOI: 10.1016/S0041-8633(13)71139-6.

casos en los que participe una madre subrogada, deberá estar a lo ordenado para la adopción plena. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el oficial del registro civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.<sup>119</sup>

En la ciudad de México, el 30 de noviembre de 2010 se presentó una Iniciativa con Proyecto de Decreto para regular el procedimiento de gestación subrogada, que se aprobó por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; sin embargo, aún no ha sido promulgada ni publicada por parte del jefe de gobierno. El 8 de diciembre de 2011 otra iniciativa de ley se aprobó en comisiones y se puso en conocimiento del Pleno el 20 de diciembre del mismo año. Tampoco ha sido publicada.

Por su parte, el Código Familiar del Estado de Sinaloa admite la gestación subrogada en sus modalidades altruista y onerosa:

Art. 283.- La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Pueden ser madres subrogadas gestantes, solo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Art. 284.- La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades: Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;

Subrogación parcial, es la que se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;

---

119 México, *Código Civil para el Estado de Tabasco*, Periódico Oficial del Estado, 9 de abril de 1997, <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/28/1140/93.htm?s=>>, consulta: octubre de 2015.

Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,

Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.<sup>120</sup>

Finalmente, en el Estado de Coahuila la gestación subrogada se encuentra expresamente prohibida, conforme las disposiciones contenidas en los arts. 489 y 491 de su Código Civil:

Art. 489.- Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente.

Art. 491.- El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a esta [sic] y no a quien lo aportó.<sup>121</sup>

Pese a la existencia de regulación en algunos Estados de México, las posiciones son divergentes en cuanto a su aceptación. Quienes están en contra de la admisión de la gestación subrogada consideran que existe una explotación de la mujer con fines reproductivos, y que su práctica puede fomentar el tráfico de menores y de órganos. Inclusive en el Senado de la República se ha analizado la posibilidad de prohibir la gestación subrogada, mediante reforma a la Ley General de Salud, por las consideraciones anteriormente expuestas.<sup>122</sup>

## **Reconocimiento amplio**

En cuanto a la segunda vertiente de admisión de la gestación subrogada, países como Ucrania, India, Rusia, y algunos Estados de los Estados Unidos de América mantienen el criterio de la amplia admisión. En consecuencia, su práctica es legal y su regulación se encuentra en

---

120 México, *Código Familiar del Estado de Sinaloa*, Periódico Oficial, 6 de febrero de 2013.

121 México, *Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza*, Periódico Oficial, 18 de enero de 2008, <<http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/coahuila/codigo-civil-para-el-estado-de-coahuila-de-zaragoza.pdf>>, consulta: octubre de 2015.

122 Excelsior, «Senado analiza desaparecer la maternidad subrogada en México», *Excelsior*, 3 de noviembre de 2015, <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/11/03/1054976>>, consulta: octubre de 2015.

cuerpos normativos que han sido desarrollados para sortear o disminuir las múltiples controversias que se puedan suscitar.

Tanto en Ucrania como en Rusia, es el Código de Familia el cuerpo normativo en el que se admite y se desarrollan los aspectos que rigen la gestación subrogada. En estos países, los contratantes pueden considerarse de manera automática los padres legales del menor.<sup>123</sup>

Según el art. 123.2 del Código de Familia de Ucrania, si un embrión concebido por una pareja, como resultado de la aplicación de la TRA, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del menor serán la pareja.<sup>124</sup>

Por su parte, el art. 51 del Código de Familia de la Federación Rusa señala que «Las personas, que dieron su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño solo al disponer del consentimiento de la mujer, que dio a luz el niño (madre subrogada)».<sup>125</sup>

En la India,<sup>126</sup> a la fecha no existe un cuerpo normativo que norme de manera específica a la gestación por sustitución, no obstante su

---

123 Parlamento Europeo, *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE* (Bruselas: Dirección General de Políticas Interiores. Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, 2013), 5. <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf).

124 VittoriaVita, «Maternidad subrogada (Ley de Reproducción Asistida)», *VittoriaVita*, 2013, <<http://vittoriavita.com/spa/ley-de-maternidad-subrogada-en-ucrania-proteccion-de-sus-derechos/>>, consulta: octubre de 2015.

125 Surrofair, «Gestación subrogada en Rusia», *Surrofair*, <<https://surrofair.com/es/gestacion-subrogada-rusia/>>.

126 En la India, la maternidad subrogada comercial se instrumenta como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema, en el caso *Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr* (2008), en la que se falló reconociendo que la subrogación comercial es legal en la India, y que era necesario desarrollar su regulación. El caso trata de un matrimonio japonés que suscribe un acuerdo de maternidad subrogada en la India, para transferir a la contratante embriones creados con esperma del comitente y el óvulo de una donante. Durante el embarazo, la pareja se separó y la solicitante no quiso continuar el procedimiento para acoger al niño nacido mediante subrogación; mientras que el padre y la abuela querían su custodia. Finalmente, al niño le otorgaron un certificado de identidad de la India, y la Embajada Japonesa le otorgó una visa humanitaria. «Leyes de Maternidad Subrogada en la India: La protección de los padres, niños y la madre de alquiler». <<http://www.vientreenalquiler.com/lideres-del-sector/vientre-de-alquiler-india/>>, consulta: octubre de 2015.

regulación se basa en el documento «Línea Guía para la Reglamentación de Reproducción Asistida», desarrollado por el Ministerio de Salud (2010); y, en la «Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos», publicada por el Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR, por sus siglas en inglés) de 2006, que establecen políticas que regulan los procedimientos biotecnológicos, basándose en aspectos tales como el conocimiento informado entre las partes, que el procedimiento debe realizarse en clínicas legalmente constituidas, entre otros.<sup>127</sup>

## PROHIBICIÓN

Eleonora Lamm señala que algunos ordenamientos internos, como en los casos de Francia, España, Austria, Alemania, Suiza e Italia, la gestación subrogada se encuentra expresamente prohibida y, en consecuencia, los contratos son nulos.

El Código Civil Francés, en el capítulo II, que trata sobre respeto del cuerpo humano, en su art. 16-7 dispone que «Todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo».<sup>128</sup>

La legislación española prohíbe la gestación subrogada. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988, en su art. 10, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, señala lo siguiente: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero». La reforma mediante Ley 14/2006 de 26 de mayo, y posteriormente mediante Ley 3/2007, no modificó la prohibición.<sup>129</sup>

La Ley Federal sobre Reproducción Asistida de Austria, de 1 de julio de 1992, estableció que los ovocitos y embriones solo pueden ser

127 Mónica Amador Jiménez, «Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre maternidad subrogada en India», *Revista CS*, n.º 6 (julio-diciembre de 2010): 199-200, <doi http://dx.doi.org/10.18046/recs.i6.466>, consulta: octubre de 2015.

128 Francia, *Código Civil*. El Código Civil francés, en el cap. II, que trata del respeto del cuerpo humano, en su art. 16-7 dispone que «Todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo».

129 España, *Ley 35/1988*, Boletín Oficial del Estado 282, 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, <http://www.boe.es/boe/dias/1988/11/24/pdfs/A33373-33378.pdf>, consulta: octubre de 2015.



utilizados en la mujer de la cual proceden; en consecuencia, no se admite la subrogación gestacional, por la prohibición de la donación de óvulos.<sup>130</sup>

Alemania ha desarrollado la Ley de Protección del Embrión, que sanciona con pena de prisión de hasta tres años o de multa, a quien fecunde un óvulo para transferirlo a otra mujer de quien no fue extraído; así como a quien fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.<sup>131</sup>

La Constitución Federal Suiza prohíbe la gestación subrogada a título oneroso y gratuito, en su art. 119.2, lit. d), dispone que la donación de embriones y todas las formas de maternidad por sustitución están prohibidas; y, el art. 4 de la Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida (1989, reformada en 2006), también la prohíbe.<sup>132</sup>

En Italia, la Ley número 40 de 19 de febrero de 2004 desarrolla las políticas para regular la procreación médicamente asistida, y en su art. 12, sección 6, prohíbe realizar, organizar o publicar la maternidad por sustitución en cualquier forma. En caso de incumplimiento, se sanciona con prisión (de 3 meses a dos años) y multa a los transgresores, incluyendo la suspensión del médico que interviene en el tratamiento de fertilización.<sup>133</sup>

Los motivos por los cuales se prohíbe su práctica se relacionan a la explotación material y psicológica de la mujer, afección de salud de la subrogada, manipulación del cuerpo femenino, la celebración de contratos lucrativos, la afirmación de que es contraria a la dignidad humana, y las consecuencias emocionales de los menores nacidos por medio de este método de reproducción asistida. La finalidad de su prohibición es prevenir o eliminar su práctica.<sup>134</sup>

---

130 Lamm, *Gestación por sustitución*, 11.

131 Claudia Gamboa Montejano, *Maternidad subrogada* (México DF: Cámara de Diputados. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Interior, 2010), 20-1.

132 Luciana Scotti, «El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada»: Una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas», *Pensar en Derecho* 1 (diciembre de 2012): 280.

133 Baffone, *La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México*, 463-8.

134 Lamm, *Gestación por sustitución*, 11-2.

## OMISIÓN LEGISLATIVA

Finalmente, tenemos a aquellos Estados en los que la gestación subrogada no se encuentra regulada, como en el caso de Colombia, Perú, Argentina, Ecuador, Bolivia, Chile, entre otros.

La falta de regulación legal o su prohibición no impide que la práctica del procedimiento de gestación subrogada se realice, pues los comitentes recurren a diferentes estrategias para su ejercicio, lo cual trae como consecuencia el fomento del turismo reproductivo. No obstante, tras la celebración de los acuerdos de gestación subrogada en aquellos países en los cuales el procedimiento se encuentra permitido, los problemas legales que se presentan son múltiples, relacionados principalmente a los inconvenientes de obtener un pasaporte para el traslado del menor al país de residencia de los comitentes; o cuando en el país de residencia no se acepta la filiación reconocida en el Estado donde se efectuó la subrogación por razones de orden público.<sup>135</sup>

## ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA

La falta de regulación expresa prevé que sea la jurisprudencia la fuente que permita dar una solución a cada caso concreto. Luciana Scotti opina que la inexistencia de regulación o la falta de prohibición expresa traen como consecuencia la necesidad de acudir al recurso de orden público internacional.<sup>136</sup>

A continuación, se revisarán algunos fallos paradigmáticos en materia de gestación subrogada, donde se evidencia la diversa problemática legal que suscita el no contar con una regulación específica de esta figura, y se observarán las posibles soluciones que presentan estas sentencias.

ARGENTINA: SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 2013. JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL n.º 86. CAUSA NN o D. G. M. B. MS/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

En Argentina no existe una ley que regule la gestación subrogada. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 incluía

---

135 *Ibíd.*, 21-33.

136 Scotti, «El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada», 56.

la regulación de la gestación subrogada; sin embargo, estas disposiciones fueron eliminadas del texto final por la Cámara de Senadores.<sup>137</sup>

### **Antecedentes**

Un matrimonio heterosexual, ante la imposibilidad de concebir, recurre a la gestación subrogada. La mujer anteriormente tuvo dos embarazos que no llegaron a término, y sufrió complicaciones que derivaron en la extirpación de su útero. Ante su deseo de concebir, y tras analizar varias opciones, una amiga se ofreció a gestar al embrión —proveniente del material genético de la pareja—<sup>138</sup> de manera altruista. La subrogante tiene dos hijos, está separada del padre y vive con otra pareja.<sup>139</sup>

Al nacer la niña, en el certificado de nacimiento se incluye el nombre de la gestante como madre y, en consecuencia, no se la inscribe en el registro de nacimientos, por tanto no posee documento nacional de identidad (DNI). La pareja inicia un proceso judicial en el que exige la inscripción de la niña en el que conste como sus padres, como consecuencia del establecimiento del vínculo filiatorio.<sup>140</sup>

### **Consideraciones del Juzgado Nacional de Primera**

#### **Instancia en lo Civil n.º 86**

El Tribunal expresa que, según el derecho vigente, la maternidad se determina siguiendo o tomando como base la máxima del derecho romano *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), que presupone que la maternidad se acredita por el parto de la mujer o, si se quiere, que

---

137 Eleonora Lamm, «Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad», coord. María Inmaculada Salgado Gómez (Ourense: Asociación Española de Defensa Médica (AEDEME) / Medical Law Global, 2015), 5.

138 La inseminación artificial practicada en la pareja fue la denominada *homóloga*, realizada con el material genético de la pareja.

