



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias**

**Jurídicas Carrera de Derecho**

**LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU INCIDENCIA  
SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR  
DEL NIÑO Y LOS DERECHOS DE FILIACIÓN EN  
EL ECUADOR**

**Autor:**

Bernarda Marcela Illescas Astudillo

**Directora:**

Dra. María Cristina Serrano

**Cuenca – Ecuador**

**2022**

## **DEDICATORIA**

Dedico esta tesis a mis padres Braulio y Marcela pues son las personas más importantes en mi vida, y de cada cosa buena que hago lo único que espero de ello, es su orgullo y felicidad, a mis hermanos Leandro y Miguelangel, a mis abuelas Rosa y Elsa quienes siempre están pendientes de mí, a mis tías, tíos, primos, primas en especial a mis primas Nataly, Doménica, Katy, Eliana, Talia y Michelle que son como las hermanas que nunca tuve, también quiero dedicar esta tesis a mis tres angelitos en el cielo; mis abuelos Miguel Ángel a quien lamentablemente no pude conocer y a José Benigno quien se estaría muy orgulloso y contento por mí, también mi tía Lorena a quien extraño mucho y sé que la hago muy orgullosa con mi esfuerzo. A mis amigos y amigas de la universidad que llegaron a ser muy importantes para mí por todos los malos y buenos momentos, en especial a Doménica C quien fue mi compañía en aquellas noches de estudio y desvelo, a mi roomie Valentina por alimentarme, enseñarme a preparar comida, arreglar la casa y ser mi acompañante en nuestra vida de foráneas. Finalmente, también quiero dedicar este trabajo a aquellas personas que estuvieron en los momentos más difíciles de mi vida universitaria brindándome su apoyo incondicional y soporte que necesite, pero que por cosas de la vida ya no están más en ella.

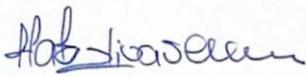
## **AGRADECIMIENTO**

Quiero agradecer primeramente a Dios por darme la vida, la salud y la sabiduría para terminar esta etapa en mi vida, también quiero agradecer a mis padres por ser el apoyo incondicional que a pesar de la distancia y las circunstancias de la vida han sido un pilar fundamental para poder culminar este proceso, a mi tutora de tesis Doctora María Cristina por apoyarme en la elaboración del presente trabajo con mucha disposición para conmigo y el trabajo, también a cada maestro que fue parte de mi formación universitaria por compartir sus conocimientos y por los buenos momentos, y a mis compañeros y amigos más cercanos por el apoyo que nos brindamos.

## RESUMEN

La presente investigación comprende un análisis jurídico acerca de la maternidad subrogada y su incidencia respecto al interés superior del niño y los derechos de filiación de los involucrados; para esto se realizará una revisión bibliográfica respecto a los antecedentes del tema a nivel nacional e internacional y se analizará la maternidad subrogada en la legislación ecuatoriana a fin de establecer cuál es la situación jurídica actual del país en cuanto al tema mencionado. A su vez, procederemos a buscar casos específicos en los cuales la maternidad subrogada evidencie problemas constitucionales con respecto a su aplicación, con especial atención a todo tipo de transgresión directa al interés superior del niño y los derechos de filiación de los padres inmiscuidos, para finalmente, mediante la realización de un análisis jurídico, exponer la situación actual de la maternidad subrogada y sus connotaciones constitucionales en el Ecuador, así como las recomendaciones pertinentes que el caso amerita.

**Palabras clave:** Maternidad subrogada – menor – filiación – interés superior del niño.

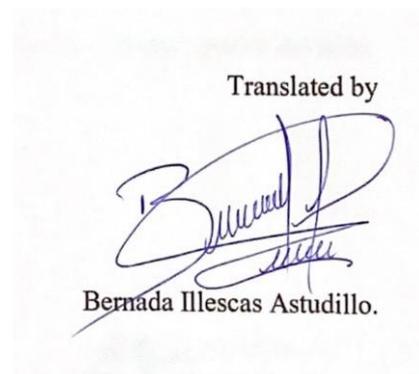


Dra. María Cristina Serrano

## ABSTRACT

This research includes a legal analysis of surrogate motherhood and its impact on the best interests of the child and the parentage rights of those involved; For this, a bibliographic review will be carried out regarding the background of the subject at the national and international level and surrogate motherhood will be analyzed in Ecuadorian legislation in order to establish what the current legal situation of the country is regarding the aforementioned subject. At the same time, we will proceed to look for specific cases in which surrogate motherhood shows constitutional problems concerning its application, with special attention to all types of direct transgression of the best interests of the child and the filiation rights of the parents involved, to finally, by carrying out legal analysis, expose the current situation of surrogate motherhood and its constitutional connotations in Ecuador, as well as the pertinent recommendations that the case merits.

**Keywords:** Surrogate motherhood- little boy- filiation- best interest of the minor



## ÍNDICE

CAPÍTULO I MATERNIDAD SUBROGADA COMO MÉTODO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	1
1. Antecedentes y Definición de la Maternidad Subrogada	1
1.1. Antecedentes de la maternidad subrogada	1
1.2. Conceptos de la maternidad Subrogada	2
1.3. Maternidad subrogada como método de reproducción asistida en el mundo	3
1.4. Modalidades de la maternidad subrogada y sujetos que intervienen	5
1.5. Discusiones bioéticas de la maternidad subrogada	7
1.6. Consideraciones constitucionales y alcance de la maternidad subrogada en el Ecuador	9
CAPÍTULO II.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	15
2.1. Antecedentes	15
2.2. Interés superior del niño	16
2.3. Derechos constitucionales que garantizan el interés superior del niño y concordancias con el código orgánico de la niñez y adolescencia	19
2.4. Principios conexos con el Principio del Interés Superior del Niño	22
2.5. Tratados sobre el interés superior del niño	24
2.5.1. Convención de derechos del niño	24
2.5.2. Convenio de la Haya sobre aspectos Civiles de la sustracción internacional de niños	25
2.5.3. Convenio de la Haya relativo a la protección el niño y a la cooperación en materia de adopción internacional	25
2.5.4. Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores	26
2.6. Elementos fundamentales para alcanzar el interés superior del niño	26
2.7. Niveles de responsabilidad en el interés superior del niño	28
2.8. El interés superior del niño y la globalización	28
2.9. El interés superior del niño y la maternidad subrogada	29
CAPÍTULO 3.- Derecho constitucional de la filiación de los involucrados	32
3.1. Antecedentes	32
3.2. Qué es el derecho a tener una filiación determinada	33
3.3. Parentesco y Filiación	35
3.4. Derechos de los niños nacidos por maternidad Subrogada	36

3.5 Derechos y obligaciones de los padres intencionados y de la madre sustituta en los procesos de maternidad Subrogada	40
3.6 Determinación legal de la filiación derivada de la Maternidad Subrogada de los intervinientes	42
3.7 Vulneración a la determinación de la filiación en los supuestos de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente.	44
3.8. Análisis del caso de estudio	48
3.8.1. Análisis la sentencia del caso Satya de la CC	48
CAPÍTULO 4.- CONCLUSIONES	52
4.1 Discusión	52
4.2 Conclusiones	53
4.3 Recomendaciones	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	55

# **CAPÍTULO I MATERNIDAD SUBROGADA COMO MÉTODO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

## **1. Antecedentes y Definición de la Maternidad Subrogada**

### **1.1. Antecedentes de la maternidad subrogada**

Para conocer el inicio a la maternidad subrogada podemos remontarnos a lo que la biblia en el libro de Génesis nos relata, pues no es un tema que se ha suscitado en la actualidad, dado que el nombrado libro nos relata el ejemplo de Saraha quien no pudo dar hijos a su esposo Abram y fue ella quien le pidió a su esposo que mantuviera relaciones sexuales con su esclava para que ella llevara el embarazo y pudiera darle un hijo a su esposo; también está el ejemplo de Raquel y Jacob, quienes tampoco podían concebir por tal razón Raquel le pide a su esposo que se “llegase” a su sierva quien llevaría el embarazo y les daría un hijo, lo que muestra que en la antigüedad se practicaba este método de reproducción cuyo objetivo no se centraba en ejercer los derechos reproductivos de las personas, sino que se lo realizaba por cumplir con el sueño varonil de ser padre, situación que bien sabemos en aquellos tiempos del “antiguo testamento” era muy importante en la sociedad. Todo esto, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, pues el procedimiento de la maternidad subrogada se la realiza en su gran mayoría de una forma altruista, es decir, como una ayuda a aquellas parejas que no pueden concebir, o a mujeres solas con el deseo de ser madres, o incluso a parejas del mismo sexo, perdiéndose así aquel origen “machista” que se plasmó en los libros de historia.

El término “maternidad subrogada” se verbaliza por primera vez en el año de 1976 en el estado de Michigan de los Estados Unidos de América por el abogado Noel Keane quien creó la Surrogate Family Service Inc (Servicio de familia sustituta incorporado). Empero el primer

caso de maternidad subrogada se materializó en el año 1985, en el que una mujer prestó su útero para gestar los óvulos fecundados de otra mujer, sin tener relación genética con el niño, trayendo consigo un gran avance a la medicina reproductiva y en los tratamientos de infertilidad.

El primer caso contencioso y relevante de maternidad subrogada se dio a mediados de 1985, el caso se llamó: “baby M” : Es el caso del señor Stern y su esposa, Elizabeth, quienes por problemas de salud de Elizabeth convinieron con el señor y la señora Whitehead un contrato en el que constaba una “gestación por sustitución”, en el que la señora Whitehead (madre subrogada) concibiera un bebé con una inseminación artificial los espermatozoides del señor Stern tratándose en este caso de una maternidad parcial, (es decir que la madre subrogada también es madre biológica) acordando que al momento del nacimiento sería entregado a la familia Stern, haciendo que la señora Elizabeth Stern adoptara este bebé y la señora Whitehead (madre subrogada) recibiría una suma total de diez mil dólares, pero al nacimiento del niño, la señora Whitehead se negó a entregarlo y a renunciar a sus derechos sobre el menor. Por lo que los Stern tuvieron que acudir a los tribunales de New Jersey, quienes a pesar de determinar que el contrato era ilícito e ineficaz, la controversia debía analizarse desde el principio de interés superior del menor. Los magistrados, considerando a ambas familias y sus circunstancias, confieren la custodia a la familia Stern, dándole el derecho de visita a la señora Whitehead. (Lamm, 2014)

## **1.2. Conceptos de la maternidad Subrogada**

Para comenzar a delimitar el concepto de maternidad subrogada es importante que comprendamos en primer lugar que la subrogación en sentido general es aquella situación en la cual una persona o cosa ocupa el lugar o realiza la función de otra. En este caso, la

maternidad subrogada, es cuando una mujer a quien se le llamara madre gestante o madre subrogada, es quien llevará la gestación, ya sea por medio de inseminación artificial o de un gameto fecundado con el óvulo de la madre donante, el espermatozoide de su pareja o de un donante.

“Procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento.” (Sesma, 2022)

“Para la OMS, la maternidad subrogada es un método que consiste en que una mujer lleve adelante un embarazo acordando previamente, después del cual ella entregará al bebé a la o las personas que pagan la contraprestación.” (Cavazos, 2016)

“Tipo de embarazo en el que una mujer lleva en su vientre un bebé, en lugar de otra persona que no puede tener hijos, hasta dar a luz. En un embarazo subrogado, se forma un embrión con espermatozoides donados que fecundan los óvulos de la gestante subrogada o los óvulos de una donante. El embrión se implanta en el útero de la gestante subrogada, quien continúa el embarazo hasta que nace el bebé. Es posible que el embarazo subrogado sea una opción para hombres y mujeres que desean tener hijos, pero que recibieron determinados tratamientos contra el cáncer, como la quimioterapia y radioterapia, que a veces causan esterilidad.” (Instituto Nacional del Cáncer, s.f.)

### **1.3. Maternidad subrogada como método de reproducción asistida en el mundo**

Es correcto asegurar que la fertilidad y la maternidad se han convertido en parte relevante del sistema médico en las últimas décadas. Los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos han permitido el desarrollo y aplicación de tecnologías de reproducción asistida como alternativa a la esterilidad, algunas de las cuales eran inimaginables hasta hace poco

tiempo (Monroy, 2013). La concepción y la maternidad, hoy en día, ya no dependen de la mera coincidencia y la incertidumbre, gracias a los avances tecnológicos y médicos (Reategui, 2019). Además, esta nueva maternidad asistida comienza no en lo más profundo del cuerpo femenino, sino en un laboratorio, donde genes, embriones y fetos están bajo control médico. El advenimiento de estas nuevas tecnologías ha traído consigo nuevos desafíos éticos, jurídicos y nuevas respuestas socioculturales (Isa, 2017).

Sin duda, los avances tecnológicos y científicos han significado un reto para los ordenamientos jurídicos a escala mundial. Asimismo, la incorporación de estos mecanismos requiere que el Estado cuente con una infraestructura hospitalaria y un personal calificado. Un número significativo de Estados no ha logrado una regulación integral respecto de este tema, así como tampoco han logrado reunir las condiciones mínimas para implementar estos mecanismos. En consecuencia, son muy pocos los países que han logrado su regulación o que han logrado tener los avances médicos necesarios para su práctica.

Son múltiples las razones para analizar el creciente uso de las tecnologías de reproducción asistida, empezando por el creciente número de especialistas, el aumento de las tasas de infertilidad en determinados subgrupos sociales, las dificultades de adopción, las expectativas suscitadas por las propias técnicas y el despertar de las nuevas tecnologías, hasta sensibilización y difusión del tema a través de diversos medios (Vidal, 2019). En Francia, el Comité Nacional Consultivo de Ética debate actualmente el llamado "embarazo por cuenta propia" o "maternidad de sustitución" que es el embarazo por cuenta ajena o gestación subrogada, como se le llama en español, con el propósito de establecer una connotación adecuada al tema, y que de esta forma no sea difícil su comprensión a simple vista. (Miembro del Comité de Bioética de Barcelona, 2018).

En la actualidad es muy normal encontrar con frecuencia anuncios de parejas o mujeres buscando a una mujer que quiera convertirse en la madre sustituta de sus gametos, mujeres que alquilan su vientre para ellos, incluso hemos visto varios casos famosos como es el caso de Kim Kardashian o de Cristiano Ronaldo, por todas estas connotaciones incluso existen películas sobre este tema como es la de “Mimi” que se trata de una madre sustituta a quien la vida le cambiará por aceptar este contrato, película del 2021, y es así como a nivel mundial este tema va tomando relevancia cada vez más.

Del mismo modo, desde el punto de vista del activismo estatal existe un interés creciente por regular la maternidad subrogada, ya sea prohibiéndola o permitiéndola, por medio de proyectos de leyes, decisiones judiciales y jurisprudencia (Nuñoz & Rodríguez , 2021)

De acuerdo con Bustamante & Karchmer (2019), en varios países se ha prohibido la gestación subrogada, debido a varios y diferentes motivos; algunos países lo hacen por motivos religiosos o por falta de regulación legal, también están otros países que por la falta de la tecnología médica que requiere el procedimiento de maternidad subrogada no lo permiten, pues este puede resultar inseguro, en otros países la prohibición se da por factores como el estado civil de una persona es decir si esta no está casada no podría hacerlo, también por la edad debido a que cada país tiene su regulación para considerar o no mayor de edad y capaz para realizar cualquier tipo de acto y también está la orientación sexual pues, existen ciertos países que lo han permitido pero únicamente a parejas heterosexuales.

## **1.4.Modalidades de la maternidad subrogada y sujetos que intervienen**

### **1.4.1. Modalidades de la maternidad subrogada**

Podemos decir que la doctrina divide en dos modalidades en las que se practica el procedimiento de reproducción asistida de la maternidad subrogada:

- Modalidad tradicional o parcial: en esta modalidad la madre subrogada, además de prestar su vientre para la gestación, tiene un vínculo genético con el feto, pues es esta quien dona sus óvulos para fecundarlos con los espermias del padre de intención o de un donante dependiendo la situación de fertilidad o tipo de familia, esta modalidad puede darse por laboratorio mediante una fecundación in vitro o por métodos caseros como el sexo de la madre subrogada con el portador de los espermias.
- Modalidad gestacional o completa: en esta modalidad la madre subrogada no tiene vínculo biológico con el feto, esta solo llevará la gestación, pero es la madre de intención quien aportará con sus óvulos, o estos serán donados por una tercera mujer, para que sean fecundados con los de su pareja o de un donante, dependiendo de la fertilidad de los contratantes o tipo de familia del que se trate.

Se pueden dar los siguientes casos:

- Padre y madre de intención unen sus espermias y óvulos a fin de que la madre gestante lleve el embarazo.
- Donación de óvulos con semen de padre de intención
- Donación de semen con óvulos de la madre de intención

- Semen y óvulos donados por terceras personas

#### **1.4.2. Sujetos que intervienen**

En esta práctica pueden llegar a intervenir o implicarse hasta seis personas:

- Padre de intención
- Madre de intención
- Donante de óvulos
- Donante de semen
- Madre subrogada o gestante
- Pareja de la madre subrogada o gestante

Los intervinientes siempre dependerán del tipo de pareja que sean y de su salud reproductiva, pero no en todos los países se permite a todos los tipos de pareja realizar este procedimiento, como es el caso de Estados Unidos y Canadá, que permiten a todos los tipos de familia realizar este procedimiento heterosexuales, homosexuales, lesbianas e incluso lo permiten de forma individual. Por el contrario, Rusia, Grecia, Ucrania y Georgia solo permiten a parejas heterosexuales y en el caso de los dos primeros países permiten a personas de manera individual.

#### **1.5. Discusiones bioéticas de la maternidad subrogada**

Existen varias posturas respecto de la maternidad subrogada, están quienes se mantienen en contra de ella, y su postura principalmente la sostienen en que la maternidad subrogada es un hecho contra natura y por ende se está yendo en contra a lo que Dios y la naturaleza ha dispuesto, manifiestan también que la maternidad subrogada puede hacer que se vea a las mujeres como fábricas para satisfacer los caprichos humanos, se dice que no

puede dejar de tomar en cuenta que la mujer no solo presta su cuerpo, sino también su espíritu, asimismo, sostienen que se ve como una forma de control y explotación a las mujeres de forma que cada día las cosifican más. Han comentado incluso que este proceso deja secuelas psicológicas a la madre gestante y en el futuro traería los mismos problemas psicológicos al nuevo ser, finalmente se habla de que esta práctica va en contra del principio de justicia sanitaria, pues, para poder acceder a este proceso se debe pagar y muy altas cantidades y que no existe ningún derecho expreso a tener un hijo. También están las posturas a favor que explican que la práctica de este proceso de reproducción asistida ayuda a las personas con problemas de esterilidad no solo a tener una familia, sino a mejorar su autoestima y su bienestar psicológico, no lo ven como explotación porque se trata de un contrato en el que las partes firman libre y voluntariamente que puede significar una ayuda económica a aquellas mujeres que lo necesiten, con esta práctica se hace ejercicio del derecho de libertad sexual y reproductiva también al derecho de formar una familia y a fomentar el respeto a los nuevos tipos de familia, tampoco se han contemplado estudios fehacientes sobre la supuesta afectación psicológica al nuevo ser ni a la madre gestante. (Salud M. d., 2018)

La Comisión bioética del Ecuador (en adelante CBE) ha tratado diversos puntos bioéticos sobre la maternidad subrogada entre ellos se preguntan si se puede medir el valor de una persona por dinero o por su dignidad, también existe el temor a que la regulación positiva de la maternidad subrogada dé paso al cometimiento de actos ilícitos contra la mujer como la explotación o manipulación del cuerpo de una mujer, ¿existe realmente una necesidad vital de tener un hijo a expensas de una mujer quien llevará el trabajo de gestar una vida?, ¿está el sistema médico del Ecuador listo para la práctica de este procedimiento de reproducción asistida?, posterior a ello surgen las prerrogativas de cómo proteger a un

niño o niña que ha nacido a partir de la práctica de este método, no se sabe si ellos tienen derecho a conocer sus orígenes o por seguridad y salud debería ocultarlos, por otro lado, la CBE sugiere que en cierto punto iría en contra de la gratuidad del proceso, pues, este proceso según ellos, podría caber dentro del proceso de donación de órganos, y surgen varias interrogantes de cómo es que el Estado debería reglarlo y proteger intereses y derechos de los intervinientes. (Salud M. d., 2018)

Por eso es que la misma comisión bioética del Ecuador ha hecho ciertas sugerencias como es la de la necesidad de una regulación para este procedimiento médico que se ajuste a la realidad social del país, con ello garantizar la gratuidad del proceso con la finalidad de combatir los fines de lucro y la explotación a las mujeres, sin descuidar el estatus del embrión y la vida digna del nuevo ser, para eso considerar y determinar de la mejor manera los derechos y los deberes de los intervinientes, para así asegurar el bien estar de todas las partes tanto de los padres de intención como de la madre gestante y del embrión posteriormente nuevo ser viviente. (Sesma, 2022)

### **1.6.Consideraciones constitucionales y alcance de la maternidad subrogada en el Ecuador**

En Ecuador, el principal problema relacionado con la gestación subrogada es la falta de una legislación afirmativa, ya que existe una diferencia significativa en las normas que permiten, restringen o limitan fundamentalmente la regulación de la práctica. La realidad es que la gestación subrogada en el Ecuador se realiza a través de contratos privados, ya que como sabemos, lo que no está prohibido en el derecho privado se considera permitido, y esto a pesar de que la ley ecuatoriana genera conflicto, no hay una regulación legal (Viteri, 2019).

