



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS
MENORES EN LOS PROCESOS DE MATERNIDAD SUBROGADA POR
VACÍOS LEGALES EN EL MARCO NORMATIVO ECUATORIANO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA**

AUTOR: ANA ISABEL CRESPO BRAVO

DIRECTOR: DR. JOSÉ SANTIAGO SANCHÉZ ZAMBRANO

CUENCA – ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS MENORES
EN LOS PROCESOS DE MATERNIDAD SUBROGADA POR VACÍOS
LEGALES EN EL MARCO NORMATIVO ECUATORIANO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTOR: ANA ISABEL CRESPO BRAVO

DIRECTOR: DR. JOSÉ SANTIAGO SÁNCHEZ ZAMBRANO

CUENCA – ECUADOR

2022

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

ANA ISABEL CRESPO BRAVO portadora de la cédula de ciudadanía N° **0303101240**. Declaro ser el autor de la obra: **“ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE MATERNIDAD SUBROGADA POR VACÍOS LEGALES EN EL MARCO NORMATIVO ECUATORIANO”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **04 de agosto del 2022**



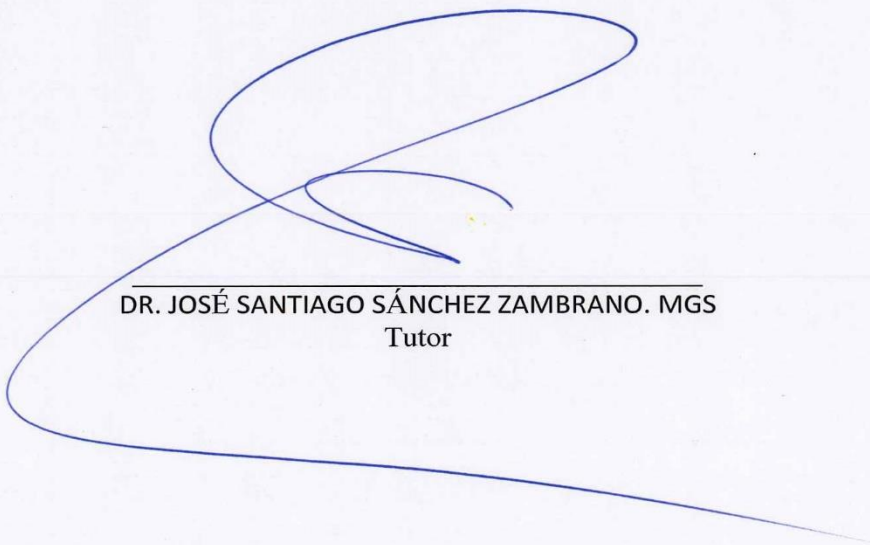
F:

ANA ISABEL CRESPO BRAVO

C.I. 0303101240

CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **ANA ISABEL CRESPO BRAVO**, con el Tema **ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE MATERNIDAD SUBROGADA POR VACÍOS LEGALES EN EL MARCO NORMATIVO ECUATORIANO**, bajo mi supervisión.



DR. JOSÉ SANTIAGO SÁNCHEZ ZAMBRANO. MGS
Tutor

DEDICATORIA

A mi madre, pues sin ella no lo habría logrado, su ejemplo de progreso, humildad y sacrificio, se ven hoy reflejados en la culminación de una etapa tan importante, ella me ha enseñado a valorar todo lo que tengo y ha fomentado en mí el deseo de superación, por eso hoy entrego este trabajo de investigación en ofrenda de su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO

A mi familia por su apoyo incondicional y por recordarme siempre que *“Cualquier cosa que la mente del hombre puede concebir y creer, puede ser conseguida.”*; a la Universidad Católica de Cuenca por ser el cimiento de mi desarrollo profesional; a mis docentes, por sus aportes invaluable y el tiempo invertido en mi formación académica.

Un especial agradecimiento a quien estuvo presente en la evolución y posterior desarrollo de mi tesis Dr. Santiago Sánchez Zambrano, gracias por proporcionarme sus conocimientos teóricos y prácticos; por su amistad, paciencia, tiempo y dedicación.

RESUMEN

A lo largo de los años, los seres humanos se han caracterizado por reproducir su especie con la finalidad de generar una descendencia que perdure, configurándose el derecho a concebir, como un derecho fundamental inherente a la naturaleza de todas las personas. Empero, es de notorio conocimiento que no todos los sujetos pueden procrear, debido a que, por circunstancias patológicas ajenas a su voluntad, algunos seres humanos se encuentran en una situación que les imposibilita concebir dentro del mundo real. Es así como, la ciencia ha presentado soluciones a través de las Técnicas de Reproducción Asistida, siendo una de ellas, la gestación subrogada o vientres de alquiler, no obstante, dicha práctica ha generado controversia a nivel mundial, pues no todos los países del mundo la aceptan, y otros no presentan una regulación específica dentro de sus legislaciones, por lo que, existe un vacío legal que deriva en una vulneración directa a los derechos de los menores que nacen en virtud de las referidas prácticas de gestación subrogada, puesto que, las consecuencias jurídicas y materiales que resultan de los negocios jurídicos de subrogación maternal, producen una afección a los derechos de los niños y niñas debido a la falta de ordenación de estas prácticas científicas en el mundo físico. Por tanto, el presente trabajo tiene el objetivo de estudiar la maternidad subrogada frente a la vulneración de los derechos de los menores de edad, a fin de determinar el alcance de esta problemática, dentro de la legislación ecuatoriana.

Palabras clave: maternidad subrogada, derechos de los menores, técnicas de reproducción asistida, vulneración.

ABSTRACT

Over the years, human beings have been characterized by reproducing their species with the purpose of generating an offspring that will last, configuring the right to conceive as a fundamental right inherent to the nature of people. However, it is well known that not all subjects can procreate, due to pathological circumstances beyond their control, and some human beings find themselves in a situation that makes it impossible to conceive in the real world. Thus, science has presented solutions through Assisted Reproduction Techniques, being one of them, surrogacy or surrogate wombs. However, this practice has generated controversy worldwide, because not all countries in the world accept it, and others do not have a specific regulation within their legislation. In consequence, there is a legal vacuum that derives in a direct violation of the minors' rights who are born by surrogacy practices, since the legal and material consequences that result from the legal business of maternal surrogacy, produce an affection to the rights of the children due to the lack of regulation of these scientific practices in the physical world. Therefore, this research has the objective of studying surrogate motherhood in relation to the violation of the minor's rights, in order to determine the scope of this problem, within the Ecuadorian legislation.

Keywords: surrogate motherhood, rights of minors, assisted reproduction techniques, violation

ÍNDICE

DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD	I
CERTIFICACIÓN TUTOR	II
DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	V
Palabras clave:	V
ABSTRACT	VI
Keywords:	VI
ÍNDICE	VII
Introducción	1
MARCO METODOLÓGICO	4
Problema de investigación	4
Objetivo general	4
Objetivos específicos	4
CAPITULO 1. MATERNIDAD SUBROGADA, BASES DOCTRINARIAS Y POSTULADOS	5
Antecedentes	5
Conceptualización de maternidad subrogada.	10
Concepto de madre subrogada o portadora	12
Concepto de pareja o padres subrogantes	12
Clasificación de la maternidad subrogada	13
Motivaciones para el uso de la técnica de maternidad subrogada	14
CAPITULO 2. LEGISLACIÓN EXTRANJERA Y PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS MENORES.	17
1. Países que prohíben legalmente la maternidad subrogada.	17
2. Países que permiten suscribir la maternidad subrogada con ciertas modalidades.	21
Australia	21
Canadá	23
Estados Unidos de América (Florida)	25
Sudáfrica	27
Uruguay	29
3. Países en los que se permite ampliamente la maternidad subrogada.	30

4. Maternidad subrogada en el derecho ecuatoriano.	32
5. Maternidad subrogada en el derecho colombiano.	33
6. Maternidad subrogada en el derecho argentino.	36
7. Maternidad subrogada en el derecho chileno.	37
8. Cuadro Final	38
CAPITULO 3. DERECHOS DE LOS MENORES QUE SE VULNERAN POR LA FALTA DE REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS Y PROCESOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.	
1. Maternidad subrogada como derecho a la procreación	42
2. Interés superior del niño.	46
3. Derecho a la identidad.	51
4. Derecho a la Familia.	58
5. Derecho a la filiación.	60
6. Vulneración de derechos en los menores	61
7. Vacíos legales de la maternidad subrogada en el marco normativo ecuatoriano	66
Conclusiones	69
Referencias Bibliográficas	72
ANEXOS	79

Introducción

El presente trabajo de investigación nace con el fin de configurar un marco comprensivo e integral respecto de cómo la figura de la maternidad subrogada al no contar con un marco jurídico- normativo que regule este tipo de procedimientos puede producir la vulneración de los derechos constitucionales de los niños concebidos a través de las técnicas de reproducción asistida; esto es, aquellos mecanismos por medio de los cuales el ser humano puede intervenir en los procesos naturales de procreación empleando medios artificiales. El Estado Ecuatoriano no acorde con la realidad social, intenta hacer coincidir la filiación jurídica, con la procreación y su aspecto biológico respecto de lo que se conoce como principio de verdad biológica, sin embargo, a la luz de la ciencia, tecnología, nuevos tipos de familia, necesidades colectivas y evolución de la sociedad, la falta de normativa hace que aparezcan lagunas legales y problemas de aplicación e interpretación jurídica, lo correcto y lo que corresponde es que los legisladores empleen sus esfuerzos por regular estos vacíos existentes en nuestra legislación entorno a la maternidad subrogada, a través de vías y mecanismos que utilicen procedimientos inexorables en favor del interés superior del niño, evitando así la vulneración de sus derechos. En esta investigación consecuentemente se analizará si esta actividad vulnera o no derechos de los menores, sus razones y cuál sería la solución más adecuada a esta problemática social; para lo cual se revisa y examina documentos relacionados con el tema de investigación, doctrina, jurisprudencia, y normativa ecuatoriana; utilizando la metodología cualitativa, pues es en base a revisión bibliográfica, con un alcance descriptivo y de tipo no experimental.

El ser humano debido a su naturaleza misma tiene necesidades que satisfacer, por ende, busca la manera de hacerlo. Pero existen ocasiones que no se puede cumplir con estos anhelados deseos de manera natural, es ahí donde surge el ingenio de las nuevas

tecnologías que día con día se innovan con el fin de buscar alternativas para reparar dichas carencias, como es el caso de la infertilidad. En este sentido la ciencia, la medicina, el derecho y el deseo de las personas por dar solución a este tipo de problemas que en años atrás era inconcebible, en la actualidad ya no es así, puesto que existen variadas formas para lograr éxito en el anhelo de la reproducción y procreación; entre unas de ellas se considera a la maternidad subrogada.

Sin embargo, esta técnica acarrea grandes desafíos, ya que es un tema controversial analizado desde dos puntos de vista. El primero que considera a la maternidad subrogada como un acto de solidaridad hacia otra persona para satisfacer una necesidad de la misma y el otro, como un evento degradante y ofensivo en contra de la dignidad de las mujeres que prestan su vientre pues se considera desde el campo y perspectiva de la ética que ser gestante en un procedimiento de maternidad subrogada objetiviza a la mujer y a los niños que se conciben a través de estos procedimientos, pudiendo afectar la dignidad humana.

En este sentido la maternidad subrogada es un tema que ha ido tomando fuerza en la actualidad, sin embargo, esta figura era utilizada en antiguas civilizaciones pues existen vestigios de esto en el Antiguo testamento. Es en este texto podemos encontrar el siguiente extracto: “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.” Este no es el único ejemplo que existe, pues dentro de la Biblia se encuentra otro pasaje donde Sara, que estaba casada con Abraham, al no poder quedar embarazada, le entrega a su esposo a su sirvienta, Agar, para que tenga un hijo para él. Varias historias como estas se cuentan en el Génesis, con ello se puede afirmar que la maternidad subrogada se encontraba presente en estas sociedades y respondía siempre a la necesidad de procrear cuando la mujer se encontraba en un estado de esterilidad.

En conclusión, nuestra constitución respalda el derecho que tenemos todas las personas a tomar decisiones libres respecto de nuestra vida reproductiva, cuando y cuantos hijos queremos tener, por lo tanto se infiere que cualquier pareja heterosexual está facultada para concebir mediante procedimientos de maternidad subrogada, que por su naturaleza deberían ser convenidos por medio de un contrato, en donde a la realidad actual, este tipo de contratos se celebraran desde la clandestinidad y tomando únicamente en cuenta el interés y voluntad de los contratantes, y que al no existir regulación expresa en el marco jurídico ecuatoriano resultan acuerdos que vulneran los derechos de los nasciturus. El Ecuador al ser un estado constitucional de derechos y justicia está en la obligación de atender los vacíos legales en torno a esta problemática, ya que los derechos de los menores en atención al interés superior del niño que es uno de los principios con mayor incidencia en el ámbito nacional e internacional y de derechos humanos debe estar regulado en nuestro marco jurídico nacional para no provocar inseguridad jurídica respecto de las nuevas familias formadas a través de estos mecanismos y sobre todo no resulten procedimientos que menoscaben los derechos y dignidad humana de aquellos niños que están por nacer.

MARCO METODOLÓGICO

Problema de investigación

Al ser la maternidad subrogada un tema que actualmente se encuentra en crecimiento dentro de la sociedad, las legislaciones van adaptando su normativa para regularla y establecer derechos y garantías sobre todo para niños y niñas involucrados en esta temática, por lo que es indispensable analizar ¿Qué derechos de los menores se ven afectados por la falta de disposiciones jurídicas que regulen la maternidad subrogada en el Ecuador?

Objetivo general

Analizar cómo se encuentra regulado la Maternidad Subrogada en otras legislaciones, así como en fuentes doctrinarias, y cómo estas disposiciones deben ser aplicadas en el Ecuador para evitar que los derechos de los menores sean vulnerados por la actual falta de regulación normativa en el Ecuador

Objetivos específicos

- Enunciar las bases doctrinarias y postulados que se han desarrollado en torno a la maternidad subrogada.
- Indicar mediante la revisión de otras legislaciones la forma en la que se ha regulado la maternidad subrogada para garantizar la no vulneración de los derechos de los menores.
- Identificar qué derechos de los menores están siendo vulnerados en el Ecuador por la falta de regulación normativa que establezca derechos y garantías para los niños y niñas inmersos en este tema.

CAPITULO 1. MATERNIDAD SUBROGADA, BASES DOCTRINARIAS Y POSTULADOS

Antecedentes

La reproducción asistida ha venido desarrollándose desde la antigüedad, para ayudar a aquellos que no pueden o logran tener descendencia, sin embargo, desde la segunda mitad del siglo XX, aparecen métodos nuevos e innovadores como FIV (Fecundación In Vitro). La cual consiste en unir el ovulo con el espermatozoide fuera del cuerpo de la madre en un laboratorio. Para cuando este ya se encuentre fecundado implantarlo en el útero. Estas técnicas de reproducción asistida son un avance científico importante pues muchas parejas no logran concebir un hijo de manera natural considerándose entonces “los nacidos de técnicas de reproducción asistida, son los niños más deseados y planeados del mundo” (Wagmaister, 1990, p.211).

