UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas

Carrera de Derecho

Proyecto de investigación previo a la obtención del Título de Abogada

Título

Análisis jurídico de la ausencia de regulación de la gestación subrogada y sus implicaciones en la filiación y el interés superior del niño en el Ecuador

Autora

Tania Marisol Cahueñas Simbaña

Tutora

Dra. Angelica María Gaibor Becerra

GUARANDA – BOLÍVAR

2026

CERTIFICADO DEL TUTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Yo, Dra. Angélica María Gaibor, en mi calidad de Tutora del Trabajo de Integración Curricular, presentado por la Srta. Cahueñas Simbaña Tania Marisol, para optar por el Título de; Abogada; cuyo título es: ***"Análisis jurídico de la ausencia de regulación de la gestación subrogada y sus implicaciones en la filiación y el interés superior del niño en el Ecuador."*** considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.

Dra. Angélica María Gaibor Becerra

Tutora

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA

Yo, Cahueñas Simbaña Tania Marisol, portadora de la cédula No. 1725333171 estudiante de la carrera de derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento, declaro en forma libre y voluntaria que el presente Trabajo de Integración Curricular, titulado: ***"Análisis jurídico de la ausencia de regulación de la gestación subrogada y sus implicaciones en la filiación y el interés superior del niño en el Ecuador.",*** ha sido realizado por mí persona con la dirección del tutor, Dra. Angélica María Gaibor Becerra, docente de la carrera señalada; por tanto, es de mi autoría. Por tanto, es de mi autoría. En tal sentido, debo dejar constancia que las expresiones vertidas en el desarrollo de estos documentos se han elaborado en base a la recopilación bibliográfica, tanto de libros, revistas, medios de comunicación, publicaciones y demás firmas necesarias para la producción de esta firma.

Atentamente,

CAHUEÑAS SIMBAÑA TANIA MARISOL

AUTORA

NOTARÍA TERCERA
Msc. Ab. Henry Rojas Narváez
GUARANDA - ECUADOR

Notaría Tercera del Cantón Guaranda
Msc.Ab. Henry Rojas Narvaez
Notario

....rio

Nº ESCRITURA 20260201003P01836
DECLARACION JURAMENTADA
OTORGADA POR:
CAHUEÑAS SIMBAÑA TANIA MARISOL
INDETERMINADA
DI: 2 COPIAS E.G.
Factura: 001-003-000000583

En la ciudad de Guaranda, capital de la provincia Bolívar, República del Ecuador, hoy día doce de Junio del dos mil veintiséis, ante mi Abogado HENRY ROJAS NARVAEZ, Notario Público Tercero del Cantón Guaranda, comparece la señorita **CAHUEÑAS SIMBAÑA TANIA MARISOL** de estado civil soltera, con número de celular 0989363415, correo electrónico es tania.cahuenas@ueb.edu.ec , domiciliada en la ciudad de Quito, Provincia de Pichincha y de paso por este lugar, por sus propios derechos, obligarse a quien de conocerla doy fe en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación y con su autorización se ha procedido a verificar la información en el Sistema Nacional de Identificación Ciudadana del Registro Civil y en cumplimiento de la Ley Notarial, la ley Orgánica de protección de Datos Personales (LOPDP) y su Reglamento General (RLOPDP), los datos personales proporcionados en este documento son autorizados por el compareciente al Notario para su uso, verificación, tratamiento y archivo, los cuales reposaran además en los libros de la Notaria Tercera del Cantón Guaranda conforme lo prevé la Ley Notarial, bien instruidas por mí el Notario con el objeto y resultado de esta escritura pública a la que procede libre y voluntariamente, advertido de la gravedad del juramento y las penas de perjurio, me presenta su declaración Bajo Juramento declara lo siguiente, el presente trabajo de investigación, con el tema: "**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y SUS IMPLICACIONES EN LA FILIACIÓN Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ECUADOR.**", es de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autor. Previo a la obtención del Título de Abogada de la carrera de Derecho a través de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, de la Universidad Estatal de Bolívar. Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad, la misma que la hago para los fines legales pertinentes. HASTA AQUÍ LA DECLARACIÓN JURADA. La misma que queda elevada a escritura pública con todo su valor legal. Para el otorgamiento de la presente escritura pública se observaron todos los preceptos legales del caso, leída que le fue a al compareciente por mí el Notario en unidad de acto, aquel se ratifica y firma conmigo se incorpora al protocolo de esta Notaria la presente escritura, de todo lo cual doy fe. -

CAHUEÑAS SIMBAÑA TANIA MARISOL
C.C 1725333171

ABOGADO HENRY ROJAS NARVAEZ
NOTARIO PUBLICO TERCERO DEL CANTON GUARANDA

El Nota

INFORME DE COMPILATIO

PARA:	Cahueñas Simbaña Tania Marisol
DE:	Dra, Angélica María Gaibor Becerra
ASUNTO:	Informe de
FECHA:	27 de mayo de 2026

Adjunto al presente, sírvase encontrar el documento final del Proyecto de Desarrollo Educativo titulado*: "Análisis jurídico de la ausencia de regulación de la gestación subrogada y sus implicaciones en la filiación y el interés superior del niño en el Ecuador."*, elaborado por la señorita **TANIA MARISOL CAHUEÑAS SIMBAÑA**, bajo mi dirección, previa a la obtención del título de ABOGADA, la misma que cumple con los componentes que exige la reglamentación de la Universidad Estatal de Bolívar e incluye el informe de la herramienta Compilatio, el cual avala los niveles del 6% de similitud y el 94% de originalidad del trabajo investigativo.



Certificado de análisis
Compilatio Magister+ | UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR (UEB)

TANIA MARISO CAHUENAS SIMBANA
ID : 4f9b4b7356c4d63754b635898209180c25d2982d

6%
Textos sospechosos

Nombre del fichero : TANIA MARISO CAHUENAS SIMBANA.txt
Tamaño del archivo original : 885,74 kB
Número de palabras : 39.011
Número de caracteres : 251365

Depositante : ANGELICA MARIA GAIBOR BECERRA
Fecha de depósito : 27 de mayo de 2026
Tipo de carga : interface
fecha de fin de análisis : 27 de mayo de 2026

Resumen (sección 1/2)

Localización de los textos sospechosos en el documento :

Incluido en el porcentaje de textos sospechosos :

Similitudes 5%
Pasajes con similitudes a fuentes encontradas en diferentes colecciones.

Atentamente,

Dra. Angélica María Gaibor Becerra

Tutora

DERECHOS DE AUTOR

Yo: Tania Marisol Cahueñas Simbaña, portador de la Cédula de Identidad No 1725333171, en calidad de autor titular de los derechos morales y patrimoniales del Trabajo de Titulación: **Tema: Análisis jurídico de la ausencia de regulación de la gestación subrogada y sus implicaciones en la filiación y el interés superior del niño en el Ecuador,** modalidad Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, concedemos a favor de la Universidad Estatal de Bolívar, una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservamos a mi/nuestro favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo/autorizamos a la Universidad Estatal de Bolívar, para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Digital, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El (los) autor (es) declara (n) que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.



Tania Marisol Cahueñas Simbaña

Autora

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación se lo dedico a mis padres Hugo Cahueñas y Carmen Simbaña quienes han sido mi mayor ejemplo de esfuerzo, amor y perseverancia. A mis tías Dolores y María, por estar presentes con sus concejos, palabras de aliento y apoyo constante a lo largo de este camino; a mi hermano Matias y mi primo Gabriel por su compañía y por compartir momentos significativos en esta etapa; a mi abuelita por creer siempre en mí y motivarme con su cariño y a mi enamorado Erick quien durante esta última etapa de mi carrera ha sido apoyo fundamental, brindándome la fortaleza, la comprensión y motivación para no rendirme ante las dificultades. A todos ustedes, dedico este logro, que también forma parte de todo este esfuerzo, apoyo y amor.

Cahueñas Simbaña Tania Marisol

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios y a la Virgencita por las bendiciones recibidas, por brindarme fortaleza y permitirme culminar con éxito esta importante etapa de mi vida académica; expreso mis más sinceros agradecimientos a mis padres, Hugo Cahueñas y Carmen Simbaña por su amor, apoyo incondicional, esfuerzo y confianza, valores que han sido fundamentales, de igual manera a los docentes de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias, Sociales y Políticas, por los conocimientos compartidos, las experiencias y enseñanzas; un reconocimiento especial a mi tutora Dra. Angélica María Gaibor Becerra, por su orientación, compromiso y acompañamiento en el desarrollo de este trabajo de investigación, a mis amigas Gissela Pandi, Andrea Aguas y Adriana Solorzano, por su amistad durante esta etapa importante de mi vida académica, finalmente agradezco a todas las personas que de una u otra manera, me han brindado su apoyo y motivación en este proceso académico.

Cahueñas Simbaña Tania Marisol

INDICE

CERTIFICADO DEL TUTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN I

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA II

INFORME DE COMPILATIO III

DEDICATORIA IV

AGRADECIMIENTO VI

Capítulo I: Problema 1

1.1 Resumen – Abstract 1

1.2 Introducción 7

1.3 Planteamiento del Problema 9

1.4 Formulación del problema 10

1.5 Hipótesis 10

1.6 Variables 11

1.6.1 Variable independiente: 11

1.7 Objetivos 11

1.7.1 Objetivo General 11

1.7.2 Objetivos Específicos 11

1.8 Justificación 12

CAPÍTULO II: 14

MARCO TEÓRICO 14

2.1. Implicación jurídica de la gestación subrogada en la filiación y el interés superior del niño 14

2.1.1. Conceptualización de la gestación subrogada 14

2.1.2. Características de la gestación subrogada 15

2.1.3. Naturaleza jurídica de la gestación subrogada 16

2.1.2 La filiación en la gestación subrogada 17
2.1.2.1 Concepto jurídico de la filiación 17
2.1.2.2 Filiación por las técnicas de reproducción asistida 18
2.1.2.3 Problemas jurídicos de la filiación en la gestación subrogada 19
2.1.3 Determinación de la maternidad y la paternidad 20
2.1.3.1 Determinación de la maternidad 20
2.1.3.2 Determinación de paternidad 20
2.1.3.3 Voluntad procreativa 21
2.1.4 Derecho a la identidad del niño concebido por la gestación subrogada 21
2.1.4.1 Identidad genética y filial 23
2.1.5 El interés superior del niño en la gestación subrogada 24
2.1.5.1 El principio del interés superior del niño en instrumentos internacionales 25
2.1.5.2 El interés superior del niño frente a la regulación legal 26
2.2 La gestación subrogada y la reproducción humana asistida en el marco jurídico 27
2.2.1. La reproducción humana asistida 27
2.2.1.1 Concepto de la reproducción humana asistida 27
2.2.1.2 Técnicas de reproducción humana asistida 29
2.2.2 La gestación subrogada como método de reproducción asistida 31
2.2.2.1 Relación entre la gestación subrogada y la reproducción asistida 32
2.2.2.2 Procedimientos médicos en la gestación subrogada 33
2.2.3 La regulación de la gestación subrogada a nivel internacional 34
2.2.3.1 Regulación en instrumentos internacionales 35
2.2.3.2 Criterios jurisprudenciales internacionales 36
2.2.3.3 Protección de derechos humanos en la gestación subrogada 38
2.2.4 La regulación de la gestación subrogada en Latinoamérica 39

2.2.4.1 Regulación en Colombia 40
2.2.4.2 Regulación en Argentina 41
2.2.4.3 Regulación en México 43
2.2.5 La gestación subrogada en Ecuador 44
2.2.5.1 Situación jurídica actual en el Ecuador 45
2.2.5.2 Jurisprudencia relacionada 46
2.3. Los lineamientos jurídicos para la regulación de la gestación subrogada en el Ecuador. 49
2.3.1 Necesidad de la regulación de la gestación subrogada 49
2.3.1.1 Consecuencias del vacío legal 50
2.3.1.2 Importancia de una regulación 52
2.3.2 Principios aplicables 52
2.3.2.1 Interés superior del niño 53
2.3.2.2 Derecho a la identidad 54
2.3.2.3 Autonomía reproductiva 56
2.3.2.4 Dignidad humana 57
2.3.2.5 Igualdad y no discriminación 57
2.3.3 Protección del interés superior del niño en la gestación subrogada 58
2.3.3.1 Protección de la identidad del niño 59
2.3.3.2 Derecho a conocer el origen biológico 60
2.3.3.3 La filiación desde el nacimiento 61
2.3.4 Criterios para determinar la filiación de la gestación subrogada 62
2.3.4.1 Filiación biológica 62
2.3.4.2 Filiación gestacional 63
2.3.4.3 Reconocimiento Jurídico de los padres intencionales 64
2.3.5 Propuesta de la regulación jurídica 65

2.3.5.1 Finalidad de la propuesta 66
2.3.5.2 Requisitos para acceder a la gestación subrogada 67
2.3.5.3 Derechos y obligaciones de la mujer gestante 68
2.3.5.4 Derechos y obligaciones de los padres intencionales 69
2.3.5.5. Determinación de la filiación 69
2.3.5.6 Prohibición de explotación y comercialización 70
2.3.5.7 Reforma al Código de la Niñez y adolescencia 71
2.4. Gestación subrogada en el derecho comparado 73
2.4.1 Colombia 73
2.4.1.1 Regulación Jurídica 73
2.4.1.2 Determinación de la filiación 75
2.4.1.3 Jurisprudencia relevante 76
2.4.1.4 Protección del interés superior del niño 78
2.4.2 Argentina 79
2.4.2.1 Regulación Jurídica 79
2.4.2.2 Determinación de la filiación 80
2.4.2.3 Jurisprudencia relevante 81
2.4.2.4 Protección del interés superior del niño 82
2.4.3 España 84
2.4.3.1 Regulación Jurídica 84
2.4.3.2 Determinación de la filiación 85
2.4.3.3 Jurisprudencia relevante 86
2.4.3.4 Protección del interés superior del niño 87
2.4.4 Análisis comparativo con el Ecuador 88
2.5 Marco Normativo 89

2.5.1Normativa Internacional....89
Convención sobre los Derechos del niño....89
Convención Americana sobre Derechos Humanos....90
2.5.2 Normativa Nacional....91
Constitución de la República del Ecuador....91
Código Civil....93
Código de la Niñez y Adolescencia....94
Reglamento para uso del material genético humano en el Ecuador....95
Capitulo III – Metodología....97
3. Metodología....97
3.1 Tipo de investigación....97
3.2 Técnicas e instrumentos de investigación....98
3.3 Criterio de inclusión y criterios de exclusión....98
3.4 Población y muestra....99
3.5 Localización geográfica del estudio....99
Capítulo IV – Resultados y discusión....100
4.1 Resultados....100
4.1.1 Presentación de resultados....100
4.2 Discusión....108
Capítulo V – Conclusiones y Recomendaciones....111
5.1 Conclusiones....111
5.2 Recomendaciones....113
Bibliografía....115

CAPÍTULO I: PROBLEMA

1.1 RESUMEN – ABSTRACT

La gestación subrogada ha ocasionado una problemática en el área del derecho de familia, el cual ha generado debates jurídicos, éticos y sociales, en Latinoamérica autores como (Bezerra , y otros, 2022, págs. 316-326) establecen que la gestación por subrogación plantea desafíos jurídicos importantes en ciertos países, relacionados con la filiación y la protección por los derechos de los niños y de las mujeres gestantes. En el ámbito ecuatoriano esta ausencia de regulación ha motivado estudios el cual evidencian el vacío legal respecto a las técnicas de esta forma de reproducción, siendo así que genera inseguridad en la determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño.