En el país el intento de legislar en materia de reproducción asistida se viene dando desde el año 2000, con el Proyecto de Ley del Código de Familia, mismo que en el tema de maternidad subrogada, trataba de regularla en el sentido que de suscitarse un alquiler de útero la portadora no será constreñida a entregar al niño, dejando al arbitrio de esta el cumplir o no el pacto promisorio. Sin embargo, este intento de regularización no llegó a condensarse. También a través de discusiones del Código Orgánico de la Salud, la maternidad subrogada en cuanto a los temas de pagos, de incumplimiento de las partes, de las citas de la madre subrogada, etc. Esto en el proyecto de ley del año 2017, lamentablemente hasta la actualidad no se ha dado ninguna regulación.

En la Constitución de la República del Ecuador (2008) tenemos algunas normas que podrían acercarse a la protección en materia de maternidad subrogada, por ejemplo, el artículo 25:

Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales.

Todos los ecuatorianos tenemos derecho a tener acceso y a la aplicación del avance científico ¿no está dentro de ello el proceso de maternidad subrogada?, esta es la primera luz verde para poder acceder a este método de reproducción asistida. El artículo 66 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

Se reconoce y garantizará a las personas:

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

Este derecho que nos dota de libertad sexual y reproductiva claramente es el que nos permite a cada individuo ecuatoriano que a discrecionalidad elija con quien, como y cuantos hijos tener, sin que exista limitación en cuanto a los derechos reproductivos.

La misma organización mundial de la salud ha considerado la infertilidad como una problemática emergente de salud pública, catalogándola así como una enfermedad que consideran, puede ser causada por las mismas condiciones ambientales en las que nos encontramos. Con respecto a esto, la constitución en su Art. 363.- numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador nos prescribe:

El Estado será responsable de:

6. Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto.

Como es claro, el estado no puede evitar ciertas enfermedades como tal, pues las mismas van más allá de la voluntad, el ejecutivo, el legislativo, la salud pública del país y de los factores genéticos de cada ciudadano, es por eso que el estado no podrá actuar en estos casos como preventivo sino más bien ayudando con soluciones a problemas médicos en la mejor forma posible como es este caso la infertilidad, con programas de reproducción asistida y haciendo que estos cumplan el principio de gratuidad. (Guerra, 2021)

El más actual debate sobre la regulación de la maternidad subrogada es el proyecto de Código Orgánico de la Salud (2018), el cual en temas de reproducción humana asistida y en específico la renta de úteros, se lee en su artículo 196 lo siguiente:

Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema. Solo se autorizará este tipo de procedimientos en establecimientos prestadores de servicios de salud que cuenten con la habilitación específica para brindar estos servicios; dispongan de protocolos explícitos de consentimiento informado; sometan a la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional sus protocolos de atención; y, cumplan las regulaciones que se expidan para el efecto respecto de toda la cadena de atención.

La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer, se garantizará el derecho de los niños y niñas al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar (...). No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto.

Del texto de proyecto de ley antes citado, se deduce que la tendencia sería reglar la maternidad subrogada en un sentido altruista en el Ecuador, pero existen aún impresiones en el texto legal, toda vez que no se contemplan el abanico de posibilidades que genera la maternidad subrogada. Dejándonos, así como al inicio, sin ninguna normativa que regule este contrato ni proteja derechos de los involucrados en el mismo.

Otro punto a destacar es que la gran mayoría de las madres subrogadas no vinculan a los hijos que dan a las parejas infértiles que las contratan. De hecho, en cifras que ahora son difíciles de ignorar, se estima que 25.000 mujeres han dado a luz a través de la subrogación

como un proceso legal y comercial en su forma contemporánea desde finales de la década de 1970. Se estima que más del 99% de estas mujeres han renunciado voluntariamente a los hijos, tal como acordaron en el contrato (Mejía, 2019). Menos de una décima parte del 1% de los casos de subrogación terminan en batallas judiciales como el caso antes expuesto. Además, la mayoría de las madres subrogadas han dicho que están muy satisfechas con el procedimiento y no reportan ningún problema psicológico como resultado de dejarlo. La mayoría de las madres subrogadas dicen que el parto del bebé es un evento feliz y que volverían a alquilar su vientre para ayudar a aquellas parejas o mujeres que no pueden cumplir con el sueño de ser padres. (Quintero , 2018). Estudios longitudinales sugieren que estas actitudes se mantienen estables en el tiempo. Más, sin embargo, la idea general es saber si esto representa un problema que debe ser analizado jurídicamente o tipificado con base en algún modelo constitutivo.

Sin embargo, estas cifras no se conocen públicamente, ya que la mayoría de las personas no conocen la subrogación o las familias creadas a través de la subrogación. Esto es más que obvio porque la ley ecuatoriana no tiene un modelo constitucional que ampare esta práctica. A falta de otras fuentes, el público recurre a los estereotipos que impregnan la televisión, el cine y el periodismo popular (Concha , 2021). La historia popular de una madre sustituta que se arrepiente de su decisión e intenta recuperar al niño para llenar el vacío no tiene nada que ver con la realidad. Tales aspectos de la práctica han expresado la inquietud pública con la idea de la gestación subrogada, y la meta-narrativa de la madre subrogada lamentando sus acciones o negándose a dejarlas, en comparación con la mayoría de los casos anecdóticos en el entorno cultural de la gestación subrogada, muestra mejor el miedo. Detrás de estos temores se esconde el carácter subversivo de la gestación subrogada, que trastoca

dos nociones tradicionales que durante mucho tiempo han sido consolidadas en el mundo occidental: la familia y la maternidad (Carriel, 2021)

Otro punto a tomar en consideración, es que la maternidad subrogada contractual, en la que una mujer llega a un acuerdo previo a la concepción para renunciar a sus derechos parentales a cambio de un pago, pone en cuestión las estructuras básicas de la sociedad (Hinojosa , 2020). En una época en la que la estructura familiar tradicional está cada vez más "fragmentada" a medida que aumentan las tasas de divorcio y florecen las formas de familia alternativas, la maternidad subrogada representa el colmo de la desestabilización de las conceptualizaciones de la familia que se han mantenido durante mucho tiempo. La gestación subrogada construye familias a través del mercado, convirtiéndolas en una cuestión de elección y no de destino, y revelando que las familias son construcciones sociales (Cevallos, 2019).

Según Carriel (2021), estas ansiedades culturales provocadas por la maternidad subrogada en relación con la familia se amplifican aún más por las ansiedades que suscita la maternidad subrogada en relación con la pérdida de la integridad materna, ya que implica al menos a tres madres potenciales: genética, gestacional y social. Dar a luz a un niño con el fin de que renuncie a él también desafía los supuestos dominantes que identifican el embarazo con el compromiso de la madre biológica, con el proyecto de maternidad social posterior de por vida y amenaza las ideologías dominantes en muchas culturas que asumen un vínculo indisoluble entre madre e hijo; desafiando directamente la "ideología de la maternidad"; la maternidad subrogada revela que la creencia en la maternidad como el objetivo natural, deseado y último de todas las mujeres "normales" se construye socialmente (Vela & Oña, 2017)

La centralidad de la maternidad y la familia como piedras de toque básicas de la sociedad hace difícil aceptar la repetida conclusión de que las madres de alquiler son mujeres no psicopatológicas que suelen estar contentas de renunciar; sería mucho más reconfortante imaginar que solo las mujeres inestables, angustiadas y anormales renunciarían voluntariamente a un hijo que tienen a manos de parientes desconocidos (Rosales, 2020). Por lo tanto, la narrativa de la madre de alquiler que se niega a renunciar parece desempeñar una función terapéutica, asegurando al público que las mujeres aman y aprecian instintivamente a sus bebés y prometiendo colectivamente que las acciones no normativas de la madre de alquiler pueden explicarse por las circunstancias anormales en las que se encuentra o por su carácter desviado. En consecuencia, las madres de alquiler aparecen en las representaciones populares como desesperadas, económicamente egoístas, peculiares o perturbadas.

## **CAPÍTULO II.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

### **2.1. Antecedentes**

La necesidad de proteger a los niños y a la infancia de manera especial surgió después de la primera guerra mundial con el objeto de ayudar a los menores afectados por el conflicto bélico en mención, debido a que, la guerra trajo consigo varias secuelas como: niños huérfanos, menores sin alimento etc. Gracias al trabajo de la activista Eglantyne Jebb quien fue fundadora de “Save Children”, que fue una organización que tenía como objeto proteger los derechos de los niños, surgió la Declaración de Ginebra en 1924 generando una primera visión a la protección de los derechos de los niños dentro del mundo como tal. Entonces, en lo posterior, las Naciones Unidas aprobaron la Declaración de los Derechos del Niño en el año 1959, misma que recoge principios mínimos para el correcto desarrollo espiritual, alimenticio y educativo, también repudiando todo tipo de explotación y desamparo al menor. Por consiguiente, en el año de 1989 surgiría el Tratado Internacional de las Naciones Unidas denominado Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que ha sido ratificado por el Ecuador, lo que significa que el país asumió que los menores tienen derechos y también su obligación para con ellos en cuanto a la protección. Con ello también se busca que se determinen mecanismos más efectivos para la protección de la niñez dentro de nuestra legislación. Esta Convención tuvo por objeto el justificar que esta supra protección que se brinda a los menores se produce por la condición de persona en la que se encuentran los niños, pues los referidos medios de protección son complementarios a los de la humanidad en general, ya que, nunca serán sustitutivos ni mucho menos autónomos, pues ellos gozan de los mismos derechos que todas las personas alrededor del mundo, por tal razón, las

mencionadas facultades humanas son un plus a los conexos de existencia de todos los niños y niñas que forman parte del conglomerado social.