De acuerdo con Palacios y Castellanos (2018) desde siempre el ser humano ha ansiado tener descendencia y formar una familia completa, es así que desde la antigüedad antes de cristo las mujeres presentaban infertilidad ocasionando un gran vacío en sus vidas, ya que el concebir formaba parte de su esencia como mujer y se las apreciaba por su capacidad de reproducción; situación que desemboco en tomar decisiones drásticas, como conseguir otras mujeres, por ejemplo a sus siervas, para que sus esposos tenga la oportunidad de tener un hijo. Uno de estos casos ocurrió en el siglo VVIII A.C. cuando la pareja de Abraham y Saraí no podían tener hijos, debido a que la esposa era estéril, por tal motivo acepto que su marido tuviera intimidad con una de sus esclavas con el objetivo engendrar un bebe.

En Mesopotamia también se han encontrado registros de esta práctica en la que generalmente se veían involucradas mujeres que eran esclavas o sirvientas y que fueron

utilizadas como vientre de alquiler, los sumerios a diferencia de los mesopotámicos contaban con una legislación que regulaba esta figura mediante la celebración de un contrato. De igual forma en el Código del Rey Hammurabi en 1760 el cual señalaba las siguientes garantías sociales las cuales no se les podía vender “por dinero” (Código de Hammurabi, 1760).

Pues el no tener la capacidad de crear descendencia en la mayoría de culturas antiguas era un signo de inferioridad, motivo de marginación y rechazo, como en la antigua Grecia en donde la esterilidad era considerada un castigo de los dioses, y siempre se les atribuía a las mujeres esta incapacidad, razón por la cual el *pater familias*, debía buscar una mujer que le pueda dar descendencia. Sin embargo, no es un hecho aislado que en las diferentes culturas la incapacidad de quedar en cinta, era un problema atribuido a la salud de las mujeres e incluso a su propia voluntad. Como, por ejemplo, las mujeres Samo del África negra que padecen de amenorrea (ausencia de menstruación), son consideradas anormales y se les acusa de practicar brujería para evitar tener hijos.

Sucesos que no cambiaron en la Edad Media, ya que la sociedad feudal en ese tiempo imponía a las mujeres la obligación de dar hijos a su pareja, incluso un matrimonio no estaba totalmente conformado hasta que hubiera descendencia. Pues Castro (2016), manifiesta que ya en el año de 1975 en los Estados Unidos específicamente el Estado de California, una pareja pública en un periódico local la necesidad de conseguir a una mujer dispuesta a alquilar su vientre, para poder tener un hijo mediante el proceso de fecundación artificial, y en compensación se ofrecía un pago monetario. Sucesos que posteriormente fueron adoptados por organizaciones con fines lucrativos, que con el propósito de ayudar a parejas que no podían concebir, se encargaban de buscar mujeres puestas para realizar este acto a cambio de una compensación y mediante un contrato suscrito por ambas partes, en el cual se indicaba que las personas contratantes correrían

con todos los gastos hasta el momento del alumbramiento y después del mismo él bebe era inscrito y criado por los padres quienes contrataban.

En la Poliginia en Mali, los hombres tienen la opción de buscar crear descendencia por otro lado cuando su pareja es infértil, y en muchas otras culturas africanas se recurre a la hermana de la mujer que tenga un antecedente de crear descendencia para procrear y así agrandar la familia. En Estados Unidos de Norte América, se conoce casos de Maternidad Subrogada antes de la Guerra Civil que se libró en 1861 hasta 1865. En donde las esclavas gestaban los hijos que pertenecían a sus amos, cuando la esposa de este no era capaz de quedar embarazada, o no era capaz de mantener su embarazo.

En palabras de Rodas (2020), en el año de 1976, después de muchos años de investigaciones y experimentos en animales, en Estados Unidos se realizó el primer embarazo extrauterino en una madre ajena, mediante un contrato de maternidad subrogada, redactado por los doctores las leyes Noel Keane y Warren Ringold, fundadores de la agencia Subrogante Family Service Inc; sin embargo, estos contratos no eran admitidos por las cortes judiciales. Ya en el siglo XX se conoció el caso de Mitsutoki Shigeta un millonario japonés de 24 años de edad que no quería casarse, sin embargo, deseaba tener una gran descendencia, lo cual le motivo a buscar a mujeres tailandesas para alquilar sus vientres y mediante la donación de su esperma, consiguió procrear 16 hijos.

En 1984 se presenta el primer caso de gestación por sustitución completa en el mundo, cuando una a una mujer sin útero, se le extraen los embriones y se le transfieren a una amiga, el resultado de esto fue el nacimiento de un bebe que no tenía relación alguna con la madre gestante. Siendo genéticamente hijo de la mujer de quien provenían los embriones. Este método ha venido extendiéndose cada vez más en lo que se refiere a la tecnología reproductiva, ya que cada vez más los padres prefieren que sus hijos tengan la

relación directa entre ellos, quienes son los que conceden las muestras genéticas para lograr la procreación, sin embargo, lo que respecta a la madre gestante no tiene relación alguna con los menores.

La procreación desde sus inicios era siempre considerada un acto complejo que se realizaba únicamente entre el hombre y la mujer, pero hoy en día, existe la posibilidad de realizarlos separadamente e incluso con la intervención de terceras personas como es el caso de la maternidad subrogada. (Espinoza, 2007, p.3)

Es por ello que se vuelve de valiosa importancia resaltar el caso “Baby M”, que, en el año 1986 en Estados Unidos de Norteamérica, creó gran controversia y varios debates en los medios públicos. Cuando una madre gestante con un acuerdo firmado en un contrato de maternidad subrogada, desistió una vez que nació la menor, y decidió que se quedaría con ella. Esta mujer fue inseminada artificialmente con el espermatozoides del varón contratante, conflicto que llegó a los tribunales de justicia. El cual se decidió darle la custodia al varón y derechos de visitas a la madre gestante. En otro caso similar que se dio en Francia en el año de 1991, la corte de casación francesa declara la ilegalidad de los contratos de maternidad subrogada.

Es así que algunos países ya han adecuado su normativa para garantizar los derechos del menor y de quienes intervienen en estos procesos, “quienes están a favor de la maternidad subrogada, sostienen que es un derecho constitucional de las parejas infértiles de reproducirse por medios no coitales, lo que se extiende también a la posibilidad de la subrogación”, resulta imprescindible entonces que se fijen los parámetros legales necesarios, pues el vacío legal existente en la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país, vulnera derechos y garantías constitucionales y convencionales de los menores. No obstante, los países del mundo que han incorporado en sus legislaciones

leyes que aprueban la maternidad subrogada, lo han efectuado con la condición de que se cumplan con algunas reglas que tienen la finalidad de proteger los derechos de los menores que nacen como producto de la práctica científica de gestación subrogada. Dichas reglas son tales como: que la pareja o persona que desee tener un hijo mediante esta técnica, demuestre medicamente la imposibilidad de concebir, así mismo que la madre subrogante presente un buen estado de salud y psicológico, en algunos lugares este método es sin fines de lucro. Salas (2016), manifiesta que en América Latina son contados los países que aprueban y está legalizada esta práctica médica, no obstante, se la realiza sin conocimiento de las autoridades.

En el Ecuador el termino de vientre e alquiler fue mocionado por el abogado Noel Kaene, ofreciendo a las familias la oportunidad de procrear, Pues en conformidad a Díaz y Santillán (2019), desde entonces según Ministerio de Salud Pública (2018), presento cifras documentadas de 15 bebés nacidos mediante el proceso de vientre de alquiler, pero no todos los casos han logrado concretarse ya que las madres que han prestado sus vientres ya sea por amor al infante o situaciones adversas han decidido no entregar al bebé y se han quedado con su custodia, llegando a término solamente 4 procesos. Así también existen ocasiones en las cuales los padres biológicos han rechazado a sus hijos por motivos como: embarazos de más de un niño, bebés nacidos con discapacidad, sexo no deseado, por haber logrado concebir, entre otras.

En ese sentido Perdomo ha indicado acertadamente que al “hombre de ciencia le interesa avanzar en su investigación cada día más y al derecho le compete adecuar esa investigación a la moral, las buenas costumbres de cada país, a posibilitar la convivencia pacífica sin cercenar derechos, creando además obligaciones”. (Pedromo, 1995, p.125).

Es por todo ello que el derecho debe ir de mano de la ciencia, procurando resguardar y proteger derechos fundamentales, aún más cuando son niños los que se

encuentran inmersos en situaciones complejas en las cuales el Estado tiene la obligación ineludible de garantizar su bienestar.

Conceptualización de maternidad subrogada.

Para abordar la temática planteada es preciso iniciar conceptualizando lo que doctrinariamente se entiende por maternidad subrogada, empero, en primer lugar, es menester determinar el concepto de maternidad como término único e independiente, a fin de sentar las bases de un concepto completo de gestación subrogada. Por ende, la doctrina manifiesta que maternidad se define como la “condición de madre. Estado natural o jurídico de la madre” (Ossorio, 2008, p.90). Otro concepto sobre maternidad sostiene que es el “vinculo jurídico entre la madre y el hijo” (Enciclopedia Jurídica, 2020). Es decir, naturalmente el termino maternidad se refiere al hecho de gestar y convertirse una mujer en madre, lo cual implica diversos cambios en su vida por el hecho de haber procreado un ser humano, sin embargo, lo que resulta de interés para el Derecho, es lo que jurídicamente ocurre cuando una mujer se convierte en madre, es decir, la filiación, que se la puede entender como aquel conjunto de derechos y obligaciones que en el momento del nacimiento adquieren ambas personas (madre e hijo). Este nacimiento de derechos es lo que resulta importante analizar, pues en esta temática en análisis se identificara que derechos de los menores se vulneran a través de los procedimientos de maternidad subrogada y cuáles serían las posibles por vacíos legales existentes en nuestra legislación de los menores involucrados en ella.

Por otro lado, el término subrogar, es utilizado para determinar el acto de “sustituir una persona a otra en sus derechos y obligaciones” (Cabanellas, G. 1993, p.300). Por lo que se entiende como una verdadera sustitución que va más allá de una mera representación de una persona, es decir, es el hecho de ejecutar acciones en lugar de otra persona, involucrando aspectos personales y en este caso físicos al tratarse de el

hecho de gestar un ser humano para otra persona, pues eso es lo que implica la maternidad subrogada, definida como:

La práctica por la que una mujer gesta en su cuerpo un bebé previo pacto, compromiso o contrato, que incluye una cláusula de cesión, al término de la gestación, de todos sus derechos sobre el recién nacido. Esa cesión se hará a favor de otras personas, generalmente las contratantes, que asumirán la paternidad o maternidad del niño. (Pacheco y García, s.f, p.1).

Ahora bien, el término subrogar significa:

Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros. (Cano, 2013, p.1).

En el caso de la maternidad subrogada “se anida el embrión en el vientre de una mujer distinta a la que quiere la maternidad, esto es, la que preste su vientre para llevar el hijo de otra” (Sanz, 2002, p.20). Del mismo lado tenemos a la subrogación uterina definida como “un 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” (Arámbula, 2008, p.30).

Por tanto, doctrinariamente, la maternidad subrogada se define como:

Un proceso quirúrgico donde el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, la cual se encargará de llevar a cabo la gestación y dar a luz, para posteriormente entregar al menor a la misma. Dicha práctica consiste en una especie de contrato entre una mujer denominada madre portadora o subrogada,

con una pareja casada denominada pareja subrogante. (Córdoba y Sánchez, 2000, p.14).

Concepto de madre subrogada o portadora

A fin de establecer bases doctrinarias sólidas que permitan comprender el alcance del presente trabajo de investigación, es necesario determinar el concepto de madre sustituta, subrogada o portadora, a fin de sentar los presupuestos legales conceptuales de la institución de la gestación por subrogación.

Gimeno (2011), establece que la madre subrogada es aquella mujer que estipula someterse a un periodo de embarazo con la finalidad de concebir un ser humano que será criado y cuidado por personas distintas, quienes serán reconocidos como padres del menor ante la ley. Es por esta razón que, para la referida autora, la mujer sea conocida como madre sustituta, tiene la obligación de suscribir un negocio jurídico vinculante con quienes serán los padres del menor una vez que este haya nacido.

Por su parte, Frankford, Bennington, y Ryan (2015) establecen la posibilidad de que el menor puede ser hijo biológico de uno de los padres subrogantes, dentro del supuesto en el cual uno de ellos o ambos, hayan donado su semen u óvulos para la realización del proceso de gestación subrogada a través de las técnicas de reproducción asistida.

Concepto de pareja o padres subrogantes

En adición, también es necesario determinar el concepto de padres subrogantes, a fin de entender a cabalidad las partes que conforman la relación jurídica que se deriva del negocio jurídico de subrogación maternal.

Frankford, Bennington, y Ryan (2015), establecen que los términos “padre subrogantes”, hacen referencia a los sujetos que tienen la intención de transformarse en

los padres legales del menor que nace en virtud del negocio jurídico de subrogación. Empero, para los autores, es opcional que dichos individuos contribuyan o no con su ADN a fin de tener un vínculo no solo legal, sino biológico con el menor.

Clasificación de la maternidad subrogada

En opinión de Viteri (2019) la maternidad subrogada puede clasificarse por la procedencia de los gametos que interviene en la producción del embrión, clasificándose de la siguiente manera:

- **Maternidad Portadora.** - se da cuando una mujer accede a llevar en su útero un embrión, el cual ha sido producido en un laboratorio mediante procesos de reproducción asistida, es decir solo presta su vientre para llevar a cabo la gestación. Para el caso pueden presentarse algunas circunstancias como: los espermatozoides o los óvulos proviene de una persona ajena a la pareja, que puede ser anónima o conocida por la misma, en tal caso ni el padre ni la madre poseen una relación genética con el infante; los gametos pueden ser de la pareja, en este caso él bebe tiene relación genética total con la misma; el óvulo puede ser de la mujer que desea ser madre y el espermatozoide de una donación anónima; o a su vez el espermatozoide del hombre que ansía ser padre y el ovulo de una donante, en cualquiera de los dos últimos casos preexiste el vínculo genético parcial con el niño.
- **Maternidad Sustituta.** - esto ocurre cuando la mujer que pretende procrear, se ve imposibilitada por razones anatómicas o fisiológicas, en tal razón la persona que gestará también contribuye con sus óvulos, pudiendo el esperma ser del padre o de un donante anónimo; este procedimiento se lleva a cabo mediante la fecundación in vitro para luego implantar en el útero de la madre subrogada por medio de inseminación artificial.

- **Embriodonación.** - para darse este tipo de maternidad subrogada la pareja que proyecta alquilar el vientre debe presentar infertilidad y no puede ser donado su material genético, siendo así existe la necesidad de una mujer que sea inseminada con material genético de donantes anónimos o conocidos.

Existe un cuarto grupo que se ha conocido como resultado de la investigación y se incluye en este contexto por ajustarse a la realidad social del siglo XXI; estos es, aquel grupo de mujeres que no presentan imposibilidad fisiológica y su material genético es apto para los procesos de ovulación, fecundación y un útero capaz de llevar a cabo la contención del embarazo hasta la fase de viabilidad del feto, sin embargo, por decisión propia y razones personales la mujer no desea llevar a cabo el proceso de gestación por lo que requiere de la intervención de una tercera persona que participara del proceso en calidad de mujer gestante sustituta.