139 Luciana Scotti, «La “maternidad subrogada” en la legislación y jurisprudencia argentina», *Letra 1* (2014): 71.

140 Aída Kemelmajer de Carlucci, Eleonora Lamm y Marisa Herrera, *Crónica de una realidad anunciada y proyectada. El primer niño nacido de gestación por sustitución en territorio argentino inscrito judicialmente conforme la regla de la voluntad procreacional* (Buenos Aires: Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, 2013), 1-12, <[http://www.conicet.gov.ar/new\\_scp/detalle.php?keywords=&id=24140&articulos=yes&detalles=yes&art\\_id=2041602](http://www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=24140&articulos=yes&detalles=yes&art_id=2041602)>, consulta: octubre de 2015.

el hecho objetivo del parto, debidamente probado, atribuye *ipso jure*, de puro derecho, la maternidad. En efecto el art. 42 del Código Civil legisla en este sentido.<sup>141</sup>

La idea de correlacionar la filiación con el origen biológico se encuentra, sin duda, ínsita desde hace siglos en la conciencia de la humanidad. A lo que se adiciona que, si la que alumbró se encuentra casada, por imperio de lo que manda el art. 243, primer párrafo, asimismo el Código Civil, la paternidad del nacido se atribuye al marido de la madre.

La interpretación literal de esos textos normativos debe ceder si se toma en cuenta la voluntad procreacional del matrimonio así como la correspondencia genética de la niña con la pareja matrimonial, de acuerdo a uno de los pilares fundamentales del derecho filiatorio argentino:<sup>142</sup> la correspondencia de la identidad biológica.

El fallo puntualiza y da énfasis al hecho de que «el elemento más relevante en la determinación de la filiación de niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistidas es la voluntad de quienes participaron en el proceso para que aquellos nacieran».<sup>143</sup>

La voluntad procreacional, en cuanto «el deseo o intención de crear una nueva vida», genera un derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelar a la persona en su decisión libre de tener un hijo.

La sentencia cita el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de 22 de febrero de 2012, acción de amparo, en el supuesto de gestación subrogada realizada en el extranjero por un matrimonio del mismo sexo, teniendo como fundamento la voluntad procreacional, el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, y el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la

141 «La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido».

142 Conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento, también llamado determinación o establecimiento, de las relaciones paterno-maternas filiales en los tres ámbitos posibles actualmente conocidos: a) la procreación por naturaleza; b) la generada por los diversos métodos de fecundación artificial; y, c) la filiación adoptiva.

143 Argentina Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, en *Causa N.N. o DGMB s/inscripción de nacimiento*, 18 de junio de 2013.

protección de las relaciones familiares, «se resolvió ordenar la inscripción del nacimiento del niño, estableciendo en dicho momento la copaterinidad de ambos padres conforme lo establece la Resolución 38/12».<sup>144</sup>

Estas nuevas formas de concebir la familia determinan la necesidad de reconocer los derechos filiatorios. La filiación puede ser definida como «el vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como “padre” o “madre”, en un extremo, e “hijo” o “hija”, en el otro. Tiene así lugar, en consecuencia, las llamadas filiación paterna o materna».<sup>145</sup> Una clasificación primaria y genérica de la filiación las ubica en tres grandes categorías: 1. filiación por naturaleza, 2. filiación emergente de la aplicación de los distintos métodos de procreación asistida (en tanto intervengan terceros dadores de gametos o madres subrogadas), y, 3. filiación adoptiva.

La existencia de uniones afectivas en las que la reproducción natural no es posible lleva a admitir la construcción de un parentesco ya no sustentado en bases biológicas, sino en vínculos basados en la «socioafectividad», que depende de la existencia de una voluntad procreacional y a la que debe dar respuesta la jurisprudencia en ausencia de ley que la regule, e inexistencia de ley que la prohíba, que es el caso de la nación Argentina.

La sentencia puntualiza la correspondencia biológica de la nacida respecto de los demandantes, verificada con el informe pericial de ADN. Tiene interés el deber que impone a los peticionarios hacer conocer «oportunamente» a su hija la «realidad gestacional».

El fallo establece especial énfasis al interés superior de la nacida, principio reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>146</sup> que en Argentina goza de jerarquía constitucional. Conforme doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se lo entiende:

---

144 *Ibíd.*

145 Mauricio Luis Mizrahi, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas* (Buenos Aires: Astrea, 2006), 5.

146 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Su art. 3.1. dispone que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia. Se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño [...] es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.<sup>147</sup>

Principio que, para la Corte Constitucional de Colombia, es fundamental para decidir en esta materia como veremos más adelante.

### **Resolución**

El fallo dispone proceder a la inscripción del nacimiento de la niña, como hija de los demandantes. Su consecuencia: se establece la identidad filiatoria en cuanto derecho de la niña a un determinado estado de familia. «De aquí nacerá el vínculo legal entre dos personas, que permitirá la calificación como padre o madre, a quien se encuentra en un extremo, e hijo o hija, a quien está en el otro».<sup>148</sup>

Tras la extirpación del útero de la comitente, las posibilidades de la pareja de acceder a un embarazo eran nulas; sin embargo, la intención de ser padres les llevó a tomar la decisión de acudir a la gestación subrogada. Es por ello que el elemento volitivo y la correspondencia genética de la niña con sus padres, fueron determinantes para el establecimiento del vínculo filiatorio.

Considero de interés señalar que la orientación de las legislaciones se inclina a atribuir el vínculo jurídico no a la persona que proporcionó el gameto y transmite, en consecuencia, una herencia genética, sino a aquel que consintió la fecundación y está dispuesto a asumir la función y responsabilidades de padre. El empleo del esperma sería pues, meramente «instrumental» y, por ende, no constituye la causa esencial de la paternidad. Cabe poner de resalto que la relación jurídica de la filiación goza de autonomía propia, pues en gran medida se ha desprendido de su corriente soporte biológico, «el derecho es independiente de la biología

---

147 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

148 Mauricio Luis Mizrahi, *Identidad filiatoria*, 59.

cuando de la filiación se trata»;<sup>149</sup> en efecto, aquel trasciende a esta al incorporar además, elementos afectivos, volitivos, sociales, culturales y formales.

ESPAÑA: SENTENCIA 835/2013 DE 6 DE FEBRERO DE 2014  
DEL TRIBUNAL SUPREMO. RECHAZO A LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN  
OBTENIDA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En España, la Ley 14/2006 de 26 de mayo prohíbe expresamente la práctica de la gestación subrogada, y la filiación de los hijos nacidos por medio de esta técnica se determina por el parto; sin embargo, el padre biológico puede interponer una acción de reclamación de paternidad.

Mediante Ley 13/2005, de 1 de julio se reforma el Código Civil español reconociendo el matrimonio de parejas homosexuales; en consecuencia, reconoce los mismos derechos que el matrimonio heterosexual, por tanto se admite la figura de la adopción.

Teniendo en cuenta lo señalado, a continuación se revisa una sentencia que resuelve el conflicto de reconocimiento de la filiación, cuando parejas del mismo sexo recurren a la gestación subrogada.

### **Antecedentes**

Un matrimonio homosexual de españoles residentes en España, contrata la ejecución del procedimiento de gestación subrogada con una mujer en California, Estados Unidos de América, quien fue inseminada con gametos donados y fertilizados con la mezcla del semen de los comitentes. La contratada dio a luz gemelos que nacieron en California. Los tribunales civiles de California —Estado que regula la figura de la gestación subrogada— expidieron las certificaciones de nacimiento de los niños, donde constaban como hijos de los comitentes; sin embargo, en el documento no figuraba el nombre de la madre genética ni de la gestacional.

Cuando la pareja acudió al Registro Civil Consular español de Los Ángeles, se vio impedida de inscribir a los niños como sus hijos, en virtud de la prohibición del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, respecto a la gestación subrogada.

---

149 Miguel Royo Martínez, *Derecho de Familia*, citado por Mauricio Luis Mizrahi, *Identidad filiatoria*, 24.

Los comitentes impugnaron la resolución del cónsul español ante la Dirección General de los Registros y el Notariado en España (DGRN), y el 18 de febrero de 2009 admitió el recurso interpuesto contra el auto emitido en California, aduciendo para ello que la certificación registral californiana constituya una decisión previa; por lo que ordenó la inscripción del nacimiento de los niños. Sin embargo, precisó que corresponde a los juzgados civiles, por ser de su competencia, resolver las cuestiones relativas a la filiación y el reconocimiento de la sentencia extranjera (homologación).

El Ministerio Fiscal interpuso demanda contra la DGRN con objeto de que se deje sin efecto la indicada resolución, que dispuso la inscripción de los niños como hijos de la pareja, por contravenir el orden público. Conoció la acción el Juzgado de primera instancia n.º 15 de Valencia, el representante Legal de la DGRN solicitó se desestime la demanda y la confirmación de la resolución de 18 de febrero de 2009. La demanda fue declarada con lugar, aceptada por el juez de primera instancia, por tanto dejó sin efecto y en consecuencia ordenó la cancelación de la inscripción de nacimiento de los niños. Los demandados interpusieron recurso de apelación contra la sentencia, habiendo la Audiencia Provincial de Valencia (segunda instancia) desestimado el recurso, resolución que fue impugnada mediante recurso de casación.

Los demandados argumentaron en la interposición y formalización del recurso de casación que el no permitir la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español de los dos niños resultaría discriminatorio, porque privarles de su filiación vulnera el derecho a la identidad única y que el reconocimiento de la filiación no contraría el orden público español.

### **Consideraciones del Tribunal Supremo**

Con sentencia de 6 de febrero de 2014, la Primera Sala del Tribunal Supremo español desestima el recurso de casación con el argumento fundamental de que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA), pertenece al orden público internacional y que su correctivo debe ser actuado en todo caso por jueces y autoridades nacionales. La Ley 14/2006 de 26 de mayo prevé en su art. 10 que el contrato de gestación subrogada es nulo y que la condición de madre se fija en el derecho español en virtud del parto (criterio gestativo), por lo que su consecuencia es que la madre es, en todo caso, la mujer gestante



y alumbradora. El fallo de casación confirma los de instancia que dispusieron cancelar la resolución dictada por la DGRN que había ordenado la inscripción de los niños como hijos de Estanislao y de Ginés.

Es necesario contextualizar que las resoluciones de la DGRN hacían posible que las parejas españolas imposibilitadas de tener descendencia por sí solas, incluyendo a las personas homosexuales, vayan a Estados en los que se contempla la validez del contrato de maternidad por sustitución y se fija la filiación de los niños nacidos de la madre gestante, en virtud de las técnicas de reproducción asistida y a favor de los comitentes o subrogantes. El fallo puntualiza que la DGRN no puede legislar, su proceder está sujeto al Reglamento del Registro Civil, a la Ley de Registro Civil, a la Constitución, y a los convenios ratificados por España respecto de los derechos de los niños y niñas.

El Ministerio Fiscal, demandante en el caso, defendió la legalidad a la que se oponía la inscripción de los niños dispuesta por la DGRN; mientras que, los codemandados y recurrentes defendieron su propio interés procreativo así como su derecho al reconocimiento de una situación jurídica generada de un contrato de gestación celebrado en California, sin que, curiosamente, se haya defendido los intereses de los niños.

El principio de legalidad conforme el fallo no debe pretender una conformidad de la situación internacional con todas las exigencias de la legislación española, lo que haría imposible su reconocimiento, pero sí debe contraerse a una conformidad con «las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español»,<sup>150</sup> y que, fundamentalmente, esos principios y valores se encuentran reconocidos en la Constitución española: derecho a la dignidad, a contraer matrimonio, a la intimidad familiar, principios de protección a la familia, protección integral de los hijos, igualdad de estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.<sup>151</sup>

El fallo en comentario puntualiza que el orden público internacional de España, al igual que ocurre en otros Estados, no tolera, en instituciones como la adopción o en la disciplina reguladora de las técnicas de reproducción humana asistida:

---

150 España Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, en «Sentencia RJ 2014/833», 6 de febrero de 2013.

151 *Ibíd.*, la sentencia cita derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española de 1978.

que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, al permitir a determinados intermedios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.<sup>152</sup>

El art. 10 de la LTRA pertenece al bloque del orden público internacional en cuanto excluye la aplicación del derecho extranjero cuando la materia que regula colisiona con las normas de cohesión social españolas.

La sentencia determina que no puede «admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes».<sup>153</sup> Conforme el art. 10 de la LTRA que no se limita a proclamar la nulidad *ipso jure* del contrato de gestación subrogada, puesto que alcanza a determinar cuál es el régimen de filiación del niño nacido como consecuencia de ese contrato, la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad del ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

El fallo aduce existir fraude de ley en cuanto los recurrentes «nacionales y residentes en España se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España».<sup>154</sup> El art. 12.4 del Código Civil español dispone que «Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española».<sup>155</sup>

Estimo importante la referencia que hace el fallo a la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, pues siendo ellos en definitiva los principales implicados, se debió atender sus personalísimos derechos. Pero el Tribunal considera que:

---

152 Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, «El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude a la Ley y el correctivo de orden público internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 2 (2014): 15.

