

Derecho y familia

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA



Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

Primera edición: julio de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 6

La gestación por subrogación en Ecuador

Sonia Merlyn*

* Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador.

SUMARIO: A. Introducción; B. Vacío normativo; C. Proyectos de ley; D. Interpretación judicial; E. Contractualidad de la gestación por subrogación; F. Vigencia práctica; G. Actuales soluciones para establecer la filiación por gestación subrogada; H. Conclusiones. Bibliografía.

A. Introducción

El primer "bebé probeta" ecuatoriano nació en Quito, el 10 de junio de 1992, gracias al doctor Iván Valencia Madera, pionero en el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida en Ecuador, cuyo Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad (Cemefes), afiliado a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (Red Lara), tiene su sede en Quito. Fue el primero que instituyó un "banco" (centro de depósito) de semen en Ecuador, en 1984.¹ En ese mismo centro se efectuó el primer nacimiento con embriones crioconservados, el 20 de mayo de 1999.

En Ecuador, según información de la Red Lara, existen 1,514 casos de bebés nacidos mediante estas técnicas.² A su vez, según ACESS,³ existen

¹ Merlyn, Sonia, *Derecho y reproducción asistida*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2006.

² Red Lara, *Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry*, 2017. Disponible en: «<https://redlara.com/images/archivo/RLA-JBRA-2017-2020.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

³ ACESS es la Agencia de Aseguramiento de Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada, encargado de registrar en Ecuador a estos centros.

18 centros de fecundación asistida, la mitad, en Quito (provincia Pichincha), 4 en Guayaquil (Provincia Guayas), 1 en Salinas (Santa Elena), 3 en Cuenca (Azuay) y 1 en Machala (El Oro). De ellos, 8 están acreditados por la Red Lara.

Según la información recaudada en 2018 por la Comisión Nacional de Bioética del Ministerio de Salud, en Ecuador se practica la gestación por subrogación al menos desde hace 23 años.⁴

Los centros de fecundación asistida ecuatoriana practican con regularidad la gestación por subrogación, aunque, según los médicos practicantes, sólo un porcentaje muy bajo de sus pacientes recurre a ella. Pedro Valdivieso, director de la Unidad de Fertilidad de la clínica Alcívar, centro afiliado a Red Lara, indica que el porcentaje de pacientes que acude a ella es menor a 1%.⁵ A pesar de este porcentaje tan bajo, la mencionada clínica, en su página de Facebook, utiliza la frase "vientre de alquiler en Ecuador" para promocionar su página web. Además, tiene un blog de madres subrogantes.⁶

No obstante su vigencia práctica, hasta hoy en Ecuador sólo existen normas penales referidas a las técnicas de reproducción asistida (TRA) y ninguna acerca de la gestación por subrogación. El artículo 89 del Código Orgánico Integral Penal tipifica la inseminación no consentida como delito de lesa humanidad y, más adelante, en el capítulo referente a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, sanciona en el artículo 164 a quien insemine artificialmente o transfiera un óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento con pena privativa de libertad de cinco

⁴ Ministerio de Salud Pública, *Criterios sobre maternidad asistida*, 2020. Disponible en: «<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

⁵ Diario El Universo, "Subrogación de vientre polariza discusión legal en Proyecto de Código de la Salud", 2018. Disponible en: «<https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/11/nota/6804431/subrogacion-vientre-polariza-discusion-legal/>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

⁶ Facebook, "Vientre de alquiler". Disponible en: «<https://www.facebook.com/Vientre-de-alquiler-Ecuador-10356384779572/>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

a siete años, y si la mujer es menor de 18 años de edad o no tiene capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, con pena privativa de libertad de siete a diez años.⁷

La doctrina tampoco abunda en el tema. Podemos citar en derecho y reproducción asistida, aparte del trabajo de quien suscribe este artículo, la obra *Gestación por sustitución: un tema impostergable en el derecho de familia*, de Guevara,⁸ quien lamentablemente sólo dedica a Ecuador un pequeño capítulo, dentro del cual no analiza el tema de manera crítica o exhaustiva. De igual manera, en su obra *Manual de derecho de familia*, Simón⁹ escribe dos páginas referentes a la gestación por subrogación, en el capítulo referente a filiación, dentro de la impugnación de maternidad y paternidad, limitándose a relatar el caso *Satya*, que será desarrollado más adelante.

B. Vacío normativo

El vacío normativo en Ecuador va más allá de la gestación por subrogación, pues el sistema jurídico no regula las TRA. Esto resulta incomprensible, especialmente por la siguiente razón: la Comisión del Consejo Nacional de Educación Superior (Conesup), integrada por un grupo de juristas ecuatorianos de las universidades y escuelas politécnicas, meses antes de la instalación de la Asamblea Constituyente, dentro del proyecto que serviría de documento referencial para la elaboración de la nueva Carta Magna en 2008, incluyó un texto muy preciso, al inicio del capítulo relativo a los derechos civiles, que establecía:

1.5. La adopción de embriones solo estará permitida en el caso de que existan excedentes de pre-embryones en un proceso de reproducción asistida, que sea gratuita y aceptada por escrito por

⁷ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.

⁸ Guevara, Alba, *Gestación por sustitución: un tema impostergable en el derecho de familia*, Quito, Ed. Ecuador, 2021.

⁹ Simón, Farith, *Manual de Derecho de Familia*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2020.

el donante, conforme a las condiciones y límites que establezca la ley; 1.6. La maternidad subrogante solo podrá realizarse si quien fuere a recibir las células, fuera familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, y de conformidad con lo establecido en la ley; 1.7. Se prohíbe el comercio de material germinal humano, pre-embriónes, embriónes o productos resultantes de embriónes, gametos o pre-embriónes o productos resultantes de embriónes.¹⁰

Ningún aspecto del mencionado texto fue recogido por la Constitución, aunque se reconocen, en el artículo 66 del capítulo relativo a los derechos de libertad, los derechos sexuales y reproductivos:

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

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.¹¹

De igual manera, el artículo constitucional 25 garantiza que "Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales".¹²

En concordancia con el tema de la gestación por subrogación y sus implicaciones jurídicas, podemos citar también el artículo 67 de la misma norma constitucional:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20.10.2008.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.¹³

En este contexto, no debemos olvidar que el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano,¹⁴ en su artículo 22, establece el derecho de niños, niñas y adolescentes a desarrollarse en su familia biológica o, excepcionalmente, cuando sea imposible o contrario a su interés superior, con otra familia de conformidad con la ley.