La práctica de la reproducción asistida ha dado lugar a varios modelos normativos como en España, (Vilar, 2018, págs. 68-72) analiza la regulación y la nulidad de los contratos, es así que las técnicas de la reproducción humana asistida en el que se menciona no están prohibidas, pero tampoco permitida, por lo cual proponen una regulación que reconozca las nuevas formas de constitución y la creación de la filiación. En el Ecuador la gestación subrogada no está regulada de manera expresa en la Constitución ni en el Código de la Niñez y Adolescencia, que se encargue de garantizar el interés superior del niño y así prevenir posibles mercantilizaciones o la explotación reproductiva (Granizo , Salazar , & Suárez , 2026, págs. 80-81), en este sentido los problemas jurídicos que se derivan de la maternidad subrogada afectan a la determinación de la filiación, al igual que a la identidad y los derechos de las partes que se involucran. Al igual (Vasco & Álvarez , 2023, págs. 1044-1045) mencionan que la responsabilidad civil de los profesionales de la salud y de los centros de reproducción asistida marcan que la falta de regulación integral lleva a un incremento de violaciones de los derechos.

La justificación de la investigación se enmarca en la necesidad de evitar la inseguridad jurídica, la Constitución en su artículo 44 establece que el interés superior del niño prevalece

sobre el de las demás personas. En cuanto a la metodología el proyecto se desarrolla con un enfoque cualitativo basado en la revisión doctrinaria, legislativa nacional e internacional, jurisprudencia. Además, se incorpora el estudio de casos comparados, así como el análisis de una sentencia acerca de la maternidad subrogada en Chile realizado por (Cabezas, 2020), el cual sirve como referencia para valorar las decisiones en el contexto nacional. Así, la investigación busca identificar las implicaciones jurídicas respecto a la ausencia de regulación en la determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño, (Sales , 2019, págs. 327-329), cuando no existe un marco normativo claro la gestación subrogada pone en riesgo el interés superior del niño. Incluso se espera proponer lineamientos jurídicos enfocados a una regulación de la gestación subrogada dentro del Código de la Niñez y adolescencia, permitiendo compatibilizar los derechos de reproducción con la protección de los niños y niñas.

Palabras clave: Gestación Subrogada, derecho de familia, filiación, interés superior del niño, reproducción humana asistida.

ABSTRACT

Surrogacy has created problems in the area of family law, generating legal, ethical, and social debates. In Latin America, authors such as Bezerra et al. (2022, pp. 316-326) state that surrogacy poses significant legal challenges in certain countries, related to parentage and the protection of the rights of children and surrogate mothers. In Ecuador, this lack of regulation has prompted studies that highlight the legal void regarding these reproductive techniques, thus creating uncertainty in determining parentage and protecting the best interests of the child.

The practice of assisted reproduction has given rise to several regulatory models. In Spain, Vilar (2018, pp. 68-72) analyzes the regulation and nullity of contracts. Thus, the assisted human reproduction techniques mentioned are neither prohibited nor permitted, leading to a proposal for regulations that recognize new forms of establishing and creating parentage. In Ecuador, surrogacy is not expressly regulated in the Constitution or the Code for Children and Adolescents, which is responsible for guaranteeing the best interests of the child and preventing potential commodification or reproductive exploitation (Granizo, Salazar, & Suárez, 2026, pp. 80-81). In this sense, the legal problems arising from surrogacy affect the determination of parentage, as well as the identity and rights of the parties involved. Similarly, Vasco & Álvarez (2023, pp. 1044-1045) mention that the civil liability of healthcare professionals and assisted reproduction centers indicates that the lack of comprehensive regulation leads to an increase in human rights violations.

The justification for this research lies in the need to avoid legal uncertainty. Article 44 of the Constitution establishes that the best interests of the child prevail over those of other individuals. Regarding methodology, the project employs a qualitative approach based on a review of national and international legal doctrine, legislation, and jurisprudence. Furthermore, it incorporates comparative case studies, as well as an analysis of a Chilean court ruling on surrogacy (Cabezas, 2020), which serves as a reference point for evaluating decisions within the national context. Thus, this research seeks to identify the legal

implications of the lack of regulation in determining parentage and protecting the best interests of the child (Sales, 2019, pp. 327-329). In the absence of a clear legal framework, surrogacy jeopardizes the child's best interests. The research also aims to propose legal guidelines focused on regulating surrogacy within the Code for Children and Adolescents, thereby reconciling reproductive rights with the protection of children.

Keywords: Surrogacy, family law, parentage, best interests of the child, assisted human reproduction.

UCHILLA WILLAY

Shuk warmi shukkunapak wawa wiksapi apana, ayllu derecho ukupi shuk llakita rikuchishka, chaymi kamachik, alli kawsaymanta, shinallata runakunapura yuyaykunata rimarichishka. Latinoamérica ukupi killkakkuna shina (Bezerra , y otros, 2022, págs. 316-326) ninkuna, gestación por subrogaciónka wakin mamallaktakunapi hatun kamachik sasikuna churakun, wawa-mamayaya riksichiywan, wawakunapa derechokunata, shinallata wiksayuk warmikunapa derechokunata harkaywan tinkirishka. Ecuador mamallaktapi, kaymanta achik kamachiy mana tiyashkamanta, yachay maskaykuna rurashka kan; chaykunami rikuchin kay mirachiy ruray ñankunamanta kamachik paktay mana tiyashkata. Chaymantami wawa-mamayaya riksichiyta yachachipi mana takyashka kayta, shinallata wawapa yalli alli kayta harkaypi llakita rurachin.

Yanapashka runa mirachiy rurayka ashka kamachik rikuchiykunata wachachishka, España mamallaktapi shina, (Vilar, 2018, págs. 68-72) kamachiyta, shinallata rimanakuy pankakunapa mana chanichiyta yachakun. Chaymantami yanapashka runa mirachiy ñankuna mana harkashka kashkata, shinallata mana sutilla sakirishka kashkata rimakun; chayrayku mushuk ayllu ruraykunata, shinallata wawa-mamayaya riksichiyta kamachiy ukupi riksichun ninkuna. Ecuadorpi gestación subrogadaka mana sutilla kamachishka kanchu Constitución de la República del Ecuador ukupi, nita Código de la Niñez y Adolescencia ukupi; kaykunaka wawapa yalli alli kayta wakaychina, shinallata rantikuyman tikrachiyta mana sakina, mirachiywan llankachiyta mana rurachina kan (Granizo , Salazar , & Suárez , 2026, págs. 80-81). Kay yuyaypi, maternidad subrogadamanta shamuk kamachik llakikuna wawa-mamayaya riksichiyta, kikinyariyta, shinallata chay ruraypi yaykushka runakunapa derechokunata llakichin. Shinallata (Vasco & Álvarez , 2023, págs. 1044-1045) ninkuna, hampik runakunapa, shinallata yanapashka mirachiy wasikunapa responsabilidad civil, tukuylla kamachiy mana tiyashkamanta, derechokuna llakichishka kayta ashtawan mirachin.

Kay maskaypa chanichiyka kamachik mana takyashka kayta harkana mutsuriy ukupi kachun rikuchin. Constitución de la República del Ecuador, 44 yupay artikulupi, wawapa yalli alli kayka shuk runakunapa munaykunamantapas ñawpaqpi kachun nishka. Metodología rikuchikpi, kay rurayka cualitativo rikuchiywan wiñarin, doctrina killkakunata, mamallaktapa kamachiykunata, hawa mamallaktakunapa kamachiykunata, shinallata

jurisprudencia yachayta kutin rikushpa. Shinallata, shuk mamallaktakunawan chimpapurashpa yachayta yapakun, Chile mamallaktapi maternidad subrogadamanta shuk sentencia yachayta shina (Cabezas, 2020) rurashkata, kayka mamallakta ukupi tantachishka yuyaykunata chanichinkapak rikuchik shina yanapan. Chay shina, kay maskayka kamachik mana tiyashkamanta wawa-mamayaya riksichiyta, shinallata wawapa yalli alli kayta harkaypi ima kamachik tukuykunata rikuchina munan. (Sales , 2019, págs. 327-329) nishka shina, achik kamachik marco mana tiyashka pachapi, gestación subrogadaka wawapa yalli alli kayta manchaypi churakun. Shinallata, Código de la Niñez y Adolescencia ukupi gestación subrogadata kamachinkapak kamachik ñankunata churana munan, chaywan mirachiy derechokunata wawakunapa, warmi wawakunapa harkaywan tinkuchina ushankapak.

Hatun rimaykuna: Shuk warmipa wiksapi wawa apay, ayllu derecho, wawa-mamayaya riksichiy, wawapa yalli alli kay, yanapashka runa mirachiy.

1.2 INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada es una de las problemáticas jurídicas más complejas y debatidas dentro del panorama jurídico contemporáneo, puesto que se relaciona con temas como la filiación, la identidad, la autonomía reproductiva, la protección del interés superior del niño entre las más relevantes, los avances biomédicos o científicos han hecho posible el desarrollo de técnicas reproductivas que han superado las concepciones tradicionales de maternidad y paternidad, lo que ha causado importantes retos a los ordenamientos jurídicos, especialmente a aquellos de los países donde no hay una determinada regulación jurídica respecto a la práctica. En América Latina, la gestación subrogada se asocia a los debates jurídicos, éticos o sociales relacionados con la determinación de la filiación, que a su vez conllevan considerar adecuadamente la protección de los derechos de las personas implicadas, de las niñas y niños, particularmente, cuando nacen mediante esta técnica de reproducción asistida (Bezerra , y otros, 2022).

En el contexto Ecuatoriano, la gestación subrogada en el Ecuador puede dar lugar a vacíos jurídicos sobre la determinación de la filiación, el reconocimiento de la paternidad y de la maternidad de los progenitores que realizan dicha práctica, la protección del derecho a la identidad y el interés superior del niño; si bien la Constitución de la República hace referencia a derechos relativos a la igualdad, a la familia, a la identidad y a la autonomía reproductiva, el ordenamiento jurídico no regula de manera exhaustiva las consecuencias jurídicas derivadas de las técnicas de reproducción humana asistida y ello acarrea inseguridad jurídica tanto para el niño nacido mediante la técnica de gestación subrogada, para la mujer gestante, como para los progenitores intencionales, en este sentido, (Calle & Armendariz, 2026) afirman que los problemas jurídicos que derivan de la gestación por sustitución en el Ecuador están ceñidos fundamentalmente a la filiación, a la identidad y a la protección de los derechos fundamentales de las partes.

La investigación que se lleva a cabo tiene como objeto el siguiente tema *"Análisis jurídico de la ausencia de regulación de la gestación subrogada y sus implicaciones en la filiación y el interés superior del niño en el Ecuador."* y vista la utilización de la gestación subrogada por parte de algunas personas el ordenamiento ecuatoriano no regula esta práctica

reproductiva y tampoco sus consecuencias jurídicas que, por lo cual, son producto del vacío normativo que existe en la legalidad en cuanto a la gestación subrogada, y que lógicamente puede resultar tanto en conflictos interesados entre las personas que se involucran en la gestación subrogada, es así que el problema de la presente investigación se centra en determinar, cómo puede influir el vacío normativo de la gestación subrogada en torno a la filiación y el interés superior del niño en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de identificar los conflictos de interés que existen respecto de la maternidad y paternidad, la identidad, la voluntad procreacional y enmarcar como necesidad a incorporar criterios de protección del menor.