153 España, «Sentencia RJ 2014/833».

154 *Ibíd.*

155 Código Civil español, citado por De Toledo Quintana, *El futuro de la maternidad subrogada en España*, 13.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma [...] no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil.<sup>156</sup>

La sentencia puntualiza que en el derecho de familia español la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico se compatibiliza con la apertura de un período de indefinición en cuanto a la filiación, mientras no se establezca otra determinada, por lo que esa situación de incertidumbre, *per se* perjudicial, guarda armonía con el ordenamiento jurídico español.

Respecto del derecho de los niños a una filiación única aducido por los recurrentes, el Tribunal advierte que no existe riesgo de que se vulnere ese derecho, pues siempre tendrán la identidad que deriva de la legislación española «que atribuye su maternidad a la mujer que alumbró a los menores aplicándose, a partir de aquí, las normas españolas sobre nombre y apellidos».<sup>157</sup>

El voto particular (salvado) de la sentencia reconoce el documento expedido por la autoridad administrativa de California que determina la filiación a favor de los demandantes, puesto que lo que está en juego no es la validez del contrato de gestación subrogada, sino el reconocimiento de una resolución extranjera. Concluye señalando que no existe vulneración del orden público, que se trataría de un orden público atenuado, lo que lleva a estudiar por separado cada una de las situaciones controversiales que se puedan presentar.

### **Resolución**

La sentencia de mayoría que profiere el Tribunal Supremo español el 6 de febrero de 2014, desestimó el recurso de casación, confirmó los fallos de primera instancia y de apelación en los que se ordenó la

---

156 España, «Sentencia RJ 2014/833».

157 De Toledo Quintana, «El futuro de la maternidad subrogada en España», 16.

cancelación de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil y dispuso al Ministerio Fiscal ejercer acciones para la determinación de la filiación de los niños.

En el fallo se pudo observar un evidente fraude a la ley. En consecuencia, no hubo discriminación como aluden los demandantes de no permitirse la inscripción de los niños como hijos de los dos, por ser una pareja del mismo sexo, sino la imposibilidad de realizarse la inscripción de los niños, toda vez que su origen parte de un procedimiento de gestación subrogada que se encuentra expresamente prohibido en el ordenamiento jurídico español.

Por otro lado, tampoco se vulneraron los derechos de los niños a la identidad, pues el padre biológico puede ejercer la acción de reclamación de paternidad, y de esta manera quedaría establecido el vínculo filiatorio.

La decisión del Tribunal Supremo no fue unánime, lo que hace cuestionarnos respecto a la complejidad de brindar una sola solución a este tipo de casos en los que existe elemento extranjero. Por tanto, serán los jueces quienes deberán ponderar los principios y derechos fundamentales que se presenten en cada caso concreto, para buscar una solución que no los vulnere.

#### COLOMBIA: SENTENCIA T-968/09. SALA SEGUNDA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Colombia es otro de los países que no ha desarrollado un marco legal para regular la gestación subrogada, y tampoco la prohíbe en ningún cuerpo legal.

A continuación, se presenta la única jurisprudencia que ha expedido la Corte Constitucional colombiana frente a un caso de gestación subrogada. En la cual, la Corte exhorta al Congreso crear un marco normativo que regule el vacío legal existente, pues vulnera derechos fundamentales de los niños nacidos mediante este procedimiento, a más de generar problemas por disconformidad de las partes.<sup>158</sup>

---

158 Sally Palomino, «El alquiler de vientres aún no tiene reglas claras en Colombia», *El Tiempo*, 6 de septiembre de 2014, <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/alquiler-de-vientres-en-colombia/14495962>>, consulta: octubre de 2015.

## Antecedentes

La pareja conformada por Salomón (psicólogo de origen colombiano) y Raquel (dominicana),<sup>159</sup> residentes en Estados Unidos, no podía concebir, y, por medio de una clínica de fertilización que funciona en Cali, toman contacto telefónico con Sarai, quien acepta someterse a un tratamiento de fertilización *in vitro*. A Sarai le implantaron los óvulos de Raquel fecundados con los espermatozoides de Salomón, pero su cuerpo los rechazó. Posteriormente, Salomón viaja a Colombia para conocer personalmente a Sarai a la que propone someterse a un nuevo tratamiento, en esta ocasión con sus propios óvulos, bajo la promesa de brindarle una compensación económica.

Sarai acepta y se somete al tratamiento de FIV, con sus óvulos y el espermatozoides de Salomón. La técnica es positiva y da como resultado un embarazo gemelar. Al nacer los niños, Sarai los registra con sus dos apellidos. Salomón inicia un proceso de custodia de los menores y otro de privación de la patria potestad en contra de Sarai. Además, presenta demanda para obtener el permiso de salida de los menores del país. El Juez Décimo de Familia de Cali concedió la custodia al padre así como el permiso de salida del país de los menores de manera permanente, mediante sentencia de 29 de agosto de 2008.

Sarai presentó acción de tutela contra esa sentencia,<sup>160</sup> solicitando su revocatoria por desconocerse el derecho fundamental de sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella así como por la falta de aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños. La acción de tutela fue aceptada y, con sentencia de 10 de diciembre de 2008, se la dejó sin efectos, por desconocer la Declaración de los Derechos del Niño, en cuanto «salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre»,<sup>161</sup> se negó

---

159 Colombia Corte Constitucional, «Sentencia T-968/09», <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>, consulta: octubre de 2015.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional colombiana cambió en la providencia los nombres reales de los niños y las familias involucradas en el proceso, en reconocimiento del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales.

160 Colombia Juzgado Décimo de Familia de Cali, «Sentencia n.º 395h», 29 de agosto de 2008, citada en «Sentencia T-968/09».

161 Declaración de los Derechos del Niño, principio 6, citada en «Sentencia T-968/09».

la pretensión de la demanda de permiso de salida del país de los niños. Salomón activó acción de tutela por violación del debido proceso que se le aceptó a su favor.

Esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, en cuanto hubo violación de los derechos de los menores a tener una familia, que no hubo razón suficiente para separar a los niños de su madre; en consecuencia, confirma la decisión que dejó sin efecto el permiso de salida del país y ordena medidas de protección para el restablecimiento de los derechos de los menores y de la madre; dispone, además, que hasta que se decidan los procesos de pérdida de custodia y de patria potestad, el padre debe traer a los niños a Colombia y a donde esté su madre, como mínimo tres veces al año, debiendo asumir todos los gastos que se ocasionen por su traslado.

### **Consideraciones de la Corte Constitucional Colombiana**

En la Corte Constitucional se ventiló el proceso de revisión (por selección del caso) de las sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito de Cali y de la Corte Suprema de Justicia, órganos jurisdiccionales que decidieron sobre la acción de tutela activada por Sarai contra la providencia de 29 de agosto de 2008, expedida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

El fallo puntualiza que el procedimiento médico que trajo como consecuencia el nacimiento de los niños no constituye maternidad subrogada, puesto que la gestante es también la madre biológica de esos niños. Relieva el hecho de que ante la falta de regulación expresa de la maternidad subrogada en Colombia, esta debe considerarse como una práctica legal en atención a que las técnicas de reproducción asistida están admitidas conforme el art. 42 de la Constitución, que proclama: «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes».<sup>162</sup>

---

162 Alan Rothstein, «Reglas y normas del alquiler de vientres en Colombia», *Activo Legal*, 18 de febrero de 2014, <<http://www.activolegal.com/web/index.php/noticias/actualidad/806-alquiler-ventre-normatividad-colombia-maternidad-subrogada>>, consulta: octubre de 2015.

La sentencia puntualiza que los menores de edad son sujetos de especial protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, en los términos del art. 44 de la Constitución.

La protección reforzada de los derechos de los niños, según la jurisprudencia constitucional colombiana, se explica por tres razones principales: i) su situación de fragilidad frente al mundo, en mayor o menor grado, dependiendo de su desarrollo personal, ii) es una manera de promover una sociedad democrática en la que sus miembros conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad; y iii) es una forma de corregir el déficit de representación política que padecen los niños en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate legislativo.

La Corte puntualiza que la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, art. 44 de la Constitución, representan verdaderos valores y principios que irradian la expedición, interpretación y aplicación de las normas de justicia de menores.

En la técnica legislativa por reglas y principios, se ordena que se realice algo en la mayor medida posible y en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.

Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas [...]. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.<sup>163</sup>

Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. En efecto, la aplicación de los principios no es automática puesto que exige el razonamiento judicial y la integración de ese razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso, aplicar la regla de la ponderación para establecer su peso y su importancia.

---

163 Robert Alexy, *Derecho y razón práctica* (México DF: Fontamara, 2010), 13-4.

La sentencia puntualiza que el tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante encuentra respaldo y reconocimiento en el derecho internacional por medio del principio del interés superior del menor, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: «Art. 3.1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor».<sup>164</sup> Esta opinión consultiva también fue citada en el fallo del órgano jurisdiccional argentino.

Es interesante la referencia del fallo a la idoneidad del grupo familiar, poniendo de resalto que el concepto de familia debe ser entendido en concordancia con el principio de pluralismo: «De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial».<sup>165</sup>

Como todo derecho humano, al no ser absoluto el derecho del menor a vivir con su familia, la sentencia reconoce que, «en determinadas circunstancias se debe aplicar medidas de protección que separen al menor de su núcleo familiar, pero entendidas estrictamente como excepcionales pues medida tan grave tiene por resultado la división de una familia».<sup>166</sup> El fallo se refiere a la decisión del juez de la Familia de Cali de autorizar la salida del país de los menores, considerando la situación económica de la madre, desventajosa, y excelente la del padre: «se terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y al amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres no estén en

---

164 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 17/2002*, 28 de agosto de 2002.

165 Colombia Corte Constitucional, «Sentencia T-968/09».

166 *Ibid.*



condiciones económicas [o educativas] “adecuadas” —un trato a todas luces discriminatorio—». <sup>167</sup>

Estimo que lo resuelto por el juez de la Familia se encasilla en una sentencia sexista, en cuanto parte de la base de la ineptitud moral, afectiva y económica de la madre, prejuicio anticipado que impidió que prevalezca el interés superior de los menores y el derecho que les asiste a no ser separados de su madre y vivir bajo su protección y cuidado. Es decir, se considera solo la condición de mujer y con la adjetivación de su ineptitud, hecho que constituye discriminación, entendida como:

toda distinción, exclusión, o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. <sup>168</sup>

Los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos prohíben la discriminación por una serie de causas específicamente mencionadas, entre ellas: sexo, raza, origen, condición económica, religión, opinión, idioma, etc. Este inventario de causas, es conocido como *categorías sospechosas de discriminación*, en cuanto se trata de supuestos que históricamente han sido motivos de exclusión y que aún hoy en día constituyen expresiones que atentan contra la dignidad de las personas.

El profesor Roberto Saba manifiesta que «Según la jurisprudencia y doctrina vigentes, las categorías sospechosas operan como límite al accionar del Estado respecto de distinciones que este desee llevar a cabo entre las personas. Sin embargo, la identificación de esas categorías sospechosas estará controlada por el concepto de igualdad que se adopte». <sup>169</sup> El autor indica también que existen dos perspectivas de la igualdad: como no-discriminación (criterios utilizados para realizar diferencias

---

167 *Ibíd.*

168 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 1.

169 Roberto Saba, «(Des) igualdad estructural», en *Igualdad y no discriminación: El reto a la diversidad*, ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 86.

entre las personas, como la edad, estatura, nacionalidad), y la igualdad como no-sometimiento, en las que las categorías sospechosas serían aquellas que se refieran a una condición (ser mujer).<sup>170</sup>

Para ser discriminatorio, el trato debe tener por objeto y/o por resultado, impedir, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales dentro de cualquier esfera.

La igualdad, en cuanto noción inseparable de la dignidad esencial de la persona «frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerar inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se le reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad».<sup>171</sup>

La igualdad puede entenderse en dos dimensiones, es decir como principio y como derecho.<sup>172</sup> En cuanto principio, «fundamenta y da sentido a todo el andamiaje jurídico, nacional e internacional y a los actos que derivan de él, ya sean formal o sustancialmente administrativos, legislativos o judiciales. Esta dimensión del principio implica que la igualdad debe utilizarse como guía hermenéutica tanto en la elaboración como en la aplicación del derecho».<sup>173</sup> Como derecho, «la igualdad constituye la herramienta sustancial para acceder a la justicia, pues otorga legitimidad y titularidad a las personas para reclamar por diversas vías, la realización efectiva en el ejercicio del resto de los derechos».<sup>174</sup>

La sentencia puntualiza que el alquiler del vientre no está previsto en el ordenamiento jurídico colombiano pero que no existe prohibición expresa al respecto, conforme el art. 42.6 de la Constitución. Señala que es el vacío normativo el que ha permitido el desencadenamiento

---

170 *Ibíd.*, 87-8.

171 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Recomendación general 25, párr. 8.

172 Cumbre Judicial Iberoamericana, «Propuesta modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias», <[http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=16908&folderId=1391406&name=DLFE-6959.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=16908&folderId=1391406&name=DLFE-6959.pdf)>, consulta: octubre de 2015.