Se introduce así el reconocimiento jurídico de la existencia de otro tipo de familias en el ordenamiento jurídico secundario, inclusive anterior a la Constitución de 2008, pero, lamentablemente, no se precisa en ninguna otra norma de ese cuerpo legal cuáles podrían ser esos tipos de familia.

A pesar de lo indicado, el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia establece, en lo pertinente:

Derecho a la vida.-

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.¹⁵

Al tenor literal de este artículo, cualquier TRA estaría prohibida, al igual que la gestación por subrogación. Por esta razón, se encuentra

¹³ *Idem*.

¹⁴ Registro Oficial, de 3 de enero de 2003.

¹⁵ Énfasis añadido.

interpuesta una acción de consulta de inconstitucionalidad del segundo párrafo ante la Corte Constitucional de Ecuador.¹⁶

También el citado Código de Niñez y Adolescencia, en el artículo 163, prohíbe la adopción prenatal: "Adopciones prohibidas. Se prohíbe la adopción: 1. De la criatura que está por nacer".¹⁷

En concordancia, está sancionada como adopción ilegal por el artículo 107 del Código Orgánico Integral Penal, con pena privativa de libertad de 10 a 13 años. Sin embargo, pese a que la adopción prenatal está completamente vedada, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no prohíbe expresamente la filiación derivada de la gestación por subrogación.

C. Proyectos de ley

El vacío normativo ecuatoriano ha tenido, sin embargo, varios intentos fallidos para ser ocupado. Así, encontramos un primer antecedente en el Proyecto de Código de Familia presentado al entonces Congreso Nacional en 2000,¹⁸ cuya sección séptima, intitulada "Del establecimiento de la filiación en los casos de reproducción asistida", a partir del artículo 164 admitía, en general, todas las TRA sólo para subsanar la esterilidad y, como excepción, para cuando sea necesario evitar una enfermedad grave vinculada con los caracteres de la persona.

En dicho proyecto de ley se reconocía el arrepentimiento eficaz de la persona gestante, por lo tanto, se privaba a la gestación por subrogación de efectos legales: se establecía que en caso de conflicto entre la persona portadora (gestante) y la genética (comitente), la maternidad se

¹⁶ Acción de inconstitucionalidad núm. 050-014-IN, interpuesta por los Consultorios Jurídicos Gratuitos PUCE y por la autora. Admitida a trámite y realizada la audiencia en 2015, se argumentó que la Corte Constitucional debía emitir sentencia interpretativa, ha quedado olvidada, por cuanto resolver sobre ella implicaría reflexionar sobre este artículo, que es el único que a la fecha contempla al concebido como sujeto de derecho en Ecuador.

¹⁷ Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial Número 7739, de 3 de enero de 2003.

¹⁸ Proyecto de Ley núm. 21-504, extracto publicado en el Registro Oficial del 8 de agosto de 2000.

determinaría por el parto, salvo que la gestante decida voluntariamente cumplir el pacto que, en cualquier caso, debía ser gratuito. Además, se reconocía el derecho del hijo a impugnar la maternidad de la persona portadora.

Este proyecto de ley nunca fue aprobado, por cuanto varias organizaciones sociales se opusieron, probablemente al considerarlo demasiado progresista, dado que la Constitución ecuatoriana, entonces vigente (de 1998), no reconocía los diversos tipos de familia ni la unión de hecho entre parejas del mismo sexo.

Posteriormente, en 2016 fue presentado a la Asamblea Nacional, por la legisladora Alejandra Vicuña, el Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Ecuador, que contenía un solo artículo sobre el tema, el 6, que fijaba las condiciones generales del acuerdo: celebrarse mediante escritura pública (ante notario), contener a quien pertenecía la voluntad procreacional, los comitentes serían quienes asumían los derechos y obligaciones frente al nacido, dejando a la Autoridad Sanitaria Nacional (Ministerio de Salud Pública según el artículo 4 Ley Orgánica de la Salud) la regulación de las responsabilidades de las partes del Convenio. La infracción al artículo era considerada falta grave, sancionada de conformidad con el artículo de la misma ley con la suspensión definitiva del profesional responsable o del centro especializado.¹⁹

Este proyecto tampoco fue aprobado, por cuanto ya se empezó a discutir en la Asamblea el Proyecto de Código Orgánico de la Salud, en el cual, de acuerdo con la tendencia legislativa predominante en la Asamblea Ecuatoriana, se buscó integrar y compendiar la normativa secundaria en materia de salud, incluido el tratamiento jurídico de las TRA.

¹⁹ Proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador. Presentado ante la Asamblea Nacional el 22 de septiembre de 2016.

Existen también ciertos factores socioculturales que han incidido en la ausencia normativa.

La antropóloga Elizabeth Roberts señala que la sociedad ecuatoriana maneja el tema con su propia peculiar realidad. Aunque el Estado de Ecuador es laico, la mayoría de su población profesa la religión católica, pero de diversa manera, inclusive entre las ciudades de las regiones de la sierra y de la costa. Así, mientras los centros de fertilización asistida ejercen una relación paternalista con sus pacientes e indican que no contradicen los preceptos católicos al conservar la vida humana, los legisladores ignoran el tema de la reproducción asistida y, por ende, de la gestación por subrogación, pese a que han dictado leyes, como el artículo 20 del Código de Niñez y Adolescencia, para proteger la vida del embrión por nacer.

Según Roberts, la ausencia normativa ha provocado una proliferación de embriones crioconservados, de tal suerte que los pacientes que acuden a las TRA son una especie de pioneros morales.²⁰

En 2018, la Comisión Nacional de Bioética del Ministerio de Salud elaboró un documento que intituló "Criterios y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador", dentro del cual identificó como "dilemas bioéticos" las siguientes inquietudes en relación con el tema, que transcribimos literalmente por considerarlas de relevancia para el presente trabajo:

Cabe en el proceso la discusión y reflexión sobre la dignidad de la persona humana que impide que sea objeto de contrato (tiene dignidad y no precio). La aplicación de teorías bioéticas que respaldarían el proceso: contractualistas (basadas en contratos) y congratulistas (dirigidas a lograr la congratulación de algunas

²⁰ Roberts, Elizabeth, *Equatorial in-vitro: reproductive medicine and modernity in Ecuador*, información entregada por la antropóloga en entrevista a Sonia Merlyn Sacoto 2007, preprint de su trabajo doctoral base de su obra *God's laboratory: assisted reproduction in the Andes*, Berkeley, University of California Press, 2012.