Motivaciones para el uso de la técnica de maternidad subrogada

Al presentarse la imposibilidad de procrear por medios naturales muchas parejas se han visto en la necesidad de buscar otras alternativas como la reproducción asistida, lo cual es descartada a veces por ser un procedimiento costoso, otra opción es la adopción, sin embargo este proceso es un tanto tedioso debido a toda la documentación y requisitos que se deben reunir para llegar a obtener la patria potestad respecto de un menor, llegando incluso a negar la misma; así mismo se puede optar por la maternidad subrogada, lo cual les brinda la oportunidad de llevar a cabo la procreación, y más con la oportunidad que él menor lleve los genes ya sea de uno y de los dos integrantes de la pareja.

De acuerdo con Delgado (2019) esta imposibilidad puede darse debido a tres razones:

- **Razones biológicas.** – se presenta cuando una persona tiene incapacidad anatómica o fisiológica de que sus células germinativas puedan ser útiles para el proceso de fecundación, es decir, existe incapacidad reproductiva por razones patológicas o alteraciones genéticas que se presentan como esterilidad o infertilidad, es menester para el efecto de esta investigación diferenciarlas, la primera se presenta cuando sin la utilización de barreras anticonceptivas dentro de un determinado periodo de tiempo que generalmente es computado por el plazo de un año en donde no se logra que el ovulo se fecunde y posteriormente se implante en el útero; el segundo término lo podemos conceptualizar como la incapacidad de llevar a término el embarazo, es decir, que una vez producida la fecundación gestación no llega culminar la etapa de viabilidad que se comprende de entre las 38 a 40 semanas, la quiebra continua y permanente del embarazo se considera infertilidad.

Es así que la esterilidad femenina se puede dar por motivos tales como: trastornos ovulatorios, es decir cuando los ovarios no pueden producir óvulos; por causa tubárica, que se da cuando existe obstrucción de las trompas de falopio; la endometriosis, trastorno que suele ser muy doloroso y que afecta al endometrio puesto que este crece fuera del útero; anormalidades del útero o cervicales como los fibromas que interrumpen la implantación del óvulo fecundado y por último cáncer al útero u otro órganos relacionado con la reproducción. Para el caso de la esterilidad en los hombres las causas son: producción de espermatozoides anormal o baja ocasionada por alguna enfermedad o de manera natural; problemas para liberar el esperma ya sea por situaciones sexuales como la eyaculación precoz, impotencia o disfunción eréctil; condiciones genéticas o daño en los órganos reproductivos; muerte de los espermatozoides al momento de salir del conducto, motivada por exposición habitual a sustancias nocivas o enfermedades genéticas; y cáncer cuyo tratamiento puede deteriorar el esperma.

- **Razones culturales.-** inicialmente el proyecto u orden de vida de los seres humanos era nacer- crecer- reproducirse y morir; sin embargo, esto no cambiado, más bien a ampliado su ciclo de vida; desde que la mujer ha tomado terreno en la esfera de la sociedad dejo de implantarse la maternidad como fin primario, procediendo tomar fuerza en el ámbito de la capacitación educativa y la vida laboral, posponiendo la fase reproductiva y maternidad para etapas consiguientes, la mujer en la actualidad decide sobre su cuerpo, por lo que en muchos casos por voluntad propia un determinado porcentaje de mujeres, deciden ser madres, sin la necesidad de gestar al niño. En el caso de los hombres que en solitario deciden utilizar su material genético para llevar a cabo la procreación que son casos que en nuestra realidad social suceden estaríamos frente a una sustitución por encargo.
- **Razones que atienden al equilibrio de la naturaleza.** – en este grupo se encuentran aquellas personas que presentan imposibilidad biológica para procrear, como es el caso de las parejas que se constituyen siendo del mismo sexo, entendiendo que por su incompatibilidad de células germinativas no puede llevarse a cabo la fecundación, las parejas aunque teniendo un impedimento biológico, cuentan con voluntad procreacional y deciden usar técnicas que forman parte de la “revolución reproductiva” y que a la realidad del siglo XXI, en donde los conceptos clásicos de familia han cambiado, son procedimientos aplicables; sin embargo, en estos procesos en donde intervendría una madre subrogante, es importante que en esta investigación se analicen estos elementos en torno a la maternidad subrogada y como la falta de normativa respecto del tema pueden afectar los derechos de los menores que son concebidos a través de estas prácticas reproductivas.

CAPITULO 2. LEGISLACIÓN EXTRANJERA Y PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS MENORES.

1. Países que prohíben legalmente la maternidad subrogada.

Se debe manifestar que, existe un amplio debate, alrededor del mundo, respecto a la maternidad subrogada, pues es evidente que no todos los países que conforman el globo terráqueo aprueban o apoyan la iniciativa de la maternidad subrogada como un negocio jurídico viable para auxiliar a que las personas que carecen de fertilidad, puedan concebir y formar una familia. Esta idea se fundamenta en que, para algunas legislaciones, la maternidad subrogada atenta contra los derechos de los menores que son producto de esta práctica científica, o simplemente porque la gestación subrogada trastoca los fundamentos de la dignidad humana misma y la bioética. Pues son varios los países del mundo que consideran que un contrato en virtud del cual tiene por objeto la maternidad subrogada, adolece de nulidad, debido a que. el objeto mismo, como elemento esencial del negocio jurídico, adolece de un vicio, al ser considerado el referido objeto como ilícito.

Por ende, diversos países no solo consideran ilegal a la maternidad subrogada, sino que, a su vez, la misma constituye un hecho configurador de un injusto penal, ya que, para los referidos Estados, la gestación subrogada vulnera lo que para Welzel (1970) son bienes jurídicos que tienen relevancia y significancia para el Derecho Penal.

Los países cuya legislación penal, consideran como una conducta punible la gestación subrogada son:

- a. China
- b. Estonia
- c. Francia

d. Estados Unidos

Personalmente se afirma que se debe realizar especial mención en el caso francés, ya que, el referido Estado contempla la idea de que el gestante oculta el nacimiento de quien nace, mientras que la madre del fruto de la concepción, ejecuta una intención dolosa simulada de un nacimiento, lo que para los franceses, se considera un delito que atenta contra las normas esenciales de la naturaleza humana, los derechos de los menores y la bioética como tal, determinando así, que la conducta de proceder a realizar la maternidad subrogada, sea penalmente relevante. En conformidad al Código Penal Francés, los padres que decidan ejecutar actos tendientes a la realización de una gestación subrogada, son penados con pena privativa de libertad de 3 años, además de estar obligados a cancelar una multa de 45.000 euros.

Ahora bien, es menester presentar la siguiente interrogante: ¿En Francia, ostentan responsabilidad penal aquel conjunto de entidades, empresas, personas naturales o jurídicas que tengan como objetivo intermediar en el proceso de maternidad subrogada? La respuesta es afirmativa, pues para la legislación francesa, aquel conjunto de instituciones o personas que ejecuten actos de intermediación dentro de los procesos de gestación subrogada, estarán sujetos a pena privativa de libertad más una multa de 15.000 euros, además que, la referida penalidad puede llegar a incrementarse en caso de que la técnica de gestación se la haya realizado con fines lucrativos. Para la legislación francesa, esta es una forma no solo de preservar los fundamentos sobre los cuales se levanta la dignidad humana misma, sino también es un mecanismo legal para proteger los derechos de los menores producto del negocio jurídico de subrogación, pues para la idiosincrasia social y legal de Francia, la maternidad subrogada es una figura científica nociva que afecta el núcleo duro de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, en el Estado de Estonia sigue una línea parecida a la francesa, pues las normas punitivas de dicho país sancionan penalmente a toda mujer que ejecute el rol de gestante dentro de un proceso de maternidad subrogada, como también penaliza al profesional de la salud que ejecuta la denominada fecundación in vitro.

En el país asiático China, no solo que se impone una multa de 30.000 yenes y se lo responsabiliza penalmente a quien interviene en un proceso de maternidad subrogada, sino que, a su vez, se determina la nulidad del negocio jurídico de gestación subrogada dentro de la esfera del derecho contractual chino.

En el caso de Estados Unidos se debe ejecutar un análisis especial según el Estado al que se estudie:

- a. En Columbia aquellos padres que tengan la intención de llevar un proceso de maternidad subrogada, están obligados a cancelar una sanción pecuniaria de 10.000 dólares, so pena de ser sentenciados a pena privativa de libertad de hasta 1 año.
- b. En el Estado de Arizona, la maternidad subrogada se la determina como una conducta penal relevante.

No obstante, existen diversos países en los cuales, la gestación subrogada no se encuentra tipificada como un delito penal, empero, el contrato por el cual se celebra la relación jurídica que determina la existencia una gestación subrogada, adolece de nulidad. Esto se fundamente en base a que el objeto del contrato es ilícito, ya que la práctica de gestación subrogada trastoca la dignidad humana, la bioética y los derechos de los menores que nacen en virtud del negocio jurídico de subrogación.

En el caso de España, se encuentra prohibida la maternidad subrogada en base a que los negocios jurídicos celebrados entre los padres intencionados y el gestante, ostentan el

vicio de nulidad por objeto ilícito, puesto que, para la legislación española, se considerará como madre a aquella mujer que ha parido al fruto de la concepción y lo ha llevado en el vientre materno durante todo el periodo de embarazo.

El objeto del contrato es ilícito, porque para la legislación española, la gestación subrogada es una práctica científica que trasciende la esfera del interés particular, para formar parte del interés público, originando que los derechos de los menores se vean comprometidos al momento en el que se celebran y efectúan los acuerdos de subrogación maternal. Por ende, la legislación española, con la finalidad de generar una protección a los niños, prescribe la nulidad del negocio jurídico de maternidad subrogada a fin de impedir que dicha práctica se materialice como figura vulneratoria de derechos de quienes nacen en base a los referidos acuerdos gestación subrogada.

La diversidad de países que prevén la nulidad del negocio jurídico de maternidad subrogada a fin de proteger los derechos de los menores, la dignidad humana y la bioética son:

- a. España
- b. Alemania
- c. Holanda
- d. Suiza
- e. Italia
- f. Noruega
- g. Suecia
- h. Turquía
- i. Islandia
- j. Austria
- k. Pakistán

1. Arabia Saudita

2. **Países que permiten suscribir la maternidad subrogada con ciertas modalidades.**

En el presente título se expondrá acerca de aquellos países que permiten la existencia de maternidad subrogada, pero, lo hacen de manera limitada, sobre todo viendo como una práctica negativa desde la esfera social y legal, a la gestación subrogada con fines de comercialización. A continuación, se procederá a exponer el caso de Australia, Canadá, Estados Unidos (Florida), México (Sinaloa y Tabasco), Uruguay y Sudáfrica, ya que los referidos Estados presentan una especie de permisividad normativa frente a la maternidad subrogada, aunque en su mayoría sólo en aquellos casos en los cuales la maternidad subrogada ostente una finalidad altruista.

Australia

La gestación subrogada se encuentra permitida legalmente en la gran parte de territorios pertenecientes al Estado australiano, no obstante, se debe realizar especial mención al caso del Estado de Queensland, puesto que, en el mismo, se permite todo negocio jurídico inherente a la gestación subrogada altruista, es decir, aquella en virtud de la cual “la madre sustituta no obtiene ganancias. Sin embargo, los padres encargados pueden reembolsarle el costo de gastos médicos y legales razonables. (Cáceres, 2019, p.4).

Cáceres (2019) expresa que la gestación subrogada es vista afirmativamente en Queensland, puesto que para los australianos, la maternidad subrogada que tenga fines altruistas y no económicas, protege los derechos de la familia y los menores, ya que guarda consonancia con los preceptos sobre los cuales se erige la dignidad humana.

Por ende, la norma jurídica que regula la gestación subrogada en Queensland se denomina “ Surrogacy Act de 2010”, la cual permite la maternidad subrogada altruista, pero impide y prohíbe de manera rotunda la gestación subrogada de carácter mercantil. En conformidad a Cáceres (2019) la referida norma establece ciertos parámetros a seguir a fin de proteger los derechos de los contratantes, del menor que nace producto del acuerdo de subrogación, y así producir la aprobación legal necesaria y segura para que proceda el procedimiento de gestación subrogada. Los parámetros consisten en:

- Transferencia de la paternidad del fruto de la concepción como la debida consecuencia del convenio jurídico celebrado entre particulares en base a la subrogación de maternidad.
- Socialización a fin de que las partes entiendan naturaleza y consecuencias del proceso de subrogación, con el objetivo de proteger y preservar en todo momento el interés superior del menor.

A su vez, se debe establecer que la norma Surrogacy Act (2010), penaliza la maternidad subrogada comercial con una sanción pecuniaria de 10.000 euros más 3 años de privación de libertad. Los elementos objetivos del delito de gestación subrogada comercial son recibir un pago, recompensa, beneficios o ventaja material, que no consista en el debido reembolso de los gastos en los que se ve sujeta a cancelar la mujer cuyo vientre se encuentra en alquiler, configurándose así, lo que para Salazar (2021) sería los elementos objetivos que caracterizan la conducta de gestación subrogada como penalmente relevante. Por tanto, la persona que se desea someter su útero a alquiler, tiene estrictamente prohibido por ley publicar cualquier tipo de afiche, anuncio, noticia o aviso publicitario en el que ofrezca de manera mercantil el someterse a un proceso de maternidad subrogada.

Finalmente, se debe también exponer que, en Australia, solo se puede exigir el debido cumplimiento de un contrato de gestación subrogada cuando éste tenga como finalidad el solicitar que se reembolsen a la madre de alquiler, todos los gastos que la misma haya tenido que realizar para mantener un embarazo saludable y acorde durante todo el periodo de gestación.

Canadá

En Canadá, la maternidad subrogada se encuentra debidamente regulada por la Ley de Reproducción Humana Asistida o Assisted Human Reproduction Act, AHRA (2004). Pues la legislación canadiense, ostenta el criterio de que regular debidamente la práctica de maternidad subrogada, permite maximizar el derecho a la familia, respetar la dignidad humana, proteger los derechos de los menores y observar las normas de la bioética. Por tanto en Canadá, de igual forma que en Queensland Australia, se permite la gestación altruista pero se prohíbe de manera total todo tipo de gestación subrogada con finalidades lucrativas, además de sancionar no solo a los padres intencionados y a la mujer cuyo vientre está en alquiler, sino también todo tipo de intermediarios que presten ayuda o auxilio dentro del proceso de gestación subrogada. A criterio personal se afirma, que resulta interesante como para ciertas legislaciones como la canadiense, la existencia de una maternidad subrogada altruista atenta contra los derechos de la familia, menores, dignidad humana y normas de la bioética, ya que, para estos países, la prohibición es más nociva que la permisividad debidamente normada por el Estado.

En conformidad a Cáceres (2019), la Ley de Reproducción Humana Asistida o Assisted Human Reproduction Act, AHRA (2004), define a la mujer que presta su útero como “aquella mujer que, con la intención de entregar al niño al nacer a un donante u otra persona, lleva un embrión o un feto, concebido a través de un procedimiento de

reproducción asistida y derivado de los genes de un donante o donantes’’ (Cáceres, 2019, p.6.).