173 *Ibíd.*

174 *Ibíd.*

«de hechos y decisiones tan lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los menores involucrados».<sup>175</sup>

Pone de manifiesto el fallo «la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas».<sup>176</sup>

Es interesante, sobre este punto, la necesidad que resalta el fallo de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones, que las ejemplifica:

- i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir,
- ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante.
- iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas,
- iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.,
- v) la mujer gestante tenga la obligación a someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- vi) que se preserve la identidad de las partes
- vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor,
- viii) que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia,
- ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor, y
- x) que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.<sup>177</sup>

La sentencia precisa

en todo caso que, el proceso que culminó con el nacimiento de los menores Samuel y David, no constituye un arrendamiento de vientre o

---

175 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia T-968/09*.

176 *Ibíd.*

177 *Ibíd.*

maternidad subrogada, puesto que la señora Sarai es la madre biológica de los menores. Además, suponiendo que esa hubiese sido su intención inicial, de las declaraciones del padre se desprende claramente que por lo menos desde noviembre de 2005 había anunciado al señor Salomón su decisión de criar a los niños.<sup>178</sup>

Sin embargo, el proceso llevado a cabo constituye la modalidad de gestación subrogada total o plena, pues Sarai aportó también con sus óvulos. Lo que no existió fue un acuerdo previo entre las partes, con estipulaciones claras que hubiesen evitado la lesión de los derechos fundamentales de los niños.

### **Resolución**

El fallo de la Corte Constitucional confirmó la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y ordenó medidas de protección encaminadas a conseguir el restablecimiento de los derechos de los niños y de la madre que fueron afectados con la decisión del juez de Familia, y garantizar el contacto de los hijos con su madre hasta que se decidan los procesos de pérdida de la custodia y cuidado personal que se tramitan en el Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes. El padre de los menores los debe traer a Colombia y a la ciudad donde se encuentre domiciliada la madre, tres veces al año para que se cumpla su reencuentro con la madre; con este propósito, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe dirigir ese reencuentro con el asesoramiento y ayuda psicológica para restablecer la relación madre e hijos.

Considerando que la *ratio decidendi*

Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica [...] La Corte, pues, trata de especificar el contenido de la doctrina del precedente. No todos los apartes de las sentencias son obligatorios, sino tan solo alguno de ellos. En efecto, solo están cubiertos con el valor del precedente aquellos apartes de la sentencia que constituyan su *ratio decidendi* [...] La *ratio decidendi*, según formulaciones alternativas que ha dado la Corte Constitucional al respecto, son aquellos apartes i) que establecen el principio general de la decisión tomada, ii) que guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, o iii)

---

178 *Ibíd.*

que están íntima e inescindiblemente unidos con la parte resolutive de la sentencia.<sup>179</sup>

La resolución en comentario, su *ratio decidendi*, genera el valor de precedente en cuanto el principio fundamental de la decisión es el interés superior de los niños que da sentido a las medidas cautelares que se mandan a cumplir en su parte dispositiva.

## REFLEXIONES GENERALES SOBRE LOS CASOS JURISPRUDENCIALES ANALIZADOS

Es importante resaltar el control de convencionalidad que se realiza en todos los fallos, es decir, si lo actuado por los jueces de instancia se enmarca en la Convención sobre los Derechos del Niño, como obligación que asumen los Estados de cumplir y hacer cumplir la Convención, que conforma el bloque de constitucionalidad y, por tanto, es de aplicabilidad directa.

Para el caso de Colombia, es trascendente la función integradora del precedente en cuanto cubre, de algún modo, la anomia al señalar ciertos requisitos y condiciones mínimas para las TRA.

El *favor filiationis* ocupa en los fallos un lugar destacado junto al *favor veritatis*. Junto a la verdad genética y a la verdad material de la gestación, debe reconocerse un contrato y, en consecuencia, la voluntad de ser padres, a los mismos efectos constituidos de la relación parento-filial, toda vez que la voluntad procreacional es elemento determinante de la filiación en la gestación por sustitución.

---

179 Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2008), 218-9.



## CAPÍTULO TERCERO

# ASPECTOS NORMATIVOS QUE DEBEN REPLANTARSE EN ECUADOR PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

---

El derecho de familia se encuentra en evolución permanente por la convergencia de los cambios sociales y científicos, que repercuten en la transformación de instituciones como el matrimonio, la familia, las formas de determinar la filiación, la patria potestad, entre otras. Consecuentemente, los Estados deben afrontar el reto de crear un marco normativo que reconozca, regule y garantice el correcto desenvolvimiento de las nuevas figuras que van surgiendo con el progreso de la sociedad, como es el caso de la maternidad subrogada.

A continuación, analizaremos algunos aspectos que se deberían incluir en la normativa interna del Ecuador para que el derecho fundamental a formar una familia no excluya a persona alguna, y abarque a todos los modelos de familia.

## EL CONCEPTO TRADICIONAL DE FAMILIA

Inicio este capítulo con una breve referencia sobre el concepto tradicional de familia, que en el ámbito latinoamericano ha sido desarrollado

por la importante influencia de la Iglesia católica, que concibe como único modelo de familia al nuclear, constituido por el vínculo matrimonial que, como se revisó anteriormente, reúne los componentes heterosexual y monogámico. Consecuentemente, este modelo *ideal* de familia excluye a otras estructuras familiares que no comparten este esquema.

Nuestro país, con la Constitución de la República, reconoce el derecho a fundar una familia, y a sus distintos tipos:

Art. 67. Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Art. 68. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.<sup>180</sup>

Sin embargo, limita la adopción a las parejas del mismo sexo, pero nada dice respecto a otras formas de instituir la filiación, como aquella que se determina tras recurrir a las técnicas de reproducción asistida, que permiten que al menos uno de los miembros pueda tener un hijo con sus características genéticas.

Con este antecedente, podemos observar que nuestra normativa deconstruye la concepción hegemónica tradicional de familia —padre, madre e hijos—, al reconocerla en sus diversos tipos; no obstante, su alcance se encuentra limitado, pues más allá de plasmarla en el derecho positivo, en la práctica no se han establecido las respectivas garantías para que el derecho a fundar una familia se efectivice. Más bien, se ha resquebrajado el principio de igualdad, al desproveer de los mismos derechos a los individuos que integran las distintas clases de familia.

---

180 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 68.



Coincido con la Sentencia T-572 de 2009, proferida por la Corte Constitucional colombiana, que al reflexionar sobre la protección de la familia considera que «El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial».<sup>181</sup>

El actual marco constitucional permite que los diversos modelos familiares exijan el reconocimiento de sus derechos, así como también su visibilización en la sociedad; igualmente, obliga al Estado y a sus instituciones que con base en el principio de igualdad, el modelo nuclear implantado por la Iglesia católica desde la Colonia, sea superado y se reconozcan también otras estructuras familiares.

En este contexto, la Sentencia C-071/15, también constituye un profundo e histórico cambio del concepto tradicional de familia, pues la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana decidió si las reglas sobre la adopción conjunta violaban el derecho de las parejas conformadas por personas del mismo sexo a la no discriminación y a constituir una familia; y por otro lado, si las normas sobre adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar cuando se adopta el hijo/a biológica del compañero/a permanente, con la anuencia de este, desconocían el derecho de las parejas constituidas por personas del mismo sexo a la no discriminación y a conformar una familia.<sup>182</sup>

La Corte consideró que es facultad del Congreso determinar los efectos de la adopción, señalando quiénes pueden ser adoptantes, y menciona que lo que debe prevalecer es el derecho de los niños a tener una familia. En la referida sentencia, el magistrado ponente, Jorge Iván Palacio, señala que «la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor, ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo

---

181 Colombia Corte Constitucional, «Sentencia T-572/09».

182 Colombia Corte Constitucional, «Sentencia C-071/15», en *Expediente D-10.315*, 18 de febrero de 2015, 3.

integral».<sup>183</sup> En consecuencia, mediante esta sentencia, la orientación sexual de una pareja no constituye un impedimento para adoptar.

Al respecto, María Victoria Calle, presidenta de la Corte Constitucional colombiana, manifestó: «la orientación sexual de una persona o su sexo no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar».<sup>184</sup>

Con lo señalado, considero que en nuestro país urge una reforma a la Constitución de la República, pues no basta con reconocer a la familia en sus diversos tipos, sino dotarlas de los mismos derechos y obligaciones; por ello, la norma debería identificar a las distintas clases de familia y conceptualizarlas conforme la doctrina y el derecho comparado, toda vez que el modelo de familia ha cambiado sustancialmente y, en consecuencia, las nuevas estructuras familiares demandan igual protección.

## DIVERSAS FORMAS DE DETERMINAR LA FILIACIÓN

Luciana Scotti manifiesta que el actual derecho es la reproducción de la cultura contemporánea, caracterizada por un pluralismo de estilos de vida que se traduce en diversidad jurídica. Consecuentemente, el derecho filial tradicional —filiación biológica o adoptiva— deja de ser la única fuente de determinación del vínculo padres-hijos.<sup>185</sup>

Para Manuel Somarriva, la filiación es «la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra».<sup>186</sup> Siguiendo esta misma definición, la filiación, según Ignacio Galindo, es «la relación que existe entre dos personas de la cual una es el padre o madre de la otra».<sup>187</sup>

183 El Colombiano, «Parejas del mismo sexo podrán adoptar: Corte Constitucional», *El Colombiano*, 4 de noviembre de 2015, <<http://www.elcolombiano.com/colombia/adopcion-de-parejas-del-mismo-sexo-en-colombia-ED3041745>>, consulta: noviembre de 2015.

184 El País, «Orientación sexual no es indicador de falta de idoneidad para adoptar: Presidenta de la Corte», *El País*, 5 de noviembre de 2015, <<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/orientacion-sexual-indicador-falta-idoneidad-para-adoptar-presidenta-corte>>, consulta: noviembre de 2015.

185 Luciana Scotti, «El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada»», 270-6.

186 Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de familia* (Santiago: Nascimento, 1946), 391.

187 Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil, parte de personas y familia*, 14.<sup>a</sup> ed. (México DF: Porrúa, 1999), 638.

Por su parte, Maricruz Vargas de la Torre señala que

será madre o padre aquel que asuma voluntariamente esta función social, aunque genéticamente no lo sea, auto imponiéndose el conjunto de funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definan con esa denominación. Estos serán los llamados padres sociales. Como contrapartida, se encuentran los progenitores, que son: los padres biológicos en la adopción y los que aportaron el material genético en las técnicas de reproducción humana asistida.<sup>188</sup>

Hoy en día la filiación admite un nuevo paradigma, que ya no determina de manera exclusiva el nexo entre padres e hijos por su aporte genético en su procreación, sino sobre la base de la voluntad de convertirse en padres, que abarcaría en este caso al vínculo que genera la adopción o la aplicación de las TRA. Por tanto, el elemento volitivo cobra fuerza y merece su reconocimiento en los cuerpos normativos, como una nueva forma de instaurar esa relación entre los padres e hijos, ya sean biológicos o sociales.

En Ecuador, el Código Civil en lo referente a la determinación de la filiación señala:

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

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

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

Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.<sup>189</sup>

Como vemos, nuestro sistema legal reconoce la filiación biológica, y la jurídica o legal, y el principio de la igualdad de filiación, conforme la Constitución de la República, que en su art. 69, para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia, en sus num. 6 y 7, dispone:

---

188 Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *El sistema filiativo chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 18.

189 Ecuador, *Código Civil*, art. 24.

6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.
7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.<sup>190</sup>

De acuerdo con Mauricio Luis Mizrahi, la conceptualización de la filiación proviene de distintas perspectivas:

- Descendencia en línea directa: relación de un hijo con su padre o madre. Existiendo una coincidencia entre vínculo jurídico y relación biológica.
- Mera procreación biológica: la filiación de hecho, siguiendo a Puig Peña, Mizrahi denomina la «simple generación». En consecuencia, no hay filiación sin una declaración de la ley.
- Filiación por naturaleza: en sentido restrictivo constituye el arquetipo de filiación.
- Filiación adoptiva y fecundación asistida: todos los otros casos en los que el derecho configura la determinación paterno-filial.<sup>191</sup>

Por otra parte, según la opinión de Roncesvalles Barber Cárcamo, la voluntad de generar un nuevo ser humano mediante las TRA se equipara al componente biológico y, en consecuencia, el consentimiento es concluyente al momento de la determinación de la filiación.<sup>192</sup>

Para Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm existen tres factores para determinar el vínculo filiatorio:

- Genético: según el cual el elemento determinante de la filiación constituye el aporte del material genético.
- Biológico: se refiere al vínculo entre el nacido y sus procreadores.
- Voluntario o consentido: la filiación se determina por la voluntad de querer convertirse en padres.<sup>193</sup>

---

190 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 69, num. 6 y 7.