partes), ¿son aplicables y éticamente correctas en una sociedad que se proclama laica, igualitaria, democrática, equitativa y solidaria? ¿El desarrollo del proceso llevará, si no ha provocado ya, al abuso y comercialización? ¿Podría considerarse como una distorsión deshumanizadora de la práctica médica y sanitaria, de la familia y de la sociedad, una vez que la procreación es, en sí misma, natural? ¿Implica una manipulación inaceptable del cuerpo femenino? ¿Y de la mujer como un ser integral? ¿Satisface un hecho de urgencia vital? ¿O solo es la satisfacción del deseo de tener un hijo, que no puede considerarse un derecho absoluto? Si las personas contratantes deciden suspender el proceso a mitad de la gestación ¿cómo actuar durante el embarazo? ¿cómo hacerlo después del parto cuando los contratantes renuncian al nuevo ser? ¿es legítimo practicar un aborto si se evidencian malformaciones? ¿El niño que nacerá es más vulnerable que el adulto que elige sus acciones? La evolución de un niño producto de una gestación por sustitución ¿es igual a la de un niño adoptado en edad temprana? La filiación de ese niño, ¿cuál es? ¿De la madre genética? ¿De la madre gestante? ¿De la madre contratante? ¿Puede luego reclamar el niño otra filiación a partir de pruebas genéticas de paternidad/maternidad? ¿Esto alteraría derechos de herencia? La legislación la paternidad se está estableciendo por la coincidencia de ADN. ¿Los padres deben revelar su origen al hijo? Y... ¿cuándo y cómo? El conocimiento de su origen ¿provocará una crisis de identidad no superable en el hijo? ¿Se puede comercializar un niño? ¿y la vida en general? El niño ¿nace ya en situación de vulnerabilidad? ¿el contrato protege alguno de sus derechos? ¿Se puede comercializar la capacidad de embarazo de una mujer? Y ésta ¿determinará patrones de culpabilidad o arrepentimiento? La práctica de la gestación por sustitución comercial ¿no viola la disposición legal ecuatoriana de no recibir recompensa económica por la donación de órganos, una vez que sería una donación temporal del cuerpo de la mujer gestante? ¿Se está cosificando al ser humano, convirtiéndolo en un objeto? ¿El derecho a la libertad protege cualquier uso que la persona quiera dar a su cuerpo? ¿No se transforma la madre gestante en una "incubadora viviente"? ¿Y la madre genética que no sea propia, en una "procreadora"? ¿Se desnaturaliza la

esencia humana? ¿Se atenta contra la intimidad de la mujer, a su esencia que la define como mujer: la capacidad de gestar? ¿No genera mayor inequidad y desigualdad en términos de justicia sanitaria? La gestación por sustitución altruista o gratuita ¿genera las mismas dudas bioéticas y legales que la comercial o remunerada? La promoción de la gestación por sustitución ¿no reconoce como uno de sus generadores las dificultades legales para la adopción? El proceso de maternidad subrogada ¿debe regularse solo matrimonios, es decir para parejas heterosexuales? ¿o también para parejas homosexuales que por ley no constituyen matrimonios? ¿El Estado, al garantizar la salud como "completo bienestar bio-psico-social" debería asumir su práctica y ejecución con los costos que implica?".²¹

La Comisión recomendó, a partir de dichas interrogantes, legislar sobre reproducción asistida considerando la gestación por subrogación e incluir, entre otros, el tema de la filiación y los derechos de lactancia del gestado; pero como no tenía fuerza vinculante, esta recomendación no fue considerada al momento de la elaboración del Proyecto de Código Orgánico de la Salud.

Dicho proyecto fue discutido y aprobado por el Poder Legislativo en 2020, después de ocho años de trámite. Así, en la sección primera del capítulo III, intitulada "Salud sexual y reproductiva", indica:

Artículo 196. Reproducción humana asistida. 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

²¹ Ministerio de Salud Pública del Ecuador, *Criterios sobre maternidad asistida*, 2020. Disponible en: «<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

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. Los prestadores de servicios de salud deberán garantizar en todo momento el cuidado y atención de las portadoras gestacionales para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto. Se prohíbe realizar estos procedimientos en niñas y adolescentes; así como, las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos, embriones o de la subrogación del vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto.²²

Respecto a cómo se regulaba en este proyecto la gestación por subrogación, se señaló en su oportunidad en el diario *El Telégrafo*: "Uno de los temas más difíciles de llegar a consensos dentro del actual debate que se está dando en la Asamblea sobre el Código Orgánico de Salud (COS) es la maternidad subrogada".²³

El Proyecto generó muchas observaciones de diversos sectores sociales sobre el tema.²⁴ Así, una vez aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional, Fundación Desafío, junto a otros colectivos de mujeres, solicitaron públicamente el veto parcial del artículo 196 del Código

²² Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de la Salud, 2020.

²³ El Telégrafo, "Vientre subrogante: Negocio a costa de mujeres pobres", 2020. Disponible en: «<https://www2.itelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/maternidad-subrogada-derechos-asamblea>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

²⁴ Es importante mencionar que el artículo era discriminatorio, pues no consideraba a los hombres con voluntad procreacional.

Orgánico de Salud sobre la gestación subrogada, para evitar que dicha práctica fuera un negocio que perjudicara directamente a las personas más vulnerables. La causa altruista obligatoria preocupó a estas organizaciones, que consideraron precariza a la mujer y destacaron que "el deseo de ser madre o padre no es un derecho", por lo que las garantías deberían estar enfocadas en las madres subrogantes y no en los contratantes.²⁵

La antropóloga ecuatoriana María Amelia Viteri²⁶ indica que lo anterior es parte de la oposición de grupos antigénero y antiaborto y recuerda que el 8 de diciembre de 2019 esos grupos convocaron manifestaciones en Guayaquil para protestar contra el proyecto, al que apodaron "Código Orgánico de Muerte".

Viteri refiere a Poly Ugarte, actual miembro del partido de derecha CREO (partido político fundado por el presidente de la República, Guillermo Lasso), quien es una de las principales voces antagónicas del tema dentro del Código de Salud. Según Ugarte, "se quiere usar a la mujer como un objeto mercantil para que tenga el hijo de otra. Mientras lo que deberíamos hacer es eliminar todos los trámites engorrosos que tiene la adopción en este país", declaración que comenta la antropóloga Viteri con el criterio que comparto, "desinforma sobre la verdad del proyecto de ley".