Por lo tanto, el objetivo general de la presente investigación consiste en analizar las implicaciones jurídicas de la gestación subrogada en la filiación y el interés superior del niño o niña en el Ecuador para establecer lineamientos jurídicos orientados a una posible regulación normativa, por lo cual se pretende estudiar doctrinalmente la gestación subrogada y la filiación que deriva de las técnicas de reproducción humana asistida; examinar el tratamiento jurídico que tiene esta práctica en el derecho comparado; identificar los vacíos normativos que existen en el Ecuador; y proponer criterios jurídicos que garanticen la protección de los derechos humanos de las niñas y niños nacidos mediante gestación subrogada.

En este sentido, la investigación se ejecutará a partir de un régimen cualitativo, utilizando métodos descriptivo, analítico y jurídico, doctrinario, mediante el análisis de normativa nacional e internacional, de jurisprudencia constitucional y comparada respecto de Colombia, Argentina y España, de doctrina especializada y de principios vinculados con los derechos humanos, filiación e interés superior del niño, además, se aplicarán las entrevistas semiestructuradas dirigidas a los profesionales del Derecho con la finalidad de recabar criterios jurídicos sobre la necesidad de regular la gestación subrogada en el Ecuador.

1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el ámbito internacional, el desarrollo de las técnicas de la reproducción humana asistida ha forjado importantes debates jurídicos relacionados con la determinación de la filiación, la protección de los derechos de los niños y la regulación de la gestación subrogada, en diversos países se han establecido marcos normativos específicos para regular dicha práctica, (Sánchez & Gamboa , 2023) la práctica de reproducción asistida se encuentra regulada en países como España y Francia. Sin embargo, la ausencia de regulación en algunos estados ha generado conflictos legales respecto a la identidad, filiación y reconocimiento de los derechos de los niños nacidos mediante este procedimiento.

Dentro del contexto nacional, (Muentes, Moreno, & Silva, 2020) mencionan que el Ecuador presenta un vacío normativo referente a la gestación subrogada y otros métodos de reproducción humana asistida, sin embargo, estas prácticas en la realidad social son ejercitadas, pese a que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no cuenta con una normativa específica que se enfoque en la regulación de aspectos como las condiciones, límites y efectos legales que puede acarrear. Este escenario causa inseguridad jurídica en relación con la determinación de la filiación y la protección de los derechos del niño que ha nacido mediante este proceso.

Pese a que la Constitución de la República del Ecuador reconoce derechos como a la identidad, a la familia y el principio del interés superior del niño la falta de una regulación concreta dificulta la aplicación efectiva en los casos de la gestación subrogada, de la misma manera el Código de la Niñez y Adolescencia establece que el interés superior del niño debe prevalecer en todas las decisiones en el que se pueda afectar sus derechos, lo que se puede evidenciar la necesidad de contar con una normativa que faculte regular las mencionadas situaciones. Asimismo, la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 184-18-SEP-CC denominado como el Caso Satya evidenció la necesidad de abordar este vacío legal, ya que se analizó un caso relacionado con la filiación y el reconocimiento de derechos de una niña nacida mediante los procesos de reproducción asistida, en dicha decisión se destacó la importancia de que el Estado adopte medidas normativas que permitan resolver este tipo de conflictos jurídicos procedentes de las nuevas formas de reproducción y diversidad familiar.

Si esta problemática persiste en el futuro, es muy probable que se continúen presentando conflictos legales en relación a la filiación, el reconocimiento de los derechos parentales y en la protección de los niños que han nacido por este método de reproducción asistida, entonces la falta de regulación podría acarrear inseguridad jurídica, el ejercicio de estas prácticas sin un control por parte del Estado afectando la garantía de los derechos fundamentales de los niños y de las personas que recurran a este tipo de técnicas, es así que la problemática radica en la ausencia de una regulación específica para controlar la gestación subrogada en el Ecuador, enfrentando vacíos legales para la determinación de la filiación y afectación al interés superior del niño.

1.4 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera la ausencia de una regulación jurídica para la gestación subrogada en el Ecuador influye en la determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño?

1.5 HIPÓTESIS

La ausencia de la regulación específica sobre la gestación subrogada en el Ecuador, el cual incide de manera negativa, a la hora de determinar la filiación y en la protección del interés superior del niño, ya que se genera inseguridad jurídica, por vacíos evidentes como el reconocimiento de la maternidad, paternidad y el reconocimiento de los hechos como a la identidad, la familia y la protección de quienes intervienen en esta práctica. En el Ecuador, la ausencia de una regulación sobre la gestación subrogada instituye un vacío legal, mismo que afecta a la seguridad jurídica en la determinación de la filiación y la limitación en la aplicación correcta el principio del interés superior del niño ya que no se determina reglas claras de la maternidad subrogada, paternidad, el reconocimiento de los derechos que se derivan por este tipo de prácticas de reproducción humana asistida.

1.6 VARIABLES

1.6.1 Variable independiente:

La ausencia de la regulación jurídica específica sobre la gestación subrogada en el Ecuador.

1.6.2 Variable dependiente:

Determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño.

1.7 OBJETIVOS

1.7.1 Objetivo General

Analizar jurídicamente la ausencia de regulación de la gestación subrogada en el Ecuador, mediante el estudio de la normativa constitucional, legal y jurisprudencial, para determinar sus implicaciones en la filiación y la protección del interés superior del niño.

1.7.2 Objetivos Específicos

1. Identificar las implicaciones jurídicas generadas por la ausencia de la regulación de la gestación subrogada respecto a la determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño.
2. Examinar el marco jurídico nacional como internacional relacionado con la gestación subrogada y la reproducción humana asistida.
3. Proponer lineamientos jurídicos que aporten a una adecuada regulación de la gestación subrogada en el Código de la Niñez y Adolescencia en el Ecuador enfocados en la protección del interés superior del niño.

1.8 JUSTIFICACIÓN

Realizo la presente investigación jurídica por cuanto la falta de regulación específica sobre la gestación subrogada en el Ecuador, ya que genera una inseguridad jurídica el cual afecta en la determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño, siendo así que perjudica principios y derechos fundamentales de quienes intervienen en esta práctica de reproducción asistida, dentro del ordenamiento jurídico se reconoce los derechos como a la identidad, a la familia y se reconoce el principio del interés superior del niño, pero de ello la falta de una directriz dentro de la normativa sobre la regulación de la gestación subrogada consolidar soluciones justas.

La investigación se justifica porque la maternidad subrogada plantea una necesidad de protección, siendo así que la doctrina en Latinoamérica se ha indicado que la gestación subrogada no puede analizarse desde una lógica contractual, sino que tiene que integrarse un marco de derechos en el que se respete la dignidad y la no discriminación de los menores, por lo cual se busca contribuir a una construcción en el concepto jurídico de la gestación subrogada en la técnica de reproducción el cual requiere un tratamiento específico, ya que este tipo de concepción es distinto de la maternidad biológica tradicional.

Cuando la gestación subrogada se practica se lo hace sin un marco normativo, el cual vulnera el valor de la seguridad jurídica poniendo en estado de vulnerabilidad el interés del menor, en el Ecuador la ausencia de la misma impide que el Estado cumpla con su deber de proteger a los niños/as por ello no solo se identifica esta vulneración sino también se enmarca en proponer una base para una futura regulación evitando la comercialización de la gestación y así proteger a las mujeres gestantes frente a posibles explotaciones reproductivas. Desde una perspectiva práctica la gestación subrogada se la realiza mediante las tecinas de reproducción humana asistida, el cual genera efectos jurídicos en la filiación, el registro del nacimiento, y que se ha evidenciado que estos problemas se derivan por este tipo de prácticas y que no se cuenta con directrices normativas encaminadas a su resolución, es así que no solo se trata de un vacío inconcreto, sino que se generan la toma de decisiones inconsistentes.

Por ello, se plantea esta investigación como una propuesta de mejorar y fortalecer el interés superior del niño, superando la inseguridad jurídica evidente, es decir que se trabajaría partiendo de un enfoque basado en el análisis de la Constitución, el Código de la niñez y adolescencia, la reproducción asistida al igual que el marco internacional mediante un análisis comparado contrastando lo establecido en países de América Latina, y experiencia de países Europeos como España los cuales han abordado la regulación de la gestación subrogada. En base a este análisis se plantearán propuestas concretas, así como la incorporación de un apartado sobre la gestación subrogada en el Código de la Niñez y Adolescencia, con disposiciones basadas en la definición de las condiciones mínimas a cumplir para ejecutarla, la prohibición de la comercialización, la protección de la mujer gestante y sobre todo priorizando la filiación y protección del interés superior del niño.

Con la revisión sistemática de la ley, la doctrina y la jurisprudencia ya sea nacional o internacional permite diagnosticar el problema y de ello proponer lineamiento normativos el cual se articulen dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, entonces esta investigación responde a una necesidad real y urgente, al plantear propuestas basadas en la protección del interés superior del niño y la determinación de la filiación, respetando los derechos de las mujeres gestantes reconociendo la diversidad familiar, sin incurrir a la mercantilización o ya vulneración de los derecho fundamentales.

CAPÍTULO II:

MARCO TEÓRICO

2.1. Implicación jurídica de la gestación subrogada en la filiación y el interés superior del niño

2.1.1. Conceptualización de la gestación subrogada

La maternidad subrogada también es conocida como maternidad por encargo, embarazo subrogado o renta de útero, es decir, que una mujer acepta llevar en su vientre a un hijo de otra persona, y luego dar a luz al niño y transferir los derechos parentales a la persona o pareja solicitante, siendo una forma de reproducción asistida, en este sentido, la maternidad subrogada ha sido objeto de diversos debates legales, bioéticos y sociales, ya que involucra el deseo reproductivo de los padres solicitantes, los derechos de la mujer que actúa como madre gestante, y los derechos del niño nacido como resultado de este proceso. Desde un nivel doctrinal, la maternidad subrogada es un acuerdo en el cual una mujer da a luz a un hijo para otra persona o pareja, al igual que se comprende que implica un contrato social en el cual la madre subrogada puede o no tener una conexión genética con el niño. De este modo, (Carrillo, 2024) argumenta que la maternidad subrogada es una de las técnicas de reproducción asistida humanas y que esta práctica brinda a las parejas alternativas reproductivas, Sin embargo, esta práctica genera una variedad de conflictos que afectan la paternidad, la dignidad humana, el orden público y el principio del interés del niño.

Asimismo, (Huaclla, 2022, pág. 102) explica que la maternidad subrogada, o renta de útero, también concierne a una práctica reproductiva que socava el derecho del niño a la identidad, especialmente cuando la paternidad no está claramente regulada y no se garantiza que el niño conozca su origen biológico y genético; el autor indica en consecuencia que los vacíos legislativos en este asunto pueden resultar en la ruptura de la filiación y, en consecuencia, en violaciones de los derechos del niño. Por lo tanto, la maternidad subrogada no debe considerarse un hecho médico, ni un acuerdo privado, sino que se trata de una figura

jurídica compleja que afecta el derecho de la familia; en relación a la determinación de la filiación, a la existencia del derecho del niño a la identidad o a la protección del interés superior del menor en particular y que la falta de regulación específica implica una situación de inseguridad jurídica en cuanto a la ausencia de criterios que indiquen quién debe ser considerado madre o padre del niño nacido a partir de una maternidad subrogada.

2.1.2. Características de la gestación subrogada

La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida aún más compleja que otras debido a sus cuestiones médicas, legales, éticas y familiares, las cuales tienen un impacto directo en la determinación filial y la protección de derechos, la gestación subrogada se centra en un acuerdo en el que una mujer acepta gestar un hijo, solo para entregar al niño a una tercera persona o pareja, conocidas como los padres intencionales; la gestación subrogada tiene como principal objetivo desentrañar los conceptos de maternidad genética, gestacional y legal; tradicionalmente, la maternidad es incuestionable al momento del nacimiento, de acuerdo con el principio de mater semper certa est, es decir, que la maternidad se determina por el hecho biológico del parto.

Por lo tanto, la gestación subrogada cuestiona inherentemente este principio, según lo menciona (Navarro, 2022, pág. 12) que este aspecto genera conflictos referentes a la determinación de la filiación, cuando la mujer quien ejerce el rol materno no tiene ningún vínculo biológico, pero si tiene una relación afectiva y de cuidado por la posesión de estado, es decir, que es tratada y reconocida socialmente como hijo/a. Las tecnologías reproductivas asistidas, como la fertilización in vitro y la transferencia de embriones, son fundamentales para la gestación subrogada, cada vez más, el embrión puede ser creado a partir de una pareja genética diferente a la de los padres intencionales. (Sánchez & Gamboa , 2023, pág. 436) sostienen que la técnica de reproducción asistida ha transformado concepciones tradicionales de lo que se comprende como familia ya que se centra en dos fuentes la primera por las razones biológica o por la adopción.

La gestación subrogada también incluye un acuerdo o contrato, en su mayoría, la legitimidad de dicho acuerdo varía porque algunos sistemas legales aceptan la gestación

subrogada, mientras que otros la consideran en violación del orden público, la dignidad humana, los derechos humanos. En ese sentido, (Carrillo, 2024) afirma que el Tribunal Supremo español considera que los contratos presentan la incompatibilidad con la dignidad humana y la libertad para desarrollar la personalidad radica tanto de la mujer embarazada como del recién nacido.

2.1.3. Naturaleza jurídica de la gestación subrogada

Desde una perspectiva doctrinal, se puede entender que la gestación subrogada es un contrato mediante el cual una mujer consiente en quedar embarazada y en ceder el niño a otra persona o pareja después del nacimiento, bajo este precepto existe un acuerdo de voluntades entre la gestante y los padres intencionales, en el que se establece derechos y obligaciones de las partes, pero se ha criticado esta posición considerando que el objeto del contrato involucra derechos a la humanidad y la dignidad de las mujeres y la condición legal del niño nacido de la práctica. En este sentido, (Carrillo, 2024) afirma que el Tribunal Supremo de España considera que los contratos de gestación subrogada constituyen una infracción del orden público y de los derechos fundamentales, ya que pueden resultar una vulneración de la gestante y del niño, tratándolos como una mercancía comercial.