191 Mizrahi, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, 1-5.

192 Roncesvalles Barber Cárcamo, *Reproducción asistida y determinación de la filiación* (Logroño: Universidad de la Rioja, 2010), 29. <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/reduc/numero8/barber.pdf>>, consulta: noviembre de 2015.

193 Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm, «Filiación y homoparentalidad: Luces y sombras de un debate incómodo y actual», *Revista jurídica argentina la ley*, año 6, n.º 1383 (2010): 1-22.

Siguiendo esta misma línea, Álvarez de Toledo expone, citando a Campiglio, los criterios que la doctrina italiana ha acogido en el reconocimiento de la filiación:

- Criterio genético: es padre quien aporta los gametos que formarán el genotipo del niño.
- Criterio gestativo: la madre es la que alumbró al niño.
- Criterio social: es padre quien cumplirá con las obligaciones que deriven de la paternidad.<sup>194</sup>

Por otro lado, la doctrina también ha desarrollado el concepto de *parentalidad socioafectiva*, que se refiere a la filiación concebida en el amor y la voluntad de ser padre/madre, independientemente del vínculo genético. Al respecto, Enrique Varsi y Marianna Chaves sostienen:

La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana.<sup>195</sup>

Al referirse a este tipo de filiación, Maria Berenice Dias cita a João Baptista Villela, quien denomina a esta realidad como «la desbiologización de la paternidad». Y, a continuación, agrega que el padre afectivo ejerce la función de padre y cumple las obligaciones de tal; por tanto, la paternidad es principalmente un hecho de voluntad de asumir tal función. En consecuencia, el vínculo se identifica a favor de quien el hijo considera su padre/madre, en razón del afecto, la protección, la convivencia continua, la solidaridad.<sup>196</sup> «Padres son, para los hijos, aquellos que los alimentan, amparan, abrazan y protegen. [...] la posesión de estado de hijo, es una construcción diaria, consolidada en el

---

194 De Toledo Quintana, *El futuro de la «maternidad subrogada» en España*, 8-9.

195 Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves, «Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto», *Actualidad Jurídica*, n.º 200 (2010): 59, <[http://works.bepress.com/enrique\\_varsi/16/](http://works.bepress.com/enrique_varsi/16/)>, consulta: noviembre de 2015.

196 Maria Berenice Dias, «Filiación socioafectiva: Nuevo paradigma de los vínculos parentales», *Revista Jurídica*, n.º 13 (2009): 83-9, <<http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/711>>, consulta: noviembre de 2015.

afecto, y es a través de esa noción que se verifican los verdaderos lazos que unen los padres a sus hijos». <sup>197</sup>

Días explica que tanto la parentalidad socioafectiva como la adopción se basan en la libre voluntad de asumir las funciones parentales. Al respecto señala:

en nada se distingue la filiación socioafectiva y la adopción, una vez que ambas son fruto del deseo de asumir la paternidad. La simple formalización de la adopción no genera derechos ni tampoco impone deberes diferentes de cuando el vínculo se había constituido por la convivencia. En el afecto está la dimensión central de la adopción, es un acto puramente voluntario, de la misma forma que la filiación socioafectiva. <sup>198</sup>

En nuestro Código Civil se debe incorporar y reconocer, además de la filiación por naturaleza y la jurídica, a aquella que proviene de las técnicas de reproducción asistida, es decir la filiación voluntaria. Es importante que se regule adecuadamente el derecho a la filiación, pues de él se desprenden otros derechos fundamentales, tales como: el derecho a tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad, el principio del interés superior del menor, entre otros. Con lo señalado, sostengo que el Código Civil debería incluir un acápite referido a los distintos métodos de procreación y, a continuación, regular las nuevas formas de determinación de la filiación señaladas anteriormente, estableciendo su no diferenciación para garantizar el derecho a la igualdad.

Como hemos podido observar, la filiación no surge exclusivamente de la procreación biológica. A continuación, una exposición de algunas situaciones que demandan regulación respecto a la determinación de la filiación.

#### PAREJAS DEL MISMO SEXO SE CONVIERTEN EN PADRES POR MEDIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, USANDO ESPERMA U ÓVULO DE UN/A DONANTE

El reconocimiento del derecho a formar una unión de hecho o a contraer matrimonio por parejas del mismo sexo trae consigo el derecho a fundar una familia; por tanto, muchas de estas parejas recurren al uso de las técnicas de reproducción asistida para satisfacer su deseo de convertirse en padres, situación que reivindica el quiebre del derecho

<sup>197</sup> *Ibíd.*, 87.

<sup>198</sup> *Ibíd.*, 86-7.

filial tradicional, pues la determinación de la filiación no se rige exclusivamente por el componente biológico o la adopción, sino también por el elemento volitivo, la intención.

Dependiendo del caso, puede darse mediante fertilización *in vitro* con material genético de un tercero —óvulo o esperma—. En el caso de una pareja de homosexuales, uno de ellos puede ser el donador de esperma y recurrir a la maternidad subrogada; y, en el caso de lesbianas, una de ellas puede aportar el óvulo, que se fertiliza con el esperma de un donante, y la otra puede ser la gestante, existiendo muchas variantes más. En estos casos se rompe con el principio *mater semper certa est*, originándose distintos tipos de maternidad: madre legal —quien asume la responsabilidad de criar, educar—; madre biológica —aquella que aporta su material genético—, y madre subrogada —la gestante—.

Conforme el derecho español, la presunción de filiación en el caso de una pareja de lesbianas que se someten a la gestación por sustitución con donación de esperma, se equipara al de las parejas heterosexuales, se funda en el consentimiento previo, en la voluntad procreacional. El hijo nacido se inscribe como matrimonial. La maternidad de la mujer que da a luz se determina por el parto, y la de su pareja por el elemento volitivo y/o también por el componente genético.<sup>199</sup>

La Ley 3/2007 de 15 de marzo, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en su Disposición Adicional Tercera se refiere a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida:

- 1.- La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles [...]
- 2.- En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.
- 3.- Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.<sup>200</sup>

---

199 Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, «Filiación y homoparentalidad», 1-20.

200 España, Ley 3/2007, Boletín Oficial Español 65, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. <<http://www.todalaley.com/mostrarLey2064p3tn.htm>>, consulta: noviembre de 2015.

Nuestro ordenamiento jurídico ha acogido los principios de igualdad y no discriminación, en el art. 11, num. 2 de la Constitución de la República: «Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades».<sup>201</sup>

En consecuencia, al limitar el acceso al matrimonio y a la adopción a las parejas homosexuales, contraviene el principio universal de igualdad. Por tanto, este es un aspecto que debe modificarse y regularse adecuadamente en la Constitución y en la ley para garantizar a todos los tipos de familia los mismos derechos y el acceso a ellos, pues al no reconocerse la filiación homoparental también se menoscaba el derecho a la identidad y a la no discriminación, y se rompe con el principio del mejor interés del niño.

#### INTERVENCIÓN DE UN/A DONANTE EN EL CASO DE PAREJAS HETEROSEXUALES

En este caso, el óvulo/semen no lo aporta el marido o la mujer, sino el/la donante ofrece, mediando consentimiento, su gameto para que el hijo de la pareja pueda ser procreado. Sin embargo, esta donación no la realiza con la voluntad de convertirse en padre/madre, sino con la intención benévola de colaborar con aquellas personas que por cualquier razón —esterilidad, infertilidad, parejas del mismo sexo, personas solteras, etc.— se encuentran imposibilitadas de concebir, y desean tener un hijo.

Los principios que rigen en el caso de la intervención de donantes son los de la gratuidad y el anonimato. Por tanto, considero que se debería suprimir la maternidad/paternidad del/la donante; sin embargo, esta eliminación no debe impedir que el nacido mediante técnicas de reproducción asistida, pueda ejercer el derecho a conocer sus orígenes.

En cuanto al anonimato del/la donante, Eleonora Lamm expone que la doctrina distingue tres planteamientos, a saber:

- Planteamiento maximalista: el nacido podrá conocer al donante de quien procede e impugnar su paternidad.
- Planteamiento minimalista: defiende el anonimato del donante.
- Posición intermedia: existen dos posturas, por un lado el nacido únicamente podrá conocer los datos biogenéticos del donante, denominado «anonimato relativo» y, por otro lado, el nacido

201 Ecuador, *Constitución de la República*.



tiene derecho a conocer la identidad personal del/la donante, sin ningún efecto jurídico.<sup>202</sup>

Conforme el criterio de Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm, prohibir las técnicas de reproducción asistida con material genético de un tercero, viola el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, y el derecho a fundar una familia, que han sido reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>203</sup>

La diferencia entre la filiación por adopción y la derivada de las técnicas de reproducción asistida, radica en que en la primera se trata de conocer el origen biológico, mientras que en la segunda se refiere al origen genético —datos del/la donante—. Por lo tanto, quienes nacen por medio de la maternidad subrogada, como una de las técnicas de reproducción asistida, no deben ser privados de conocer sobre su origen genético, hecho que permitirá ejercer su derecho a la identidad y conocer sus orígenes.

Por otro lado, en estos casos cuando media la intervención de un donante, el vínculo filiatorio se determina por el consentimiento prestado previamente, prescindiendo de quien aportó los gametos.<sup>204</sup>

#### REPRODUCCIÓN ASISTIDA *POST MORTEM*

La fecundación *post mortem* constituye una modalidad sui generis de las TRA, pues consiste en el procedimiento mediante el cual la viuda, mediante fertilización *in vitro*, es implantada el embrión criopreservado con el aporte de gametos del difunto o su esperma congelado. Los nacidos mediante este procedimiento han sido procreados tras la muerte de su padre, quien en vida, bajo consentimiento, preservó sus gametos.

El consentimiento es el elemento volitivo otorgado de manera previa por la pareja para congelar el semen con fines de procreación de un hijo; por tanto, será el componente que determinará la filiación.

---

202 Eleonora Lamm, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida* (Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008), 73-4.

203 Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm, «Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino: Texto y contexto de las técnicas de reproducción asistida», *Revista Derecho Privado*, n.º 1 (2012): 11, <[http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf120032kemelmajer\\_de\\_carlucciampliando\\_campo\\_derecho\\_filial.htm](http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf120032kemelmajer_de_carlucciampliando_campo_derecho_filial.htm)>, consulta: noviembre de 2015.

204 *Ibíd.*, 22.

Bustos Pueche define al embarazo *post mortem* «al que se provoca en el claustro materno, bien por implantación en él de un embrión, hasta ese momento congelado, o mediante la transferencia de gametos masculinos para que fecunden el óvulo femenino, igualmente congelado hasta entonces, siempre que uno u otro procedan de quien fue esposo o compañero de la mujer receptora».<sup>205</sup>

El uso de los gametos de una persona tras su deceso comprende la valoración de los intereses de todas las partes involucradas en el procedimiento de reproducción asistida. Del fallecido: debió haber mediado su voluntad para proceder con la preservación de sus gametos, o del embrión, y el consentimiento para que se efectúe la fertilización con su material genético tras su muerte. Esta voluntad debe constar por escrito. Los de la gestante: su móvil debe ser altruista y se debe proteger su derecho a la salud. Los del que nazca: la ley debe salvaguardar su derecho a la identidad y el mejor interés del menor. Los de la comitente: su interés es el convertirse en madre.

Según la opinión de José Ramón de Verda y Beamonte, la fecundación *post mortem* de una mujer con el espermatozoides de su pareja es discutible, pues genera el nacimiento de niños huérfanos de padre. En consecuencia, afectaría el interés superior de los niños nacidos con este procedimiento. A continuación, señala que la fecundación *post mortem* se contrapone a la esencia de la gestación por sustitución, pues aquella satisface la aspiración de la viuda de convertirse en madre, mientras que la esencia de la maternidad subrogada es su carácter terapéutico. Finalmente, concluye manifestándose a favor de la transferencia *post mortem* de los embriones criopreservados, pues posibilita el desarrollo de la vida y además ya existían al tiempo de la muerte de la pareja; sin embargo, se adhiere a la prohibición de la fecundación *post mortem* con gametos de la pareja muerta.<sup>206</sup>

205 José Enrique Bustos Pueche, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética* (Madrid: Dykinson, 1996), citado por Ricardo Valverde Morante, «¿Debería permitir la futura Ley Peruana sobre técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) la figura del “embarazo *post mortem*”?», *Vox Juris* 28 (2014): 171.

206 José Ramón de Verda y Beamonte, «Reproducción humana asistida», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 8 (2009): 204-7, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4868708>>, consulta: noviembre de 2015.