De cualquier manera, el Proyecto de Código Orgánico de la Salud fue vetado totalmente, sin mayor explicación, por el presidente de la república, Lenin Moreno, en oficio del 25 de septiembre de 2020, quien indicó que el Proyecto remitido por la Asamblea: "contiene un extenso desarrollo de temas de índole técnico en materia de salud, que van desde definiciones erróneas o no actualizadas hasta una estructura institucional del sistema nacional del sistema de salud poco clara".²⁷

²⁵ *Idem.*

²⁶ Viteri, María Amelia, *Políticas antigénero en América Latina: Ecuador*, Río de Janeiro, Observatorio de Sexualidad y Política, 2021, pp. 23-27.

²⁷ Oficio núm. T 270-SGJ-20-0283, de 20 de septiembre de 2020.

Conforme al artículo 138 de la Constitución, la Asamblea puede volver a considerar el veto total solamente a partir de un año de la objeción, y puede aprobarlo nuevamente sólo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. La coyuntura política implica que esta objeción sea conocida por la nueva Asamblea, que ha iniciado sus funciones en mayo de 2021, con lo cual el futuro del Proyecto de Código Orgánico de la Salud es incierto, pues aunque la tendencia política de la mayoría de los asambleístas electos es de izquierda, se ha consolidado una sorprendente alianza entre las dos principales tiendas políticas de izquierda (Pachakutik e Izquierda Democrática) con los independientes y el partido CREO, de derecha.

D. Interpretación judicial

La comentada laguna normativa sobre TRA fue señalada como tal por la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, en su Resolución Número 184, publicada en el Registro Oficial Suplemento Número 61, del 11 de septiembre de 2018, al resolver la acción de protección en el caso *Satya*, seleccionado por su relevancia y falta de precedentes al respecto, para sentar jurisprudencia.

En dicho proceso llegó a conocimiento de la Corte Constitucional el caso de una pareja de mujeres en unión de hecho que trató de inscribir a su hija *Satya* en el Registro Civil con los apellidos de las dos. Cabe mencionar que, pese a que la pareja no concibió a su hija por gestación por subrogación sino por inseminación artificial, este caso sentó un precedente jurisprudencial para determinar la filiación de todos los concebidos mediante TRA.

En efecto, el Registro Civil negó la inscripción de *Satya* al considerar que en Ecuador la legislación no contemplaba la doble filiación materna, dado que la niña fue gestada por una madre con el ovocito de su pareja. El Registro sugirió inscribir a la niña solamente con los apellidos de la madre

biológica. La Corte Constitucional falló a favor de la pareja y ordenó la inscripción con los apellidos de las dos madres.

En esa sentencia se ordenó también que el Registro Civil incorpore en su sistema de inscripción la doble paternidad y maternidad, pues emitió, en uso de las facultades constitucionales del artículo 436, numeral 6, como regla con contenido *erga omnes*, que ningún servidor público encargado de los registros pueda alegar la falta de ley que reconozca dicha doble filiación para desconocer los derechos constitucionales de identidad, igualdad ante la ley y el principio de no discriminación.²⁸

Dispuso así al Registro Civil ecuatoriano proceder con la inscripción de los nacidos mediante TRA sólo con el certificado del médico o del centro médico que haya realizado dicho procedimiento.²⁹

Así lo ha señalado también el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos de niñez trans y obstáculos para la filiación en familias LGBT en América Latina, del 6 de marzo de 2020, documento en el cual además se indica que hay una limitación de acceso a este derecho porque sólo se puede acudir a cuatro agencias del Registro Civil nacional para estas inscripciones.³⁰

La citada resolución de la Corte Constitucional marcó un hito para Ecuador en el tema de reproducción asistida, pues adoptó como medida de no repetición que la Asamblea Nacional en el plazo máximo de un año legisle sobre la reproducción asistida, considerando para el efecto la voluntad procreacional como criterio para establecer los nexos filiativos.

²⁸ Corte Constitucional, Resolución 184, Registro Oficial Suplemento Número 61, del 11 de septiembre de 2018. Acápite III, Sentencia, medidas de reparación integral: 3.6.

²⁹ Corte Constitucional, Resolución 184, Registro Oficial Suplemento Número 61, de 11 de septiembre de 2018. Parte expositiva.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre niñez trans y obstáculos para filiación en familias LGBT en América Latina*, 2020. Disponible en: «<https://synergiaihhr.org/wp-content/uploads/2020/03/CIDH-Audiencia-Tematica-2020-03-06-Derecho-a-la-Identidad-infancias-tr....pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Lamentablemente, como ya anotamos, hasta la fecha de redacción de este texto no se había cumplido, pese a que existen pedidos de seguimiento del tema por parte de ciertas organizaciones civiles.

Así, el grupo LGBTIQ+, a través de la fundación PAKTA, presentó el 8 de julio de 2020 a la Corte Constitucional una solicitud de seguimiento para establecer responsabilidades sobre la falta de aplicación de cuatro sentencias relacionadas con sus derechos, incluida la comentada, sin que existiera respuesta.³¹

A criterio del representante de este colectivo, hay una falta de voluntad política, al igual que existen grupos organizados de redes conservadoras en Latinoamérica que obstaculizan la reforma de ley sobre ésta y otras materias relacionadas con los derechos reproductivos y de género.³²

Esta información concuerda con la proporcionada por un estudio sobre el tema titulado: "Wikiantiderechos: los rostros del lobby Conservador en Ecuador y Guatemala", en el medio digital comunitario independiente Wambra, trabajo conjunto con otros cuatro medios digitales, el cual mapeó más de 50 perfiles de personas y organizaciones vinculadas con grupos evangélicos y católicos fundamentalistas, que inciden en contra de los derechos en estos países, generando marchas y protestas ciudadanas con base en la desinformación y la manipulación del tema religioso y moral para impedir la legislación.³³

Igualmente, otro estudio realizado por el Observatorio de Sexualidad y Políticas (SPW) recoge, en una serie de videos, la investigación en 10 países de América Latina sobre los procesos, discursos y estrategias de

³¹ PAKTA, *Solicitud de seguimiento de sentencias respecto a derechos de la población LGBTIQ+ en Ecuador*, documento PDF proporcionado por el abogado Christian Paula, presidente de la fundación, a quien suscribe este artículo el 20 de agosto de 2021.