Así mismo la referida autora manifiesta que la ley, a fin de salvaguardar los derechos de familia, menores, dignidad humana y normas de bioética, establece las siguientes prohibiciones para quienes se someterán a un proceso de gestación subrogada:

- Emitir consejo aconsejar o instigación a una mujer a fin de que decida convertirse en madre sustituta, debido a que, dicha mujer tiene menos de 21 años.
- Realizar procedimientos médicos a fin de ayudar a una mujer a convertirse en madre sustituta, cuando dicha mujer ostente menos de 21 años.
- Realizar una promesa de pago en base al proceso de gestación subrogada.
- Realizar cualquier tipo de publicitación, y por cualquier medio, de madre sustituta, a fin de obtener un beneficio económico.
- Compra y venta de esperma u óvulo de un donante o una persona que ejecute la labora de tal, en representación de un donante o, de genes o células humanas de un individuo donante o un sujeto que actúe en representación de un donante, con la conciencia y voluntad de otorgarle a dichos genes, células, espermatozoides u óvulos, una finalidad anti-bioética destinada a crear un ser vivo de naturaleza humana.

De igual forma que en el caso australiano, la madre gestante que tiene la finalidad de ser sustituta, ostenta el derecho a reclamar el reembolso económico de todos los gastos realizados con relación al embarazo, siempre que, presente el respectivo recibo en el cual justifique la procedencia de los referidos gastos. Empero, está totalmente prohibido que la madre sustituta reclame el reembolso de ingresos perdidos por concepto de ausencia laboral debido a su situación gestante, a menos que, el profesional de la salud que lleva

su embarazo, haya certificado por escrito que el continuar trabajando para la madre sustituta haya sido perjudicial para su gestación.

Finalmente, se afirma que toda persona que en Canadá decida incurrir en el delito de maternidad subrogada comercial o mercantil, será sujeta a una pena privativa de libertad de 500.000 dólares más una pena privativa de libertad de hasta 10 años.

Estados Unidos de América (Florida)

Primero, se debe establecer que Estados Unidos ostenta una gran cantidad de estados, por lo que, la regulación legal de la maternidad subrogada dependerá de las normas jurídicas inherentes a cada estado como tal. Entonces, se debe afirmar que, dentro de los 50 estados norteamericanos, las perspectivas legales sobre la gestación subrogada cruzan la línea que va desde la permisividad legal, hasta, la prohibición total.

Para el presente trabajo, se pretende exponer el caso del estado de Florida, pues los Estatutos del Estado establecen en su sección 742.15, que antes de ejecutar el proceso de maternidad subrogada, es menester suscribir un negocio jurídico obligatorio que tenga como objeto la subrogación gestacional entre las partes contractuales, es decir, entre la madre sustituta y la pareja solicitante. Además, es necesario que dicho contrato sea vinculante y ejecutable, por lo que, es obligatorio que la madre sustituta haya adquirido ya, al menos, los 18 años, mientras que la pareja solicitante, deberá justificar que se encuentra casada legalmente y, ostenten a su vez, cada uno de los cónyuges, la edad de 18 años. Estos requisitos pre establecidos son un mecanismo de protección para los derechos del menor que está por nacer, pues el mero hecho de que sea obligatorio suscribir un acuerdo claro y específico, otorga seguridad jurídica tanto para las partes, como para el menor que está por nacer en virtud de la práctica de maternidad subrogada, pues Florida exige que dentro del contrato se establezca de manera clara y precisa las cláusulas que

regirán la relación jurídica entre la madre portadora y los padres pretendidos, generando así que se vean protegidos los derechos del niño a concebir.

Además, en conformidad a Cáceres (2019), otro instrumento legal de protección de los derechos de menor, es aquel que determina que el negocio jurídico de gestación subrogada solo será válido siempre que, un médico certifique con absoluta seguridad, dentro de la esfera las ciencias médicas, que la madre sustituta se encuentra apta físicamente para llevar debidamente un embarazo a término, mientras que, en caso de que el medico certifique que la gestación generaría un alto riesgo para la salud física de la madre sustituta o el feto, no se considerará como vinculante ni ejecutable al negocio jurídico de gestación.

A continuación, algunas de las disposiciones que debe ostentar el contrato de maternidad subrogada a fin de guardar correspondencia con los derechos de los menores, la dignidad humana y la bioética:

- La pareja solicitante acepta expresamente en que la madre, será la única persona que podrá emitir consentimiento con relación a toda clase de intervención clínica y dirección del embarazo durante el periodo de gestación.
- La madre sustituta acepta expresamente someterse a una evaluación y tratamiento médico razonable, además de cumplir a cabalidad con todas las instrucciones médicas inherentes a su salud gestacional.
- A su vez, la madre sustituta acepta expresamente renunciar a cualquier derecho filial sobre el niño o niña, además de prescindir de toda acción judicial de impugnación de paternidad respectiva.
- Por su parte, la pareja solicitante se compromete expresamente a aceptar la custodia y tenencia del menor gestante, además de responsabilizarse en su

totalidad por el desarrollo integral del menor de manera inmediata después del nacimiento del niño o niña.

- La madre sustituta de la gestación, es quien acepta asumir la totalidad de los derechos y obligaciones parentales derechos y responsabilidades parentales con respecto al niño o niña que ha nacido, en el caso que se llegare a determinar que ninguna de las personas que conforman la pareja solicitante sean es el padres genéticos del menor.

Con respecto a gastos, en Florida se permite que en el contrato se estipule que la madre subrogada tendrá derecho a reclamar el reembolso por todos los gastos médicos, psicológicos, legales y psiquiátricos que debida y razonablemente haya gastado la misma durante el periodo de embarazo.

Sudáfrica

Sudáfrica es otro de los Estados que sostiene la idea de que regular es mejor que prohibir, pues para la legislación sudáfricana normar la maternidad subrogada permite salvaguardar los derechos de los menores que nacen en virtud de la mentada práctica científica, y se acopla a las normas de la bioética y la dignidad humana. Por ende, la gestación subrogada se encuentra regulada por la Ley de la Infancia N°38 o Children's Act 3855 (2005), la cual, al igual que en los casos precedentes, únicamente permite la gestación subrogada con fines altruistas, más no con fines mercantiles. No obstante, en este país la madre si puede exigir el reembolso de todos los ingresos laborales que haya dejado de percibir en base a su embarazo, además de todos los gastos médicos y clínicos.

A fin de proteger los derechos de los menores, y otorgar valdiez legal al negocio jurídico de gestación subrogada, el proceso de subrogación necesita que los acuerdos que

se realicen, entre la madre sustituta y los padres pretendidos, cumpla con los siguientes requisitos:

1. Que sean elaborados por escrito.
2. Que el negocio jurídico de subrogación gestacional sea admitido y aprobado por los Tribunales de Justicia de Sudáfrica.

Inmediatamente, una vez que se haya producido el nacimiento del menor, los padres solicitantes son quienes adquieren directamente el derecho de paternidad y filiación sobre el niño o niña. Mientras que, la madre sustituta, su cónyuge o cualquier otro pariente no ostentan derecho a adquirir derecho alguno respecto a los que se derivan de la filiación como institución jurídica del Derecho de Familia. A su vez, la madre sustituta no tendrá derecho a visitar al menor o a tomar contacto con él, salvo pacto en contrario establecido por las partes contratantes. De esta forma, se pretende proteger el derecho a la identidad del menor, y a crecer en un ambiente sano que permita su desarrollo en todas las esferas de su integridad personal, familiar, psíquica, física y emocional.

En Sudáfrica, no es necesario que la parte solicitante sea una pareja, pues se permite que sea tanto individual como dual, no obstante, es necesario que los gametos de cualquiera de las dos partes sean utilizados al momento de generar científicamente el acto de concepción, esto con la finalidad de generar una filiación de naturaleza legal y biológica entre el niño y uno de los padres pretendidos.

Un limitante importante para proceder con la realización del contrato de gestación subrogada, consisten en que, se debe justificar que una de las personas que conforman la parte solicitante no tienen la capacidad biológica para procrear o dar a luz a un menor. Justificando además que las razones por las cuales no se puede concebir, radican en causas

irreversibles, incurables y permanentes. A su vez, es requisito fundamental, que la madre sustituta tenga ya un hijo propio.

No se debe dejar de soslayar que, en el supuesto de que la madre sustituta, haya sido quien haya prestado libremente su propio óvulo para el proceso de fertilización, tendrá derecho a incumplir el acuerdo de subrogación en cualquier momento y proceder con la debida demanda de reclamación de su hijo, deslindándose totalmente de toda responsabilidad por ejecutar dicho acto, teniendo la única obligación de reembolsar a los padres solicitantes, el valor económico que ellos le hayan abonado a la madre sustituta por los gastos de salud inherentes al periodo de gestación. Dicho incumplimiento deberá hacerse dentro del término de 60 días contados a partir del nacimiento del menor, a través de un escrito dirigido al Tribunal de Justicia. A criterio personal, se establece que esta norma no protege del todo los derechos del menor, ya que puede generar una disputa judicial que a futuro, afecte los derechos del niños que ha nacido en base de la práctica de maternidad subrogada.

Uruguay

La Ley 19.167 de Regulación de Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la norma jurídica que determina, organiza y regula aquel conjunto de procedimientos o técnicas, debidamente acreditadas por la ciencia, para ejecutar el trámite de reproducción asistida. A su vez, la referida ley también establece los requisitos y directrices que deben seguir las instituciones públicas y privadas que realicen un proceso de maternidad subrogada a fin de proteger los derechos del menor producto del acuerdo de subrogación maternal, dignidad humana y normas de bioética internacional.

Para la legislación Uruguaya, se considera nulo cualquier negocio jurídico oneroso u gratuito en el cual: ‘una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos

propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero'' (Cáceres, 2019, p.12).

Por tanto, se afirma que la legislación Uruguay, la patria potestad del nacido les pertenecerá a los padres solicitantes en conformidad a lo acordado en el negocio jurídico de gestación subrogada.

Finalmente, otros países que únicamente permiten la maternidad subrogada con fines altruistas son:

- a. Reino Unido
- b. Brasil
- c. Sudáfrica
- d. Rusia

3. Países en los que se permite ampliamente la maternidad subrogada.

La bioética siempre ha estado presente como ciencia moral, cuyo objetivo es determinar hasta qué punto es ético el ejecutar actos de experimentación científicos con seres humanos, pues desde el punto de vista de dicha rama, la gestación subrogada no es vista con una mirada aceptada desde el enfoque de la maternidad subrogada comercial.

Es así que, de las definiciones planteadas en el capítulo precedente, se afirma que a la maternidad subrogada comercial se la define como: la actividad por la cual una mujer decide gestar voluntariamente en su cuerpo a un bebé, previa convención, acuerdo o negocio jurídico, en virtud del cual, se inserta una cláusula de cesión de los derechos de la filiación a otros sujetos que asumirán la patria potestad del menor, una vez que haya terminado el periodo de gestación, mientras que, la mujer gestante, recibe a cambio de sus servicios, una promesa de remuneración cuantificable en dinero.

Empero, como se menciona en líneas anteriores, la bioética no ve con buenos ojos que se permita la maternidad subrogada comercial dentro de las diversas legislaciones, puesto que, para García y Cayuela (2020), si se comprende la capacidad reproductiva de una mujer como una especie de negocio jurídico mercantil, se estaría vulnerando el principio bioético de justicia, por lo que, se origina una priorización del axioma de autonomía fundamentado en una ficción de libertad de consentimiento inherente a la actual bioética neoliberal que se aleja de los principios básicos de una sociedad ética y de buenas costumbres. Ya que, para los referidos autores, la gestación subrogada solo es posible cuando exista igualdad de condiciones y justicia entre la madre sustituta y los padres contratantes, caso contrario, se generaría un escenario en el cual se presente la instrumentalización y explotación de la mujer al momento de utilizar su cuerpo como herramienta experimental para fines lucrativos.

Siguiendo el orden de ideas precedente, se colige y entiende la razón por la cual son pocos los países en el mundo que permiten la figura científica legal de la gestación subrogada altruísta y también comercial, pues a continuación, se procederá a enlistar aquel conjunto de Estados que presentan permisividad absoluta frente a la maternidad subrogada:

- Ucrania
- Rusia
- Kazajistán
- Georgia
- Bielorrusia
- India
- México
- Estados Unidos:

- a. Washington
- b. California
- c. Nueva York
- d. Dakota del Norte
- e. Arkansas
- f. Florida
- g. Nevada
- h. Illinois
- i. New Hampshire
- j. Utah, Virginia
- k. Luisiana
- l. Texas
- m. Nueva Jersey
- n. Oregon
- o. Tennessee
- p. Washington

4. Maternidad subrogada en el derecho ecuatoriano.

Dentro de la historia global, Sambrizzi (2001), manifiesta que uno de los casos pioneros de maternidad subrogada se produjo en Estados Unidos en el año de 1975, en el cual, una pareja que no tenía la posibilidad de procrear y llevar al mundo a un ser humano, solicitó los servicios uterinos de una mujer para que la misma sea sometida a un proceso de inseminación artificial, convirtiéndose así, en la primera madre sustituta a nivel mundial.

Por lo que, en conformidad a un programa de investigación efectuado por la Comisión Nacional de Bioética en Salud, dentro del Estado ecuatoriano ya se han realizado diversos procesos de gestación subrogada a partir del año de 1993, empero, a pesar que la referida práctica ya sea una realidad dentro de la esfera material social del país ecuatoriano, Pacheco (2018) afirma que no se han determinado normas jurídicas claras y específicas respecto a dicha práctica científica, pues Zegres (2018), expresa que en conformidad a un informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, emitido en el año de 2008, dentro de territorio ecuatoriano, coexisten un aproximado de cuatro profesionales de la medicina que efectúan procedimientos de reproducción asistida, pues el referido autor afirma que dicho informe prueba que los diversos métodos de gestación subrogada, son ya una realidad social dentro del Estado ecuatoriano, por lo que la falta de regulación acerca de esta conducta científica, no ha cesado, determinando así la imperiosa necesidad de una legislación que regula maternidad subrogada como práctica científica médica, a fin de salvaguardar la salud tanto de las madres subrogadas como de los menores que están por nacer.

5. Maternidad subrogada en el derecho colombiano.

Por su parte, el caso Colombiano adolece del mismo problema que en Ecuador, pues a pesar de que Beetar (2019) manifieste que en conformidad al informe de la International Federation of Fertility (IFFS), el cual determina que en Colombia existen más de 25 centros dedicados a realizar procesos de reproducción asistida y gestación subrogada, el referido país no ostenta un marco legal específico que tienda a regular la figura jurídica de la gestación subrogada.

Se debe afirmar que, la Corte Constitucional Colombiana, a través de su Sentencia T-968 del año 2009, reconoció a la maternidad subrogada dentro de la realidad legal y material Colombiana, afirmando que ésta no ha sido desarrollada normativamente por

parte del poder legislativo de dicho país. Empero, no solo ha sido la Corte Constitucional Colombiana quien se ha manifestado acerca de la figura de gestación subrogada, sino también, la Corte Suprema de Justicia de Colombia quien ha expresado lo siguiente:

La determinación de la paternidad ya no solo depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica. Por ello, la impugnación de la filiación no es ni puede ser idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación por inseminación artificial será absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre sólo podrá atacar la presunción pater ist est mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial. (Corte Suprema de Justicia, 2017).