Diversos sectores doctrinarios, en un inicio, pensaron que no sería buena idea dotar un principio de interés superior al niño, ya que se ideaba que esto sería una excusa para la discrecionalidad en la justicia, sin embargo, con el avance social y legislativo se ha logrado demostrar que este principio ostenta una concepción garantista y con ello un progreso en materia de derechos, ya que desde un inicio lo único que se buscó y se busca hasta la actualidad es proteger la infancia y promover los derechos de los niños y garantizar su bienestar.

## **2.2. Interés superior del niño**

A pesar de que existe una incertidumbre acerca de su aplicación y definición, podemos afirmar a grandes rasgos que -el principio del "Interés Superior del Niño"- definido como aquella base fundamental que orienta, faculta y persuade al Estado y a los representantes de los menores a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños y niñas, pues es una herramienta comúnmente utilizada en cualquier situación jurídica relativa a los niños para decidir y evaluar los resultados. El uso más frecuente de este principio se produce en el sistema de justicia de menores, principalmente en los tribunales de familia en relación con los casos de divorcio y de disputa de la tenencia, alimentos y visitas donde el Interés Superior del Niño tiene su principal aplicación. Sin embargo, el Interés Superior del Niño está asociado a una amplia gama de otros temas y campos que tratan de los derechos e intereses de los niños, no únicamente en estos casos concretos. (Acuña, 2019).

De acuerdo con Alcántara & Armeros (2019), en Brasil, la traducción de "el interés superior del niño" al portugués tiene dos interpretaciones erróneas. La primera es la forma

en que se suele referir al Interés Superior del Niño: *O Melhor Interesse da Criança* (el mejor interés del niño) - en singular. La versión original en inglés expresa claramente la forma plural, "interests", ya que no hay un solo interés superior. El niño es un individuo complejo y multi determinado con varios intereses y necesidades en relación con su bienestar. El segundo error de interpretación reside en el hecho de que, en inglés, la palabra "child" engloba a todos los individuos menores de dieciocho años, es decir, tanto a los niños como a los adolescentes. Por lo tanto, referirse sólo al *Interesse da Criança* (interés del niño) puede llevar a una interpretación errónea de que el principio se refiere sólo a individuos de hasta 12 años. Evidentemente estas confusiones no solo se dan en el idioma portugués si no también en el castellano pues “El Interés Superior Del Niño” se encuentra en singular, con la palabra “niño” en género masculino y que toma el rango de edad de cero a doce años, lo que dejaría de lado a los adolescentes de trece a dieciocho años, y causaría más confusiones. El último problema está solucionado por el Código De La Niñez y Adolescencia, pues, en su artículo cinco especifica que se considerará niño a las personas menores de dieciocho años. Pero la singularidad y el género siguen siendo inespecíficos

En relación con estas cuestiones de traducción, es común encontrar expresiones como "el mayor interés del niño", "el interés supremo del niño" y "el interés superior del niño" - también es posible encontrar el uso de los términos "infante" o "menor". Cuando se opta por mejor, se respeta el origen del Interés Superior del Niño, pero también se enfatiza su aspecto cualitativo (singular, único, complejo), más que sus propiedades cuantitativas. El Interés Superior del Niño (en adelante ISN) siempre dependerá del contexto de definición y aplicación del mismo, que implica muchos factores, como las características del niño y el

entorno social, la situación en la que se encuentren, (familia, comunidad y escuela) (Segarra & Coronel, 2021).

La cultura es otro factor que puede incidir en la comprensión, aplicación y alcance del principio que aborda el Interés Superior del Niño, influida por los procesos culturales locales, regionales y nacionales. Por lo tanto, puede haber diferencias en la aplicación del ISN según el país, la cultura y el idioma. El inglés y el portugués se encuentran entre los ocho idiomas más hablados en las publicaciones de revistas académicas. Los sistemas jurídicos inglés (UK y US Common Law) y brasileño (Civil Law) son significativamente diferentes, lo que puede llevar a diferentes concepciones y aplicaciones para el ISN, como lo indicamos en los párrafos precedentes lo que hace que este sea un tema relevante para la comparación transcultural (Coronel & Sánchez, 2021).

En cuanto al Ecuador concierne hemos adoptado claramente “el principio del interés superior del niño o de la niñez” así es como se lo tratara en este trabajo también. Según la guía del interés superior de la niñez 2021 “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones” (Consejo de la Judicatura, 2021)

El Interés Superior del Niño se utiliza en todo el mundo en ámbitos que implican a los niños, como la atención sanitaria, la educación, la condición de refugiado y las creencias religiosas. Aplicándolo con mayor frecuencia en el sistema de justicia de menores, en asuntos relacionados con la custodia, la adopción, la negligencia, el maltrato y cuando un niño es huérfano, tratando de que estos servicios sean brindados de manera preferente y en mejores

condiciones que las normales. En el caso de los adolescentes, tiende a utilizarse en términos de infracción de la ley y delincuencia. Actualmente se ha incorporado a las leyes e incluso a las Constituciones de muchos países (Toral *et al.*, 2020). A pesar del avance a los derechos que representa el interés superior del niño se encuentra con varias críticas en su camino, pues como se narraba en los antecedentes se piensa que aporta a la subjetividad en la toma de decisiones en la justicia, por ser ambigua. Según las críticas también margina algunos derechos de los padres. Esta falta de claridad dificulta su aplicación, lo que puede dar lugar a sesgos por parte de los tribunales y otros profesionales. Se argumenta que entran en juego las opiniones personales y que debería ser menos discrecional (Alvarado & Espinoza, 2022)

Pero los defensores de este principio afirman que el reconocimiento de este principio a través de convenios y normativa interna, es un factor importante porque permite la soberanía de un Estado para definir y poner en práctica el interés superior del niño en contextos culturales y jurídicos específicos. Nos podríamos arriesgar a afirmar que, la indeterminación es una característica común entre los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentra el interés superior del niño.

También es importante que quede claro que el interés superior del niño lo podemos enmarcar de la siguiente manera: como un derecho de los niños y adolescentes, como un principio legal, es decir, fundamental para el cumplimiento de la normativa del Estado y cómo una norma de procedimiento hace posible el ejercicio de los derechos de los derechos. Es menester que efectuamos una aclaración respecto de la jurisprudencia, debido a que, tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han fijado estándares mínimos de protección, cuya aplicación para los operadores de justicia es obligatoria. De esta forma, se ayuda a fijar límites a la discrecionalidad.

### **2.3. Derechos constitucionales que garantizan el interés superior del niño y concordancias con el código orgánico de la niñez y adolescencia**

La Constitución de La República Del Ecuador (2008) contempla varios artículos que denotan la prioridad y la primacía con la que serán tratados los niños por su condición de vulnerabilidad, y también denotan el interés superior del niño, por ello es importante referirnos a ellos con el afán de tener claros los derechos de los menores con respecto al tema planteado en este trabajo de investigación para poder cumplir con los objetivos del mismo, para ello analizaremos algunos de ellos:

En primer lugar, es menester analizar el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador (2008):

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es natural que a este grupo de personas entre ellos los niños y niñas se les brinde una atención especial, sea dándoles preferencia o primacía, como dice el texto ya sea en lo público o en lo privado, en todo lo que tenga que ver con la protección de sus derechos pues son personas que históricamente se encuentran en riesgo constante por su situación histórica de indefensión. El artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), prescribe:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurará el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. 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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Este artículo obliga al Estado ecuatoriano dentro de los derechos de los menores a dar una normativa aplicable y positiva a las nuevas realidades que presenta los avances científicos; en concreto a los temas de reproducción asistida como es la maternidad subrogada, por cuanto el artículo invocado da la posibilidad de regular de manera progresiva las nuevas realidades en relación a los menores.

No solo la Constitución, ampara los derechos de los menores si no también está el Código de la Niñez y Adolescencia (2019), que se enfoca de manera exclusiva en este grupo prioritario, este cuerpo normativo determina disposiciones sobre el interés superior del niño, ya que en su artículo 11 establece que:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y

privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014)

Al ser un principio el ISN es una premisa fundamental del ordenamiento jurídico es decir, es una idea base para cualquier razonamiento o interpretación de la norma, orientada a satisfacer de manera efectiva a todos los derechos de los que gozan los menores, persuadiendo a toda autoridad pública y privada para que cumpla con este principio, explicando que es un principio que prima sobre otros, buscando con esto, dar mayor protección a los menores pues su condición le hace ser vulnerables ante la sociedad común.

Este principio se refiere a tomar la mejor decisión para el niño, niña o adolescente en pro o en función del cumplimiento de los derechos que gozan los mismos, en cualquier tema que se suscite ya sea en medidas, leyes, presupuestos, políticas, procesos judiciales o servicios, preguntándose siempre antes de cualquier procedimiento ¿afecta este a los derechos del niño? Si es así, los funcionarios no deberán continuar con dicho proceso medida o lo que fuere si no se afecta el mentado principio, sin embargo el agente podrá continuar con el proceso en el que se traten derechos de menores, si es que se observa que dentro del mismo no se encuentra afectado su principio de interés superior, esto se debe a que el axioma constitucional en mención, otorga a los niños una suerte de ventaja o preferencia sobre los

derechos de los demás, produciendo que no solo un funcionario continúe con el proceso, sino que se adquiriera una guía sobre cómo resolver o reparar una determinada situación en la que se discuta o debata sobre derechos de los niños.

#### **2.4. Principios conexos con el Principio del Interés Superior del Niño**

De acuerdo con Tuesta (2019), cuando surgen problemas familiares y, como resultado, la familia se rompe, es imperativo investigar la condición de los niños. Es común que uno de los padres esté con los hijos de forma permanente, pero hay casos en los que ambos padres quieren asumir la responsabilidad de cuidar y cuidar a sus hijos, y otros casos en los que cualquiera de los padres quiere asumir esa responsabilidad. En estas situaciones suelen surgir conflictos e incluso hay acciones que no corresponden a su rol, como; secuestro, encubrimiento, etc., privando al niño de la libertad personal, la integridad personal, el derecho a la familia ya no ser separado de ella, creciendo en un ambiente de afecto y seguridad moral, educación y libre desarrollo de su personalidad, etc. A su vez, existen circunstancias en las cuales, la disputa por la tenencia de los menores, se convierte en la causa central por la cual se afectan los derechos de los niños y su desarrollo integral, esta situación específica se estudiará en capítulos posteriores haciendo especial mención al caso de la gestación subrogada, tema central de este trabajo. En este sentido, para proteger a un menor, niño o joven se debe tener en cuenta el respeto a los principios y derechos, tal como lo expresó la Corte Constitucional en su sentencia:

- El principio de protección especial del niño y adolescente
- El principio del interés superior del niño.
- El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
- El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

- El derecho al desarrollo armónico e integral del niño.