Además, algunas ramas doctrinales sostienen que la gestación subrogada debe considerarse principalmente como reproducción asistida, este enfoque argumenta que cada caso de gestación subrogada trata sobre la reproducción asistida del niño mediante intervenciones médicas que incluyen la práctica altamente especializada de fertilización in vitro con la transferencia posterior del embrión congelado. Dentro de este marco, el componente destacado no es el contrato, sino el ejercicio de la voluntad procreadora en conjunto con los derechos reproductivos de las personas que conforman la familia. (Sánchez & Gamboa , 2023) afirman que la transformación de las técnicas de reproducción asistida ha cambiado los paradigmas tradicionales de paternidad y maternidad, imponiendo nuevas formas familiares que la ley debe reconocer y aceptar.

En Ecuador, la ausencia de una legislación específica que regule la gestación subrogada y las incertidumbres jurídicas posteriores sobre la naturaleza legal de la práctica y las consecuencias legales de la misma, dejan está en gran medida sin regulación, el sistema legal ecuatoriano no se pronuncia sobre la legalidad de la prohibición de los acuerdos de gestación subrogada y no establece la filiación de los hijos nacidos como resultado de la reproducción asistida, siendo así que, los acuerdos de gestación subrogada se convierten en objeto de un debate doctrinal que es necesario para construir marcos normativos que protejan legalmente las demandas de las gestantes, los futuros padres y el niño.

2.1.2 LA FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

2.1.2.1 Concepto jurídico de la filiación

La filiación describe la relación legal y vínculo creado entre los padres y sus hijos en el Derecho de Familia, crea conceptos legales como identidad, manutención, autoridad parental, herencia, protección del derecho familiar y responsabilidades familiares, esta vinculación de conceptos del Derecho de Familia con el origen biológico ha persistido durante mucho tiempo. La filiación abarca la agrupación familiar de una persona, el vínculo legal con sus progenitores y el reconocimiento legal de esa agrupación en la sociedad. (Piñeros , Pérez , & Matoma , 2024) la Filiación se encuadra dentro del reconocimiento legal de formas familiares novedosas que surgen de los avances biomédicos y reproductivos, así como del derecho a la identidad.

La filiación en el marco legal de Ecuador está regida por el Código Civil, en el artículo 24 explica que los lazos de paternidad y maternidad, y por ende la filiación, se determinan y explican por el nacimiento de un niño en un matrimonio o unión legalmente reconocida, por el reconocimiento de los padres o por una resolución judicial, por otro lado, el artículo 99 del Código de la Niñez y la Adolescencia afirma el principio de igualdad filial en el que prohíbe la discriminación, privilegios en la ley, la sociedad o la familia, a cualquier niño independientemente del tipo de filiación. La filiación puede dividirse en matrimonial y extramatrimonial, a filiación matrimonial ocurre en un matrimonio o unión reconocida

legalmente y la filiación extramatrimonial ocurre en uniones fuera del matrimonio el cual requieren reconocimiento voluntario o declaración judicial para establecer el vínculo filial.

La filiación adoptiva resulta de una resolución judicial y la filiación por técnicas de reproducción asistida se da a través de procedimientos que pueden separar los tres elementos de maternidad genética, maternidad gestacional y la intención procreativa. La filiación en el caso de gestación por sustitución puede ser legalmente compleja porque puede haber múltiples figuras maternas y paternas. (Navarro, 2022) considera que no existe vínculo biológico ni procreativo, lo que genera más dilemas en la filiación. Además, (Huaclla, 2022) argumenta que la falta de legislación sobre gestación por sustitución puede permitir la ruptura de la identidad del niño, además de que las leyes de gestación por sustitución promueven dicha ruptura de la identidad infantil.

2.1.2.2 Filiación por las técnicas de reproducción asistida

Los mayores impactos en el Derecho de Familia a través de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran en el ámbito de las determinaciones de filiación, por las diferentes formas en que la reproducción asistida puede crear nuevos mecanismos de procreación, las relaciones parentales y filiatorias tradicionales, biológicas, gestacionales y legales, pueden ser discontinuadas mediante diversos métodos, como la inseminación artificial, la fertilización in vitro, la transferencia de embriones y la gestación por sustitución; tradicionalmente, la filiación se determinaba únicamente por vínculos biológicos y de nacimiento. (Sánchez & Gamboa , 2023) sostienen que las técnicas de reproducción asistida cambian las nociones tradicionales de parentalidad porque la filiación no es solo un asunto de biología.

Bajo este paradigma, la filiación creada mediante reproducción asistida puede ser construida incluso en ausencia de una conexión biológica, la gestación por sustitución ejemplifica esto, donde pueden estar presentes varias figuras maternas, incluyendo a una madre genética, una madre gestante y la madre de la voluntad procreativa. Según (Navarro, 2022), la filiación por sustitución presenta algunos de los mayores desafíos legales

contemporáneos, en los cuales la mayor dificultad radica en decidir qué vínculo materno debe ser priorizado por la ley. En la misma línea, (Muentes, Moreno, & Silva, 2020) explican cómo la evolución de las técnicas de reproducción asistida ha puesto al descubierto las lagunas en la falta de regulación en las áreas de filiación, identidad y derecho a reproducirse en el sistema legal ecuatoriano, es así que en el Ecuador, el sistema legal, por un lado, contempla el derecho a la identidad y el derecho a la filiación igualitaria, y por otro, no regula la filiación que resulta de la reproducción humana asistida.

2.1.2.3 Problemas jurídicos de la filiación en la gestación subrogada

La gestación por subrogación plantea desafíos para los sistemas, ya que las tecnologías reproductivas asistidas desagregan la maternidad y paternidad biológicas y legales, y la gestación, uno de los desafíos es la asignación de maternidad, se ha establecido tradicionalmente una práctica conocida como *"mater semper certa est,"* que significa que la madre es la persona que da a luz, es decir que en el caso de la subrogación hay un participante maternal adicional, como la madre genética que dona su óvulo, una madre gestacional que lleva el embarazo y una madre intencionada que planea tomar la maternidad legal del niño y que de este modo, esta separación de la maternidad crea una ambigüedad legal sobre qué relación debe subsumir a las otras.

Otro desafío se refiere a la intención de ser padre, al deseo de una persona o pareja de asumir el rol de padre a través de tecnologías reproductivas asistidas, aunque en muchos sistemas legales esto ha pasado a ser clave para determinar la paternidad, en los sistemas legales de la subrogación en Ecuador esto no existe, por lo que esta práctica queda sin regulación, siendo así que la falta de regulación puede vulnerar el derecho del niño a la identidad; principalmente en relación con el conocimiento del niño sobre sus orígenes biológicos y cómo legalmente pertenecen en términos de la familia. Huaclla Gómez (2022) sostiene que cuando ocurren estas disparidades y contradicciones en las relaciones, pueden llevar a cambios en las filiaciones y, por ende, a una heterogeneidad en el derecho a la identidad del niño.

2.1.3 DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

2.1.3.1 Determinación de la maternidad

La maternidad se entiende habitualmente a través del mater semper certa est, dentro de los contextos legales, este concepto es la suposición de que la madre es la mujer que ha dado a luz al niño mismo que en la maternidad ha sido aceptado en los contextos legales debido a la irreversibilidad del nacimiento y la prueba de maternidad que implica. En la gestación subrogada, el concepto de maternidad se modifica ya que existen múltiples roles maternos, por un lado, la madre con la contribución genética materna es decir la del óvulo; la madre que realiza la gestación, la portadora; y la madre que legalmente se convierte en madre mediante la intención. La coexistencia de múltiples roles maternos en la gestación por sustitución crea diferentes vínculos que resultan en disputas legales, muy relacionadas con la posibilidad de priorizar los diferentes vínculos en el contexto de la maternidad legal. (Navarro, 2022) afirma que la separación de la voluntad genética, gestacional y procreadora en la gestación por sustitución es una de las cuestiones más relevantes en el Derecho de Familia, actualmente, la ausencia de regulación es una brecha considerable y crea un vacío legal que impacta los derechos del niño y la maternidad subrogada legal.

2.1.3.2 Determinación de paternidad

La paternidad es el vínculo legal y social que genera derechos, privilegios y obligaciones en la relación entre un padre y un hijo, la determinación de la paternidad legal es resultado de una presunción legal de matrimonio, reclamación voluntaria y prueba de paternidad, sin embargo, el avance de las tecnologías reproductivas asistidas ha hecho que la determinación de la paternidad legal y la responsabilidad de probar la paternidad sean aún más complicadas, a menudo involucrando la ausencia de un progenitor biológico. Para la gestación por sustitución, la paternidad puede asignarse al padre genético, al padre intencional o a la persona que expresa el deseo de asumir la responsabilidad parental. Según (Huaclla, 2022) la ausencia de regulación específica de la gestación subrogada puede producir cambios en el derecho filial y los desafíos de definir legalmente la paternidad del menor, decir que este autor denomina a la paternidad como sinónimo de incertidumbre Además, no

ayuda que el sistema legal carezca de normas definidas, lo que hace mucho más difícil determinar el orden y la prioridad de la paternidad en casos que involucran técnicas reproductivas asistidas, dejando el reconocimiento parental intencional en un borde legal.

2.1.3.3 Voluntad procreativa

La voluntad procreativa puede definirse como el deseo de ser padre o madre y asumir las responsabilidades de un progenitor, esta noción está ganando una mayor prioridad en el mundo legal actual, ya que la separación de los aspectos biológicos e intencionales en la formación familiar se vuelve más común con las tecnologías reproductivas asistidas, ya que cuando los padres intencionales buscan la gestación subrogada, es a través de la voluntad intencional de ser padres que se emplea a la gestante sustituta y que tiene como finalidad producir un niño, y se asume la intención de que los padres asumirán la crianza del menor.

Las tecnologías reproductivas asistidas incorporan una voluntad procreativa y transforman las nociones convencionales de maternidad y paternidad. Esta nueva adición juega un papel crucial en la determinación filiatoria, en casos de gestación por sustitución, (Navarro, 2022) observa que el deseo de asumir la paternidad o maternidad se vuelve significativo como resultado de las relaciones complicadas entre las partes, no obstante, las relaciones filiatorias basadas en la voluntad procreativa y el derecho del niño a la protección y la voluntad de los padres de la gestación por sustitución permanecen bajo la incertidumbre legal, ya que en Ecuador no existen leyes que reconozcan expresamente la voluntad procreativa.

2.1.4 DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO CONCEBIDO POR LA GESTACIÓN SUBROGADA

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales más importantes en la protección de los niños y adolescentes, el cual permite que las personas naturales sean reconocidas, e implica el derecho a conocer su origen, su nombre, su nacionalidad, su línea de descendencia y sus relaciones familiares, cuando se trata de la gestación subrogada, este derecho es de particular importancia, ya que el uso de técnicas de reproducción asistida puede

causar problemas en la determinación de la filiación y el derecho del niño a conocer su origen biológico. El derecho a la identidad se define como el derecho de toda persona a ser reconocida legal y socialmente según su carácter personal, familiar y biológico. Esto implica el derecho a conocer su nombre, su nacionalidad, su paternidad, su origen y sus relaciones familiares, según la Constitución de la República del Ecuador en el art 66, numeral 28 en si parte pertinente se menciona que se reconoce y se garantiza a las personas el derecho a la identidad personal y entre los cuales se menciona el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la procedencia familia, además el art 33 de Código de la Niñez y la adolescencia menciona el derecho de la identidad entre los cuales se encuentra las relaciones de familia.

Desde la perspectiva doctrinal (Huaclla, 2022) el derecho a la identidad incluye, además del nombre legal y la paternidad, el derecho al conocimiento del origen y a pertenecer a una familia, señala que el aumento en los conflictos en la determinación de maternidad y paternidad y, actualmente, la falta de regulación de maternidad subrogada puede perjudicar significativamente este derecho. Por lo tanto, el reconocimiento del derecho a la identidad debería significar la garantía de la filiación y relaciones familiares legales del niño, para preservar el orden legal y familiar del niño, proteger el derecho a la identidad ante la posible ausencia de un orden legal relevante.

Conocer el origen biológico es un aspecto esencial del derecho a la identidad, brinda a la persona la posibilidad de obtener información sobre sus líneas genéticas y las condiciones de su nacimiento, sin duda, este derecho contribuye a una mejor comprensión de la identidad cuando hay uso de reproducción asistida, debido a las diferencias entre los padres genéticos, las madres de alquiler y los padres legales. Los niños pueden no obtener información sobre sus orígenes biológicos, especialmente cuando la donación de gametos es anónima o no existen leyes que permitan a los niños conocer a sus padres biológicos y a la madre sustituta.

Según (Huaclla, 2022) la ausencia de leyes sobre maternidad subrogada puede vulnerar el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, especialmente cuando los esquemas de maternidad implican cambios en la paternidad o existen obstáculos para obtener dicha información, además, argumenta que muchos países latinoamericanos tienen vacíos

legislativos que han generado incertidumbre jurídica en la protección de los derechos de los niños nacidos mediante estas técnicas. Además, el derecho a la identidad y el derecho a la familia han sido respaldados en el marco legal internacional de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7 establece que el niño tiene derecho a conocer y ser cuidado por sus padres, y esta es una consideración que se debe tener al tratar técnicas de reproducción asistida.