De la cita precedente se colige entonces, que a en el Estado colombiano al menos existen líneas jurisprudenciales que ya determinan lineamientos acerca de la gestación subrogada, no obstante, se debe recordar que un Estado que ostente una institucionalidad legal sana, es aquel en el cual no se legisle a través de sentencias sino por medio de normas jurídicas, por lo que Colombia también adolece de un idóneo desarrollo normativo que regula la realización de prácticas de gestación subrogada ya sea desde el punto de vista altruista o comercial.

Es por lo que, la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-968 del año 2009, ha determinado ciertos parámetros para la configuración de la gestación subrogada

como tal, no obstante, no es clara la Corte acerca de si existe o no una prohibición a nivel constitucional sobre los acuerdos o contratos de subrogación:

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes”. (...) La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada, como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto 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. (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

Entonces, la Corte Constitucional Colombiana únicamente deja sentado ciertos criterios y consultas a regular por parte del poder legislativo de Colombia, empero, esta situación no se ha producido por lo que, evidentemente el referido país adolece de una regulación normativa que determine el alcance de la gestación subrogada frente al acuerdo de subrogación entre los padres contratantes y la madre sustituta, la protección de los derechos e interés superior del recién nacido, los actos de disposición del propio que sean contrarios a la norma legal y ética, y aquel cúmulo de conflictos que se derivan del incumplimiento de los negocios jurídicos de subrogación.

6. Maternidad subrogada en el derecho argentino.

El caso argentino con respecto a la figura jurídica de gestación subrogada adolece del mismo problema que los países de Colombia y Ecuador, es decir, la legislación argentina no prohíbe ni tampoco permite dicha práctica de subrogación maternal, puesto que, no existe un desarrollo normativo específico sobre la figura jurídica de la gestación subrogada que permita salvaguardar los derechos de los menores, y de las partes que se someten a los acuerdos jurídicos de subrogación maternal.

Bajo este concepto, Alterini (2009), manifiesta que al no existir una regulación normativa específica, se debe atender a los principios fundamentales del Derecho Privado a fin de comprender la licitud de la figura jurídica de la gestación subrogada, pues para el referido autor, la autonomía de la voluntad es el principio que bajo el supuesto de la exteriorización libre del consentimiento, permite que se produzca la celebración de cualquier acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes contratantes, siempre y cuando, dicho acuerdo o convención no sea contrario a las normas relativas al orden público y las buenas costumbres. Pues así, “uno de los contenidos del dogma de la autonomía de la voluntad es la libertad para celebrar un contrato, que involucra la libertad para rehusarse a celebrarlo y la libertad para elegir al cocontratante”. (Alterini, 2009, p.69).

Es por lo que, a criterio de Alterini (2009), la licitud de la gestación subrogada en Argentina dependerá del consentimiento de las partes contratantes, pues mientras el Estado argentino no prohíba la maternidad subrogada como práctica científica y acuerdo jurídico comercial o altruista, dicha práctica no se puede considerar contraria a la realidad social y legal del Estado argentino.

No obstante, para Alterini (2009), no basta con que se presente un consentimiento libre de vicios para que se configure como legal el contrato de maternidad subrogada,

sino a su vez, es necesario que el mismo se encuentre materializado por escrito y elevado a escritura pública ante notario, debido a que, la gestación es un acto jurídico que trasciende de la esfera particular al interés general, pues se debe recordar, que la gestación es un acto inherente al Derecho de Familia, por lo que, evidentemente es de orden público.

Sin embargo, no se debe dejar de soslayar que lo expuesto en líneas precedentes es únicamente una opinión doctrinaria, más no consiste en un criterio normativo positivizado en la legislación de Argentina, existiendo así, un vacío legal profundo con respecto al desarrollo normativo que engloba la licitud de los contratos de gestación asistida, su alcance, naturaleza, protección de los derechos de los menores, capacidad para disponer sobre el propio cuerpo y todo tipo de conflicto que se derive de los acuerdos de subrogación. Por lo que, a criterio personal, Argentina es otro de los países sudamericanos que al no prever un marco normativo claro acerca de la maternidad subrogada, presenta una anomia jurídica que tiende a originar un escenario de posible vulneración de derechos de los menores que nacen en virtud de los mentados negocios jurídicos de subrogación maternal.

7. Maternidad subrogada en el derecho chileno.

Al igual que los casos precedentes, el Estado de Chile cuenta con varios centros de reproducción asistida en donde diariamente se consuman materialmente acuerdos de gestación subrogada, empero, como en la mayor parte del continente latinoamericano, no existe una regulación legal específica de acuerdo a la licitud o ilicitud de la gestación subrogada ya sea en su esfera altruista o legal; tampoco se establecen leyes claras acerca de la protección de los derechos de los menores que nacen en virtud de los acuerdos de subrogación, originando un escenario de inseguridad jurídica frente a los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes.

En el artículo ¿Es posible arrendar una madre? Publicado en Terra el 31 de agosto del año 2018, se determina que en Chile sería lícito la ejecución de acuerdos de subrogación de maternidad puesto que, ampara la práctica de maternidad subrogada, el principio que engloba al Derecho Privado de “se puede realizar todo lo no se encuentre expresamente prohibido”, ya que, al no encontrarse prohibida la gestación subrogada dentro de la legislación Chilena, todo contrato en el cual se acuerde la realización de dicha práctica tiene total validez a la luz de la teoría general del negocio jurídico.

Para Carbajal (2014), la razón por la cual el país de Chile no tiene un desarrollo normativo referente a la figura de la maternidad subrogada radica en que, el referido país culturalmente se encuentra irradiado por una alta idiosincrasia de religión católica, la cual, en virtud de sus dogmas canónicos, se opone a las prácticas de experimentación científica humana ya que son contrarias a los criterios religiosos del orden eclesiástico.

Empero, no se debe dejar de soslayar que a pesar de que no exista una regulación normativa respecto a la gestación subrogada, ésta ya es una realidad social dentro de la vida material de la ciudadanía chilena, existiendo así un vacío respecto a los derechos de quienes nacen en virtud de los acuerdos y procesos de subrogación, además de anomías legales dentro de la esfera del análisis mismo de los acuerdos de maternidad subrogada y el alcance de las cláusulas contractuales que engloban los distintos negocios jurídicos de gestación sustitutiva.

8. Cuadro Final

A continuación, se detalla un resumen final acerca de la regulación de los diversos países acerca de la aprobación de la maternidad subrogada.

Tabla.

Países que legalizaron la maternidad subrogada

Países que aprobaron y legalizaron la maternidad subrogada		
País	Fecha de aprobación	Regulaciones
Reino Unido	16 de julio de 1985	• De ser altruista • Debe haber un contrato de gestación subrogada, sin embargo, su cumplimiento no es obligado
Brasil	15 de diciembre del 2010	• Sin fines lucrativos • La madre subrogante debe ser un familiar • Debe existir un certificado médico que indique que la pareja no puede concebir • La gestante no debe superar los 50 años de edad
Uruguay	En el año 2013	• Dentro del procedimiento debe utilizarse los espermatozoides u óvulos de alguno de los comitentes • Debe comprobarse que la madre o pareja subrogada no puede concebir
Canadá	24 de marzo del 2004	• Sin fines lucrativos • Solo el estado de Quebec prohíbe esta ley
Australia	29 de marzo del 2004	• Sin fines lucrativos • El estado de Tasmania está exento de esta ley • Se prohíbe la gestación comercial siendo sancionada
		• Debe ser altruista

Sudáfrica	Año 2005	• Debe haber un contrato Notarizado y firmado por ambas partes • Los comitentes ¿pueden ser una pareja o solo una persona • Dentro del procedimiento debe utilizarse los espermatozoides u óvulos de alguno de los comitentes
México	Desde el año 1997	• Debe haber un contrato Notarizado y firmado por ambas partes • La sustituta gestacional debe someterse a una evaluación médica y psicológica • La madre sustituta debe tener entre 25 a 35 años de edad • La maternidad de sustitución puede ser total, parcial, onerosa o altruista • Solo en los estados de Querétaro, tabasco, Sinaloa y San Luis Potosí esta ley está regulada
Ucrania	Desde el año 1997	• Debe haber consentimiento de ambas partes • Puede ser de manera comercial • Los padres deben ser una pareja heterosexual casada • Debe haber imposibilidad para concebir
India	Desde el año 2012	• Puede haber un costo de alquiler de vientre • No existe prohibiciones

Rusia	Desde el año 2011	• Debe existir un contrato de gestación subrogada • No se aplica a parejas del mismo sexo
Estados Unidos	Depende del Estado	• Debe comprobarse que la madre subrogada no puede concebir • La sustituta gestacional debe someterse a una evaluación médica y psicológica • Puede haber un costo de alquiler de vientre • Cada estado tiene su legislación siendo legal en Dakota del Norte, Arkansas, Florida, Nevada, Illinois, New Hampshire, Utah, Virginia, Luisiana, Texas, Nueva Jersey, Oregón, Tennessee y Washington

Fuente: Elaboración propia

Los países que prohíben legalmente la gestación subrogada e incluso puede haber sanciones son: Francia, España, Austria, Suiza e Italia; y los países en donde no está regulada como tal sin embargo pueden existir casos son: Ecuador, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Perú.

CAPITULO 3. DERECHOS DE LOS MENORES QUE SE VULNERAN POR LA FALTA DE REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS Y PROCESOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.

1. Maternidad subrogada como derecho a la procreación

La gestación subrogada, adquiere diversas posturas acerca de la legalidad y moralidad de su realización, empero, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, se podría afirmar que en el Estado ecuatoriano, toda persona tiene derecho a concebir y criar hijos de manera libre y voluntaria, pues dicho precepto humano lleva el nombre de “derecho a la libertad sexual y reproductiva, encontrándose positivizado en el artículo 66 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador (2008):

Se garantizará a todas 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.

Es así como, de la cita precedente se colige que, en el Ecuador, toda persona tiene garantizado su derecho a reproducirse libre y voluntariamente, empero, ¿qué sucede con aquellas personas que por incapacidades físicas o biológicas no pueden concebir?, ¿cómo aplica el Estado, de manera directa e inmediata, la Constitución en estos casos?

Por lo manifestado, se podría entender que las técnicas de reproducción asistida son una forma de satisfacer el derecho a la reproducción libre y voluntaria de aquellos individuos que no pueden concebir, pues Kemelmajer (2012) manifiesta que la gestación subrogada es una forma a través de la cual, parejas de distintos o de similar sexo, convivientes, cónyuges u hombres y mujeres que no conforman pareja, pueden satisfacer

su derecho a la reproducción libre y voluntaria. Es por lo que, Famá (2012), determina que todas las personas, según cualquier situación que les impida reproducirse, tienen pleno derecho constitucional de acudir a la gestación subrogada y las demás prácticas de reproducción asistida a fin de salvaguardar un Estado social de Derecho.

Pues como menciona Gil Domínguez (2013), toda pareja se encuentra asistida por su derecho subjetivo a concebir de manera libre y voluntaria, ya que, para el referido autor, dicho derecho no puede ser limitado de manera discrecional y arbitraria, en virtud de que el mero hecho de tolerar, reconocer y aceptar un derecho subjetivo en el plano constitucional, genera que la facultad para tener hijos deba ser aceptada plenamente en toda su forma de exigibilidad. El autor fundamenta lo afirmado en 3 aspectos angulares:

- A. A partir del derecho a la reproducción libre y voluntaria se constituye la familia como núcleo de la sociedad, por lo que impedir que una pareja estéril proceda a concebir por medio de gestación subrogada, genera un impedimento arbitrario ajeno a los derechos constitucionales.
- B. Implica el derecho a no ser discriminado por condición física, económica, social, cultural, religiosa y de cualquier otra calidad que pueda afectar la plena vigencia de los derechos fundamentales.
- C. El derecho a la reproducción libre y voluntaria a través de gestación subrogada también incluye en si el respeto máximo al derecho a la salud.
- D. El derecho a beneficiarse de todo avance y progreso de naturaleza científica que permita auxiliar a las personas, a fin de que las mismas puedan concebir a través de cualquier técnica de reproducción asistida como es el caso de la maternidad subrogada, ya que, los referidos métodos consisten en herramientas científicas que permiten satisfacer la vida de aquellos cuya capacidad para concebir se encuentra limitada por su capacidad física.

Por lo que, bajo este análisis legal y doctrinario, se podría afirmar que la gestación subrogada es un derecho constitucional que se subsume en el derecho a concebir de manera libre y voluntaria, sin embargo, no todos los grupos sociales y doctrinarios comparten esta posición, pues existe cierto grupo dogmático, que desde la esfera de la bioética jurídica, mira con malos ojos las prácticas de reproducción asistida, como es el caso de la gestación subrogada, con especial atención, en aquellos casos en los cuales se comercializa la gestación por subrogación, mirándose negativamente el hecho de que se oferte en la arena económica un vientre, por parte de personas que hagan de su cuerpo un negocio.

Si bien en contra de estas posturas bioéticas podría alegarse que cada persona ostenta su propio derecho a decidir sobre su propio cuerpo, no es menos cierto lo establece Miyares (2015), afirmando que la argumentación sobre los fundamentos de la libertad individual sobre el cuerpo humano recaen en principios lógicos erráticos y falaces, puesto que, no se debe realizar una hermenéutica independiente con aplicación a un solo derecho humano de libertad, sino que se tiene que interpretar la postura fundamentado en una hermenéutica sistemática que englobe, no solo el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, sino también, incluir en el análisis de interpretación al derecho dignidad humana, igualdad e integridad física.

Pues para Hanna (2010), la comercialización de un vientre a través de negocios jurídicos mercantiles, constituye un refuerzo al estereotipo de género, produciendo que se generen, en la realidad material, nuevos grupos sociales de mujeres explotadas. Ya que, a pesar de que todas las personas tienen derecho a concebir de manera libre y voluntaria, este debe ser un procedimiento debidamente analizado y pensado desde la esfera humana, más no comercial, pues en el momento en el que se utiliza el cuerpo humano para el mercantilismo reproductivo, se degeneran los principios éticos y morales

sobre los cuales se levanta todo el andamiaje de normas y derechos humanos que rigen a una sociedad jurídicamente organizada. Es por lo que, Wilkinson (2003), siempre se opuso a la gestación subrogada comercial afirmando que la misma no es más que un medio de explotación femenino que no solo afecta a los derechos de la mujer, sino inclusive, del niño que está por nacer objeto del procedimiento de reproducción asistida de subrogación.

De esta forma, se limita de alguna forma el derecho a la procreación a través de técnicas de reproducción asistida, como es el caso de maternidad subrogada, debido a que, como afirma Tieu (2009) se debe plantear si puede ser considerado un derecho humano, desde el punto de vista legal y ético, que el cuerpo de una mujer sea el objeto de un contrato como elemento esencial del negocio jurídico, ya que, en conformidad al autor, se genera la mercantilización del cuerpo femenino, afectando derechos de integridad emocional, física, igualdad y dignidad humana.

Una mujer, que necesita su útero para llevar el hijo de otra pareja, se encuentra en un especial estado de vulnerabilidad y requiere de una especial protección que difícilmente es ofrecida por la ley del mercado o de la ética empresarial. Si la portadora no está suficientemente protegida puede verse sometida a abusos con tintes de explotación humana (López Guzmán, 2017, p. 208).