La regulación de este tipo de fecundación debería abarcar determinados requisitos para su validez, de acuerdo con Leonardo Pérez Gallardo:

Compete pues, a las instituciones hospitalarias, a los centros en los que se depositan los gametos masculinos, a los notarios que instrumentan los títulos formales legitimadores de la disposición *post mortem* del espermatozoides congelado, el control de esa manifestación de voluntad; cabe y es preciso que así sea, que se impongan requisitos no solo temporales, sino también de legitimación [...] Valdría razonar si no es recomendable que la *supérstite*, viuda o no, le competa demostrar los intentos fallidos de aplicación de las técnicas en vida de su esposo o compañero, o quizás la ausencia de hijos, o al menos de hijos comunes, la existencia de un tiempo prudencial, razonable, que demuestre esa pertinaz voluntad de procrear en ambos miembros de la pareja. Todo ello pudiera resultar valorable para acceder a la aplicación de una inseminación artificial *post mortem*, de modo que se trate de un acto heterónomo de voluntad, en el que no solo incida la voluntad procreacional de los pretendidos progenitores, exteriorizada, sino también la del poder público, previa justificación de los requerimientos que harían permisible una situación puramente excepcional, en la que el hijo por procrear y nacer, pueda encontrar condiciones, si no óptimas, sí al menos adecuadas para su normal desarrollo físico y psíquico.<sup>207</sup>

Al igual que el autor, considero que la manifestación de la voluntad por parte de quien criopreserve sus gametos para ser fertilizados tras su deceso debe exteriorizarse mediante un acuerdo debidamente formalizado ante notario. De igual manera, el legislador debe establecer parámetros y disposiciones claras para que la inseminación artificial *post mortem* se ejecute de manera excepcional, cuando la viuda no se encuentre posibilitada de llevar a cabo la gestación, o no tenga hijos, pero por sobre todo debe resguardarse el interés superior del procreado mediante esta técnica de reproducción asistida.

---

207 Leonardo Pérez Gallardo, «Inseminación artificial y transferencia de preembriones *post mortem*: Procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, n.º 20 (2007): 146, <<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932009.pdf>>, consulta: noviembre de 2015.

## CONSIDERACIONES PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

Como se ha podido observar a lo largo de esta investigación, el desarrollo de la biotecnología trastoca el campo jurídico y, consecuentemente, la sociedad exige respuestas y regulación respecto a las nuevas instituciones que van surgiendo con el avance de la medicina y la ciencia. Tal es el caso de la gestación subrogada, cuyo ejercicio demanda la existencia de un marco normativo o jurisprudencial que brinde soluciones a los problemas que puedan surgir en cuanto a la determinación de la filiación, derechos sucesorios, a la identidad, etc.

Ferrajoli manifiesta que «los derechos existen si y solo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y solo si también ellas se encuentran normativamente establecidas».<sup>208</sup> En este sentido, resulta necesario contar con una normativa específica que regule la materia, y se establezcan reglas y parámetros claros que brinden seguridad a todos los involucrados en un procedimiento de gestación subrogada.

Igualmente considero conveniente una reforma a la Constitución de la República y consecuentemente al Código Civil, toda vez que el derecho de familia exige que las nuevas instituciones que han surgido en la sociedad como producto del avance de la biotecnología se reconozcan, y encuentren soluciones en un cuerpo normativo; por lo tanto, además de la contemplación de las nuevas formas de filiación, se debe incluir una regulación de la figura de la gestación subrogada.

En este acápite se analizarán algunas consideraciones que el legislador deberá observar para su regulación, a saber: voluntad procreacional, requisitos que debería cumplir la mujer gestante y los comitentes, ciertas prohibiciones que debería contemplar la normativa y las solemnidades para su celebración.

### VOLUNTAD PROCREACIONAL

Eleonora Lamm denomina a la voluntad procreacional como el «elemento volitivo que adquiere importancia superlativa en la determinación

---

208 Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 49-50.

de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida»,<sup>209</sup> pues prevalece la paternidad/maternidad consentida y querida, por sobre la biológica. Es por ello que se habla también de parentalidad voluntaria, como un acto jurídico que comprende elementos volitivos y afectivos y que, en el caso de las TRA, se determina sobre la base del consentimiento prestado previamente a la ejecución del procedimiento.

En la gestación subrogada el elemento volitivo está presente desde el origen de la persona, pues sus padres quisieron y desearon serlo. El componente genético no determina la filiación sino el volitivo.<sup>210</sup>

Por otra parte, la voluntad procreacional satisface el principio del mejor interés del niño, toda vez que la persona nacida por intermedio del procedimiento de gestación por sustitución resulta ser hijo/a de quienes «realmente quisieron asumir el papel de padres desde antes que él existiera»,<sup>211</sup> para el/la niño/a siempre será mejor «tener vínculo legal con quien lo quiere, lo educa, lo protege».<sup>212</sup>

Esteban Marmeto manifiesta que la voluntad procreacional se materializa mediante el consentimiento, que tiene que ser previo, informado, libre y formal. Por tanto, lo relevante al momento de la determinación de la filiación es la voluntad con exclusión de quien aportó los gametos.<sup>213</sup>

Nuestro derecho interno debe acoger y regular además de la filiación por naturaleza y la adoptiva, a aquella que procede de la voluntad procreacional, para incluir la filiación que surte de las técnicas de reproducción asistida.

## REQUISITOS DE LA MUJER GESTANTE Y DE LOS COMITENTES

Siguiendo la propuesta de regulación de la figura de la gestación subrogada en la Argentina, que lamentablemente no fue incluida en la

---

209 Eleonora Lamm, «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 24 (2012): 78, <[http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24\\_master.htm](http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm), consulta: noviembre de 2015.

210 *Ibíd.*, 78-82.

211 Lamm, *Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 228.

212 *Ibíd.*

213 Esteban Marmeto, «La voluntad procreacional como elemento necesario para la apertura a vínculos filiales triples», <[http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Marmeto\\_La-voluntad.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Marmeto_La-voluntad.pdf), consulta: noviembre de 2015.

reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, coincido con los requisitos que deberían cumplir los intervinientes, a saber:

### **La gestante y los comitentes deben ser legalmente capaces**

La ley debe regular la idoneidad y capacidad de los intervinientes, a efectos de garantizar el interés superior del menor. Por lo tanto, en armonía con lo que establece el Código Civil, art. 14, «Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: 1. En todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos»,<sup>214</sup> y art. 1461, que señala «La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra»,<sup>215</sup> los comitentes deberán gozar de plena capacidad legal para manifestar la voluntad de convertirse en padres mediante la figura de la gestación subrogada y, asimismo, la mujer gestante deberá dar su consentimiento libre de vicio.<sup>216</sup>

### **La gestante debe gozar de buena salud física y mental**

El consentimiento es un elemento vital en este tipo de acuerdos, por ello debe tratarse de una mujer competente, para que lo otorgue de manera previa, informada y voluntaria. El consentimiento de los comitentes y de la gestante deberá ser elevado a escritura pública, previo el inicio del tratamiento médico.

Debería establecerse también como requisito de la gestante el someterse a un examen psicológico previo a la ejecución del procedimiento médico. Por otra parte, no debe padecer ninguna enfermedad para no arriesgar su salud.

La Ley Orgánica de la Salud, en su art. 7, prescribe lo siguiente:

Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: d) Respeto a su dignidad, autonomía, privacidad e intimidad; [...] así como a sus derechos sexuales y reproductivos; e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud [...]; a

---

214 Ecuador, *Código Civil*, art. 14.

215 *Ibíd.*

216 *Ibíd.*, art. 1461.

recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. [...]; h) Ejercer la autonomía de la voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública».<sup>217</sup>

El consentimiento escrito debe definir claramente los derechos y obligaciones de las partes, para constancia del entendimiento de los efectos contractuales que se generen de él.

### **Uno de los comitentes debe aportar sus gametos**

La gestación por sustitución debe contemplarse como una opción para quienes desean tener un hijo con su componente genético. Es decir, el sometimiento al procedimiento de gestación subrogada debe justificarse por la falta de capacidad reproductiva. Por ello, uno de los comitentes debe aportar su óvulo/esperma. Caso contrario, se puede recurrir a la figura de la adopción.

### **Uno de los comitentes debe encontrarse imposibilitado de concebir**

La gestación por sustitución debe verse como una opción excepcional, de último recurso, por ello se debe admitir únicamente cuando medien causas que imposibiliten llevar a cabo un embarazo, ya sea por esterilidad, infertilidad, endometriosis, extirpación de útero, etc. No debe aceptarse la *subrogación social*, es decir, aquella por la que una mujer que es capaz de llevar a término un embarazo, solicita a otra que lo realice por motivos estéticos o comodidad.

### **La gestante no recibirá retribución económica**

Debería admitirse la gestación por sustitución únicamente cuando medie desinterés por parte de la gestante; la denominada gestación por sustitución altruista o benévola, que en palabras de Antonia Durán «es más un acto de solidaridad con las parejas que no pueden gestar que de

---

217 Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, Suplemento, última reforma 18 de diciembre de 2015.

lucro»,<sup>218</sup> y los comitentes solo deberían cancelar los gastos médicos y legales en los que se incurra, sin perjuicio que los comitentes cancelen los gastos correspondientes a la asistencia médica, controles prenatales y el parto.

De esta manera se evitarían contratos lucrativos, así como también el turismo reproductivo, lo cual puede conducir a la explotación de mujeres pobres.

### **La gestante deberá haber concebido con anterioridad**

Conforme la opinión de Lamm, este requisito asegura que la gestante comprende su compromiso con los comitentes, pues conoce los efectos del embarazo y los del parto.<sup>219</sup> Así como también podría evitar el encariñamiento con la criatura, y posterior renuencia de entregárselo a los comitentes. Por ello, la gestante no aportará sus óvulos, sino únicamente llevará la gestación.

### **Revelación del origen**

Con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad y el de conocer sus orígenes del nacido mediante gestación por sustitución, los intervinientes deberán informarlo respecto de su origen cuando adquiera la madurez suficiente. De esta forma, se garantiza el derecho de toda persona de conocer su origen biológico y el derecho a la identidad de los niños nacidos mediante este procedimiento.

Por otra parte, conforme la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal de la Ciudad de México, se incluyen también disposiciones para los médicos tratantes tales como el secreto profesional respecto a las personas que intervienen, asesoramiento médico durante todo el procedimiento, e información sobre las posibles consecuencias para la salud de la gestante. Aspectos que también deberían incluirse en su regulación, en armonía con el Código de Ética Médica, cuyo art. 66 define el secreto profesional en los siguientes términos:

---

218 Gabriel Arias, «La gestación subrogada es más un acto de solidaridad que de lucro», *Infolibre*, 30 de septiembre de 2015, <[http://www.infolibre.es/noticias/politica/2015/09/29/quot\\_mas\\_acto\\_solidaridad\\_con\\_las\\_parejas\\_que\\_pueden\\_gestar\\_que\\_lucro\\_quot\\_38493\\_1012.html](http://www.infolibre.es/noticias/politica/2015/09/29/quot_mas_acto_solidaridad_con_las_parejas_que_pueden_gestar_que_lucro_quot_38493_1012.html)>, consulta: noviembre de 2015.

219 Lamm, *Gestación por sustitución*, 34.



El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad del profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de su profesión.<sup>220</sup>

Y, a continuación, respecto a los casos de embarazo, el art. 68 prescribe: «Los casos de embarazo y parto se incluyen en el secreto profesional, el médico debe guardar reserva salvo ante los padres o representantes en el caso de menores de edad».<sup>221</sup>

## PROHIBICIONES

### **Prohibición de celebración de acuerdos de tipo oneroso**

En la regulación de la maternidad subrogada debe prohibirse todo tipo de acuerdo comercial, de manera que se blinde toda posible mercantilización u obtención de lucro, que conlleve a que se fomente el turismo reproductivo.

La normativa deberá recalcar que la gestante colabora de manera altruista para ayudar a tener descendencia a quienes se encuentran imposibilitados de procrear.

### **Prohibición de fecundación *in vitro* heteróloga**

Siempre que se recurra a la maternidad subrogada, uno de los comitentes deberá aportar su material genético, como ya se mencionó anteriormente, con la finalidad de que quienes recurran a este procedimiento deseen tener un hijo con sus características genéticas; de lo contrario pueden acudir a un proceso de adopción.

Sobre este punto, el Código de Ética Médica manifiesta en su art. 109 que «La fecundación *in vitro* será realizada por médicos especialistas en institutos o centros de investigación autorizados, previo el consentimiento de los cónyuges y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales».<sup>222</sup>

---

220 Ecuador, *Código de Ética Médica*, Registro Oficial 5, 17 de agosto de 1992.

221 *Ibíd.*

222 *Ibíd.*

### **Prohibición de que la gestante sea menor de edad y, de que el procedimiento de gestación subrogada se realice por más de dos ocasiones**

Esto con la finalidad de salvaguardar la salud de la gestante y procurar que el consentimiento sea otorgado con la suficiente madurez y responsabilidad.

### **Prohibición de la interrupción del embarazo en los casos de gestación por sustitución**

De acuerdo con nuestra normativa, la práctica del aborto se encuentra prohibida, motivo por el cual en el caso de embarazo como resultado de un procedimiento de gestación subrogada, tampoco debería admitirse la figura del aborto, a no ser que peligre la salud o la vida de la gestante.