2.1.4.1 Identidad genética y filial

La identidad genética y filial permiten a los individuos conozcan sus raíces biológicas, establecer relaciones y conexiones legales y naturales importante en el caso de la gestación subrogada y otras técnicas de reproducción asistida, la identidad genética rastrea las raíces biológicas basada en características genéticas atribuidas a los individuos, mientras que la identidad filial se refiere al nexo definido legal o socialmente entre padres e hijos, que conduce a relaciones de derechos y responsabilidades. Anteriormente estas dimensiones de identidad presuponían coincidencia y que hoy en la actualidad no es así por el avance de las técnicas de reproducción asistida que ha llevado a la separación de la identidad genética de la paternidad legal.

(López , Guevara, & Vallejo , 2025) señalan que el panorama cambiante de la reproducción asistida ha obligado al análisis sistemático de la transformación de las relaciones sociales, lo que también ha generado varios debates sobre diferentes concepciones de la filiación y qué debe priorizarse como factor determinante la conexión biológica, una voluntad procreativa o una conexión social y emocional. Por el contrario, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce y protege el parentesco legal y social del niño, así como su derecho a conocer a sus padres legales, protegiendo así su parentesco social y legal, aunque Ecuador respeta el derecho al parentesco legal en su sistema jurídico, y los derechos de los niños a conocer y a tener parentesco, mismo que existe una brecha en la regulación legal respecto a la gestación subrogada en relación con las leyes ecuatorianas, una brecha que demuestra la urgente necesidad de desarrollar disposiciones legales para apoyar los derechos de los niños ecuatorianos a nivel nacional e internacional.

2.1.5 El interés superior del niño en la gestación subrogada

El interés superior del niño está incorporado en los primeros principios del Derecho de Familia y la protección de niños y adolescentes, porque establece la obligación de garantizar la protección y el respeto de los derechos de niños y adolescentes en cada acción que tomen, o en cualquier decisión que tomen que afecte su desarrollo integral, completo y continuo. En el caso de la gestación subrogada, puesto que el interés superior del niño debe prevalecer porque esta práctica es una red de relaciones jurídicas, con el niño nacido para los padres intencionales y la gestante. El interés superior del niño es un principio jurídico que define, de manera concreta, la protección y tutela de los derechos de niños y adolescentes, incluyendo el bienestar físico y mental, emocional y social de los niños y de la sociedad, y que delimita los límites o lados, y los bordes de todo acto público o privado en el que un niño sea objeto. La finalidad de este principio es que, todas las decisiones relacionadas con menores, deben tener en cuenta de manera completa, algo que contribuya al desarrollo y la humanidad del niño.

En Ecuador, la Constitución de la República en su art 44 y el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 1, articulo 12 especifican el interés superior del niño como principio rector de todas las formas de protección integral. La Constitución orienta al Estado, la sociedad y la familia a promover el desarrollo integral de niños y adolescentes, con el derecho de estos prevaleciendo sobre los derechos de cualquier otro individuo, es así que (Sales , 2019) sugiere que el interés superior del niño debe prevalecer sobre todos los conflictos planteados por la gestación por subrogada, ya que proteger el derecho del niño o los niños a la identidad, estabilidad familiar y dignidad de la persona, funciona como un límite a los contratos privados.

Asimismo, (Serrano & Illesca , 2022) opinan que el interés superior del niño prevalece como un principio subyacente en el contexto de la gestación subrogada, es así que se deduce que toda legislación relacionada con las Tecnologías de Reproducción Asistida (TRA) busca la máxima protección del niño, además de los objetivos económicos y reproductivos de las

partes adultas. Por ello, el interés superior del niño como principio en los casos de este tipo de gestación es garantizar que los derechos fundamentales se conserven de manera organizada en cuanto a identidad, filiación y cuidador.

2.1.5.1 El principio del interés superior del niño en instrumentos internacionales

Numerosos Tratados Internacionales de Derechos Humanos confirman el principio del interés superior del niño, estableciéndolo como una consideración obligatoria para todos los países en todos los asuntos que conciernen a niños y adolescentes, uno de los primeros y más importantes instrumentos jurídicos internacionales para la protección de los derechos del niño es la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1989, en el que establece que en todas las acciones relativas a los niños, ya sea por parte de instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o cuerpos legislativos, el interés superior del niño será una consideración prioritaria.

Siendo así que el artículo 7, numeral 1 garantiza el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, y el artículo 8 protege la facultad del niño a la preservación de su identidad, incluyendo su nombre y nacionalidad, y las relaciones familiares. De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado la relevancia de la protección de los derechos de los niños como un principio transversal dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así también la Opinión Consultiva OC-17/2002 declaró que los niños son sujetos de derechos y, como tales, necesitan medidas y consideraciones especiales de protección como consecuencia de su condición de vulnerabilidad. En relación con las técnicas de reproducción asistida y la regulación de su filiación, la comunidad internacional ha priorizado la protección del niño frente a vacíos legales y contradicciones que puedan surgir como resultado de las nuevas formas de adquirir la filiación, por ello la aplicación del principio de protección del niño es el único mecanismo que puede salvaguardar la certeza jurídica respecto a la identidad y filiación del niño nacido por gestación por sustitución.

2.1.5.2 El interés superior del niño frente a la regulación legal

En Ecuador, la ausencia de una regulación específica sobre la gestación subrogada crea vacíos legales serios que amenazan el interés superior del niño, por no mencionar la protección del niño. Actualmente, las leyes ecuatorianas no son claras en cuestiones de definición de la familia, reconocimiento de los padres pretendidos, acceso a los orígenes y protección de los niños nacidos mediante esta tecnología reproductiva. Esto, en última instancia, crea vulnerabilidad legal tanto para el niño como para las partes involucradas en este tipo de gestación, no existen normas jurídicas para resolver los problemas que puedan surgir del proceso de gestación por sustitución. Como resultado, los intérpretes de la ley se ven obligados a invocar normas constitucionales, leyes internacionales y razonamientos doctrinales para resolver los conflictos generados por esta práctica.

Según (Lasso & Freire , 2025, pág. 758) la ausencia de regulación restrictiva de la gestación por sustitución en Ecuador crea desafíos legales graves respecto a las cuestiones de filiación y protección de derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta al bienestar del niño y la certeza de los lazos familiares, en este escenario, para llenar el vacío legal en Ecuador, la gestación por sustitución debe orientarse a proteger los derechos fundamentales del niño, nacido mediante esta técnica, especialmente su dignidad, el derecho a la identidad y la filiación, a una familia estable y a la dignidad humana.

2.2 LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL MARCO JURÍDICO

2.2.1. LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La reproducción asistida, se considera uno de los procesos biomédicos más trascendentes en el ámbito de la medicina reproductiva y del Derecho actual este ha sido un tema relevante, en el sentido que ha permitido el desarrollo de nuevos procedimientos científicos para lograr nuevas formas de reproducción humana, en parejas que presentan complicaciones para poder concebir de forma natural, el surgimiento de esta clase de técnicas ha tenido transformaciones significativas respecto a las concepciones generales de la maternidad, paternidad y la filiación, abriendo nuevos retos jurídicos donde el interés superior del niño y las formas de regulación de las nuevas formas de filiación se pueden ver afectadas.

Este desarrollo en las tecinas de reproducción humana asistida, se relaciona con la evolución de la biotecnología y de la medicina reproductiva, sobre todo a partir de la mitad del siglo XX cuando se empiezan a poner en práctica procedimientos médicos con el fin de solventar los problemas de infertilidad y esterilidad, en este sentido, estas técnicas han permitido a personas con imposibilidad biológica de poder procrear ejercer el derecho a formar una familia mediante procedimientos médicos especializados, pero también ha hecho nacer conflictos éticos, sociales y sobre todo jurídicos ya que sus efectos trascienden la medicina, y deviene en consecuencias directas sobre instituciones centrales del Derecho de familia como la filiación, maternidad, paternidad o protección del interés superior del menor.

2.2.1.1 Concepto de la reproducción humana asistida

La reproducción humana asistida puede definirse como la combinación de procedimientos médicos y biotecnológicos que buscan propiciar la procreación humana a partir de la utilización de técnicas científicas y de la manipulación del proceso natural de la reproducción, es así que estas técnicas intentan conseguir la fecundación en caso de existir

problemas de infertilidad, esterilidad o dificultades biológicas que imposibilitan la procreación de manera natural, según lo mencionan, (Muentes, Moreno, & Silva, 2020, pág. 137)*"Gracias a los avances en las ciencias médicas hacen posible que existan posibilidades alternativas para la reproducción humana…"* es así que se puede mencionar que la reproducción humana asistida abarca el conjunto de procedimientos médicos especializados que buscan facilitar la concepción mediante el manejo de gametos, embriones o procesos de fecundación, permitiendo así otras formas de reproducción de las personas, en este contexto, los autores afirman que estas técnicas han supuesto cambios profundos en las formas tradicionales de la familia y han producido nuevos retos jurídicos en relación con la filiación y los derechos reproductivos.

Del mismo modo, (Sánchez & Gamboa, 2023) manifiestan que *"La reproducción humana asistida es un conjunto de técnicas y procedimientos médicos utilizados para ayudar a las personas a concebir un hijo."* Entonces, son mecanismos científicos a partir de los cuales se intenta asegurar el derecho reproductivo de las personas, particularmente en situaciones de infertilidad o imposibilidad biológica de concebir, no solo se trata de un tratamiento médico, sino además de una realidad jurídica, social, que contiene derechos fundamentales respecto a la dignidad humana, autonomía reproductiva, a decidir libre y voluntariamente, identidad y protección de la familia, por ello, diversos instrumentos internacionales reconocen la importancia de garantizar estos derechos a partir del acceso a las técnicas de reproducción.

Asimismo, la reproducción humana asistida tiene que ver particularmente con el derecho a la familia, así como también con el libre desarrollo de la personalidad, dado que proporciona la posibilidad de que la persona tome decisiones autónomas sobre su proyecto de vida reproductivo, sin embargo, estas prácticas también han suscitado interrogantes en torno de los límites éticos y jurídicos que ha de tener la manipulación genética, la donación de gametos, embriones o la gestación subrogada. En el Ecuador, a pesar de que la Constitución de la República reconoce derechos en torno a la igualdad, la familia y el libre desarrollo de la personalidad, no se cuenta con una regulación específica e integral que regule las técnicas de reproducción humana asistida, lo cual genera vacíos normativos respecto a los

efectos de la reproducción asistida, en especial en torno a la filiación, la identidad y la protección del niño nacido mediante esta técnica de reproducción.

2.2.1.2 Técnicas de reproducción humana asistida

Las distintas técnicas de reproducciones humanas asistidas son procedimientos médicos y científicos que se usan con el objetivo de facilitar la concepción humana cuando el proceso reproductivo de manera natural presenta problemas biológicos, médicos o de infertilidad, se entiende que dichas técnicas constituyen uno de los más relevantes avances dentro de la reproducción humana, pues permiten que las personas o las parejas puedan ejercer su derecho a tener familia mediante procedimientos de naturaleza científica, distintos a la concepción natural. (Salame , Jordán , Cepeda , & López , 2024) indican que *"Las técnicas de reproducción asistida han revolucionado la forma en que muchas personas perciben la posibilidad de tener hijos biológicos."* cuando la concepción natural no puede ser realizada o es muy difícil, por este concepto, los autores también añaden que la reproducción humana asistida, como técnica, genera amplias controversias ético jurídicas de tipo personal relacionado con los derechos fundamentales, regulaciones de prácticas médicas y determinación de la filiación.

Las técnicas de reproducción humana asistida en el seno de la presente investigación radican en que constituyen la base médica y científica que permite razonablemente desarrollar la gestación subrogada al permitir la fertilización externa y la implantación del embrión en una mujer diferente a la madre genética, de este modo, la gestación subrogada no puede entenderse de forma aislada, sino que ha de ser considerada como una práctica médica íntimamente ligada a los procedimientos de reproducción asistida, en especial a la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria. Desde la perspectiva médica las técnicas de reproducción humana asistida son consideradas como procedimientos sistemáticos biológicos que se deben llevar a cabo por los médicos que poseen la formación relativa a la manipulación controlada de los gametos y los embriones con la meta de interrumpir o mejorar el proceso natural de fecundación humana. (Salame , Jordán , Cepeda , & López , 2024, pág. 357) sostienen que estas técnicas *"se encaminan a originar nueva vida humana de forma diferente*

a la interacción sexual." (p. 357), generando nuevas opciones de parentalidad y filiación que han originado concepciones distantes de las tradicionales en el ámbito del Derecho de familia.

Por consiguiente, la fecundación in vitro (FIV) según lo mencionan (Salame , Jordán , Cepeda , & López , 2024, pág. 356) es una *"...técnica en la que los óvulos y los espermatozoides se combinan fuera del cuerpo humano, específicamente en un laboratorio, para crear embriones."* Es así que forma parte de las técnicas principales asociadas a la gestación subrogada, así, la técnica de la fecundación in vitro es una parte fundamental para realizar la gestación subrogada al permitir la implantación del embrión en el útero de la mujer distinta de la madre genética, esta técnica ha producido profundas transformaciones en lo que respecta al derecho de familia y al establecimiento de la filiación, porque permite que la maternidad genética distinga de la maternidad gestacional. También, (Sánchez & Gamboa, 2023, pág. 437) se muestran conformes con el hecho de que los avances científicos a nivel reproductivo habrían modificado nuestras concepciones tradicionales de maternidad y de paternidad, porque podría decirse que la reproducción no depende del proceso biológico natural.