Personalmente se afirma, que es imposible no reconocer el aporte social que la ciencia ha otorgado a la humanidad a través de las técnicas de reproducción asistida, ya que en base a estas se permite que personas que no tienen capacidad para concebir, lo hagan, considerándose así, la gestación subrogada, una práctica científica fundamental que facilita la aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales. Empero, no se debe dejar de soslayar que la maternidad subrogada con fines comerciales evidentemente genera una precarización del cuerpo femenino, mercantilizándose el mismo al momento

de la celebración de un negocio jurídico comercial de maternidad subrogada. Sin embargo, no solo se debe mirar a la maternidad subrogada con especial énfasis y atención desde el punto de vista de la comercialización del cuerpo de la mujer, sino también, desde el punto de vista de los derechos de familia que se derivan sobre el hijo que está por nacer, siendo importante determinar normas claras que permitan establecer con transparencia las relaciones filiales del niño o niña, a fin de otorgarle un desarrollo integral pleno que le permita salvaguardar en su totalidad sus derechos constitucionales, en especial su derecho a la identidad y sentido de pertenencia, con el objeto de maximizar su interés superior como principio de aplicación de los derechos que lo engloban y protegen desde el momento mismo de la concepción.

2. Interés superior del niño.

Dentro de la esfera axiológica del Derecho, los principios constituyen aquellos preceptos iusnaturalistas que determinan y sientan las bases de las normas jurídicas que rigen en una sociedad. El Ecuador, al constituirse como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, ha generado una evolución jurídica conceptual dentro de la teoría del Estado, estableciendo como pilar fundamental a la Constitución, conjuntamente con sus disposiciones téticas, las cuales determinan la forma en cómo se encontrará estructurado todo el andamiaje legal del Estado. Es por lo que, se ha procedido a positivizar a los principios dentro de la Constitución de la República del Ecuador, constituyendo lo que Robert Alexy (1997) denomina ‘mandatos de optimización’, mandatos porque son norma, y de optimización porque deben ser desarrollados en mayor medida posible por todo el marco legal y político del Estado, permitiendo que exista una aplicación directa e inmediata de los principios consagrados a nivel constitucional, ya que por ser normas téticas, abstractas y abiertas, necesitan ser especificadas en distintos cuerpos normativos que rellenen la ambigüedad de sus postulados, definiendo y delimitando su ámbito de

aplicación, a fin de salvaguardar la totalidad de los derechos constitucionales de cada uno de los miembros del conglomerado social.

Dentro de aquel cúmulo de principios que contempla la Constitución ecuatoriana, se encuentra comprendido el principio de interés superior del menor, al cual se lo define como “la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña” (Corte de Apelaciones de la Sala de Niñez y Adolescencia de Costa Rica, 2009, 00360). Es decir, es necesario que en todo aspecto sobre el cual versen los derechos de los menores, se deba realizar todas las acciones posibles tendientes a proteger en su totalidad las facultades y prerrogativas de los niños, a fin de que permitan el desarrollo de estos en la esfera física, intelectual, emocional, recreacional, de salud, ambiental, etc. Generando que la protección de los derechos de los menores sea el pilar fundamental sobre el cual se levanta el Derecho de Familia, ya que toda decisión que se tome, debe precautelar siempre el bienestar de los niños, niñas y adolescentes dentro de todas sus etapas de formación.

López (2015), determina que si bien los padres son los primeros responsables en velar por el debido cumplimiento de los derechos de los menores, y ser garantes de observar en todo momento el principio de interés superior del menor, no basta con que la aplicación del referido principio sea ejecutado por los padres, sino que debe ser respetado por todas aquellas personas que engloban el entorno de desarrollo del niño, niña y adolescente, es así que, tanto abuelos, tíos, hermanos, amigos, conocidos y jueces, tienen la obligación constitucional de salvaguardar en todo momento los derechos de los menores, determinando el referido autor, que el principio de interés superior constituye una máxima

superior a todas las demás, ya que los menores, sin duda son, uno de los grupos de atención más débiles dentro de la vida en sociedad.

Es así como, dentro de la esfera jurisdiccional, todos los juzgadores tienen la obligación emitir resoluciones que protejan a los menores en cada ámbito posible, con la finalidad de proteger su bienestar en todos los campos y contextos de su vida, impidiendo que los mismos recaigan en cualquier tipo de situación precaria que menoscabe cualquier elemento de su desarrollo mental, físico, intelectual, medicinal, recreacional, etc.

El artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (2006) justifica lo manifestado en los párrafos precedentes, pues establece:

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.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Es por lo que, de la cita precedente se infiere que “hoy en día se traduce el interés superior de los niños y niñas en una visión infantocéntrica o puerocéntrica, la cual lleva consigo

que todas las normas e interpretación de las mismas se construyan y fundamenten a través del principio de “interés superior de los niños y niñas” (Aguilar, 2008, p. 234). Originando que los derechos de los menores deben ser protegidos por encima de toda circunstancia, contexto o persona, produciendo que el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, prevalezca por encima de los derechos de sus padres, abuelos, tíos, amigos y cualquier otro sujeto dentro de la esfera ciudadana, “por lo cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración estado y paterno céntrica” (Calvo & Carrascosa, 2011, p. 354).

El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce los derechos de los menores, pues la referida disposición determina:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Es así como, el Estado ecuatoriano, en observancia a las normas de filiación, ha incluido en el marco normativo constitucional, el principio de interés superior del menor, pues así lo establece el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador:

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Empero, ¿qué sucede con la aplicación del principio de interés superior del menor, frente a los negocios jurídicos de maternidad subrogada? En primer lugar se afirma que, en base al derecho a la autonomía de la voluntad, evidentemente se permite a cualquier persona

suscribir contratos de maternidad subrogada, ya que los referidos individuos ostentan como derecho fundamental la prerrogativa de decidir de manera libre y voluntaria sobre el acuerdo de subrogación maternal. No obstante, a pesar de que la autonomía de la voluntad es el principio que rige las relaciones jurídico contractuales a la luz de la teoría general del negocio jurídico, no se debe dejar de soslayar, que los contratos de maternidad subrogada deben observar en todo momento el debido cumplimiento al principio de interés superior del menor, pues Pulla y Zamora (2021) determinan que el convenio de gestación subrogada debe contener cláusulas que respeten el referido principio, a fin de proteger los derechos de las partes contratantes, y de los menores que nacen en virtud del acuerdo de subrogación maternal, por ende, todo acuerdo de maternidad subrogada debería cumplir los siguientes requisitos:

- A. La modalidad del negocio jurídico (altruista)
- B. Determinación de las responsabilidades y obligaciones de las partes con respecto a los derechos del menor.
- C. Determinación de los gastos del proceso de maternidad subrogada
- D. Y la prohibición de cláusulas que sean regresivas y nocivas para los derechos, no solo de las partes, sino principalmente de los menores.

Es así como, el contrato de subrogación materna debe encontrarse debidamente delimitado, además, que como establecen las referidas autoras, necesariamente debe ser elevado a escritura pública ante notario debidamente acreditado, puesto que, al ser un negocio jurídico que tiene como objeto contractual derechos de menores de edad, se trasciende de la esfera individual a la pública, por lo que se necesita de la notarización como solemnidad sustancial para la validez del contrato.

En el contrato de maternidad subrogada el notario controla los requisitos legalmente establecidos protegiendo a la parte débil al deber explicarle de modo

claro y razonado las consecuencias y efectos de la firma del contrato (Sales Palláres, 2016, p.99).

De esta forma se genera, que el notario otorgue fe pública de la convención, además de dotar de seguridad jurídica y legalidad a aquel cúmulo de cláusulas contractuales estipuladas dentro del negocio jurídico de maternidad subrogada, verificando así, que se cumpla a cabalidad con el principio de interés superior del menor, salvaguardando y protegiendo el desarrollo integral del niño o niña que está por nacer en base al proceso de gestación subrogada.

No obstante, como se estableció en el capítulo precedente, el Ecuador no tiene una regulación específica acerca de los contratos de maternidad subrogada y su procedimiento científico, por lo que, el principio de interés superior del menor se encuentra afectado en cuanto no existe un marco normativo claro y vigente que determine la forma en como se procederá a resolver los conflictos que se deriven de los acuerdos de subrogación maternal, para así proteger el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, originando que, en el Estado ecuatoriano, el desarrollo integral de los menores se encuentre comprometido dentro de la esfera legal y social del diario vivir, generándose una vulneración directa al principio de interés superior establecido en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

3. Derecho a la identidad.

Otro derecho de los menores de edad, que se vulnera en el Ecuador por la falta de regulación normativa de los contratos de maternidad subrogada y su práctica científica, es el derecho a la identidad, el cual constituye una de las prerrogativas fundamentales más importantes dentro de aquel conjunto de derechos inherentes a la naturaleza humana como tal, pues históricamente los seres humanos siempre han intentado determinar un sentido de pertenencia con el cual sentirse identificado, además de reconocerse como un ser

humano distinto a los demás a través de todos los atributos de la personalidad, entre ellos, el nombre, siendo la base fundamental sobre la cual descansa el derecho a la identidad dentro del núcleo duro del referido derecho humano.

La identidad puede ser definida como el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás o la conciencia que tiene una persona de ser ella misma y distinta a las demás”. (Asociación de Academias de la Lengua Española, 2018). Es así como, la identidad constituye uno de los pilares fundamentales del ser humano, generando una individualidad única del mismo dentro de la esfera social y familiar, por lo que, es menester analizar dicho derecho a través del campo antropológico de la filosofía

Fromm (1967) establece un análisis de la identidad dentro de la esfera cognitiva; haciendo referencia a la capacidad de ostentar conciencia propia sobre quien es cada uno dentro de la esfera intelectual, a fin de tener la capacidad para poder diferenciarse de los demás:

El hombre, apartado de la naturaleza, dotado de razón y de imaginación, necesita formarse concepto de sí mismo, necesita decir y sentir: “Yo soy yo”; en el ámbito activo “A causa de que no es vivido, sino que vive,... tiene que tomar decisiones, tiene conciencia de sí mismo y su vecino como personas diferentes, y tiene que ser capaz de sentirse a sí mismo como sujeto de sus acciones”; y por último desde el ámbito afectivo (sentimiento de identidad) “La necesidad de experimentar un sentimiento de identidad nace de la condición misma de la existencia humana y es fuente de los impulsos más intensos. Puesto que no puedo estar sano sin el sentimiento del “yo”, me siento impulsado a hacer casi cualquier cosa para adquirirlo. Tras la fuerte pasión por un “status” o situación y por la conformidad

está esta misma necesidad, y muchas veces es más fuerte que la necesidad de pervivencia física. (Fromm, 1967, p. 58-59).

En la esfera filosófica, Habermas, al ser citado por Donoso Romo (2006), afirma que la identidad de un individuo constituye un elemento específico, particular y concreto. Pues para el referido autor, en base a la identidad las personas se puede establecer quienes son y como desean ser en un futuro cercano, próximo o lejano, configurándose elementos de naturaleza descriptiva y evaluativa que confluyen para determinar cómo se posiciona personalmente un sujeto frente a la sociedad y a quienes lo rodean. Pues la historia no puede alejarse y diferenciarse de la identidad individual de las personas frente a la sociedad.

Es por ello que, para Habermas, desde el punto de vista filosófico, la identidad necesariamente debe ser construida por el propio sujeto, empero, otro sector de la doctrina afirma que existen ‘‘dos tipos de identidades, la individual y la colectiva; defiende que una identidad personal lograda tiene que ser al mismo tiempo universal y nacional. Reconoce dos formas de identidad personal: una que se entiende como puramente personal o egoísta, indiferente hacia los otros, y otra que es ética y en la que nos identificamos con los demás ‘‘ (Tugendhat, 1996, p. 3).

Por su parte, desde la esfera antropológica, se manifiesta que se presenta una identidad que existe, la cual determina las líneas de donde uno proviene, sin generar alteraciones a dicha descendencia porque no se puede cambiar de donde uno proviene, originando que la identidad se encuentre intrínsecamente relacionada con la verdad, la dignidad y la libertad de las personas, ya que, los seres humanos serán libres por el mero hecho de ostentar una identidad propia y no ser otra persona. ‘‘Es por ello que el producto que se sigue de su libertad es su identidad, ya que de ahí surge la capacidad del hombre

del auto construirse estimando lo que lo define como ser verdaderamente humano, la base de su dignidad” (Bavio, 2010, p. 58).

Finalmente, es necesario analizar a la identidad desde el punto de vista jurídico, entendido ésta no solo como un atributo de la personalidad sino también como un derecho humano constitucionalmente reconocido. Es por ello que, es de vital importancia que el Derecho regule y garantice una sociedad en la cual todas las personas tengan derecho a identificarse plenamente, no solo en su esfera familiar, sino laboral, educacional y social.

Fernández Sessarego (s.f.) afirma que la identidad constituye aquel cúmulo de información biológica, características y atributos que, dentro de la especie humana, permiten a los demás sujetos diferenciar fácilmente a un individuo de todas las demás personas. Es decir, la identidad constituye la forma en como una persona se vuelve diversa dentro de una sociedad, diferenciándose de los demás sujetos no solo desde la esfera social, sino jurídica.

Por ende, el derecho a la identidad, otorga a las personas la potestad de determinar quiénes han sido sus padres, su lugar de origen, el conocer la verdad sobre su estado biológico, para así tener la capacidad de construir su propia personalidad individual.

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (pro-crear). Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese “uno” necesita conocer a esos “dos” o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces; nada como sentirse identificado con sus ascendientes que nos dieron la vida. Pero la unión sexual, la procreación matrimonial y la veracidad de la madre fueron destronadas por las prácticas reproductivas y la ciencia. (Varsi Rospigliosi, 2010, p. 236).

La identidad personal es el derecho de cada persona que tiene a ser lo que es. Es importante expresar que la proyección social de la identidad personal se construye con base en el conocimiento de la verdad biológica. No podemos proyectar nuestro ser en sociedad, si se nos restringe la verdad sobre lo que somos. Sin pasado, el presente se confunde y el futuro se hace incierto. (Junyent Bas de Sandoval, 2016, p. 45).

La doctrina expresa que: “la Identidad personal es un derecho personalísimo que hace a la esencia de la dignidad de ser personas. Goza de todos los caracteres de los derechos inherentes a la persona: es innato u originario, vitalicio, inalienable, se opone erga omnes, es autónomo.” (Junyent Bas de Sandoval, 2016, p. 45). Es por lo que, La Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 66 numeral 28 reconoce el derecho a la identidad, estableciendo que:

Se reconoce y garantizará a las personas:

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

De la cita precedente, se colige que la identidad constituye un derecho fundamental, inherente a la naturaleza humana, que se caracteriza por ser autónomo y constitucional.

Con respecto a la gestación subrogada, se debe afirmar que todo contrato que tenga por objeto la realización del proceso de subrogación maternal, evidentemente tiene

que observar el debido respeto al derecho a la identidad de los menores, pues el mismo se encuentra reconocido a nivel constitucional e internacional.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 45 determina el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su **identidad**, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. (la negrita es propia).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), prescribe en su artículo 8 que “los Estados parte se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares”.