³² Entrevista realizada por la autora, vía Zoom. Quito, 3 de junio de 2021.

³³ Wambra Ec, Ojo al Dato, La Barra Espaciadora, Nómada, Wikiantiderechos, *Los rostros del Lobby Conservador*, Wambra, 2021.

grupos conservadores dedicados a impedir todo avance en materia de género, e implementar al mismo tiempo políticas antigénero.³⁴

La redactora del capítulo de Ecuador en ese estudio, María Amelia Viteri,³⁵ menciona al presidente Rafael Correa, durante uno de los enlaces ciudadanos que producía todos los sábados, el 28 de diciembre de 2013, como el primer mandatario latinoamericano en tildar negativamente a los movimientos sociales que luchaban por la igualdad de género, al denominarlos "ideología de género", y desprestigiar los estudios de género, al afirmar que "destruyen a la familia", para de esta manera frenar las reformas en legislación familiar, específicamente, el matrimonio igualitario.

La investigadora recuerda que el primer antecedente histórico de ese discurso es el Ecuador del siglo XIX, durante la presidencia de Gabriel García Moreno, conocido por su política clerical e intolerante.

A la vez, indica que en la década de Correa este discurso fue sostenido mientras buscaba fragmentar a otros movimientos sociales de izquierda, con los grupos de extrema derecha con los cuales el entonces presidente se encontraba vinculado, como el Opus Dei, al igual que otros grupos que financiaban dichas campañas antiderechos: la Iglesia evangélica, la Organización "Acción Provida" auspiciada por la fundación "Dejando huellas", financiada a su vez por uno de los grupos económicos más grandes de Ecuador, Corporación Favorita.

De lo indicado se explicaría por qué sólo a partir del cambio de gobierno del mandatario, en 2017, comienza a sentarse al menos una incipiente jurisprudencia sobre estos temas.

³⁴ Observatorio de Sexualidad y Políticas (SPW), "¿Cómo irrumpen las políticas antigénero en América Latina?". Disponible en «<https://www.youtube.com/watch?v=n9HDVxmrg0&list=PLJducpnq4leC6wB7IOrwct-83nxMT16S6&index=2>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

³⁵ Viteri, María Amelia, *op. cit.*, pp. 23-27.

E. Contractualidad de la gestación por subrogación

El Código Civil ecuatoriano define al contrato como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas que genera obligaciones de dar, hacer o no hacer.³⁶

Entre las clases de contratos no está regulado expresamente el de gestación subrogada; no obstante, podría considerarse un contrato innominado admitido en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada que según Salgado rige el derecho privado ecuatoriano y las relaciones entre particulares.³⁷

En mi opinión, la aplicación de este principio general, unido a lo preceptuado en el artículo 9 del Código Civil,³⁸ conduciría a la aparente conclusión de que un pacto de gestación por subrogación es válido. Sin embargo, los contratos son válidos si no contradicen el derecho público (artículo 1478) y cumplen con los requisitos legales para su validez (artículo 1461), entre ellos, tener objeto lícito, para lo cual dicho objeto debe ser comerciable (artículo 1477).

En este sentido, si bien la intervención del Estado, que se verifica a través de la inscripción en el Registro Civil del nacido vivo, no significa necesariamente que esta materia se torne en un asunto de derecho público,³⁹ no es menos cierto que si el objeto de la gestación es el útero alquilado, no se cumpliría el requisito esencial de licitud de objeto, porque el cuerpo humano y sus partes están fuera del comercio. El objeto tampoco podría ser la entrega del niño por cuanto constituiría una figura asimilable al delito de trata de personas.

³⁶ Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46, del 24 de junio de 2005, artículo 1454.

³⁷ Salgado, Hernán, *Introducción al derecho*, Quito, Imprenta V&M Gráficas, 2010, pp. 91-92.

³⁸ "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".

³⁹ Salgado, Hernán, *op. cit.*

Adicionalmente, la figura contractual tampoco podría ejecutarse, dado que todo contrato es anulable, y la nulidad vuelve la situación al estado anterior, pero en el caso de la gestación por subrogación dicho estado es la concepción que desembocó en el nacimiento.

F. Vigencia práctica

Conforme ya hemos indicado, esta laguna normativa no impide la práctica de las TRA en Ecuador desde hace varios años, aunque definitivamente no podemos considerarlas tratamientos masivos por los altos costos que implican (sobre todo, las técnicas extracorpóreas, que van de los USD 6,000 a los 7,000).⁴⁰

En una encuesta sobre la gestación por subrogación realizada a 80 estudiantes de jurisprudencia de Quito, entre segundo y séptimo semestre de la carrera,⁴¹ sorprende su absoluta falta de información, pese a la proliferación de centros que las ofertan. Ello se debe, probablemente, a la señalada ausencia normativa.

Los centros de reproducción asistida practican la gestación por subrogación, pero en su mayoría no se responsabilizan de la elección de la persona gestante, quien debe acudir con los comitentes.⁴²

Sólo un centro indicó que tiene un listado propio de personas gestantes (que proviene de donantes de óvulos), y que las prefiere para evitar problemas que han provocado las gestantes llevadas por los comitentes, ya que son seleccionadas luego de exámenes psicológicos, exámenes médicos y con un margen de edad desde 25 hasta 40 años.⁴³

⁴⁰ Encuesta realizada por la autora a estudiantes PUCE, primer semestre 2021, Quito.

⁴¹ Encuesta hecha por la autora en febrero de 2021.

⁴² Entrevista con el doctor Marcelo Flores (Concebir), la doctora Azucena Zapata (Endogyn), el señor Enzo Caiozzi y la usuaria cuya identidad prefiere reservar, P. M.

⁴³ Entrevista llevada a cabo por la autora en junio de 2021 con Pablo Valencia (Cemefes).

Los medios de comunicación frecuentemente reseñan casos de gestación por subrogación sin levantar el anonimato de los participantes ni censurar su práctica. Por ejemplo, el reportaje del diario *El Comercio*, de Quito, del 28 de enero de 1994, p. C1, "Los mil intentos para concebir un hijo", en el cual se relata el caso de una mujer ecuatoriana de quien únicamente se proporciona el prenombre, que acudió a su hermana para que llevara en su vientre un embrión concebido con ovocitos suyos, fecundados por su marido, pero su hermana no pudo terminar el embarazo por lo que tuvo que recurrir una segunda vez a la gestación subrogada, esta vez con su cuñada, quien dio a luz a su sobrina.