(Salame , Jordán , Cepeda , & López , 2024, pág. 358) establecen como técnicas de reproducción humana, la transferencia de embriones congelados que se entiende como el procedimiento a través del cual un embrión fecundado es implantado en el útero de la mujer gestante, permitiendo que esta lleve adelante el embarazo aunque no exista relación genética con el niño y que a su vez genera importantes debates jurídicos respecto de la maternidad y la filiación y estos embriones pueden ser almacenados para ciclos posteriores, por otro lado, la donación de gametos es otra de las técnicas muy utilizadas en el ámbito de la reproducción asistida con la gestación subrogada y que consiste en la utilización de óvulos o espermatozoides de un tercero donante en caso de no ser biológicamente posible la producción de gametos funcionales, este genera importantes cuestionamientos jurídicos relacionados con el derecho a la identidad y el derecho a conocer el origen biológico del niño nacido a través de estas técnicas, de igual manera, la crio conservación de embriones

constituye un procedimiento complementario ya que se trata de un proceso en el que los embriones son congelados de forma tal que pueden usarse posteriormente.

2.2.2 LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MÉTODO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La subrogación de la maternidad es una de las formas más complejas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida, ya que requiere de la participación de una mujer gestante que llevará a cabo el embarazo por cuenta de otra persona o pareja que se conocen como padres intencionales, este tipo de práctica se realiza a través de la utilización de procedimientos médicos de reproducción asistida que permiten la fertilización y la posterior implantación embrionaria en el organismo de la mujer gestante, esta ha surgido como una alternativa reproductiva dentro de contextos de infertilidad, imposibilidad biológica de gestar o impedimentos médicos que dificultan llevar a cabo el embarazo por vías naturales, pero, independientemente de que se trate de un procedimiento médico, la subrogación de la maternidad conforma una realidad jurídica y social que ha suscitado importantes debates acerca de los niveles máximos en el ejercicio de la libertad reproductiva, la protección de la dignidad humana y la necesidad de una regulación normativa.

La gestación subrogada es fácilmente una práctica que encuentra razón de ser en las técnicas de reproducción humana asistida, pues necesariamente requieren procedimientos médicos para conseguir la concepción y la práctica del embarazo, según lo mencionan (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022)*"La gestación por subrogación también llamada gestación por sustitución se ha convertido en un fenómeno transnacional y con ello en una preocupación importante para los derechos humanos."* En este sentido, se evidencia en sus prácticas cuestionamientos jurídicos de gran profundidad vinculadas a la cuestión de la filiación y la específica protección de derechos fundamentales por lo tanto, ponen de manifiesto que las técnicas de reproducción asistida han cambiado y transformado las maneras ya significativas en las que se explican y se conciben las relaciones familiares, ya que la maternidad y la paternidad pueden ya provenir de un vínculo biológico o de la voluntad procreacional y de nuevas formas de parentalidad.

2.2.2.1 Relación entre la gestación subrogada y la reproducción asistida

La conexión existente entre la práctica de la gestación subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida es directa e indisoluble, ya que la gestación subrogada únicamente puede llevarse a cabo gracias a los procedimientos científicos de fecundación y transferencia embrionaria, en este contexto, la reproducción asistida se establece como la base médica que permite la posibilidad de la gestación subrogada, siendo así que la fecundación in vitro es el procedimiento médico que más se utiliza dentro de la gestación subrogada debido a que permite la fecundación extracorpórea del óvulo y la posterior implantación del embrión en el útero de la mujer gestante, procedimiento que permite que el embarazo siga mediante una tercera mujer que no sea la madre genética, dando lugar así a una separación de la maternidad genética, gestacional y jurídica.

En este sentido, la gestación subrogada no puede ser vista simplemente como un pacto de los individuos sino como una práctica que se encuentra muy directamente vinculada con los desarrollos científicos ocurridos en la esfera reproductiva, en este sentido, mencionan que (Sánchez & Gamboa, 2023) *"En los últimos 40 años se han creado numerosos métodos de reproducción humana asistida (TRA) para satisfacer las necesidades de las parejas heterosexuales, las personas solteras que quieren tener hijos y las parejas con problemas de esterilidad e infertilidad."* , lo que permite entender el desarrollo de nuevas alternativas reproductivas y familiares, la posibilidad de denominar la gestación subrogada de un tipo de reproducción asistida se hace igualmente evidente en la consideración de los procedimientos complementarios existentes, como la donación de gametos o la crioconservación embrionaria, en el que en buena parte de los casos para que se produzca la gestación subrogada debe intervenir en los óvulos o espermatozoides de los que son terceros donantes, que conlleva una problematicidad jurídica considerable sobre el derecho a la identidad y la determinación de la filiación del niño que nace en el marco de la técnica de la gestación subrogada.

2.2.2.2 Procedimientos médicos en la gestación subrogada

La gestación por sustitución se basa en la utilización de diferentes procedimientos médicos especializados que se inscriben dentro del ámbito de la reproducción humana asistida, entendida esta como aquella cuya finalidad es conseguir la fecundación y la posterior evolución del embarazo en el cuerpo de una mujer gestante, en el que el objetivo de los procedimientos médicos de la reproducción humana asistida es, en definitiva, permitir a una persona o pareja tener un hijo o una hija a partir de la utilización de técnicas científicas que sustituyen o complementan la reproducción natural, el procedimiento médico que se utiliza en la gestación subrogada es la fecundación in vitro, mediante la cual los óvulos son fecundados extracorpóreamente en un laboratorio a partir de espermatozoides del padre intencional o de un donante y que luego el embrión será transferido al útero de la mujer gestante, a partir de donde se pone en marcha el embarazo.

La fecundación in vitro representa una de las técnicas más importantes de la reproducción asistida debido a que permite la obtención de embriones mediante procedimientos médicos especializados que según lo mencionan (Salame , Jordán , Cepeda , & López , 2024, pág. 358) *"Un aspecto jurídico crucial en la fecundación in vitro es la determinación de la propiedad de los embriones y los derechos parentales."* En este sentido, la fecundación in vitro no solamente implica un procedimiento médico dirigido hacia la consecución del embarazo, sino que al mismo tiempo es también una práctica que genera consecuencias jurídicas tan importantes como la filiación, la maternidad y la paternidad, por ello, la falta de regulación específica de la gestación subrogada puede ser una fuente de inseguridad jurídica respecto de la filiación y en la protección de derechos fundamentales y al interés superior del niño.

Una siguiente etapa importante es la transferencia embrionaria, procedimiento mediante el cual el embrión previamente fecundado es introducido dentro del útero de la mujer gestante, este procedimiento constituye el elemento básico de la gestación subrogada, en la medida que permite que el embarazo corra a cargo de una mujer distinta a la madre genética, en algunos casos, los procedimientos de la gestación subrogada también contemplan la donación de gametos, bien por imposibilidad biológica de los futuros padres

a poder aportar su propio material genético, en cambio la crio conservación embrionaria es un tratamiento complementario de la técnica de reproducción asistida, ya que consiste en la congelación de embriones para su utilización posterior.

En el Ecuador, si bien se encuentran derechos relacionados con la igualdad, la salud reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador, no hay una normativa específica sobre técnicas de reproducción asistida, ni respecto de la gestación por sustitución, es así que (Salame , Jordán , Cepeda , & López , 2024, pág. 360) afirman que *"La nación ecuatoriana no tiene establecido una normativa específica que regule las técnicas de reproducción humana asistida en todo su ámbito de acción,…"* (p. 360); hecho que origina grandes vacíos jurídicos, conforme a la filiación y a la protección de los niños en el contexto de los derechos humanos, siendo que las técnicas de reproducción humana asistida están muy asociadas al ámbito del Derecho, ya que producen efectos sobre instituciones y temas destacados del Derecho de familia.

2.2.3 LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA A NIVEL INTERNACIONAL

La gestación subrogada desde la proyección de la regulación internacional no presenta un modelo particular, ya que los Estados han tomado posiciones diferentes en relación con dicha práctica, algunos sistemas jurídicos prohíben de forma expresa su uso, otros lo permiten en ciertas condiciones y otros mantienen los vacíos normativos que le confiere inseguridad jurídica, desde un enfoque internacional, la gestación subrogada excede una práctica médica vinculada a la reproducción humana asistida en tanto, resulta una realidad jurídica de la que se derivan derechos fundamentales, así, las diferentes opciones de los ordenamientos jurídicos se fundamentan por motivos ético, culturales, religiosos y políticos.

(Sánchez & Gamboa, 2023, pág. 432) mencionan que *"…la mayoría de las naciones latinoamericanas carecen de un organismo que controle efectivamente este tema social."* Es decir que carecen de leyes claras que regulen sobre la reproducción asistida siendo así que mientras algunos Estados piensan que la gestación subrogada es parte del ejercicio de la

autonomía reproductiva y del derecho de formar familia, otros entienden que puede lesionar la dignidad humana al convertir tanto la maternidad, como el cuerpo de la mujer, en cosa objeto de contratación, lo que ha llevado a que muchos de los conflictos deban resolverse por la interpretación de principios generales de derechos humanos y estándares internacionales relativos a la protección de la niñez y la familia.

2.2.3.1 Regulación en instrumentos internacionales

A nivel internacional no existe, hasta la fecha de hoy, un tratado universal específico que regule de manera directa la gestación subrogada, no obstante, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos contienen principios aplicables a esta práctica, especialmente en cuestiones de protección del niño, derecho a la identidad, vida familiar, dignidad humana, igualdad y no discriminación, dentro de los cuales uno de los instrumentos más relevantes es la Convención sobre los Derechos del Niño. En su artículo 3 se establece que, en todas las medidas relacionadas con los niños, uno de los intereses básicos deberá ser el interés superior del niño.

En este mismo contexto en el artículo 7 ibidem, establece que, "*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."* Del mismo modo, el artículo 8 ibidem reconoce el derecho del niño a preservar su identidad en lo que respecta a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, es así que tales artículos resultan básicos para el análisis de la gestación subrogada ya que el niño nacido a partir de esta práctica puede verse envuelto en conflictos en relación con la filiación, la nacionalidad o la identidad cuando no existen regulaciones claras, en este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño sirve como base internacional para sostener que cualquier modelo regulador de gestación subrogada deba estar orientado hacia la protección del niño que pueda nacer mediante esta técnica.

También resulta de interés la Observación General n.º 14 del (Comité de los Derechos del Niño, 2013) que se ocupa del contenido del principio del interés superior del niño, apunta

a que el interés superior del niño debe ser un argumento considerado en decisiones judiciales, administrativas y legislativas que puedan afectar a los niños, tanto en casos individuales como en cuanto a políticas generales, por lo que en lo que se refiere a la gestación subrogada este principio ha de regir la actuación del legislador, de los jueces y de las autoridades administrativas que se ocupan del registro civil, de la filiación y de la protección de los derechos. El interés superior del niño actúa como límite frente a una posible mercantilización del cuerpo de la mujer gestante o del propio infante, de manera que una regulación internacional o nacional de la gestación subrogada no puede limitarse a permitirla o prohibirla, sino que ha de establecer condiciones suficientemente claras para garantizar la dignidad de la mujer gestante, la inexistencia de la explotación reproductiva.

En la (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969) se menciona sobre todo en lo que respecta a la vida privada, a la vida familiar, a la igualdad y a la protección de la familia, si bien este instrumento no regula expresamente la gestación subrogada, sí incorpora aquellos derechos que la jurisprudencia interamericana ha utilizado para el estudio de cuestiones vinculadas a la reproducción asistida, a la autonomía reproductiva y al derecho con respecto a los avances de la ciencia, en consecuencia esta lectura internacional resulta especialmente importante, ya que el país no tiene una normativa sobre gestación subrogada: los instrumentos internacionales pueden servir como criterios de lectura que eviten que un vacío legal.

2.2.3.2 Criterios jurisprudenciales internacionales

La jurisprudencia internacional ha sido fundamental para el análisis de las técnicas de reproducción asistida y de los efectos jurídicos de la gestación subrogada, aunque no todos los casos de los que se ocupa la jurisprudencia internacional son aquellos que se relacionan directamente con la gestación subrogada, pero sí son relevantes al establecer los estándares en relación a la autonomía reproductiva, a la familia, a la filiación y al interés superior del niño; uno de los precedentes más importante sobre el Sistema Interamericano es (Caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica , 2012), que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que corresponde a la prohibición de fecundación in vitro en la República de Costa

Rica, pero es importante para la presente investigación porque establece que las técnicas de reproducción asistida se vinculan a los derechos humanos vinculados a la autonomía reproductiva, a la vida familiar, a la filiación, es importante mencionar que la Corte IDH ha afirmado que los derechos reproductivos se encuentran incluidos dentro de aquellas estrictas garantías de protección del ámbito de la privacidad, dentro de la libertad, de la integridad de la persona y de la vida familiar.

Este criterio se puede aplicar en el análisis de la gestación por sustitución, ya que esta práctica depende extensamente de la fecundación in vitro, de ahí que la reproducción asistida, cuando se relaciona con los derechos humanos, también debe permitirnos acercarnos a la gestación por sustitución desde la óptica de los derechos fundamentales y esto no quiere decir que la gestación por sustitución tenga que estar permitida sin límites, sino que su regulación deberá ponderar la autonomía reproductiva de las personas adultas con la dignidad de la mujer gestante y el interés superior del menor.