Generando así, que todo niño, niña y adolescente, en base a la libertad individual y a la dignidad humana, ostente la facultad humana fundamental de conocer su identidad en la esfera biológica, social y personal, a fin de que puedan desarrollar una base segura sobre su integridad emocional, estructurando así de manera correcta el esqueleto de una personalidad sana.

Es por lo que, los procesos de maternidad subrogada pueden llegar a generar una colisión entre el derecho a concebir de manera libre y voluntaria, frente al derecho a la identidad, puesto que, en primer lugar, un negocio jurídico de subrogación que determine de manera inequívoca la descendencia biológica del menor, estaría afectando su prerrogativa constitucional de conocer su verdad orgánica, vulnerando la teoría de los derechos fundamentales que engloban un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En segundo supuesto, se presenta el caso de que el menor producto de un negocio jurídico de subrogación desee determinar la identidad y existencia de la madre sustituta y tomarla como madre natural; esto presentaría una colisión de derechos entre los padres intencionados y el derecho a la identidad del menor, por lo que, se generaría un escenario de ponderación constitucional en el cual, no solo estaría en análisis el derecho a la identidad, sino el principio de interés superior del menor como tal.

En tercer supuesto, se puede presentar el caso en el que la madre sustituta decida tomar al menor como suyo, originando un conflicto de intereses entre adultos que solo generaría una afección directa a la identidad y sentido de pertenencia del niño, niña o adolescente producto del proceso de gestación subrogada.

Es por esta razón, que la falta de un desarrollo normativo claro, en la legislación ecuatoriana, con respecto a los contratos de maternidad subrogada y su procedimiento científico, genera incertidumbre e inseguridad jurídica frente a la protección del derecho a la identidad del menor que nace dentro de los acuerdos de subrogación maternal referidos, pues a criterio personal, la identidad es otro de los derechos de los menores que se ve vulnerado en el Ecuador por la falta un marco teórico claro acerca de la figura estudiada dentro del presente trabajo de titulación, ya que, los vacíos legales que existen acerca de esta temática son de extrema gravedad ante la situación de los derechos

constitucionales de los niños, niñas y adolescentes que nacen por medio de la técnica de reproducción asistida estudiada.

4. Derecho a la Familia.

El derecho a la familia, es otro derecho de los menores de edad, que se vulnera en el Ecuador por la falta de regulación normativa de los contratos de maternidad subrogada y su práctica científica. La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que todo niño tiene derecho a formar parte de una familia, además de obtener protección de la misma y apoyo en todas las esferas necesarias para su correcto desarrollo integral, puesto que no se debe dejar de soslayar, que la familia es sin duda el núcleo de la sociedad. Pues así lo prescribe el artículo 67 del referido cuerpo normativo superior:

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

De la disposición citada, se puede inferir que la Constitución de la República del Ecuador, reconoce diversos tipos de familia, pues bajo esta postura, podría afirmarse que sería viable la configuración de un entorno familiar en base a una práctica de gestación subrogada, pues el Código de la Niñez y Adolescencia (2019) determina que se debe proteger a la familia siempre a fin de que la misma pueda generar las condiciones necesarias para el desarrollo integral del menor, siendo la obligación del Estado el promover todo tipo de políticas públicas que estén encaminadas a la protección de la familia como núcleo social, dando entender, que si la familia puede satisfacer el desarrollo integral del menor, no habría problema en el caso de que dicho grupo social se haya conformado en base de un proceso de gestación subrogada.

Por ende, el Estado tiene la obligación de establecer una normativa clara y concreta acerca de esta práctica científica y contractual, puesto que la falta de regulación de los procesos de gestación subrogada, generan problemas de colisión de derechos constitucionales dentro de la realidad material. Pues “el Estado está fallando porque al no regular de forma adecuada una técnica que permite la creación de una familia, la está dejando desamparada y, con ello, expuesta a un sinnúmero de vulneraciones que podrían desintegrarla. Esto se debe a que no está tutelando los derechos de cada integrante que la conforma y, de esta forma, se pone en peligro su conservación” (Rupay, 2018, p.114).

Es así como, las normas constitucionales determinan que el Estado tiene la obligación de ser garante de la protección de los niños, niñas y adolescentes dentro de su ambiente social y familiar, produciendo aplicación directa e inmediata del derecho a la familia, a fin de que los menores puedan encontrarse en ambientes que satisfagan la totalidad de necesidades imprescindibles para su correcto desarrollo integral, en observancia siempre a los demás derechos de los niños y niñas, como es el caso del principio de interés superior y su derecho a la identidad, pues se debe recordar que la hermenéutica constitucional no debe ser únicamente de naturaleza autónoma e independiente, sino sistemática y total, interpretando así, el derecho a la familia, junto a aquel cúmulo de prerrogativas constitucionales inherentes al Derecho de Familia.

Es obligación del Estado velar por la protección, desarrollo e integridad del menor dentro de un ambiente familiar en el que pueda compartir con los demás integrantes y sobre todo que pueda satisfacer sus necesidades principales; será entonces a través del planteamiento y presentación de una regulación específica, que se establecerán los lineamientos para el crecimiento del menor, así también como límites para la actuación de terceros con respecto a su situación jurídica. Pues la falta de un desarrollo legal de los

acuerdos de subrogación maternal y su procedimiento científico, pone en tela de duda la seguridad jurídica de los menores frente a su derecho a la familia.

5. Derecho a la filiación.

Otro derecho de los menores de edad, que se vulnera en el Ecuador por la falta de regulación normativa de los contratos de maternidad subrogada y su práctica científica, es el derecho a la identidad. Pues, el derecho a la filiación se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la familia, por ende, se podría considerar que la filiación forma parte de este último, originando que sea obligación del Estado determinar aquel cúmulo de mecanismos a través de los cuales surge la filiación como aquel vínculo legal que une a los hijos con sus padres en virtud de distintos elementos o circunstancias, generando que los padres lleven la función de paternidad y maternidad respecto de sus hijos.

Es por ello que, Ordeñana y Barahona (2016) manifiestan que la filiación se determina ya sea de manera natural o adoptiva, haciendo referencia la primera, a aquel cúmulo de datos biológicos que determinan la identidad científica de una persona, mientras que la segunda, hace referencia a la adopción, entendida esta, como una institución jurídica y social inherente al Derecho de Familia, a través de la cual, una pareja adquiere la totalidad de derechos y obligaciones referentes al debido cuidado y desarrollo de un niño, niña y adolescente, a fin de que el mismo pueda generar un desarrollo integral pleno.

Esta es la razón por la cual, la debida protección del interés superior del menor se garantiza al momento de salvaguardar, dentro de todos los derechos fundamentales, su identidad frente al derecho a la familia y su filiación. Puesto que, en base a los referidos presupuestos fundamentales, toda persona que ha sido gestada a través de una práctica de maternidad subrogada, debe ser reconocida legalmente dentro de un ambiente familiar sano y próspero, además de, tener la certeza jurídica de que el proceso de origen de dicho

menor se encuentra reglado por normas claras, específicas y vinculantes que aseguren la protección de sus derechos fundamentales.

De la Fuente Núñez de Castro (2016) manifiesta que debe existir una norma legal que tome en consideración la voluntad de procrear de una pareja, para establecer de manera absoluta la filiación del menor, dentro de un proceso de maternidad subrogada y sin importar el orden biológico del que provenga, garantizando así que el niño o niña se encuentre enteramente satisfecho en la totalidad de los derechos constitucionales que lo amparan. No obstante, la legislación ecuatoriana no tiene base legal alguna sobre la cual analizar si estos criterios forman o no parte de una normativa vigente, produciendo una afectación directa al derecho a la filiación de los menores que nacen en virtud de negocios jurídicos de gestación subrogada.

6. Vulneración de derechos en los menores

El objeto central de este trabajo, es el determinar si los contratos de maternidad subrogada generan o no una vulneración a los derechos constitucionales de los menores que nacen de los procesos de subrogación maternal, además de establecer, que conflictos pueden surgir de los negocios jurídicos de gestación subrogada que puedan afectar de manera directa los derechos de los niños, niñas y adolescentes producto de las prácticas de vientres de alquiler.

De todo lo analizado en el presente trabajo, se puede inferir que, a pesar de la falta prohibición o de regulación específica con respecto a los contratos de maternidad subrogada, no se puede dejar de soslayar el hecho de que todo negocio jurídico que tenga por objeto las prácticas de vientre de alquiler, producirá problemas legales en los casos en los cuales exista incumplimiento de sus disposiciones, originando un escenario de afeción directa al derecho de identidad, familia y filiación de los menores que nacen en base a los referidos negocios jurídicos, afectándose así el principio de interés superior de

los niños, niñas y adolescentes y como consecuencia su desarrollo integral reconocido a nivel constitucional.

Pues es notorio que, cuando la madre sustituta, una vez que haya terminado el periodo de gestación, se niegue a entregar al niño a los padres intencionados, se produce una laguna jurídica que desemboca en una afección directa a los derechos del menor. Ya que es aquí, que deberá determinarse si corresponde o no otorgarle de validez al contrato de subrogación maternal, además de especificar cual será el estado civil familiar del niño o niña. La razón por la cual se genera un conflicto en esta circunstancia radica en que, la mayor parte de sistemas jurídicos en el mundo, determinan la filiación en base al criterio biológico, siendo el parto el momento específico por el cual se establece la paternidad y la maternidad frente al nacido, configurando la patria potestad como institución jurídica relativa al Derecho de Familia. Esta es la razón por la cual, una demanda de impugnación de maternidad de la madre sustituta, en caso de que ella haya sido quien haya prestado además de su vientre su óvulo, generaría, a prima facie, legitimidad de la acción judicial planteada por la madre sustitutiva. Es por ello que, estas circunstancias afectan directamente al menor nacido del proceso de subrogación maternal, produciendo que el mismo se encuentre en un estado de incertidumbre con respecto a sus derechos constitucionales, al no tener claro la determinación de su identidad, familia y filiación.

Valdés (2014), afirma que es realmente complejo determinar reglas generales que permitan determinar la filiación dentro de los procesos de subrogación maternal, parece ser que lo idóneo es observar las normas de filiación inherentes a las demás técnicas de reproducción asistida, es decir, respetar y utilizar la voluntad final procreacional de los padres intencionados como parámetro principal e idóneo para establecer la filiación del menor, manifestando la autora que el consentimiento informado, de todas las personas que intervienen dentro del proceso de gestación subrogada, constituye la piedra angular

sobre la cual se levanta el andamiaje jurídico que engloba el referido proceso de reproducción asistida. Pues de esta forma, la madre sustituta tendrá claro que, a pesar de prestar su propio óvulo, automáticamente ha perdido su derecho a reclamar al niño nacido como suyo, además de imposibilitarle de generarle al menor vínculos con otras personas en el supuesto fáctico de que se encuentre casada con otra persona.

Es por ello que, en caso de que la madre sustituta se encuentre casada, su cónyuge se ve en la obligación de firmar y aceptar el consentimiento informado dentro del acuerdo de gestación subrogada, a fin de garantizar seguridad jurídica y, sobre todo, precautelar los derechos del menor que está por nacer. Pues para la autora mencionada en el párrafo precedente, no se debe confundir la capacidad de gestación con sinónimo de filiación, pues lo que verdaderamente determina el referido vínculo entre padres e hijos es el amor paternal. Además, Valdés (2014) afirma que inclusive, ni siquiera se ven afectados los derechos de la madre sustituta, pues la autora establece que no existe evidencia científica sólida que justifique un daño directo a la madre sustituta por haberse desprendido del menor una vez que haya terminado el periodo gestacional, pues concluye Valdés expresando, que lo único que se está alimentando es la creencia en viejos criterios biológicos que no aportan a la protección de los derechos del menor que está por nacer en base a un proceso de maternidad subrogada.

Por su parte, Pereña (2012), afirma que la maternidad subrogada no debe verse como una práctica de reproducción asistida utilizada de manera caprichosa para tener hijos en base a criterios personales egoístas, pues para el autor, la gestación subrogada consiste en una figura jurídica compleja que genera conflictos legales hasta en los casos en los cuales se cumplan de manera íntegra las disposiciones de los negocios jurídicos de subrogación maternal, afirmando que, no solo se trastocan planteamiento jurídicos sino éticos, obligando a legislador a emitir una norma que ampare en mayor medida posible los

derechos de los menores que nacen en virtud de los procesos de gestación subrogada. Afirma el tratadista, que es obligación de los creadores de normas, regular con inteligencia los procesos de vientres de alquiler, intentando subsumir en la norma cada situación específica que se derive de los contratos de maternidad subrogada como tal.

Es por lo que, Pereña (2012), afirma que la solución a los conflictos que se derivan de los acuerdos de subrogación, radica en regular a dicha práctica de manera análoga a como se lo hace en el régimen jurídico de la adopción, con la finalidad de que el proceso se encuentre vigilado en todo momento por una autoridad competente estatal, ya sea de naturaleza administrativa o jurisdiccional.

Si bien la posición establecida por el autor en el párrafo precedente es interesante, personalmente se expresa que no parece adecuado utilizar las reglas de la figura jurídica de la adopción a la regulación de la gestación subrogada. Debido a que, en el segundo caso, se presenta un supuesto fáctico en el cual se espera a un niño deseado, en virtud de la voluntad y deseo final, libre e informado de la capacidad procreacional, por lo que, parece ser que lo óptimo sería establecer reglas específicas e independientes con respecto a las normas que regirán los procesos de vientres de alquiler como método científico de reproducción asistida.

Finalmente, se debe afirmar que también se presenta una vulneración directa a los derechos de los menores, en aquellos supuestos en los cuales, parejas deciden acudir a otros países en los cuales se permiten las prácticas de gestación subrogada, debido a que en los suyos son prohibidas. Esta situación puede desembocar en una afección directa a los derechos de identidad de los menores, no solo en el ámbito filial y familiar, sino a nivel de nacionalidad, siendo un tema que merece de una aplicación jurídica específica.

Medina (2012) manifiesta que diversos países han intentado solventar este conflicto con diversas disposiciones tendientes a regular el problema, como es el caso del Derecho griego, en el cual se establece que tanto la madre sustituta como la madre de intención se encuentren domiciliadas en el Estado de Grecia. No obstante, la jurisprudencia se enfrenta a un verdadero reto al momento de establecer decisiones justas frente a los conflictos que se derivan de los contratos de subrogación maternal celebrados en el extranjero.

Es por lo que, Monserrat Pereña (2012) afirma que El Tribunal Supremo de España, por medio del magistrado Seijas Quintana, determinó a través Sentencia S.T.S. de 6 de febrero de 2014, lo siguiente:

El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes «para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar de facto. Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses... Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es

la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo..., y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor. (Pereña Monserrat, 2012, p.20).

Pues para el doctrinario y su jurisprudencia española, es evidente que los países tienen la obligación de dar paso a prácticas de subrogación que permitan, en mayor medida posible, desarrollar normativamente la totalidad de aspectos que engloban las prácticas de gestación subrogada, pues al prohibir, o peor aún, el no tener normas jurídicas claras con respecto a las prácticas de maternidad subrogada, genera una vulneración directa a los derechos constitucionales de los niños y niñas producto de vientres de alquiler, pues no se debe olvidar, que “con relación al derecho de los niños y niñas que nacen de la práctica de la maternidad subrogada es importante que gocen de protección sobre la base del respeto del principio de interés superior, así entre otros derechos está el de formar parte de una familia y tener identidad” (pues Pulla y Zamora, 2021, p.49).