Más aún, el 22 de agosto de 2010, el reportaje realizado en el programa ecuatoriano "La Televisión", relata el caso de una pareja que, ante la imposibilidad de procrear, realizó el procedimiento de gestación por subrogación en el centro del doctor Hugo Capelo. Curiosamente, la reportera recoge también la opinión de un sacerdote católico, el padre Luis Ballas, quien indica: "La iglesia acepta cuando no hay otro remedio, pero lo mejor es no ocultarle al niño y aconsejamos ir preparándole al niño para la edad en que pueda aceptar esta noticia".⁴⁴

Por otro lado, una proporción importante de mujeres ecuatorianas oferta su "vientre de alquiler" en redes sociales. Así, de una muestra de 55 mujeres, 46 son ecuatorianas, 17 residen en Quito (30.91%), un total de 56.37% en las cuatro ciudades más grandes de Ecuador y, de aquellas que indican su edad, 14 se ubican en un rango de 21 a 25 años.⁴⁵

Si comparamos los datos de la oferta de mujeres gestantes —al igual que los proporcionados por profesionales que practican la gestación por subrogación— y la ausencia jurisprudencial, se infiere que existe un subregistro de casos que no han llegado a la justicia.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Datos recopilados por la autora en la página de Facebook, febrero 2021, Quito.

Así, en la Defensoría del Pueblo aún no se ha registrado ningún reclamo por esta materia, lo cual deja como interrogante si es porque no existen o porque se teme denunciar a los establecimientos médicos o profesionales de la salud que las practican y hacer público el caso.⁴⁶

Preguntados, jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la parroquia Mariscal Sucre de Quito, integrada por 27 jueces, aún no han juzgado ningún caso sobre el tema.⁴⁷

Sobre las probables causas de esta ausencia jurisprudencial, es posible señalar:

- a) Temor a la opinión social: el acceso a la justicia implicaría dar a conocer el problema de la imposibilidad de procrear. Además, existe reticencia a revelar haber practicado esta técnica, lo que se corrobora con la voluntad de mantener el anonimato de entrevistadas que acudieron a ella.
- b) Por desconocimiento de los derechos reproductivos y la forma de ejercerlos: desde 2007 hasta 2017 el acceso a la información sobre estos derechos fue bloqueado por la política estatal, conforme lo analizamos en líneas anteriores.
- c) Por la desconfianza casi generalizada de la sociedad civil en el sistema judicial: dados los problemas de lentitud y corrupción en los procesos.
- d) Por el vacío legislativo en esta materia.⁴⁸

⁴⁶ Información extraída de casos admitidos por Defensoría del Pueblo, Quito, febrero, 2021.

⁴⁷ Padilla, Sofía, *Análisis de la maternidad subrogada para parejas heterosexuales en el Ecuador*, trabajo de investigación previa a la obtención de título de abogada, Universidad Central del Ecuador, Quito 2016; preguntas al doctor Bolívar García Pinos y las doctoras Paola Ayala Taco y Patricia Segarra, jueces de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de Parroquia Mariscal Sucre (7 de junio de 2021), y doctor Arturo Márquez, juez de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro (7 de junio de 2021).

⁴⁸ Merlyn, Sonia, *op. cit.*. Información actualizada para el presente trabajo; seis entrevistadas.

Así, cada centro aplica su propia regulación al practicar la gestación subrogada, sin que estén regulados por ninguna institución u organismo profesional médico. En efecto, el Ministerio de Salud no tiene influencia directa sobre la reproducción asistida y el encargado de su registro es la Aceso,⁴⁹ que la aprueba en las clínicas privadas como servicio de fertilidad humana, sin ejercer un control real.

Esto se refleja también en la falta de información disponible y la dificultad para que los médicos de los centros de reproducción asistida concedan entrevistas.

A mayor abundamiento, al desarrollar el presente trabajo, fueron contactados todos los centros de reproducción asistida de Ecuador; pero sólo cuatro consintieron la entrevista, y uno de ellos se negó abiertamente.⁵⁰

Como condiciones para los comitentes, los médicos de la Red Lara requieren que presenten ciertas indicaciones médicas, tales como imposibilidad de la madre de quedar embarazada, falta de útero o parte de él o útero debilitado.

Los médicos practicantes exigen la suscripción de un documento para el consentimiento informado e inclusive piden que la firma sea reconocida ante notario público, para lo cual internamente brindan asistencia psicológica gratuita y recomiendan la asesoría legal para el trámite.

En las páginas de redes sociales donde ofrecen ayuda para gestar, las mujeres indican principalmente su capacidad procreacional y su juventud.

Los médicos entrevistados de la Red Lara informaron que los laboratorios exigen imperativamente: examen preconcepcional y exámenes de enfermedades infecciosas tales como neumonía, hepatitis, dengue, fiebre

⁴⁹ Creada por Decreto Ejecutivo 703, 27 de noviembre de 2015.

⁵⁰ El Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana, Quito.

amarilla, tuberculosis, virus de inmunodeficiencia humana, enfermedades de transmisión sexual y virus del papiloma humano. No son necesarios los exámenes de empate sanguíneo.⁵¹

G. Actuales soluciones para establecer la filiación por gestación subrogada

El Código Civil, en su artículo 24, indica que la filiación se establece:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.⁵²

Así, pese a que la Constitución reconoce los diversos tipos de familia en el artículo 67, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha roto con el sistema tradicional que fija la maternidad por el parto, de tal manera que el Código Civil sólo recoge dos formas de filiación: la biológica y la legal por adopción, sin reconocer la voluntad procreacional.

Es decir, conforme se señaló, no establece la voluntad procreacional como fuente de filiación.

Por otra parte, el Código de Niñez y Adolescencia, sobre la filiación indica: "Art. 99.- Unidad de filiación.- Todos los hijos son iguales ante la ley, la

⁵¹ Entrevistas llevadas a cabo por la autora con el doctor Marcelo Flores (3 de febrero de 2021) y la doctora Azucena Zapata (9 de junio de 2021).

⁵² Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

familia y la sociedad. Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad".⁵³

Por ello, no podría negarse la filiación a un hijo o una hija concebida mediante gestación por subrogación.