Al respecto, el Código de Ética Médica, sobre el aborto terapéutico señala lo siguiente:

Art. 103.- Al médico le está terminantemente prohibido provocar el aborto al menos que haya necesidad absoluta de hacerlo para salvar la vida de la madre; en caso de enfermedades con alto riesgo hereditario, o cuando la madre haya sido expuesta, dentro del primer trimestre del embarazo, a factores teratogénicos científicamente comprobados; debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

Con el consentimiento de la paciente, de su cónyuge o de su representante; y,

La necesidad de la interrupción del embarazo será certificada por una Junta Médica, uno de cuyos participantes, por lo menos, debe ser especializado en la afección motivo de la indicación.<sup>223</sup>

El Código Orgánico Integral Penal sobre al aborto no punible, señala en su art. 150, num. 1: «Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios».<sup>224</sup>

Considero, por otra parte, que en el caso de que se realice el procedimiento de gestación subrogada, no cabría el aborto toda vez que

---

223 *Ibíd.*

224 COIP, Capítulo Segundo, Delitos contra los Derechos de Libertad, Sección Primera, Delitos contra la Inviolabilidad de la Vida.

partimos de que la mujer prestó su consentimiento previo e informado, y que su embarazo tiene un fin altruista.

### **Prohibición de criopreservación de gametos o embriones que no tengan por finalidad su reproducción**

El Código Integral Penal tipifica la manipulación genética en su art. 214:

La persona que manipule genes humanos alterando el genotipo, con finalidad diferente a la de prevenir o combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que realice terapia génica en células germinales, con finalidad diferente a la de combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que genere seres humanos por clonación, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.<sup>225</sup>

La Ley Orgánica de Salud también prohíbe en su art. 214 «las prácticas de clonación de seres humanos, así como la obtención de embriones humanos con fines de experimentación».<sup>226</sup>

Es importante destacar la posición de Dora García Fernández, quien señala que «es de suma importancia reglamentar la práctica de las técnicas de fecundación asistida [...] con el fin de que no se produzcan embriones supernumerarios. Se debe limitar la fecundación de óvulos en número que no exceda los que se pueden transferir en una sola oportunidad».<sup>227</sup>

Tampoco se debería permitir la implantación de los gametos sin que exista un documento privado elevado a escritura pública donde conste el consentimiento expreso de los comitentes y de la gestante para la realización de este procedimiento médico.

#### FORMALIDADES

- El procedimiento deberá realizarse mediante escritura pública celebrada ante notario, en el cual deberá manifestarse el

---

225 *Ibíd.*, Delitos contra el derecho a la salud.

226 Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*.

227 Dora García Fernández, *La adopción de embriones humanos: Una propuesta de regulación* (México DF: Porrúa, 2007), 94.

consentimiento previo, libre e informado de los comitentes y de la gestante.

- La madre subrogada deberá presentar como documento habilitante el certificado médico donde se especifique su imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación.
- Se deberá incluir también el respectivo certificado médico donde conste que uno de los comitentes, o ambos, han aportado sus gametos para la fecundación.
- En la escritura pública se hará constar que la participación de la gestante se realiza sin fines de lucro, que procurará el bienestar del feto durante la gestación y que su obligación con los comitentes concluye con el parto, con la consecuente obligación de entregar el niño o niña a sus padres.
- La gestante deberá probar que no padece alcoholismo o drogadicción, para garantizar el adecuado desarrollo del embrión. Igualmente deberá presentar un certificado psicológico, para garantizar que se encuentra debidamente preparada para la ejecución del procedimiento de gestación subrogada.
- Se hará constar la obligación de los comitentes de informar oportunamente a su hijo o hija sobre sus orígenes, en cuanto a su procreación mediante la técnica de gestación subrogada, como garantía del derecho humano a la identidad.
- El médico tratante realizará el procedimiento de gestación subrogada, con la presentación de la respectiva escritura pública, suscrita por las partes intervinientes.<sup>228</sup>

---

228 Véase «Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal» (México DF: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2010), 14-34.

# CONCLUSIONES

---

Urge una reforma a la Constitución de la República y al Código Civil, pues debido a los cambios producidos en el ámbito de la ciencia y la biotecnología, instituciones como la familia se transforman y exigen que una ley regule a las nuevas figuras que surgen producto del avance social. Por lo tanto, considero que la filiación comprendida como el vínculo legal que relaciona a padres e hijos, debe determinarse no únicamente por naturaleza (cópula carnal) o por la adopción, sino orientarse a atribuir también el vínculo jurídico a aquellos que por su voluntad están dispuestos a asumir la función y responsabilidad de padre o madre. En este sentido, la voluntad procreacional constituye otro elemento determinante en la atribución del estado de familia, y por tal motivo, debe ser incluido en nuestro derecho interno, hecho que conducirá hacia la unidad filiatoria plena, en los términos de filiación por naturaleza, así como la derivada de vías paralelas, maternidad subrogada y adopción.

Corresponde al legislador regular la figura de la gestación subrogada, toda vez que constituye una de las formas de fundar una familia. Resulta necesario contar con una normativa con reglas claras, que brinde seguridad jurídica a todas las partes que intervienen en el procedimiento de gestación por sustitución: a los comitentes, a la gestante, al menor y al médico tratante, pues de esta manera se evitan conflictos jurídicos que se originan como consecuencia de posturas prohibitivas o falta de ley.

La regulación de la figura de la gestación subrogada deberá contener principalmente, además de los requisitos y prohibiciones para los comitentes y la mujer gestante, garantías para salvaguardar el interés superior del niño o niña, incorporando medidas de protección que por su condición requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

De acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación, nuestro marco jurídico debe admitir la práctica de la gestación subrogada para las parejas del mismo sexo, pues dentro de las TRA constituye la única vía por la cual podrían procrear un hijo con las características genéticas de uno de ellos, permitiendo de esta forma que el derecho a fundar una familia se efectivice en la práctica para estas parejas. El ordenamiento jurídico debe representar una garantía para el ejercicio de los derechos en el marco de una sociedad plural como la nuestra.

Es interesante puntualizar que ante la inactividad del legislador de regular la gestación subrogada, es la creación pretoriana la que establece las reglas a seguir caso por caso, y en consecuencia, es fuente primaria para absolver los conflictos jurídicos que surjan tras la ausencia de reglas previamente establecidas.

El precedente jurisprudencial constituye un importante aporte de la jurisprudencia en la función interpretativa e integradora del derecho, de formación de la regla jurídica. Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo de investigación, frente al silencio del legislador como en el caso de Colombia, ha sido la Corte Constitucional la que ha determinado los requisitos para la validez del procedimiento de gestación subrogada, manifestando una vocación de protección de las relaciones familiares, así como también del interés superior de los niños.

El reconocimiento internacional de los derechos humanos y su incorporación en las Constituciones de los Estados, dan significación a la labor judicial y el papel del juez es dar relevancia a esos derechos, lo que no se podría cumplir si se acude a las reglas clásicas del derecho convencional, pues entran en juego principios y valores que actualizan y materializan la visión jurídica apartándose de la interpretación tradicional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuña Guirola, Sara. «El derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia en los textos internacionales de derechos humanos y en la Constitución española de 1978». En *Cuestiones actuales de derecho comparado*, coordinado por Gloria M. Morán, 225-34. Coruña: Universidade da Coruña. Servicio de Publicaciones, 2003. <<http://hdl.handle.net/2183/11221>>.
- Ahumada Claudia, y Shannon Kowalski-Morton. *Derechos sexuales y derechos reproductivos: Guía para activistas jóvenes*. Ottawa: The Youth Coalition, 2006. <[http://www.youthcoalition.org/wp-content/uploads/Guia\\_activista\\_DSDR\\_-withcover.pdf](http://www.youthcoalition.org/wp-content/uploads/Guia_activista_DSDR_-withcover.pdf)>.
- Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. México DF: Fontamara, 2010.
- Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo. «El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional». *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 2 (2014): 5-49.
- Amador Jiménez, Mónica. «Biopolíticas y biotecnologías: Reflexiones sobre maternidad subrogada en India». *Revista CS*, n.º 6 (julio-diciembre de 2010): 193-217. DOI: <<http://dx.doi.org/10.18046/recs.i6.466>>.
- Arámbula Reyes, Alma. *Maternidad subrogada*. México DF: Servicio de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Diputados, 2008.
- Arias, Gabriel. «La gestación subrogada es más un acto de solidaridad que de lucro». *Infolibre*, 30 de septiembre de 2015. <[http://www.infolibre.es/noticias/politica/2015/09/29/quot\\_mas\\_acto\\_solidaridad\\_con\\_las\\_parejas\\_que\\_pueden\\_gestar\\_que\\_lucro\\_quot\\_38493\\_1012.html](http://www.infolibre.es/noticias/politica/2015/09/29/quot_mas_acto_solidaridad_con_las_parejas_que_pueden_gestar_que_lucro_quot_38493_1012.html)>.
- Argentina, *Ley 26.618*, Modificación del Código Civil, Sancionada el 15 de julio de 2010, Promulgada el 21 de julio de 2010.
- . «Sentencia C-071/15». En *Expediente D-10.315*.
- . «Sentencia». En *Causa NNODGMBMS/ Inscripción de Nacimiento*, 18 de junio de 2013.
- Argentina Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil. *Causa N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento*, 18 de junio de 2013.
- Arroyo Morcillo, Alicia. «Las familias monoparentales en España: ¿Una desviación u otra forma de organización social?». Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- Ávalos Capín, Jimena. *Derechos reproductivos y sexuales*. México DF: UNAM-IIJ / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013.

- Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares, comp. *El género en el derecho: Ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos, 2009.
- Baffone, Cristiana. «La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 46, n.º 137 (mayo-agosto de 2013): 441-70. DOI: 10.1016/S0041-8633(13)71139-6.
- Barber Cárcamo, Roncesvalles. *Reproducción asistida y determinación de la filiación*. Logroño: Universidad de la Rioja, 2010. <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>>.
- Bustos Pueche, José Enrique. *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Madrid: Dykinson, 1996.
- Cabal, Luisa, Julieta Lemaitre, y Mónica Roa, ed. *Cuerpo y derecho*. Bogotá: Themis, 2001.
- Caicedo Tapia, Danilo. «Experiencia de la Comisión de la Verdad Ecuador: Perspectivas de judicialización de las graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad». Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012.
- Caicedo Danilo, y Angélica Porras, ed. *Igualdad y no discriminación: El reto a la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Carbonell, Miguel, y José Carbonell. *El derecho a la salud: Una propuesta para México*. México DF: UNAM-IIJ, 2013. <[http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cap\\_\\_tulo\\_Primer.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cap__tulo_Primer.pdf)>.
- Colombia Corte Constitucional, «Sentencia C-577 de 2011».
- .«Sentencia T-572/09». Acción de tutela instaurada por Blanca Cecilia Villabona contra Alcaldía Municipal de Floridablanca y otros.
- .«Comunicado n.º 6». En *Sentencia C-071/15*, de 18 de febrero de 2015.
- .«Sentencia T-968/09». Proceso de revisión de las sentencias del 10 de diciembre de 2008 y del 24 de febrero de 2009, proferidas por el Tribunal Superior del Distrito de Cali, Sala de la Familia y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respectivamente.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*. Washington: Organización de los Estados Americanos / Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011. <<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresacesoinformacionmateriareproductiva.pdf>>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General n.º 13 sobre el derecho a la educación*, 21.º período de sesiones, 1999.



- Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 1994.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño, *Resolución 44/25*, 20 de noviembre de 1989.
- Corral, Hernán, Rolando Jiménez, Marcela Rodríguez et al. «Matrimonio entre parejas de un mismo sexo». *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 7 (2011): 65-83. <DOI: 10.5354/0718-2279.2011.16996>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 17/2002*, 28 de agosto de 2002.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. *Propuesta modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias*. <[http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=16908&folderId=1391406&name=DLFE-6959.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=16908&folderId=1391406&name=DLFE-6959.pdf)>.
- Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre.
- Declaración y Plataforma de Acción de Pekín. <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>>.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la 18.ª Asamblea General de la ONU, de 10 de diciembre de 1948.
- De Verda y Beamonte, José Ramón. «Reproducción humana asistida». *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 8 (2009): 192-211. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4868708>>.
- Días, María Berenice. «Filiación socioafectiva: Nuevo paradigma de los vínculos parentales». *Revista Jurídica*, n.º 13 (2009): 83-90. <<http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/711>>.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 2010.
- Ecuador, *Código Civil Ecuatoriano*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . *Código de Ética Médica*, Registro Oficial 5, 17 de agosto de 1992.
- . *Código de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, Suplemento, 3 de enero de 2003, última reforma 7 de julio de 2014.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento. 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Decreto Ejecutivo n.º 1527*, Registro Oficial 346, Suplemento, 24 de junio de 1998.