Por tanto, la falta de regulación específica respecto a los contratos de maternidad subrogada y su procedimiento, genera un escenario de afección directa a los derechos de identidad, familia, filiación e interés superior de todos los menores que nacen en virtud de dichos acuerdos y procesos científicos, generando inseguridad jurídica material para quienes han venido al mundo en base de esta técnica de reproducción asistida.

7. Vacíos legales de la maternidad subrogada en el marco normativo ecuatoriano

Como ya se estableció dentro del presente trabajo, el Ecuador es uno de los estados que no prohíbe, pero tampoco regula las prácticas de maternidad subrogada y los

contratos que los configuran, pues como se manifestó en capítulos precedentes, en base al principio de autonomía de la voluntad, se podría afirmar que es plenamente válido el negocio jurídico que tenga por objeto acordar un proceso de gestación subrogada, empero, su falta de regulación genera consecuencias jurídicas que pueden llegar a afectar gravemente los derechos de los niños gestados en vientres de alquiler.

Empero, el Ecuador en el año 2020 hizo un intento de regulación de las referidas prácticas, a través del proyecto de ley relativo al Código Orgánico de Salud (2020), debido a que el referido cuerpo normativo establecía en su artículo 150 lo siguiente:

La reproducción asistida podrá realizarse en el país cumpliendo con los requisitos determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional, la cual regulará el acceso a estos métodos. Las técnicas de inseminación artificial y otras de reproducción asistida, estarán permitidas siempre y cuando estén basadas en evidencia científica en el marco del respeto de los derechos humanos y la bioética, incluyendo la reproducción asistida mediante vientres subrogantes.

Se prohíben las remuneraciones de cualquier tipo a cambio de la subrogación del vientre.

Los establecimientos de salud que brinden este tipo de servicios deberán contar con protocolos explícitos de consentimiento informado.

De la cita precedente se colige entonces, que el Código Orgánico de Salud, pretendía aceptar las prácticas de gestación subrogada altruista dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo, es evidente que solo reconocer a la misma dentro de la legislación del Ecuador, no bastaba, pues se necesitaba de un desarrollo normativo claro, determinado, específico y coherente que regule cada etapa dentro del proceso de gestación subrogada, no obstante, el referido proyecto de ley nunca estableció esas disposiciones,

por lo que, el Presidente de la República del Ecuador de aquel entonces, el Licenciado Lenin Moreno Garcés, decidió vetar el proyecto de ley, debido a que presentaba demasiadas anomalías legales respecto a distintos temas de salud, incluyendo el caso de la maternidad subrogada, pues era evidente que el Código Orgánico de Salud, habría más la brecha para la existencia de una vulneración de derechos constitucionales a menores de edad, siendo rechazado el referido proyecto de ley, imposibilitándole de vigencia temporal y espacial dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Es así como, para el tiempo presente, no existe aún una normativa especial que regule a cabalidad los procesos de gestación subrogada, pues ya se sabe que dentro del país existen varios centros que ofrecen prácticas de este tipo, sin embargo, todo el andamiaje jurídico que debe respaldar los contratos y procesos de maternidad subrogada no existen, por lo que, se genera un peligro inminente de vulneración de los derechos constitucionales de los niños y niñas que nacen a partir de procesos de vientre de alquiler.

Conclusiones

El ser humano, por naturaleza misma, ha sido capaz de reproducir su especie a lo largo de los años, siendo una facultad biológica innata, de las personas, a partir de su edad adulta. Sin embargo, existen ocasiones en las cuales no se puede cumplir con estos anhelados deseos de manera natural, es ahí donde surge el ingenio de las nuevas tecnologías que día con día se actualizan con el fin de buscar alternativas para reparar dichas carencias, como es el caso de la infertilidad. En este sentido la ciencia, la medicina, y el deseo de las personas por dar solución a este tipo de problemas que en años atrás era inconcebible, en la actualidad ya no es así, puesto que existen varios mecanismos científicos que tienen la finalidad de lograr con éxito el anhelo de la reproducción y procreación; entre unas de ellas se presenta la maternidad subrogada como una de las diversas técnicas de reproducción asistida.

Es así como, la maternidad subrogada se entiende como aquel negocio jurídico por el cual, una parte denominada padres intencionados, contrata a otra denominada madre sustituta, a fin de que esta última se someta a un periodo de gestación durante nueve meses, para que, una vez que termine su embarazo, el fruto de la concepción pase a generar un vínculo de filiación con los padres intencionados.

Es así como, a partir de un análisis legal y doctrinario, se podría afirmar que la gestación subrogada es un derecho constitucional que se subsume en el derecho a concebir de manera libre y voluntaria, sin embargo, no todos los grupos sociales y doctrinarios comparten esta posición, pues existe cierto grupo dogmático, que desde la esfera de la bioética jurídica, mira con malos ojos las prácticas de reproducción asistida, como es el caso de la gestación subrogada, con especial atención, en aquellos casos en los cuales se comercializa la gestación por subrogación, enjuiciando negativamente el hecho de que se

oferte en la arena económica un vientre, por parte de personas que hagan de su cuerpo un negocio.

Si bien en contra de estas posturas bioéticas podría alegarse que cada persona ostenta su propio derecho a decidir sobre su propio cuerpo, no es menos cierto que, la argumentación sobre los fundamentos de la libertad individual sobre el cuerpo humano recaen en principios lógicos erráticos y falaces, puesto que, no se debe realizar una hermenéutica independiente con aplicación a un solo derecho humano de libertad, sino que se tiene que interpretar la postura fundamentado en una hermenéutica sistemática que englobe, no solo el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, sino también, incluir en el análisis de interpretación al derecho dignidad humana, igualdad e integridad física.

Lo complejo es que el Estado ecuatoriano, al igual que la mayor parte de países sudamericanos, no ostenta una norma jurídica específica y clara que regule en su totalidad los procesos de gestación subrogada, pues el proyecto de ley del Código Orgánico de Salud, fue vetado por el ejecutivo en vista de que no contemplaba de manera clara la totalidad de pasos a seguir frente a diversos temas de salud, entre ellos, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida. Sin duda alguna, la falta de regulación jurídica en este aspecto genera consecuencias jurídicas lesivas en torno a los derechos de los niños nacidos por vientres de alquiler, debido a que, todo negocio jurídico que tenga por objeto las prácticas de vientre de alquiler, producirá problemas legales en los casos en los cuales se cumplan sus disposiciones, o en aquellos en los que no se observen sus cláusulas, sobre todo generando una afección directa al derecho de identidad, familia y filiación de los menores que nacen en base a los referidos contratos, afectándose así el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Pues es obligación del Estado velar por la protección, desarrollo e integridad del menor dentro de un ambiente familiar en el que pueda compartir con los demás integrantes y

sobre todo que pueda satisfacer sus necesidades principales; será entonces a través del planteamiento y regulación que establezca lineamientos para su crecimiento, así también como límites para la actuación de terceros favoreciendo al menor. Pues actualmente no existe aún una normativa especial que regule a cabalidad los procesos de gestación subrogada, inobservando el Estado su deber de establecer una estructura legal que respalde los contratos y procesos de maternidad subrogada, so pena de, generar un peligro inminente de vulneración de los derechos constitucionales de los niños y niñas que nacen a partir de procesos de vientre de alquiler, específicamente en la esfera de identidad, familia y filiación.

Referencias Bibliográficas

Doctrina

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior de los niños y niñas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6 (1), pp. 229- 243.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Oxford.
- Alterini, A. (2009). *Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. Teoría General*. AbeledoPerrot.
- Arámbula, A. (2008). *Maternidad Subrogada*. Centro de documentación, Información y Análisis Subdirección de Política Exterior
- Arraiga, C. (2007). *Derechos de reproducción asistida. El adelanto de las mujeres a través del trabajo parlamentario: Comentarios a las iniciativas de género en la LVII, LVIII, LIX legislaturas de la Cámara de Diputados*. Ceameg.
- Asociación de Academias de la Lengua Española. (2018). Real Academia Española. Obtenido de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/?id=KtmKMfe>
- Ávila Santamaría, R. (2008). *La Constitución Del 2008 En El Contexto Andino*. Ecuador: Ministerio De Justicia Y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2011). *Neoconstitucionalismo Transformador*. Ecuador: Abya Yala
- Bavio, P. S. (2010). *El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas*. En J. M. Sosa Sacio, *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. TC Gaceta Constitucional.

- Beetar, B. (2019). *La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico incluyente*. Universidad del Norte.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta S.R.L.
- Cáceres, M. (2019). *Maternidad Subrogada, regulación en algunos países en donde está permitida*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Cáceres, M. (2019). *Maternidad Subrogada: Regulación en algunos países donde está permitida*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Cano, M. (2013). *Breve aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada*. Revista Persona.
- Castro, B. (2016). *Maternidad Subrogada*. Editorial Ciudad de México.
- De la Fuente Núñez de Castro, M. S. (2016). *Surrogacy: Legal absurdity in the jurisprudence of our Supreme Court*. Private Law Review (56), 1-26. doi: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.13>
- Delgado, A. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional*. Piura.
- Díaz S; Santillán, C. (2019). *Consideraciones jurídicas de la maternidad subrogada para la familia ecuatoriana*. Universidad de Guayaquil.
- Donoso Romo, A. (2006). *Identidades nacionales y postnacionales en América Latina. Aportes y preguntas desde la comprensión de Jürgen Habermas*. Sociedad Hoy, 73-83.
- Enciclopedia Jurídica. (2022). Recuperado de <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/maternidad/maternidad.htm>.
- Espinoza, M. (2007). *El arrendamiento del útero*. Universidad de Chile.
- Famá, M. (2012). *Filiación y comentarios al proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*. Abeledo Perrot.

- Fernández , S. C. (s.f.). *Derecho a la Identidad Personal*.
- Frankford, D; Bennington, L; y Ryan, J. (2015). *Womb Outsourcing: Commercial Surrogacy in India*. MCN, American Journal of Maternal Child Nursing. 40/5.
- Freedman, D. (s. a.) *Funciones normativas del interés superior de los niños y niñas. Modulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos*. Escuela de Estudios para los Derechos Humanos. Unicef.74
- Fromm, E. (1967). *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*. Fondo de cultura económica.
- García Capilla, D.; Cayuela Sánchez, S. (2020). *Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía*. en Revista de Filosofía 45 (1), 27-46.
- Gil Domínguez, A. (2013). *La ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas medico asistenciales de reproducción humana asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales*. Revista de Derecho de Familia y las Personas.
- Gimeno, A. (2011). *El deseo de ser madre*. Alba.
- Guastini, R. (S.F). *La Constitucionalización En El Ordenamiento Jurídico*.
- Junyent Bas de Sandoval, B. M. (2016). *Fecundación asistida e identidad personal*. Astrea.
- Kemelmajer, A. (2012). *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción asistida*. Revista de Derecho Privado Infojus.

- Lopez, R. (2015). Interés superior de niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1), pp. 51-70
- Medina, G. (2012). *Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado*, ARDOC.
- Mercado, M. (2019). *Ventre de alquiler versus el derecho a la identidad: un problema no resuelto (Tesis para optar el título de Abogado)*. Programa Académico de Derecho.
- Ordeñana, T y Barahona, A. (2016). *El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional*. Cevallos.
- Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Datascan S.A.
- Pacheco, V; García, A. (2018). *Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador*. Legis.
- Palacios, H; Castellanos, J. (2018). *Los derechos de los niños nacidos bajo maternidad subrogada*. *Revista de Ciencias Sociales*.
- Pedromo, N. (1995). *La procreación medicamente asistida y el derecho de familia en Uruguay*. *Revista de Derecho Uruguay*.
- Pereña, M. (2012). *Autonomía de la voluntad y filiación. Los desafíos del siglo XXI*. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*.
- Pulla, C y Zamora, A. (2021). La maternidad subrogada y los derechos involucrados en este proceso en el sistema jurídico ecuatoriano. *FIPCAEC*. 36-72.

- Rincón, X. (2012). *Bioética y derecho, ¿para y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia*. Derecho PUCP, 69, 99-112.
- Rodas, M. (2020). *Maternidad subrogada, una práctica normalmente aceptable*. Universidad Técnica de Loja.
- Rodríguez, C. & Martínez, K. (2012). *El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*. Revista de derecho, 25(2), 59-81.
- Rodríguez, D. (2005). *Nuevas técnicas de reproducción humanas. El útero como objeto de contrato*. Revista de derecho privado, 11(2), 97-127.
- Salas, C. (2016). *La maternidad subrogada y su legalización, principios jurídicos y bioéticos*. Ediar.
- Salazar, J. (2021). *Derecho Penal General*. Edino.
- Sales Palláres, L. (2016). *The popular legislative initiative for the regulation of surrogacy in Spain: a study from the role of the notary in the surrogacy contract*. Private Law Review (31), 89-108. doi: <https://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.04>
- Sambrizzi, E. (2001). *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Abeledo-Perrot.
- Sanz, J. (2002). *Fecundación Asistida, Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Editorial Ibañez.
- Storini, C. (2009). *La Nueva Constitución*. Ecuador: Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar.
- Storini, C. y Alenza, F. (2012). *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Ecuador: Aranzadi S.A

- Tugendhat, E. (1996). *Identidad Personal, Nacional y Universal. Ideas y Valores*. Legis.
- Valdés Díaz, C. d. (2014). Surrogacy and the rights of minors born through the use of these techniques. *Dialnet* (31), 459-482.
- Valdes Díaz. (2014). *La Maternidad Subrogada Y Los Derechos De Los Menores Nacidos Mediante El Uso De Esas Técnicas*. Anuario de la Facultad de Derecho Lex.
- Varsi Rospigliosi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria Paternidad - Procreación Asistida y Socioafectividad*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Vázquez Barajas, J. M. (2019). *Surrogacy in Mexico: regulation, problems and recognition as a human right*. *Private Law Review* (16), 1-30.
- Viteri, M. (2019). *Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Wagmaister, A. M. (1990). "Maternidad subrogada", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo-Perrot.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile.
- Zegers, F. (2008). *Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida*. Redar.

Norma Jurídica

- Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial 46 (Asamblea Nacional 24 de Junio de 2005).
- Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737. (Asamblea Nacional 29 de julio de 2019).

- Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180 (Asamblea Nacional 10 de Febrero de 2014).
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449. (Asamblea Nacional 20 de Octubre de 2008).
- Convención Interamericana de Derechos Humanos, Registro Oficial 801. (Pacto de San Juan 22 de noviembre de 1969).
- Convención Internacional de los Derechos del Niño. (2006). Unicef.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Unicef.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017). Radicación n° 54001 31 10 0092009 00585 01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.
- Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la República de Guatemala. (2009). Sentencia 2009- 00360.

ANEXOS

ANA ISABEL CRESPO BRAVO portadora de la cédula de ciudadanía N° **0303101240**. En calidad de autora y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE MATERNIDAD SUBROGADA POR VACÍOS LEGALES EN EL MARCO NORMATIVO ECUATORIANO”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 04 de agosto del 2022



F:

ANA ISABEL CRESPO BRAVO

C.I. 0303101240