Dentro del contexto Europeo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pues a analizar con un cierto número de criterios útiles los casos de los niños que vienen a nacer mediante gestación subrogada en el extranjero, siendo el (Caso Mennesson c. France , 2014) el que llevó al Tribunal a establecer su postura sobre la negativa del Estado francés a no reconocer la relación jurídica de las intenciones de los procreadores y los niños nacidos de la mencionada práctica fuera del territorio del Estado, siendo así que el Tribunal concluyó que la omisión del reconocimiento afectaba al derecho de los niños al respeto de su vida privada, protegido por el artículo 8 de este Convenio de Derechos Humanos que se defiende el derecho a la vida privada, es decir que el caso que viene a poner de manifiesto que aun cuando un Estado pueda tener restricciones internas frente a la gestación subrogada, no puede hacer como si no conociera la situación jurídica del niño nacido mediante esta práctica, ya que la protección de los niños exige la adopción de medidas que garanticen su identidad, su filiación y estabilidad familiar.

(Carrillo, 2024, pág. 724) estudia la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y plantea que *"El interés superior del menor debe satisfacerse siempre dentro del marco del*

ordenamiento jurídico y del orden público.", además de exponer que el contrato de gestación subrogada, ha sido entendido como contrario al orden público español a partir del momento en el que implique vulneración de derechos fundamentales, en especial aquél que hace referencia a la dignidad de la mujer gestante y del niño. En el mismo sentido (Navarro, 2022, pág. 23) quien estudia los efectos de la filiación derivada de la gestación subrogada, declara que uno de los problemas más centrales de este análisis consiste en el hecho de si el interés del menor ya que menciona que *"En todo caso, el interés del menor no debe ser valorado en abstracto, sino en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso."* Por consiguiente, a jurisprudencia internacional requiere analizar de forma única los derechos comprometidos caso a caso, en particular la identidad del niño, la determinación de la filiación, la dignidad de la mujer gestante y la obligación de evitar las prácticas de explotación reproductiva.

2.2.3.3 Protección de derechos humanos en la gestación subrogada

Para que la protección sea eficiente en los derechos de las personas respecto a la gestación subrogada es importante realizar un análisis a cada parte interviniente, así como del niño que ha nacido por medio de esta técnica, la mujer que actúa como gestante y los progenitores generadores, es así que la parte fundamental de la protección de derechos humanos de la maternidad subrogada ha de ser el interés superior del menor, ya que es la parte más vulnerable, es así que el menor que ha nacido por ese método tiene derecho a la identidad, la filiación, una nacionalidad y sobre todo a conocer su origen biológico, además de la protección familiar, es así que (Huaclla, 2022, pág. 101) afirma que, *"no estar tipificado dicho acto como delito se afecta significativamente el derecho a la identidad del menor y trae como consecuencia la alteración de la filiación de menor,…"* es así que, la ausencia de regulación que explique de forma coherente la situación puede generar inseguridad jurídica y dar lugar a situaciones caóticas, especialmente entre la madre genética, la madre gestante y la madre legítima.

En este contexto, la mujer que actúa como gestante en la maternidad subrogada tiene que recibir también protección de modo que no afecten los derechos humanos ya que según

la Constitución de la República del Ecuador también forman parte del grupo de atención prioritaria, siendo así que en relación jurídica que se encuentra carente de regulación puede existir un riesgo de explotación reproductiva, desigualdad económica e incluso de mercantilización del cuerpo, por ello la regulación debe necesariamente contener normas que protejan la atención médica, el consentimiento informado además de no permitir que las situaciones de vulnerabilidad sean aprovechadas.

2.2.4 LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LATINOAMÉRICA

Según lo mencionan (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022) *"en América Latina ha conllevado una ampliación de los modelos de filiación en general y de la reproducción asistida en particular"* Y que visto desde este punto la gestación subrogada se caracteriza por la inexistencia de un modelo que sea uniforme para su regulación, es así que, las respuestas han podido variar desde el caso en que la regulación de la figura ha sido de prohibición expresa hasta un marco regulador con fines de promoción, pasando por diferentes grados de aceptación, o en el caso de determinadas regulaciones que han sido incapaces de ofrecer una solución determinada respecto a la gestión de esta práctica, por ello el análisis de la gestación por subrogación en América Latina es fuente central de las materias que tratan de abordar el tema.

Por lo tanto, el estudio latinoamericano muestra que el principal objetivo consiste en determinar si la gestación subrogada va a regularse o solo se va a negar e impedir su práctica, y de ello determinar qué consecuencias jurídicas produce cuando ya ha nacido un niño por esta práctica, por el cual se focaliza en una serie de cuestiones, así como la filiación, la inscripción del recién nacido por esta práctica, la nacionalidad, el derecho a la identidad, la voluntad pro creacional o el interés superior del niño, por eso, la gestación subrogada no puede ser objeto de estudio sólo como un contrato privado entre adultos, puesto que los efectos que se derivan por esta práctica también recae en el niño nacido y en el orden jurídico responsable de reconocer su filiación y proteger los derechos.

2.2.4.1 Regulación en Colombia

Según lo mencionan (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022, pág. 123)*"En Colombia hay un vacío jurídico total en relación con la gestación por subrogación, pues no existe regulación específica al respecto."* ya que el ordenamiento jurídico no la prohíbe expresamente ni establece una normativa general apropiada que se encargue de regular este tema en específico, y que se menciona que existe un vacío normativo que es evidente y que permite su desarrollo mediante la creación de acuerdos privados, clínicas de fertilidad e intermediarios, sin que existan normas específicas que regulen de manera expresa la filiación, los derechos de la mujer gestante o la protección del niño nacido por esta técnica.

A pesar de la evidente falta de una regulación normativa, la jurisprudencia colombiana ha tratado de abordar estos temas en el que uno de ellos es la sentencia (Sentencia T-968/09, 2009) Corte Constitucional de Colombia el cual, *"En este caso, la gestante se había arrepentido de entregar a los neonatos y los registró como hijos extramatrimoniales sin señalar el nombre del padre,…"* es así que tuvo mérito de reconocer el hecho de que existían pactos de gestación subrogada y que la Corte presentó dicha práctica como *"el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste."*

Entonces, la Corte no emprendió un pronunciamiento expreso sobre la legalidad de la práctica, pero sí advirtió sobre la necesidad de una regulación por no dejar en vulneración los derechos de las partes, incluso, en dicha decisión, sentó varios lineamientos que debían tomarse en consideración para una regulación jurídica de la gestación subrogada, entre los que se encuentra, que la mujer gestante no aporte sus propias gametos, que no exista una finalidad lucrativa, que la gestante sea mayor de edad y goce de salud física y psicológica adecuada, existiendo así un consentimiento informado y que se garantice la protección integral del niño nacido a través de esta práctica.

Respecto a la filiación que se basa fundamentalmente en el criterio biológico y en el principio tradicional según el cual madre es quien da a luz, es decir, el que la ley considera

madre es la mujer gestante. Es así que (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022, pág. 143) menciona que *"En relación con la filiación, las reglas de atribución de la maternidad generan el mayor problema, pues madre es la que pare"* perspectiva que da lugar para calificar a la mujer que finalmente debe asumir como madre la maternidad, de ese modo se pone de manifiesto que la legislación colombiana corresponde a una legislación que no ha logrado adaptarse a las nuevas formas de reproducción que han surgido a raíz del desarrollo de la biomedicina.

2.2.4.2 Regulación en Argentina

Dentro del contexto de Argentina, la figura de la gestación subrogada ocupa sin lugar a dudas uno de los temas más discutidos por el derecho familia, ya que el ordenamiento jurídico argentino no ofrece una regulación que autorice o prohíba esta práctica, es así que la falta de regulación específica no ha impedido su práctica, razón por la cual ha surgido una desarrollada doctrina respecto a la gestación subrogada, centrada en cuestiones como la filiación, identidad y de interés superior del niño nacido a través de técnicas de reproducción humana asistida, por esta razón considera que la dificultad jurídica respecto a la gestación subrogada tiene que ver con que se opone al principio clásico del derecho romano *"mater semper certa est*", que expresa que madre es madre quien parió.

Es así que en el libro de (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022) sobre la gestación subrogada Mariana Rodríguez menciona que, la gestación subrogada consiste, en un procedimiento de reproducción humana asistida consensuada por la OMS ya que,

> *… permite que aquellas personas que quieren formar una familia y no pueden hacerlo, sea por su imposibilidad de gestar o de llevar a término un embarazo por razones de salud… o sociales…, no vean cercenados sus derechos a la paternidad o maternidad, a formar una familia.*

El Código Civil y Comercial Argentino no contiene un tratamiento expreso sobre la gestación subrogada, pero tampoco una prohibición, sanción pues la conducta no es típica, por ello se afirma una evidente falta de una regulación determinada, es así que hay un vacío

legal, pero no un vacío constitucional ni convencional, ya que el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina proclama un principio de libertad en virtud del cual ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley manda ni a ser privada de lo que la ley no prohíbe. Así, entre otros fundamentos, la validez de la gestación subrogada en los derechos humanos que la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen, son el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia, la autonomía reproductiva, el derecho a la salud, la igualdad y no discriminación, como así también el acceso a los avances de la ciencia y la tecnología vinculados con la reproducción asistida.

Un precedente internacional de suma importancia para el derecho positivo argentino es el caso de Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, siendo que este caso se sumó a los esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ampliar el alcance del derecho a la autonomía reproductiva y el derecho a constituir una familia a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, uno de los puntos más relevantes en el contexto argentino es el que la voluntad procreacional es la que permite que la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida constituya una filiación que se enmarca dentro de la procreación.

Sin embargo, el artículo 562 del Código Civil y Comercial argentino establece que la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida son hijos de la mujer que los daría a luz y de la persona que hubiese dado su consentimiento previamente, libre e informado. Precisamente por eso, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial argentino del 2012 intentó regular expresamente la figura de la gestación subrogada, el cual proponía que la filiación se determinara a favor de los comitentes mediante autorización judicial previa, siempre que hubiesen acreditado determinados requisitos orientados a la protección del interés superior del niño y para evitar prácticas abusivas.

Entre los requisitos propuestos encontrábamos que la gestante no aportara material genético, que existiera consentimiento previo, libre e informado, que la gestante tuviera capacidad física y psicológica adecuada, que no existiera finalidad lucrativa y que al menos

uno de los comitentes aportara sus gametos, además de exigir la homologación judicial previa a la transferencia embrionaria, sin embargo, esta regulación fue eliminada del texto definitivo del Código Civil y Comercial argentino, manteniéndose hasta hoy en día el vacío legislativo y que pese a ello, distintos proyectos de ley posteriores han intentado regular de nuevo la figura, sobre todo en la modalidad de gestación subrogada.

2.2.4.3 Regulación en México

En el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce el derecho de *"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos."* así como cuando señala que todas las personas han de tener derecho a la identidad y que el ejercicio de este derecho debe interpretarse a partir del interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes, siendo evidente que no existen disposiciones normativas que reglamentan expresamente una serie de técnicas de reproducción humana asistida. Pero hay que señalar que la sociedad mexicana ha ido por delante y en este sentido.

Según un estudio realizado por, (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022), México es un país que constituye uno de los casos más paradigmáticos en América Latina con referencia a la diversidad normativa sobre la institución de la gestación por sustitución, dada la existencia de competencia legislativa en materia del derecho civil en la Federación y los estados. Hoy en día, solamente lo reconocen expresamente la filiación por gestación subrogada los estados de Sinaloa y Tabasco, presentando ambos códigos, concretamente, el Código Familiar de Sinaloa presenta a la figura en uno de sus capítulos denominado *"De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada"* y en el Código Civil de Tabasco, en el capítulo sobre *"gestación asistida y subrogada"* se regula el procedimiento y los efectos jurídicos que presenta.

Por el contrario, algunos estados prohíben el ejercicio de esta técnica de forma expresa, así, el Código Familiar de San Luis Potosí, por ejemplo, en el artículo 243 establece la no existencia de la maternidad sustituta y la exclusión de la maternidad de la mujer gestante

únicamente, por su parte, el Código Civil de Querétaro prohíbe que una tercera mujer pueda llevar a cabo la gestación subrogada, es así que aún existen otras entidades federales que reconocen expresamente la producción de efectos jurídicos por el uso de técnicas de reproducción humana asistida, aunque no de la figura de la gestación subrogada.

Desde este punto de vista el caso más relevante de todos resulta ser el (AMPARO EN REVISIÓN 553/2018, 2018), emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mismo en el que se reconoció la voluntad procreacional de una pareja del mismo sexo a inscribir a un niño nacido por gestación subrogada, donde la Corte consideró que la voluntad procreacional se tenía que considerar uno de los elementos más importantes para la existencia de la filiación aunque no existe una relación biológica entre el hijo/a y los que pretenden asumir la maternidad o paternidad, en este sentido, la legislación tabasqueña reconoce también dos modalidades de gestación, la subrogada y la sustituta, por otro lado, el Código Familiar de Sinaloa regula cuatro modalidades de gestación subrogada como la subrogación total, la subrogación parcial, la subrogación onerosa y la subrogación altruista, de aquí que México demuestra la necesidad de contar con una regulación específica e integral de la gestación subrogada.

2.2.5 LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ECUADOR

La gestación subrogada en el Ecuador representa una materia propia del Derecho actual a partir de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano mismo que carece de una normativa y regulación que la determine en sus condiciones, límites, efectos respecto a la filiación y formas de protección para las personas afectadas y la falta de legislación resulta muy peculiar ya que la gestación subrogada se lleva a cabo utilizando técnicas de reproducción humana asistida, lo que permitiría generar consecuencias directas en el Derecho de familia en la determinación de la madre, el padre, la filiación, la identidad y la protección del interés superior del niño. En este sentido, (Sánchez & Gamboa, 2023) manifiestan que *"Ecuador no tiene normas que regulen la reproducción asistida"*, lo que determina la necesidad de desarrollar una legislación que identifique las técnicas que se consideran

autorizadas, los requisitos para poder acceder a técnicas de reproducción asistida y la responsabilidad de médicos y clínicas que intervienen en esos mismos procedimientos.