## **2.5. Tratados sobre el interés superior del niño**

Existen varios acuerdos internacionales que buscan proteger los derechos de los niños, a fin de que la infancia, etapa en la que las personas se forman, sea adecuada para cada niño y se produzca dentro de un entorno óptimo en el que se puedan cumplir mínimos de nivel de vida, haciendo que estos seres humanos menores de dieciocho años tengan un trato especial por su situación de indefensión.

### **2.5.1. Convención de derechos del niño**

Esta Convención fue aprobada en el año 1989, como primer instrumento internacional que protege los derechos de los niños como sujetos con derecho a un desarrollo social, mental y físico integral, a la libertad de expresión, a la educación a una alimentación, vestimenta y en sí una vida digna sin maltratos, explotación ni violencia, según la historia antes de este tratado cada país tenía normativas con respecto a la niñez y adolescencia pero esta no era respetada pues igual existía mucha desigualdad e incluso abandonos. Este tratado es vinculante para todos aquellos países que lo firmaron incluso cada país tiene que enviar informes al comité con el fin de que den cuentas de qué acciones se están tomando para cumplir con los derechos que se reconocen en el convenio. Sin embargo, se cree que los países que no logran la adecuada protección a todos los derechos, de acuerdo al avance de la sociedad pueden caer en un retroceso y con ello un atentado contra los derechos de los niños, a este convenio se le ha añadido dos protocolos facultativos que se tratan de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Este tratado tiene como fin contribuir para establecer un mínimo a proteger en el mundo entero y establecer bases, 189 miembros de las

Naciones Unidas firmaron en el año 200 lo que da mayor esperanza mayor unificación en un sentido de protección con este convenio. (Unicef, 2006)

### **2.5.2. Convenio de la Haya sobre aspectos Civiles de la sustracción internacional de niños**

Este Convenio se da en el marco del derecho internacional privado en la convención de la Haya en 1980, con el fin de que todos los países que lo ratifiquen se vean en la obligación de cuando un niño sea sustraído de un país a otro sacándole de la custodia de su responsable sin consentimiento sea regresado, teniendo un año plazo para que la autoridad competente del país interesado haga la petición y esta no sea rechazada, también en primacía de los derechos del niño antes de regresarlos estos harán un análisis de la situación en la que se encontraba el menor en el lugar del cual fue sustraído. Casi todos los países de América ratificaron este convenio, entre ellos el Ecuador.

### **2.5.3. Convenio de la Haya relativo a la protección el niño y a la cooperación en materia de adopción internacional**

Convenio firmado en el año 1993, es también firmado en el marco del derecho privado, con el fin de proteger a los niños en todo proceso de adopción, cuyo objetivo consiste en asegurar que todas las adopciones internacionales se hagan de manera lícita, sin incurrir en ninguna clases de trata de menores o explotación, también asegurar el ambiente en el que ellos se van a desarrollar, es decir el nuevo hogar sea un lugar apto para el desarrollo íntegro de un niño o adolescente dándole veinticinco años de protección al niño adoptado, estableciendo condiciones mínimas para el proceso de adopción, las autoridades competentes para dar paso a una adopción, los efectos y cláusulas especiales para la misma. (Convenio de

la Haya relativo a la protección el niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, 1993)

#### **2.5.4. Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores**

El principal objetivo de esta Convención es evitar el tráfico ilegal de menores, y con ello también establecer sus consecuencias civiles y penales, firmada el mismo año que el convenio de los derechos de los niños. (Porto, 2022)

Existen varios anexos a los convenios que protegen los derechos de los niños con el objeto de ir fortaleciendo ciertos ámbitos de protección, en la medida que el avance de la sociedad, tecnologías y de las mismas realidades que cambian constantemente, y de esa manera brindar una mejor protección, pero nos queda claro que el convenio base es el convenio de los derechos de los niños que ha marcado el hito en materia internacional de los derechos del niño, brindando siquiera a los niños de los países que han firmado una protección mínima, haciendo que estos rindan cuentas.

#### **2.6. Elementos fundamentales para alcanzar el interés superior del niño**

Para poder hacer efectivo el interés superior del niño es importante individualizar cada caso, para poder hacer efectivos sus derechos de acuerdo a sus necesidades, pues todos los niños dependiendo de su entorno social, su condición física e incluso mental, deberán ser evaluados y en base ello se podrá manejar un efectivo ejercicio de derechos.

Según autores existen elementos que se deben ser tomados en consideración para comprender el contenido esencial que alcanza el interés superior del niño estos son:

- La capacidad de los niños y niñas, con esto se refiere a la madurez y capacidad de cada niño en particular, independientemente de los estudios de la edad etc., pues es

importante determinar la capacidad volitiva de los niños la capacidad que estos tiene para expresar sus deseos, pero esto no lo podrá hacer la autoridad competente sino a ello se llegará con la ayuda de un profesional como lo es un psicólogo, con esto se tendrá un pequeño acercamiento al interés del menor, no siempre será preciso, todo dependerá del informe profesional. (López, 2015)

- El entorno familiar y social, este punto es muy importante, debido a que cuando se analiza el entorno social de un niño nos estamos adentrando a su tipo de educación, a sus creencias inculcadas, a su cultura y valores, a los que la decisión de la autoridad para el proceso para el que se esté analizando deberá adecuar su decisión pues solo en base a esta información se le brindará un entorno adecuando a sus necesidades sociales. (López, 2015)
- La predictibilidad, en base a los dos puntos anteriores analizados es importante tener una visión al futuro del niño, para ello las autoridades judiciales o administrativas deberán ver un futuro favorecedor es decir lo que a la larga más les convenga con el fin de que ese niño de acuerdo a sus necesidades haya cumplido con sus sueños expectativas y se haya desarrollado en el entorno más adecuado para el mismo. (López, 2015)

Elementos que deberán ser examinados por la autoridad competente ya sea judicial o administrativa, y con los profesionales expertos o técnicos que sean necesarios hacerles partícipes en el proceso para poder entender la situación del menor en cada caso particular de mejor manera, es decir será necesario todo un equipo técnico y un conjunto de procedimientos a seguir y así hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los niños a través del principio de interés superior del niño de la manera más idónea. (López, 2015)

## **2.7. Niveles de responsabilidad en el interés superior del niño**

Cuando hablamos de niveles de responsabilidad en cuanto al interés superior del niño debemos dejar sentado que son dos los niveles con responsabilidad directa para el desarrollo integral y cumplimiento de los derechos de los menores estos son; en primera instancia la responsabilidad privada, es aquella que sale desde la casa, lo que normalmente sería los padres y en otras circunstancias aquel adulto que esté encargado del menor. Ellos son quienes tienen el deber de crear un ambiente apto para el óptimo desarrollo mental, social y físico del menor; esto siempre dependerá, claro está, de la cultura, de las creencias y del ámbito social en el que se encuentren las personas pues es el factor determinante en la formación de un niño, niña o adolescente; y en segunda instancia está la responsabilidad pública, directamente la estatal a través de sus legisladores, es decir serán ellos quienes mediante de los proyectos de leyes y leyes determinen los derechos y la forma en la que deben ser protegidos de manera óptima, también estableciendo obligaciones a los adultos responsables de los menores y por último sanciones para aquellos que intentan o logran violentar los derechos de los menores tomando como referencia las convenciones o tratados internacionales para establecer mínimos de protección. (Medina, 2017)

## **2.8. El interés superior del niño y la globalización**

Es innegable el hecho de que la sociedad se encuentra en un constante proceso de cambio, pues día a día surgen nuevos avances en la tecnología y con ello sus ideologías. Todo esto genera que la sociedad se transforme, lo que permite que la misma tenga cada día más opciones para modificar su imaginario social, generando que incluso los modelos de familia se modifiquen, pues en los inicios de la humanidad, el único modelo de familia que existía era el de un hombre con una mujer, siendo la reproducción el elemento base por el cual se

configuraba el grupo familiar, sin embargo, en la actualidad han cambiado los criterios para conceptualizar a la familia, siendo la familia tradicional solo un tipo más de las diversas que existen. Esto se debe a que en la actualidad existen grupos familiares constituidos por parejas homosexuales y lésbicas a más de la heterosexual, inclusive las parejas referidas puedan tener hijos a través de los métodos reproducción asistida como es el de inseminación artificial a través de donación de espermias u óvulos como fuere la necesidad del caso, entre esos métodos la maternidad subrogada.

Estas situaciones, significan un gran reto para los legisladores de los países que lo permiten, pues se debe realizar un análisis profundo con la ayuda de profesionales en diferentes materias para cada caso que se puede presentar a fin de poder otorgar protección a los niños que son concebidos por medio de los métodos de reproducción asistida. Tema que será abordado en lo posterior del presente trabajo de investigación.

## **2.9. El interés superior del niño y la maternidad subrogada**

Cuando enmarcamos el interés superior del niño en el cuadro de la maternidad subrogada, estamos entrando a un campo con deficiente información jurídica respecto al tema, debido a que, se trata de conocimiento que aún se encuentra en incertidumbre legal dentro del Estado ecuatoriano, por tal situación, es menester que observemos lo prescrito en otros países para establecer cuál es la forma adecuada en la que los asambleístas ecuatorianos deben plantear la promulgación de una norma jurídica que permita la gestación subrogada de una forma que no transgreda ninguno de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes del país.

Lo descrito en líneas precedentes se sustenta en los conflictos que puede acarrear la falta de una regulación normativa del tema central de este trabajo, pues al suscitarse un caso

de maternidad subrogada, pueden surgir varias problemáticas como es el tema de la inscripción del menor, pues se presentaran problemas de filiación a los que la autoridad del registro civil no se encuentra preparada para otorgar una solución elocuente al caso por la falta de regulación, por tal situación creemos que la autoridad competente debe efectuar una ponderación de derechos, cuya solución no perjudique a los niños cuyos derechos son el objeto del problema referido de falta de inscripción.

La segunda problemática que se contempla es la de una posible comercialización y cosificación de niños, debido a que se encuentra de por medio un pago a la madre gestante que presta su vientre para materializar la concepción; esta clase de gestación subrogada comercial, ha generado que en varias legislaciones del mundo se prohíba lucrar de la práctica en mención, permitiendo únicamente la gestación subrogada altruista que se aleja de los postulados económicos que vician la dignidad humana con el objeto de salvaguardar, en mayor medida posible, la armonía debida que debe existir entre los derechos constitucionales reconocidos en el ordenamiento legal del Ecuador.