- . *Ley de Seguridad Social*. Registro Oficial 483, Suplemento, 20 de abril de 2015.
- . *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423, Suplemento, 18 de diciembre de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. *Caso n.º 1692-12-EP*, presentado el 10 de septiembre de 2012.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Tercera Sala de Garantías Penales. «Sentencia 584-2012». En el *Caso n.º 1692-12-EP*, 9 de agosto de 2012.
- Echeverri de Ferrufino, Ligia. «Polémica teórica sobre la familia y su papel en la sociedad», *Maguaré*, n.º 1 (1981): 159-76. <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/view/159-176>>.
- El Colombiano. «Parejas del mismo sexo podrán adoptar: Corte Constitucional». *El Colombiano*. 4 de noviembre de 2015. <<http://www.elcolombiano.com/colombia/adopcion-de-parejas-del-mismo-sexo-en-colombia-ED3041745>>.
- El País. «Orientación sexual no es indicador de falta de idoneidad para adoptar: Presidenta de la Corte». *El País*, 5 de noviembre de 2015. <<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/orientacion-sexual-indicador-falta-idoneidad-para-adoptar-presidenta-corte>>.
- España. *Ley 3/2007*. Boletín Oficial Español 65, 16 de marzo 2007.
- . *Ley 35/1988*. Boletín Oficial del Estado 282, 22 de noviembre de 1988.
- España Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. «Sentencia sobre rechazo a la inscripción de la filiación obtenida de gestación por sustitución», 6 de febrero de 2013.
- Excelsior. «Senado analiza desaparecer la maternidad subrogada en México». *Excelsior*, 3 de noviembre de 2015. <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/11/03/1054976>>.
- Facio, Alda. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Asdi), 2008.
- Fernández, Sandra. «Gestación subrogada en Israel: Legislación, requisitos y filiación». *Babygest. La revista líder en gestación subrogada*. <<http://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-israel/>>.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Francia, *Código Civil*. <[www.legifrance.com/content/download/1966/13751/.../2/.../Code\\_41.pdf](http://www.legifrance.com/content/download/1966/13751/.../2/.../Code_41.pdf)>.

- Gamboa Montejano, Claudia. *Maternidad subrogada*. México DF: Cámara de Diputados. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Interior, 2010.
- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho civil, parte de personas y familia*, 14.<sup>a</sup> ed. México DF: Porrúa, 1999.
- García Fernández, Dora. *La adopción de embriones humanos: Una propuesta de regulación*. México DF: Porrúa, 2007.
- Giraldes, Mónica, Estibalitz Penedo, Mertxe Seco, Zubeldia Uxo. «La familia monoparental Zerbitzuan: Gizarte serbitzuetarako aldizkaria», *Revista de Servicios Sociales*, n.º 35 (1998): 27-39.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Jurídica de Chile, 2007.
- . *La fecundación in vitro y la filiación*. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.
- Gómez Sánchez, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador Revista de Ciencias Sociales: Pensamiento jurídico contemporáneo*, vol. 5. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Hernández Ramírez, Adriana, y José Luis Santiago Figueroa. «Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 132, año XLIV (septiembre-diciembre de 2011): 1335-48. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/132/el/el11.pdf>>.
- Hurtado Oliver, Xavier. *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, donación, eutanasia y suicidio asistido: Problemas éticos, legales y religiosos*. México DF: Porrúa, 1999.
- Igareda González, Noelia. *El hipotético derecho a la reproducción*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2011. <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/717/473>>.
- Innatia. «Qué es la familia monoparental o uniparental (definición y características)». *Innatia*. <<http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-que-es-la-familia-monoparental.html>>.
- Jaramillo, Isabel Cristina. «La crítica feminista al derecho». En *El género en el derecho: Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, 103-33. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, Marisa Herrera y Eleonora Lamm. «Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de

- las técnicas de reproducción asistida». *Revista Derecho Privado*, año 1, n.º 1 (2012): 3-45.
- *Crónica de una realidad anunciada y proyectada: El primer niño nacido de gestación por sustitución en territorio argentino inscrito judicialmente conforme la regla de la voluntad procreacional*. Buenos Aires: CONICET, 2013. <[http://www.conicet.gov.ar/new\\_scp/detalle.php?keywords=&id=24140&articulos=yes&detalles=yes&art\\_id=2041602](http://www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=24140&articulos=yes&detalles=yes&art_id=2041602)>.
- «Filiación y homoparentalidad: Luces y sombras de un debate incómodo y actual». *Revista jurídica argentina la ley*, año 6, n.º 1383 (2010): 1-22.
- Lamm, Eleonora. *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008.
- «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida». *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 24 (2012): 76-91. <[http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24\\_master.htm](http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm)>.
- *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona / UNESCO, 2013.
- «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3 (2012): 2-49. <[www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)>.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2.ª ed. Bogotá: Legis, 2008.
- Marmeto, Esteban. *La voluntad procreacional como elemento necesario para la apertura a vínculos filiales triples*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2015. <[http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Marmeto\\_La-voluntad.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Marmeto_La-voluntad.pdf)>.
- Martínez Roaro, Marcela. *Derechos y delitos sexuales y reproductivos*. México DF: Porrúa, 2007.
- México, *Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza*. Periódico Oficial, 18 de enero de 2008.
- *Código Civil para el Estado de Tabasco*. Periódico Oficial del Estado, 9 de abril de 1997.
- *Código Familiar del Estado de Sinaloa*. Periódico Oficial, 6 de febrero de 2013.
- Mizrahi, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- Morán de Vicenzi, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: Universidad de Piura / Ara, 2005.

- Murray, Eloise. *El niño y su familia: Selección de trabajos sobre economía doméstica*. París: UNESCO, 1981.
- Nye, Ivan, y Félix Berardo. *The Family: Its Structure and Interaction*. California: Macmillan, 1973.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 19 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976.
- Palomino, Sally. «El alquiler de vientres aún no tiene reglas claras en Colombia». *El Tiempo*. 6 de septiembre de 2014. <<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/alquiler-de-vientres-en-colombia/14495962>>.
- Parlamento Europeo. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. Bruselas: Dirección General de Políticas Interiores. Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, 2013. <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)>.
- Pereira, Roberto. «Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida». *Perspectivas Sistémicas*, n.º 70, año 14 (2002). <<http://www.redsistemica.com.ar/reconstituidas.htm>>.
- Pérez Gallardo, Leonardo. «Inseminación artificial y transferencia de preembriones *post mortem*: Procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana». *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, n.º 20 (2007): 139-63. <<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932009.pdf>>.
- Pinto, Mónica. «El principio *pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». En *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compilado por Martín Abregú y Christian Courtis, 163-72. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- Pitts, Jesse. «The Structural-Functional Approach». En *Handbook of Marriage and the Family*, editado por Harold Christensen. Chicago: Rand McNally, 1964.
- Proclamación de Teherán. Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 1968.
- Programa de Acción adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Estados Unidos. Fondo de Población de las Naciones Unidas, 1998.
- Programa de Acción sobre Población y Desarrollo para los próximos 20 años. <<http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>>.

- Quintero Velásquez, Ángela María. *Trabajo social y procesos familiares*. Buenos Aires: Lumen, 1997.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario. Madrid: ASALE, 2016. <[www.rae.es/](http://www.rae.es/)>.
- Rothstein, Alan. «Reglas y normas del alquiler de vientres en Colombia». *Activo Legal*, 18 de febrero de 2014. <<http://www.activolegal.com/web/index.php/noticias/actualidad/806-alquiler-vientre-normatividad-colombia-maternidad-subrogada>>.
- Ruiz Martínez, Rocío. «Maternidad subrogada: Revisión bibliográfica». Tesis de grado, Universidad de Cantabria, 2013.
- Saba, Roberto. «(Des) igualdad estructural». En *Igualdad y no discriminación: El reto a la diversidad*, editado por Danilo Caicedo y Angélica Porras, 53-93. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Salas Salazar, Carolina. «El derecho fundamental a la reproducción en el ordenamiento constitucional español: Fundamentación, estructura y consecuencias jurídicas». Tesis doctoral, Universidad de Castilla, 2008. <<http://hdl.handle.net/10578/2397>>.
- Salgado Álvarez, Judith. «Derechos sexuales en el Ecuador». Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador 2005.
- Scotti, Luciana. «El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada»: Una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas». *Pensar en Derecho* 1 (diciembre de 2012): 267-89. <<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>>.
- . «La «maternidad subrogada» en la legislación y jurisprudencia argentinas». *Letra* 1 (2014): 47-78.
- Somarriva Undurraga, Manuel. *Derecho de familia*. Santiago: Nascimento, 1946.
- Souto Galván, Beatriz. «Dilemas éticos sobre la reproducción humana: La gestación de sustitución». *Feminismos. Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, n.º 8 (diciembre de 2006): 181-95. <DOI: <https://doi.org/10.14198/fem.2006.8.12>>.
- Suárez Ávila, Alberto Abad. *Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana*. México DF: UNAM-IJJ, 2015.
- Surrofair. «Gestación subrogada en Rusia». *Surrofair*. <<https://surrofair.com/es/gestacion-subrogada-rusia>>.
- Uruguay, *Ley n.º 19.075 Matrimonio Igualitario*, D. O. 9 de mayo de 2013.

- Valverde Morante, Ricardo. «¿Debería permitir la futura Ley Peruana sobre técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) la figura del “embarazo *post mortem*”?»». *Vox Juris* 28 (2014): 161-87.
- Vaggione, Juan Marco. «Las familias más allá de la heteronormatividad». En *La mirada de los jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina Motta y Macarena Sáenz, 13-85. Bogotá: Red Alas, 2008.
- Varsi Rospigliosi, Enrique, y Marianna Chaves. «Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto». *Actualidad Jurídica*, n.º 200 (2010): 57-64. <[http://works.bepress.com/enrique\\_varsi/16/](http://works.bepress.com/enrique_varsi/16/)>.
- Vittoria Vita. «Maternidad subrogada (Ley de Reproducción Asistida)». *Vittoria Vita*, 2013. <<http://vittoriavita.com/spa/ley-de-maternidad-subrogada-en-ucrania-proteccion-de-sus-derechos/>>.

## ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

- 
- 257 Marcelo Quishpe Bolaños, *Educación superior, pueblos indígenas e interculturalidad: La Escuela de Educación y Cultura Andina*
- 
- 258 Mariana Jiménez, *Una lectura constitucional del derecho a la resistencia colectiva*
- 
- 259 Juan Aguirre Ribadeneira, *La contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea*
- 
- 260 Mónica León, *El trabajo sexual como actividad laboral en Ecuador*
- 
- 261 Lenin Carrera Oña, *Ocularcentrismo: Cuando el sentir supera al ver*
- 
- 262 Rina Artieda, *Cantuña: Historia y leyenda, palabra y poder. Versiones de dominación y reivindicación*
- 
- 263 Óscar Banegas, *Microfinanzas en Ecuador a la luz de las tendencias globales*
- 
- 264 Stephany Olarte, *El anticipo del impuesto a la renta: Señales de un tributo encubierto*
- 
- 265 Robinson Patajalo, *El control de constitucionalidad en Ecuador: Defensa de un control mixto*
- 
- 266 Verónica Salgado, *Dolores Cacuango en la memoria oral de su pueblo*
- 
- 267 Daniel Dorado, *Licencias obligatorias de medicamentos y derecho a la salud en la Comunidad Andina*
- 
- 268 Paola Calderón, *Nuevos santos de la farándula: Estrategias discursivas en sus autobiografías*
- 
- 269 Patricio Estévez, *Mujeres al desnudo: Las fotografías de Víctor Jácome*
- 
- 270 Andrea Galindo, *La construcción deliberativa del presupuesto*
- 
- 271 Xavier Villacreses, *Roberto Bolaño y las representaciones del mal*
- 
- 272 Samantha Bermúdez, *El derecho a fundar una familia y la gestión subrogada*
-





La gestación subrogada, como una de las técnicas de reproducción asistida, constituye uno de los métodos para que aquellas personas que se encuentran imposibilitadas de concebir puedan tener la oportunidad de ser padres y que su hijo/a comparta sus características genéticas.

La omisión legislativa o su prohibición no ha impedido que esta práctica se lleve a cabo, lo que ha provocado el incremento del turismo reproductivo y de varios conflictos jurídicos que tienen que ser resueltos por los jueces caso por caso.

En este contexto, este trabajo reflexiona acerca de la necesidad de regular la práctica de la gestación subrogada con una normativa clara que brinde seguridad jurídica a quienes intervienen en el procedimiento: los comitentes, la gestante, el niño/a y el médico tratante, teniendo como base a la voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación.

Samantha Bermúdez Pozo (Cuenca, 1986) es abogada de los Tribunales de Justicia de la República (2010) por la Universidad del Azuay; magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional (2016) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; máster universitario en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías (2019) por la Universidad de La Rioja. Es investigadora en derechos humanos, pluralismo jurídico, derecho civil y educación superior. Se desempeña como docente en la Universidad UTE y la Universidad Técnica Particular de Loja.