Pero la voluntad procreacional, a más del caso *Satya*, sólo se ha considerado indirectamente en un triple fallo reiterativo de la Corte Nacional de Justicia, que estableció como precedente jurisprudencial obligatorio la irrevocabilidad del reconocimiento voluntario de hijos e hijas, al citar en cuanto a la filiación, al psicólogo argentino Marcelo Colussi, quien sostiene que

La paternidad no se restringe a una cuestión biológica; el hecho específicamente físico —la concepción— no agota su sentido, pues, la paternidad o maternidad no se limita al mero hecho de engendrar un ser humano, un hombre o una mujer pueden llegar a ser padre o madre, sin haber procreado, a través de la adopción legal; por reconocimiento voluntario o gracias a los avances científicos, al haber optado por algún método de procreación asistida, prestando para el efecto su consentimiento.⁵⁴

La falta de normativa ha ocasionado también que algunas parejas decidan acudir a otros países para la gestación por subrogación. Es el caso del ecuatoriano Enzo Caiozzi, quien en 2012 viajó a la India. No tuvo dificultades con la gestación, escogió el óvulo de una donante en un catálogo proporcionado por el centro de fertilización asistida, que luego, mediante fertilización *in vitro*, fue fecundado con sus espermatozoides para ser implantado en la gestante. Pero a su retorno a Ecuador, cuando quiso renovar el pasaporte de la niña, enfrentó graves dificultades en el Registro Civil, pues éste se negó a hacerlo sin la comparecencia de la madre.

⁵³ Código de Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737, de 3 de enero de 2003.

⁵⁴ Fallo Triple Reiteración Reconocimiento Voluntario de Hijos. Resolución de Triple Reiteración 5, Registro Oficial Suplemento 346, 2 de octubre de 2014.

En efecto, al salir del hospital indio, pese a que la niña constaba como su hija, pusieron en sus documentos de identidad el nombre de la gestante como madre, por lo que tuvo que acudir al Consulado ecuatoriano en India y lograr su registro en el documento con la indicación de "madre desconocida".

Enzo indica que es el primer caso en Ecuador en que se ha permitido una inscripción o registro de este modo; califica el proceso como tortuoso, sobre todo por la falta de información y la ausencia de normativa; tanto así que creó un blog para ayudar a las personas que se encontraban en similar situación, el cual estuvo activo hasta 2018.⁵⁵

No se encontró otro caso similar al de Caiozzi ni información alguna sobre acuerdos de subrogación en el extranjero en el Registro Civil ecuatoriano.⁵⁶

Cabe preguntarse si este caso será considerado como precedente por la institución para casos análogos y si eventualmente la filiación por subrogación se estableciera en el extranjero mediante sentencia de adopción, podría ser viable acudir a una homologación del fallo (*exequatur*) en la Corte Provincial, proceso previsto en el Código General de Procesos.

Consultados para este trabajo los médicos pertenecientes a la Red Lara sobre las posibles soluciones para determinar la filiación cuando practican la gestación subrogada, indicaron que al ser la subrogante quien da a luz, constará su información en el certificado de nacido vivo base para la inscripción en el Registro Civil. El progenitor comitente tendrá que pedir la patria potestad del nacido y luego la madre comitente deberá adoptarlo. Además, el procedimiento de adopción es uno de los más largos del sistema judicial ecuatoriano, por lo que puede tardar al menos un par de años. Esta solución es aplicable sólo a parejas heterosexuales,

⁵⁵ Entrevista realizada por la abogada María José León a Enzo Caiozzi, Quito (3 de febrero de 2021).

⁵⁶ Verificación realizada por la autora (7 de junio de 2021).

puesto que la adopción para parejas del mismo sexo está vedada por la Constitución, en el párrafo final del artículo 68: "La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo".⁵⁷

En este contexto, la reproducción asistida es la única opción para procrear y tener descendencia para parejas del mismo sexo. Por ello, cuando se interroga a los mismos médicos acerca de quiénes han sido sus pacientes, admiten que han practicado la técnica en parejas homosexuales, mayoritariamente mujeres. Se evidencia así una contradicción en el tema de legislación sobre filiación que se corregiría solamente con la promulgación de legislación específica sobre las TRA y la gestación por subrogación.⁵⁸

Otra solución para no privar del derecho a la identidad a los nacidos mediante gestación por subrogación sería la acción de impugnación de maternidad, prevista en el artículo 233 A del Código Civil, cuando la pareja comitente ha aportado su material genético.

Indica el mencionado artículo que la acción de impugnación de maternidad podrá ser ejercida, entre otras personas, por el hijo.⁵⁹

Impugnada la maternidad, corresponde la investigación, según los términos del artículo 255 del mismo cuerpo legal, es decir:

Artículo 255.- La acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales.

Quien tenga a su cargo la patria potestad del hijo menor de edad representará sus derechos para exigir dicha investigación, garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer su

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia y de manera supletoria este Código.

Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad serán imprescriptibles.⁶⁰

Al igual que para el proceso de adopción, en este caso se trata de un largo procedimiento judicial que podría durar varios años, el cual emplea normativa que data de 1861, "ajustada forzosamente" a la gestación por subrogación.

Finalmente, ciertos centros de reproducción asistida brindan el servicio de alumbramiento. Por otro lado, algunos de los médicos que practican la maternidad gestacional subrogada y no cuentan con ese servicio en sus instalaciones eventualmente acuden a recursos "fuera de la ley", como sustituir la historia clínica de la paciente gestante con la historia clínica de la comitente.

Preparan así con anticipación el establecimiento y el equipo que intervendrá en el parto,⁶¹ lo que puede ocasionar la denuncia contra el médico y todos los participantes por el delito de suplantación de identidad,⁶² dado que para la inscripción en el Registro Civil del nacido la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos, en su artículo 28, mantiene el requisito del certificado de nacido vivo otorgado por el profesional de la salud de la institución que atendió al parto y excepcionalmente, a falta de dicho profesional, suscribirá el mencionado informe el director del establecimiento de salud respectivo.⁶³

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Información brindada a la autora con condición de anonimato, caso P. M., Quito, 2013.

⁶² Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180, del 10 de febrero de 2014.

⁶³ Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, publicada en el Registro Oficial del 4 de febrero de 2016.

En concordancia, el Reglamento para la citada Ley⁶⁴ establece en el artículo 16, entre los datos que debe contener el Informe Estadístico de Nacido Vivo o su equivalente físico o electrónico, los nombres, apellidos y número documento de identidad de la progenitora, y si no cuenta con número documento de identidad, se asignará en la casilla correspondiente el número de su historia médica, y, en su defecto se dejará en blanco. Se indica también que si el nacimiento ha ocurrido sin atención del profesional de la salud, el mencionado documento será llenado por el servidor autorizado de la institución a cargo de Registro Civil, Identificación y Cedulación, con base en la declaración de dos testigos en los formularios emitidos por la misma entidad.⁶⁵

Se observa entonces que la sustitución de la información de la gestante por la de la comitente no es una solución legal en nuestro sistema jurídico.