La tercera problemática que nos surge es la dignidad del niño, la cual se encuentra relacionada con la problemática precedente, debido a que, existe la posibilidad de cosificación al menor observándolo como un “objeto de comercio” eliminando su valor espiritual, moral y humano.

Por todo lo expuesto, debemos cuestionarnos ¿Qué sucede si el niño, que es producto de un proceso de gestación subrogada, no cumple las expectativas de los padres comitentes al nacer? ya que, existirán circunstancias en los que los niños nazcan con problemas a su salud, de igual forma ¿Qué hacemos con un menor que nadie desea concebir debido al temor de criar y cuidar a un niño? A criterio personal expresamos que sería importante determinar

la filiación incondicional antes del nacimiento del nuevo ser dentro de los menores que son producto de prácticas de gestación subrogada, pues no podemos esperar a que nazca el menor para determinar si es conveniente criarlo o no. Empero, las premisas y conclusiones que nos hemos planteado, surgen en base a una anomia legal presente dentro del marco constitucional del Ecuador, ya que, los derechos del menor entrarían en una especie de ‘limbo’, causando que dentro de la presente investigación se plantee la posibilidad de una norma jurídica que regula la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida, a fin de que la referida práctica guarde consonancia directa con el interés superior del menor. (Galdon, 2019)

# **CAPITULO 3.- Derecho constitucional de la filiación de los involucrados**

## **3.1. Antecedentes**

A lo largo de la historia, la relación jurídica existente entre padres e hijos ha sido el pilar fundamental sobre el cual se levantan diversas normas inherentes al Derecho de Familia. Es así como, la necesidad de analizar las reglas que conforman el cúmulo de interacciones familiares, han sido objeto de debate durante largos años de la humanidad. Dentro de la relación jurídica referida, surge la filiación como el vínculo legal a través del cual se presenta una unión entre padre, madre e hijos, constituyendo así una estructura legal familiar que pasó a tener reglas propias a fin de salvaguardar los derechos de los niños y niñas, con el objeto de dotar de responsabilidades a los progenitores de los mismos. En la actualidad, existe un debate acerca de las formas en cómo se puede constituir la filiación, ya que, a través de las prácticas o técnicas científicas de reproducción asistida, las relaciones sexuales entre parejas no son el único método por el cual se puede procrear, debido a que, los vientres de alquiler o gestación subrogada han constituido un procedimiento científico importante para la generación de nuevos humanos a nivel mundial, presentando un debate jurídico a determinar, quienes de todos los intervinientes en el contrato de subrogación serán los que ostenten la filiación del menor nacido. Por consiguiente, el presente capítulo tiene el objetivo de analizar la maternidad subrogada frente a la filiación, y los derechos y obligaciones que genera para quienes participan en la práctica científica en cuestión, y el problema de su falta de regulación jurídica en el Ecuador frente a los derechos de los menores de edad.

### **3.2 Qué es el derecho a tener una filiación determinada**

A fin de comprender el derecho a ostentar una filiación, es menester que iniciemos estableciendo el concepto técnico del mismo; la doctrina ha manifestado que la filiación consiste en:

La filiación es el presupuesto jurídico necesario, la condición sine qua non para crear la situación jurídica de una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para conocer el estado civil de esa persona como miembro de determinada familia (Galindo, 1997, p.221).

Por consiguiente, de la doctrina precedente inferimos que la filiación consiste en el vínculo legal a través del cual tanto padres como hijos constituyen sus relaciones familiares dentro del núcleo social, generando así, un sentido de pertenencia no solo sentimental sino jurídico entre padres e hijos.

Empero, es menester que indiquemos cual es el alcance de la filiación, con el objeto de especificar si constituye una mera institución del Derecho de Familia, o se configura como un derecho de los niños, niñas y adolescentes del Ecuador.

Expresamos que, el derecho a la filiación de los menores, se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la identidad, 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 con el objeto 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.

### **3.3 Parentesco y Filiación**

Con el objetivo de continuar con la realización del presente trabajo, creemos que es puntual establecer debidamente la diferencia existente entre filiación y parentesco, a fin de especificar y comprender dos conceptos básicos que no suelen ser claros dentro de la cultura jurídica común.

En primer lugar, debemos expresar que el término parentesco hace referencia a un concepto general más no específico, es decir, el parentesco se constituye como el género mientras que la filiación como la especie.

De lo que hemos mencionado en el párrafo precedente podemos deducir que el parentesco es la totalidad de relaciones de familia existentes entre diversos miembros de un núcleo social. Es decir, se trata de una ‘’ una institución generadora de vínculos familiares in extenso, al igual que lo son el matrimonio y la filiación’’ (Varsi, 2013, p.12).

Borda (2008), expresa que el parentesco se define como el cúmulo de relaciones familiares provenientes del matrimonio y la adopción. Por su parte, Zannoni (1989) expresa que la filiación se define como la totalidad de relaciones legales existentes entre familiares, lo cual se deriva del vínculo jurídico presente entre parientes consanguíneos, afines y adoptados, los cuales se constituyen a través del matrimonio, filiación y adopción.

Por consiguiente, afirmamos que el parentesco constituye una institución del Derecho de Familia por medio del cual se crean vínculos legales que entrelazan las relaciones entre seres humanos que forman parte de un núcleo familiar. Dicho parentesco, se origina por

medio de los lazos sanguíneos o por mandato jurídico, por ende, la referida institución origina un estado de familia parental entre las personas que se encuentran vinculadas a través de la misma. Es por esta razón que, el parentesco viene a ser el término genérico que entrelaza, une, relaciona y constituye un vínculo jurídico presente entre los sujetos que se desprenden de un mismo tronco familiar; o el vínculo legal presente entre sujetos que se constituyen en virtud de la consanguinidad, adopción y afinidad.

Por su parte, la filiación es una de las formas a través de las cuales se origina el parentesco, al cual ya lo definimos como el vínculo legal a través del cual tanto padres como hijos constituyen sus relaciones familiares dentro del núcleo social, generando así, un sentido de pertenencia no solo sentimental sino jurídico entre padres e hijos.

### **3.4 Derechos de los niños nacidos por maternidad Subrogada**

Los niños que son producto de un proceso de maternidad subrogada ostentan la totalidad del cúmulo de derechos contenidos en la Constitución de la República del Ecuador (2008), por lo que, se debe velar debidamente en su desarrollo integral con el objeto de salvaguardar así su interés superior y progreso.

Empero, haciendo un análisis concreto, podemos afirmar que los derechos de los niños que mayor peligro corren con las prácticas no reguladas de gestación subrogada son:

- Derecho a la identidad y filiación
- Derecho a la familia
- Principio de interés superior.

Con respecto al derecho a la identidad y filiación, expresamos que la filiación constituye el mecanismo por el cual una persona adquiere una identidad, pues ésta última

se define 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 dentro de la esfera social y familiar.

Entonces, hemos de afirmar que desde la esfera antropológica que la identidad 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 encuentra 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).

Fernández Sessarego (2005) afirma que la identidad jurídica 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 (procrear). 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, 2010, p. 236).

La identidad personal es el derecho de cada persona 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).

Por todo lo expuesto, es que la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 66 numeral 28 reconoce de manera literal el derecho a la identidad, siendo en palabras de Alexy (1993), un mandato de optimización que debe ser desarrollado en mayor medida posible por las leyes y el Estado. Empero, creemos que en las prácticas de gestación subrogada sin regulación parece ser que se puede presentar conflictos con este derecho, debido que, 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 materna 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.

Con respecto al derecho a la familia expresamos que, la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 67 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.

No obstante, de las prácticas de gestación subrogada, podemos evidenciar la presencia de conflictos a este derecho en su falta de regulación, pues el Estado tiene la obligación de establecer una normativa clara y concreta acerca de esta práctica científica y contractual, ya que la falta de regulación de los procesos de gestación subrogada, genera problemas de colisión de derechos constitucionales dentro de la realidad material. Siendo notorio que 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 conforman y, de esta forma, se pone en peligro su conservación” (Rupay, 2018, p.114).

Finalmente, por todo lo analizado en líneas precedentes, expresamos que la falta de regulación de los contratos de gestación subrogada afectan directamente todos los derechos constitucionales de los menores que engloban o estructuran el principio de interés superior del mismo, por lo que no debemos olvidar, que es menester entender que dicho principio se constituye en base a la totalidad de facultades constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, con el objeto de que dichas personas puedan alcanzar un desarrollo integral óptimo y eficaz.

### **3.5 Derechos y obligaciones de los padres intencionados y de la madre sustituta en los procesos de maternidad Subrogada**

En Ecuador no existe una normativa que establezca los derechos que deben tener los progenitores de un niño nacido de una práctica de gestación subrogada, no obstante,

acudiendo a la legislación extranjera podemos encontrar vías de regulación que determinen los derechos y obligaciones de los padres de intención frente al menor.

Por lo cual nos ha parecido interesante exponer el caso de Sudáfrica, país que regula debidamente los contratos de gestación subrogada, definiendo de manera clara los derechos y obligaciones de las partes que confluyen a dicho negocio jurídico.

En Sudáfrica, para proteger los derechos de los menores, y otorgar validez 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, consiste 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 podemos 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 niño que ha nacido en base de la práctica de maternidad subrogada.

Sin embargo, afirmamos que Ecuador no tiene normas claras que determinen los derechos obligaciones tanto de los padres intencionados como de la madre sustituta, demostrándose con el caso Sudafricano, la importancia de regular debidamente las consecuencias jurídicas que se derivan los procesos y contratos de gestación subrogada.

### **3.6 Determinación legal de la filiación derivada de la Maternidad Subrogada de los intervinientes**

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 materna, además de establecer, qué 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, podemos inferir que, a pesar de la falta prohibición o de regulación específica con respecto a los contratos de maternidad subrogada, no podemos 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 afección 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.

Entonces, al no existir en Ecuador una norma clara que establezca la forma en cómo se distribuirá la filiación del menor producto de un proceso de gestación subrogada, se genera incertidumbre legal en este aspecto, siendo inexistente el mecanismo o parámetro por el cual

establecer la asignación de la filiación dentro de los procesos de gestación maternal sustituta mencionados.

Es interesante analizar el caso de Canadá, expresando Cáceres (2019) que, la Ley de Reproducción Humana Asistida o Assisted Human Reproduction Act, AHRA (2004) prescribe que la madre gestante 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 reclamar la filiación del menor, y 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.

Por su parte podemos analizar el caso sudafricano que ya fue expuesto con anterioridad, en el cual, 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.

Estos son criterios de la legislación extranjera que podemos presentar con el objeto de encontrar lineamientos legales que permitan entender la forma en cómo se distribuye la filiación dentro de los procesos de maternidad subrogada.

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

Debido a la falta de regulación legal respecto a los procesos de maternidad subrogada, nosotros podemos encontrar una vulneración a la determinación de la filiación del menor que ha nacido en virtud de la técnica científica descrita en líneas precedentes.

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. Generando que deba determinarse si corresponde o no otorgarle de validez al contrato de subrogación materna, además de especificar cuál 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, produciría, a prima facie, legitimidad de la acción judicial planteada por la madre sustituta. Es por ello que, estas circunstancias afectan directamente al menor nacido del proceso de subrogación materna, causando 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) nos afirma que, es realmente complejo determinar reglas generales que permitan determinar la filiación dentro de los procesos de subrogación materna, 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 imposibilitar de generarle al menor vínculos con otras personas en el supuesto fáctico de que se encuentre casada con otra persona.

Por tal situación, 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, concluyendo Valdés 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 al 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) expresa 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 creemos 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, debemos afirmar que también se presenta una vulneración directa a los derechos de los menores y se pone en peligro la filiación, en aquellos supuestos en los cuales, las parejas deciden acudir a otros países en donde se permiten las prácticas de gestación subrogada, debido a que en los suyos son prohibidas. Esta situación puede desembocar en una afeción 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.

### **3.8. Análisis del caso de estudio**

#### **3.8.1. Análisis la sentencia del caso Satya de la CC**

Ecuador no es un país ajeno a prácticas de gestación subrogada, pues basta con buscar anuncios en redes sociales o plataformas digitales para observar cómo diversas mujeres ofrecen a nivel nacional su vientre en alquiler a fin de obtener réditos económicos de la gestación subrogada.

Entonces, el vacío normativo que existe frente a esta figura legal, puede generar notables conflictos dentro de la realidad material ecuatoriana, los cuales, al menos en supuestos teóricos, ya los hemos anunciado en los títulos precedentes del presente trabajo.

Por consiguiente, es necesario presentar el caso Sayta, el cual ha generado un notable revuelo a nivel nacional dentro de la esfera jurídica y social ecuatoriana:

Satya es la hija biológica de Nicola, que es pareja lésbica de Helen (en unión de hecho reconocida). Satya nació de Nicola por un método de reproducción asistida, en la que el “padre” es un donante anónimo. La pareja, Helen y Nicola, pretenden

la inscripción de Satya bajo sus apellidos, lo que no ha sido admitido por el Registro Civil. (Maldonado, 2012, s.f).

La negativa de inscripción a Sayta generó un conflicto jurídico de derechos constitucionales, a tal punto que las madres de la niña, Helen Bicknell y Nicola Rotheron, procedieron a interponer una acción extraordinaria de protección, la cual fue resuelta por la Corte Constitucional, órgano jurisdiccional que en fecha 29 de mayo del año 2018 por medio de la Sentencia nro. 184-18-SEP-CC, en la cual se dio a lugar la acción presentada por las accionantes, causando la declaratoria a la vulneración de los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva, al debido proceso en especial atención a la garantía procesal de motivación, al derecho a la identidad personal, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a ostentar una familia en sus diversas tipologías, y finalmente, una trasgresión al principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Por consiguiente, la Corte Constitucional declaró que se registre de manera inmediata la inscripción de Sayta con los apellidos de sus dos madres Helen Bicknell y Nicola Rotheron, constituyéndose la identidad de la niña como Satya Bicknell-Rotheron.

En resumen, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

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

manera inadecuada. Es un hito en el desarrollo de derechos porque reconoce a una familia diversa compuesta por una pareja del mismo sexo, reconociendo que la relación de la niña con sus madres debe ser respetada por todas las Instituciones del Estado y que un elemento sustancial de su identidad es reconocerse como parte de su núcleo familiar. (Corte Constitucional, sentencia nro. 184-18-SEP-CC).

El caso Sayta, sin duda rompe los esquemas tradicionales sobre los cuales se levanta la filiación, evidencia que la falta de regulación jurídica del proceso de gestación subrogada, afecta de manera notoria los derechos de los menores dentro de la realidad material del Ecuador. Pues las madres de Sayta, tuvieron que acudir ante el máximo órgano de interpretación constitucional para encontrar una solución justa a su conflicto de inscripción, situación que no es del todo correcta, ya que la forma correcta de legislar dentro de un sistema jurídico romano germánico, no es a través de sentencias, sino por medio de leyes claras, específicas y concretas que regulen determinadas situaciones fácticas.

### **3.8.1.1. Tipos de familias de acuerdo a la Opinión Consultiva de la CIDH**

La Opinión consultiva OC-24/17 generó un progreso dentro de la concepción de la familia dentro del ordenamiento legal y social de los Estados. Pues para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la familia encuentra su protección dentro de la Convención Americana dentro de su artículo número 17, empero, el referido órgano de justicia internacional, considera que el cuerpo normativo en mención establece una definición de naturaleza restrictiva con respecto al matrimonio, al prescribir que el mismo es la unión entre hombre y mujer, lo cual contraviene los diversos tipos de familia que se han generado dentro del contexto de una realidad contemporánea.

Por consiguiente, la referida opinión consultiva prescribe que la interpretación restrictiva del concepto de familia debe ser excluida de la Convención Americana, puesto que, frustra y transgrede la posibilidad de un vínculo afectivo familiar entre parejas del mismo sexo que configure un nuevo núcleo social, menoscabando así el cúmulo de derechos humanos familiares que se encuentran reconocidos a nivel mundial.

Manifestamos que, la opinión consultiva en cuestión ha ostentado diversas oposiciones de puntos de vista filosóficos y religiosos, lo cual, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no constituyen argumentos lógicos válidos para interferir en el control de convencionalidad ejercido por la misma, sino que alteran dicho ejercicio jurídico de legalidad internacional menoscabando los derechos de igualdad y no discriminación.

Es por esta razón que, en la Opinión consultiva OC-24/17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos prescribe que todo Estado sujeto a la norma internacional, tiene el deber jurídico de no menoscabar los derechos de una familia diversa, presentando diversas políticas públicas y normas que sean acordes a la realidad convencional de los derechos humanos, dejando atrás el prejuicio heterosexual de normalidad, para entender el mundo de manera diferente y social.



## **CAPITULO 4.- CONCLUSIONES**

### **4.1 Discusión**

En la actualidad, el procedimiento de maternidad subrogada o vientre de alquiler es una realidad a nivel mundial, lo que hace que sea relevante a nivel normativo pues cada vez es una práctica más frecuente, pero su falta de normativa en nuestro país lo hace un procedimiento inseguro a nivel jurídico, pues pueden surgir diferentes problemáticas para las cuales las leyes del Ecuador no están preparadas para solucionar.

Entonces, surge la discusión a determinar si la gestación subrogada vulnera el contenido básico del derecho de filiación, debido a que, la misma puede constituirse por dos vías: por naturaleza, es decir por ser una persona descendiente de otra o por adopción, y en el caso de la maternidad subrogada se da una situación especial en la que los intervinientes son: los futuros padres, la madre subrogante y el neonato o el niño, situación que no se acomoda a ninguno de los casos que sugiere el concepto de filiación. En este contexto para que se pueda reconocer la maternidad o paternidad de un niño, la madre sustituta tendrá que renunciar a todos sus derechos y obligaciones ante el recién nacido para así poder entregar al bebe después del parto, para que lleve aparejado los efectos jurídicos propios de la filiación.

A este punto es necesario poner a consideración el inminente replanteamiento de la madre gestante durante el proceso de gestación sobre sus derechos de filiación, cuando se trata de una maternidad subrogada; lo que recae en el hecho de perturbar los diferentes conceptos de la filiación y por ende en la gran problemática de establecer derechos directos de la madre gestante con el neonato, pues en este aspecto es necesario establecer el que en Ecuador existe una carencia de legislación en la materia de la maternidad subrogada y la

vinculación de la filiación, pues los intervinientes dejan los derechos filiatorios de los intervinientes y del neonato en un limbo.

Por ende, surge la discusión que se ha investigado a lo largo del presente proyecto, la cual ha sido determinar si ¿Se pueden ver afectados los derechos de filiación y el principio de interés superior del niño por la falta de regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento ecuatoriano?

#### **4.2 Conclusiones**

- La maternidad subrogada es una práctica que tiene vigencia material dentro de la legislación ecuatoriana, pues es notorio observar en plataformas digitales la oferta de diversas madres en las que ponen en el comercio su vientre en alquiler.
- Ecuador ostenta una fuerte falta de regulación jurídica acerca de la práctica de vientres de alquiler, debido a que, las leyes ecuatorianas no prohíben, pero tampoco regulan dicha práctica científica, produciendo un peligro de incertidumbre jurídica y anomia legal dentro del marco normativo ecuatoriano.
- La falta de regulación jurídica de los procesos de gestación subrogada puede generar una afcción directa a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han nacido en virtud de la práctica de gestación subrogada maternal, siendo evidente que pueda llegar a afectarse su desarrollo integral y por consiguiente su principio de interés superior.

#### **4.3 Recomendaciones**

El presente trabajo nos ha llevado a recomendar la necesidad urgente de presentar una norma de Derecho de Familia que regule las prácticas de gestación subrogada. Pues si bien

el caso Sayta ya tiene un precedente de la Corte Constitucional, se debe recordar, que, en un sistema romano germánico como el nuestro, es necesario que se regulen las situaciones fácticas por medio de normas, más no de sentencias, siendo necesario que exista una norma clara, concreta y específica que regule las prácticas de maternidad subrogada a fin de no vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han nacido en virtud de las prácticas de vientres de alquiler.