H. Conclusiones

Como se indicó en este trabajo, no existe en Ecuador legislación sobre la reproducción asistida ni sobre la gestación por subrogación; ello, no obstante el efecto *erga omnes* que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, recaída en el caso *Satya*, produce en el ordenamiento nacional.

Aunque la gestación por subrogación no es la técnica más utilizada en los centros de reproducción asistida, ni existe un centro que la practique con exclusividad, implica un rédito económico que permite la promoción en redes sociales y que es reseñada con frecuencia por los medios de comunicación, lo cual es aprovechado por los centros como medio de publicidad gratuita.

Además, en la cultura ecuatoriana es todavía mantenida como "un secreto a voces", entre otras causas, por la intolerancia que merece en ciertos

⁶⁴ Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles (DEJ 525), publicada en el Registro Oficial Suplemento Número 353, del 23 de noviembre de 2018.

⁶⁵ *Idem*.

estamentos sociales. Aunque por la información que existe sobre su práctica, se infiere que se trata de un repudio sólo aparente, motivado probablemente, entre otros factores, por la ausencia de legislación que la regule.

De los datos publicados por oferentes gestantes en redes sociales, la gestación por subrogación es preferida por mujeres que habitan en ciudades grandes, las más pobladas de Ecuador, donde funcionan todos los centros de reproducción asistida, probablemente por ser más fácil mantener el anonimato. Por otro lado, considerando la edad de las oferentes gestantes, podría concluirse que buscan ayudarse para financiar metas personales, como sus estudios universitarios.

Los laboratorios practican la gestación por subrogación mediante un formulario que llenan las pacientes y sus parejas, al igual que la gestante, para constancia del consentimiento informado; en mi opinión, este acto no puede ser considerado un contrato innominado dado el objeto de dicho contrato, aunque médicos entrevistados lo denominen así. Esta práctica constituye un riesgo, tanto para los comitentes, cuando hay arrepentimiento de la gestante, como para la gestante, que no podría exigir el cumplimiento de las cláusulas de dicho documento.

La vigencia práctica de la gestación por subrogación, junto a la ausencia legislativa, vulnera la seguridad jurídica y varios derechos relacionados con la autoconstrucción del ser humano, fundamentalmente, el derecho a la identidad.

Este vacío legislativo es rechazado por las organizaciones sociales que se identifican en Ecuador como de izquierda, frente a la recalcitrante oposición de los grupos de derecha y religiosos para legislarla. Ello ocasiona una falta de voluntad política para legislar sobre las TRA en general y, en particular, sobre la gestación por subrogación, al tratarse de un tema falto de popularidad con uno u otro grupo social.

Como se indicó en este trabajo, el intento de legislar, al menos, el aspecto médico de la gestación por subrogación fracasó con el veto total del

Proyecto de Ley Orgánica de la Salud, que impide su discusión por un tiempo prolongado. Pese a que en la elaboración del vetado proyecto de ley participaron varios médicos, quienes critican el vacío normativo, es evidente para los centros que la practican la comodidad de regular sus propios precios y seguir sus protocolos.

La filiación originada en la gestación por subrogación nunca ha sido regulada, por lo que quienes acuden a ella para procrear deben adaptarse a normas anacrónicas que complican la inscripción en el Registro Civil, institución esquematizada en convicciones que actualmente resultan inconstitucionales, lo cual agrava la inseguridad jurídica producida por el vacío normativo, dado que la nacionalidad y el nombre se obtienen a partir de la inscripción en dicha institución.

En temas de derecho de personas, es un error frecuente tratar de legislarlos con la aplicación de normas del derecho patrimonial, por lo que se debería reflexionar una nueva legislación que no busque ajustar forzosamente la figura contractual a la gestación por subrogación.

Finalmente, la normativa se encuentra retrasada considerando los 20 años que lleva realizándose la práctica. Ello genera una ambivalencia que contradice el principio del interés superior de quienes nacen mediante gestación por subrogación y una vulneración a su derecho a la identidad.

Bibliografía

Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de la Salud, 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre niñez trans y obstáculos para filiación en familias LGBT en América Latina*, 2020. Disponible en: «<https://synergiaihhr.org/wp-content/uploads/2020/03/CIDH-Audiencia-Tematica-2020-03-06-Derecho-a-la-Identidad-infancias-tr....pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Diario El Universo, "Subrogación de vientre polariza discusión legal en Proyecto de Código de la Salud", 2018. Disponible en: «<https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/11/nota/6804431/subrogacion-vientre-polariza-discusion-legal/>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Facebook, "Vientre de alquiler". Disponible en: «<https://www.facebook.com/Vientre-de-alquiler-Ecuador-103563847779572/>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Guevara, Alba, *Gestación por sustitución: un tema impostergable en el derecho de familia*, Quito, Ed. Ecuador, 2021.

Merlyn, Solia, *Derecho y reproducción asistida*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2006.

Ministerio de Salud Pública, *Criterios sobre maternidad asistida*, 2020. Disponible en: «<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Ministerio de Salud Pública del Ecuador, *Criterios sobre maternidad asistida*, 2020. Disponible en: «<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Observatorio de Sexualidad y Políticas (SPW), "¿Cómo irrumpen las políticas antigénero en América Latina?". Disponible en «<https://www.youtube.com/watch?v=n9HDVxmrng0&list=PLJducpnq4lec6wB7IOrwct-83nxMT16S6&index=2>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Red Lara, *Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry*, 2017. Disponible en: «<https://redlara.com/images/archivo/RLA-JBRA-2017-2020.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Salgado, Hernán, *Introducción al derecho*, Quito, Imprenta V&M Gráficas, 2010.

Simon, Farith, *Manual de Derecho de Familia*, Quito, Ed. Cevallos, 2020.

Viteri, María Amelia, *Políticas antigénero en América Latina: Ecuador*, Río de Janeiro, Observatorio de Sexualidad y Política, 2021.

Wambra Ec, Ojo al Dato, La Barra Espaciadora, Nómada, Wikiantiderechos, *Los rostros del Lobby Conservador*, Wambra, 2021.