Por ende, es necesario que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ajuste a las técnicas de reproducción asistida, puesto que las mismas, ya son una realidad dentro de la esfera social y científica ecuatoriana. Con especial mención a la maternidad subrogada, ya que de dicha práctica se derivan nuevas formas de constitución y creación de filiación con el cúmulo de derechos consanguíneos que conlleva la misma, los cuales deben ser regulados urgentemente con el objeto de evitar cualquier forma de transgresión a derechos constitucionales e impedir conflictos que puedan suscitarse de la dinámica social.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. Acuña Bustos, A. P. (2019). Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena. *Opinión jurídica*, 18(36), 17-35.
2. Alcántara, J., & Ormerod, T. (2019). *El Interés Superior del Niño: Una Revisión Integradora de Las Literaturas Inglesa Y Portuguesa*. Universidad Estadual de Maringá. Obtenido de <https://www.scielo.br/j/pe/a/ZPPWmRgRsrXDCfcLM9JjX4F/abstract/?format=html&lang=es>
3. Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Oxford.
4. Alvarado & Núñez Espinosa, S. G. (2022). Al principio del interés superior del niño y adolescentes y la afectación a su desarrollo integral en San Juan de Miraflores 2019.
5. 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.
6. Borda, G. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. 12<sup>a</sup> edición actualizada, Lexis Nexis.
7. Bustamante, Y, & Karchmer, S. (2019). Gestación subrogada: Conceptos actuales. *Acta Médica Grupo Ángeles*, 17(S1), 62-66.
8. Cáceres, M. (2019). *Maternidad Subrogada: Regulación en algunos países donde está permitida*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
9. Cantoral, K. & Muñoz, Z. (2018). El interés superior del niño como principio rector

- de las políticas públicas en México: función justificativa y directiva. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 29(1), 51-67.
10. Carrazos, J. (2016). *Congresos Estatales de la República*. Legis.
  11. Carriel López, R. A. (2021). *Inexistencia de una normativa de maternidad subrogada en el Ecuador* (Bachelor's thesis, Guayaquil: ULVR, 2021.).
  12. Cevallos, G. (2019). *La subrogación materna: análisis de la legislación civil para introducir la figura de forma contractual en el Ecuador* (Bachelor's thesis, Universidad de Guayaquil Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas).
  13. Concha, F. (2021). *La gestación subrogada y las controversias jurídicas en las parejas infértiles en Lima Metropolitana-2019*.
  14. Consejo de la Judicatura. (2021). *Guía evaluación y determinación del interés superior de la niñez en los procesos judiciales*. Obtenido de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>
  15. Coronel , O., & Sánchez , M. (2021). *El interés superior del niño frente a la desprotección familiar en el juzgado de familia permanente de Moyobamba 2019*. UNiversidad Cesar Vallejo. Obtenido de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/72275>
  16. Coronel Alva, O., & Sánchez Montalván, M. F. (2021). *El interés superior del niño frente a la desprotección familiar en el juzgado de familia permanente de Moyobamba 2019*.
  17. 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>

18. Fernández Sessarego, C. (2005). Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. *la Constitución comentada, 1*, 13.
19. Galdon, M. G. (Abril de 2019). Obtenido de <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/271805/retrieve>
20. Galindo, I. (1997). *Estudios de derecho civil*. Porrúa.
21. Hinostroza, B., & Sheilla, Y. (2020). Regulación contractual de la figura de maternidad subrogada en el Código Civil.
22. INICEF. (2006). Convención sobre Los derechos del Niño. INICEF. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
23. Instituto Nacional del Cáncer. (s.f.). Obtenido de Instituto Nacional del Cáncer: <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/def/embarazo-subrogado>
24. Isa, J. (2017). *Deseamos hijos, pero no los tenemos, ¿en qué lugar nos ubicamos?*: construcciones de sentido en torno a la infertilidad. Chile: Universidad Nacional de La Plata. Obtenido de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/59875>
25. Junyent de Sandoval, B. (2016). *Fecundación asistida e identidad personal*. Astrea.
26. Lamm, E. (2014). *Gestacion por sutitucion*. Barcelona, España: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
27. Lopez, R. E. (2015). Interes superior de los niños y niñas: Definicion y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 56-67.
28. Maldonado, M. (07 de mayo de 2012). En torno al caso Satya. *La República*. <https://www.larepublica.ec/blog/opinion/2012/05/07/en-torno-al-caso-sayta/>
29. Medina, C. E. (Febrero de 2017). Obtenido de

<https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/25318/1/FJCS-DE-1007.pdf>

30. Mejía , L. (2019). La positivización de la Gestación subrogada en el Perú. Perú-Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca. Obtenido de <https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14074/3498/MONOGRAFIA%20GESTACION%20SUBROGADA%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
31. Mena , M., & Anilema , R. (2018). El principio de interés superior del niño, niña y adolescente, en los procesos jurídicos-administrativos de la adopción internacional en el Ecuador. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.pucesa.edu.ec/handle/123456789/2519>
32. Mena , M., & Anilema , R. (2018). El principio de interés superior del niño, niña y adolescente, en los procesos jurídicos-administrativos de la adopción internacional en el Ecuador. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.pucesa.edu.ec/handle/123456789/2519>
33. Miembro del Comité de Bioética de Barcelona. (2018). Jornada La maternitat Subrogada. Universitat de Barcelona. Obtenido de [https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/espai\\_actualitat/maternitatSubrogada\\_MBoladeras.pdf](https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/espai_actualitat/maternitatSubrogada_MBoladeras.pdf)
34. Monroy , J. (2013). Técnicas de Reproducción asistida y su Incidencia en Colombia. Bogotá-Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2162/1641>
35. Nuñez , K., & Rodríguez , C. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. Jurídicas, 74-90. Obtenido de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas18\(1\)\\_5.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas18(1)_5.pdf)

36. Ordeñana, T y Barahona, A. (2016). *El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional*. Cevallos.
37. Pereña, M. (2012). *Autonomía de la voluntad y filiación. Los desafíos del siglo XXI*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.
38. Porto, H. S. (21 de Junio de 2022). Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-912\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-912_2004.html)
39. Quintero , S. (2018). PERCEPCIÓN DE ALGUNOS HABITANTES DEL MUNICIPIO DE ENVIGADO SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y SUS IMPLICACIONES PSICOSOCIALES. Institución Universitaria de Envigado. Obtenido de [http://bibliotecadigital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/93/1/iue\\_rep\\_pre\\_psi\\_arango\\_2019\\_percepci%C3%B3n\\_habitantes.pdf](http://bibliotecadigital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/93/1/iue_rep_pre_psi_arango_2019_percepci%C3%B3n_habitantes.pdf)
40. Reategui, E. (2019). Propuesta de principios y normas para regular vacíos legales en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: legislación peruana. Universidad Nacional de Tránsito. Obtenido de <https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/12992>
41. Rivera, K. (2018). La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción pater is est. Revista Derecho & Sociedad, 235-248. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6754594.pdf>
42. Rivera, K. (2018). La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción pater is est. Revista Derecho & Sociedad, 235-248. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6754594.pdf>
43. Rosales , V. (2020). La maternidad subrogada: propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador (Surrogate Motherhood: A Proposal to Consider It as a

- Form of Work in Ecuador). Quito-Ecuador: Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Obtenido de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3538389](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3538389)
44. Rupay Allcca, L. K. (December 2018). Altruistic gestational surrogacy in Peru: current problems and challenges. *Law & Society Magazine* (51), 103-117.
  45. Salud, C. E. (24 de 08 de 2020). Texto final del Código Orgánico de Salud para la votación. Obtenido de <https://www.puenteasociados.com/wp-content/uploads/2020/08/Co%CC%81digo-Orga%CC%81nico-de-Salud-Texto-final-para-votacio%CC%81n-25-08-2020.pdf?fbclid=IwAR3Jzuo0zMosRqpjibQIsFVuKu7Jc7DXIPe1g9BOoActUT7v7iXHIg-3Eh4>
  46. Salud, M. d. (Febrero de 2018). Obtenido de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>
  47. Segarra , M., & Coronel , M. (2021). Los incidentes de rebaja de pensión alimenticia - el interés superior del niño en situación de pandemia por la COVID-19 y la responsabilidad objetiva del estado. Universidad Católica de Cuenca. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8219270>
  48. Segarra , M., & Coronel , M. (2021). Los incidentes de rebaja de pensión alimenticia - el interés superior del niño en situación de pandemia por la COVID-19 y la responsabilidad objetiva del estado. Universidad Católica de Cuenca. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8219270>
  49. Sesma, I. B. (2022). Enciclopedia De Bioderecho Y Bioética. Obtenido de Enciclopedia De Bioderecho Y Bioética: <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203>

50. Texto final del Código Orgánico de Salud para la votación. (2020). Quito: Asamblea Nacional Republica del Ecuador.
51. Toral , P., Erazo , J., Ormaza , D., & Narváez , C. (2020). La aplicación de los derechos humanos en el interés superior del niño. Universidad Católica de Cuenca. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7408565>
52. Torres , F., & García , F. (2005). El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo jurídico en México. Obtenido de <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/483/471>
53. Torres , F., & García , F. (2005). El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo jurídico en México. Obtenido de <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/483/471>
54. Tuesta , A. (2019). La vulneración de los principios de tutela jurisdiccional efectiva y el interés superior del niño en los casos de régimen de visitas : a propósito de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Obtenido de <https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/1987>
55. Tuesta , A. (2019). La vulneración de los principios de tutela jurisdiccional efectiva y el interés superior del niño en los casos de régimen de visitas : a propósito de estar al día en el pago de las pensiones alimenticias. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Obtenido de <https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/1987>
56. Unicef. (Junio de 2006). Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
57. 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.

58. 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.
59. Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia: Derecho de filiación*.
60. Vela, D., & Oña, P. (2017). *Maternidad subrogada frente al principio del interés superior de los menores en la Legislación Ecuatoriana año 2015*. Quito-Ecuador: Universidad Central del Ecuador. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/9705>
61. Vidal, S. (2019). *Nuevas Tecnologías Reproductivas y creación de maternidades posthumanas en la ciencia ficción feminista: el caso de The Female Man, de Joanna Russ, y Woman on the Edge of Time, de Marge Piercy*. España-Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
62. Viteri, M. (2019). *Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6907>
63. Zannoni, E. (1989). *Derecho de familia*. Tomo II, 2ª edición, Astrea.

#### **Normas jurídicas:**

1. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449. (Asamblea Nacional 20 de octubre de 2008).
2. Declaración Universal de Derechos Humanos, Registro Oficial 217 (Asamblea General de las Naciones Unidas 10 de diciembre de 1948).

3. Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 412 (Asamblea Nacional 17 de agosto de 2019).
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 405 (Asamblea General de las Naciones Unidas 16 de noviembre de 1966).
5. Convenio de la Haya relativo a la protección el niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. (29 de Mayo de 1993). Obtenido de [https://www.oas.org/dil/esp/Convenio\\_Haya\\_Proteccion\\_del\\_Nino\\_Cooperacion\\_en\\_Materia\\_Adopcion\\_Internacional\\_Espana.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf)

**Jurisprudencia:**

1. Corte Constitucional, Sentencia nro. 184-18-SEP-CC.
2. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017”, *Opinión Consultiva OC-24/17 (Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo)*, 24 de noviembre de 2017, párrs. 181-4, ([http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)).