2.2.5.1 Situación jurídica actual en el Ecuador

En el Ecuador, la práctica de la gestación subrogada no está ni correctamente permitida ni prohibida por una norma específica de carácter jurídico, es decir que no hay una norma que regule el procedimiento, los requisitos exigibles a la mujer gestante, los derechos de los futuros padres, la intervención de centros médicos, la determinación de la filiación o la posibilidad del niño o la niña de conocer su verdadero origen biológico, en la Constitución de la República del Ecuador se recoge derechos interesantes a tener en consideración para este análisis como el derecho a la igualdad, el derecho a la identidad, el derecho a formar una familia, la salud reproductiva o la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pero en sí no recogen reglas explícitas para los casos de gestación subrogada.

Referente a lo que afirman (Sánchez & Gamboa, 2023) la Constitución en su artículo 66, numeral 9 reconoce *"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."* sin embargo, subrayan que el desarrollo biotecnológico ha generado los vacíos jurídicos que hacen que la norma no sea efectiva para enfrentar las nuevas realidades reproductivas. En el ámbito de la salud, la Ley Orgánica de Salud establece previsiones generales sobre la salud sexual y reproductiva, pero no sobre las técnicas de reproducción humana asistida ni la gestación subrogada; igualmente, el Reglamento para el uso de material genético humano regula el uso, recolecta, almacenamiento y disposición de material genético humano, pero no establece consecuencias filiatorias ni reglas sobre maternidad subrogada.

La ausencia de una regulación queda evidente en el hecho de que no existe una ley que autorice expresamente la gestación subrogada ni que la prohíba, ni que la apruebe y que dicha ausencia viene acompañada de la inseguridad jurídica, en la filiación, la identidad del niño o niña, a determinados derechos de la mujer o gestante, así como a los derechos

responsabilidades de los centros médicos que pueden estar implicados en estos procedimientos, en este sentido, (Salame , Jordán , Cepeda , & López , 2024) explican que en Ecuador este tema no ha sido objeto de un tratamiento específico, mismo que afecta con fuerza la filiación.

Normativamente la filiación se regula en el Código Civil que según el art 24, se establece la filiación, así como la maternidad y paternidad, el cual surge dentro del matrimonio o de una unión de hecho, la modificación voluntaria y la declaración judicial, pero estas fórmulas no resuelven la cuestión de la filiación en el supuesto de que una mujer gestara un niño por otra persona o pareja, así como tampoco sirve para los supuestos de que exista separación entre madre genética, madre gestante y madre intencional. Por lo tanto, el vacío normativo no puede ser entendido únicamente como un vacío legal, sino que es la falta de garantías concretas para la protección de derechos fundamentales, de tal modo que de este tipo de gestación puede surgir conflictos de inscripción del registro, impugnaciones de la maternidad, disputas parentales, la alteración del interés del niño, o incluso la posibilidad de situaciones de explotación del ser humano en el contexto de la reproducción.

2.2.5.2 Jurisprudencia relacionada

En el Ecuador, uno de los precedentes jurisprudenciales más importantes en relación con las técnicas de reproducción humana asistida, la identidad y diversidad familiar es la (Sentencia: 184-18-SEP-CC, 2018), dictada por la Corte Constitucional del Ecuador para el caso Satya, esta sentencia no resuelve un tema de gestación por sustitución, sino que representa un importante precedente para el análisis jurídico de la filiación proveniente de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y el reconocimiento de nuevas formas de familia. El caso parte por la negativa del Registro Civil a inscribir a la niña Satya Amani con los apellidos de sus dos mamás, Nicola Susan Rothon y Helen Louis Bicknell, quienes formaron una unión de hecho con validez en el Reino Unido y en Ecuador, en este caso la niña fue concebida gracias a la técnica de inseminación artificial y el Registro Civil aceptó los apellidos de la madre biológica y denegó cualquier posible forma de reconocimiento de la segunda madre.

La Corte se encargó de analizar y de ello determinar si la negativa del Registro Civil contravenía derechos constitucionales vinculados con la igualdad, la identidad, la familia y el interés superior del niño, hay que tomar en cuenta que el Tribunal Provincial que dictó en primer lugar la sentencia impugnada defendía que la legislación ecuatoriana no preveía la existencia de una duplicidad de filiaciones maternas y que tan solo podía anotar el progenitor biológico, es así que se debatió extensamente acerca de la protección constitucional de la familia en sus múltiples tipos. La sentencia en cuestión se cita el artículo 67 de la Constitución de la República, que reconoce la familia "*en sus diversos tipos"* y establece que *"Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes."*

La Corte, analizó la jurisprudencia internacional en relación con la diversidad familiar y reproducción asistida, y examinó el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se establece que no se puede imponer un único modelo de familia y que las familias integradas por parejas homosexuales necesitan protección jurídica equivalente. Otra cuestión importante dentro de la sentencia analizada fue la del examen concerniente al derecho a la identidad de la niña, siendo que los demandantes afirmaron que el rechazo de la solicitud de inscripción vulneraba el derecho constitucional estipulado en el artículo 66 numeral 28 de la Constitución; el cual establece que toda persona tiene derecho a la identidad personal, que incluye el derecho que tiene toda persona a tener nombre y apellidos debidamente inscritos.

En la misma línea, dentro del proceso se aseguró que el Estado ecuatoriano tampoco podía exigir requisitos diferenciados del registro de hijos nacidos en familias diversas, dado que de hacerlo podría suponer una forma de discriminación en base a la orientación sexual de las madres, además, la jurisprudencia objeto de la presente investigación se justifica porque la Corte Constitucional ha aprobado el hecho de que las técnicas de reproducción asistida producen nuevas formas de realidad familiar que hay que analizar teniendo en cuenta los derechos constitucionales, la jurisprudencia también tiene interés para el estudio de la gestación por sustitución porque comporta una prueba de las limitaciones del derecho

ecuatoriano en relación con nuevas supuestas filiaciones que pueden originarse a raíz del progreso biomédico: en efecto la sentencia pone de manifiesto que la normativa ecuatoriana no contemplaba expresamente la doble filiación materna ni regulaba suficientemente las consecuencias de la situación jurídica en relación con la técnica de reproducción asistida.

2.3. LOS LINEAMIENTOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ECUADOR

La gestación subrogada, resulta no ser sólo una práctica, sino que es, además, una realidad jurídica y social que ha ido expandiendo por los avances científicos que han hecho posible inaceptables técnicas de reproducción humana asistida, pero su escasa atención en la realidad del ordenamiento jurídico de Ecuador a significando que, al día de hoy, no se establece ninguna consideración en el orden jurídico donde se establezca su ejercicio, condición o límite, ni cuáles son los efectos derivados de la práctica; originando conflictos legales y de forma pertinente respecto el alcance de la filiación, de la identidad, de la maternidad, de la protección del niño y de los derechos reproductivos. Por tanto, la elaboración de lineamientos jurídicos para la gestación subrogada resulta necesaria a fin de que el Estado garantice la seguridad jurídica en torno a las nuevas formas de reproducción, en respuesta al desarrollo biomédico, la práctica responde a la necesidad de poder proteger ante la vulneración de tales principios constitucionales como la dignidad humana, la autonomía reproductiva, la igualdad, la identidad y el interés superior del niño.

2.3.1 NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

La regulación práctica de la gestación subrogada es estrictamente necesaria porque, a día de hoy, se evidencia la ausencia de un marco regulador en lo que se refiere a las técnicas de reproducción humana asistida y, especialmente, en lo que hace referencia a los efectos legales de la maternidad subrogada, lo que deja un vacío normativo que genera inseguridad jurídica en cuanto a la filiación, la identidad del niño, el consentimiento de la mujer gestante o el control del Estado sobre los procedimientos de la medicina reproductiva (Sánchez & Gamboa, 2023) afirman que *" muchas naciones aún carecen de leyes claras sobre la reproducción asistida por el momento, incluido Ecuador."* (p. 432), circunstancia que ha conllevado a dificultades jurídicas en lo que hace referencia a la regulación de estas prácticas biomédicas, para estos autores, el desarrollo científico ha superado la capacidad de respuesta de las normas tradicionales del Derecho de familia, dando lugar a vacíos legales frente a las nuevas formas de reproducción y filiación.

También (Calle & Armendariz, 2026) *"La falta de una ley ha generado vacíos legales y ambigüedades interpretativas que comprometen la seguridad jurídica y dificultan la inscripción de los nacimientos bajo esta modalidad."* Además, se ve afectados los vínculos jurídicos entre la filiación o la identidad, derechos de las partes intervinientes, pues el ordenamiento jurídico no los vincula a la regulación de la maternidad subrogada, en este sentido, la falta de una regulación repercute principalmente en la inseguridad jurídica e influencia del interés superior de los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, sobre todo en el hecho de que se garantiza la posibilidad de decidir libremente, responsable e informada sobre la vida reproductiva, de acuerdo en el contenido del artículo 66 numerales 9 y 10.

Por otro lado, la sentencia No. 184-18-SEP-CC, también conocido como caso Satya, puso en evidencia que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se encuentra preparado para responder a los conflictos que se generan a partir de la utilización de las técnicas de reproducción asistida y los nuevos tipos de familia, la Corte Constitucional veía la necesidad de interpretar las instituciones jurídicas de la filiación y de la familia bajo los principios de la Constitución y de los derechos humanos, siempre que se viese comprometido el interés superior del niño y el derecho a la identidad, por esta razón, la regulación de la gestación subrogada no ha de entenderse, simplemente, como una autorización de la práctica, sino como necesidad jurídica para definir mecanismos de protección integral que garanticen derechos fundamentales y eviten situaciones de inseguridad jurídica o de vulneración de derechos.

2.3.1.1 Consecuencias del vacío legal

El vacío legal es evidente en el ámbito de la gestación subrogada ya que, produce infinitas consecuencias jurídicas, sociales y familiares que impactan tanto a la mujer gestante, como a los padres de intención y, en especial, al bebé nacido en virtud de esta práctica, por ello la consecuencia se centra en la inseguridad jurídica de poder determinar la filiación, en este contexto, el Código Civil en su artículo 24 otorga visibilidad a las reglas tradicionales

de filiación, sin incluir expresamente los casos de gestación subrogada y, por lo tanto, surgen controversias sobre quién debe ser reconocida como madre legalmente, ya que pueden reclamar su filiación la mujer que ha aportado el material genético, la mujer que ha llevado a cabo el embarazo o la persona que ha manifestado la voluntad procreacional respecto a la criatura nacida.

La consecuente afectación del derecho a la identidad del niño nacido por gestación subrogada también es un resultado importante de la falta de normas; ya que impide establecer claramente los mecanismos de reconocimiento de la filiación, de inscripción en el registro civil, así como el acceso a información del origen biológico, gestacional puesto que puede llegar a generar la incertidumbre en materia de la identidad familiar y jurídica del niño o de la niña, así la falta de normas específicas puede derivar en conflictos entre la mujer gestante y los padres intencionales, dado que no hay claridad sobre los efectos jurídicos que pueden desprenderse. (MarcadorDePosición6) opinan que la falta de una regulación de la maternidad subrogada hace que puedan verse afectados tanto el principio del interés superior del niño como los derechos de filiación, además puede existir riesgo a la explotación reproductiva de la mujer gestante, por la existencia de acuerdos abusivos, coerción económica o intermediación irregular por parte de clínicas o de terceros.

Actualmente no existe el procedimiento específico para el consentimiento informado, para las evaluaciones psicológicas, para los límites de la acción médica y para la supervisión de los contratos por gestación subrogada, entonces también se ve afectado la seguridad jurídica, que es un principio consagrado en el artículo 82 de la Constitución, puesto que los sujetos que participan en los procedimientos de gestación subrogada carecen de normas claras que determinen sus derechos y obligaciones, lo que da lugar a que exista una inseguridad jurídica y a que los órganos administrativos y judiciales puedan tomar decisiones contrarias entre sí, es por ello que un vacío normativo no significa únicamente ausencia de normativa, sino también ausencia de una protección efectiva ante una práctica que de hecho ya forma parte de la realidad social y médica.

2.3.1.2 Importancia de una regulación

Esta importancia surge de la necesidad de poder garantizar una seguridad jurídica y de la protección integral de los derechos fundamentales con relación a esta realidad científica dentro de la reproducción humana asistida, por eso una regulación jurídica permitiría establecer normas precisas en relación a la filiación, en cuanto a los derechos de la mujer gestante, sobre las obligaciones de los padres intencionales, sobre el control estatal de las clínicas y sobre la protección del niño nacido mediante esta técnica, permitiría proteger el interés superior del niño a partir de su nacimiento, asegurando el derecho a la identidad, filiación, nacionalidad y estabilidad familiar, entonces la regulación es necesaria debido a que no se puede dejar expuesto los derechos del niño nacido por la gestación subrogada, al igual la regulación es necesaria para la protección de la dignidad y derechos de la mujer gestante a partir de los requisitos mínimos sobre consentimiento libre e informado, evaluación médica y psicológica, salud y prohibición de explotación reproductiva.

Igual, una regulación jurídica establecería limites acotadas a la comercialización de la gestación subrogada, a la par que se evitaría que el cuerpo de la mujer o el mismo niño nacido por la técnica empleada con anterioridad sean explotados como objetos de una contratación comercial, buscando una mayor compatibilidad en el ejercicio de la autonomía reproductiva, la protección de derechos humanos y los principios constitucionales. (Granizo , Salazar , & Suárez , 2026) argumentan que la regulación jurídica es necesaria desde la perspectiva de compatibilizar la práctica de la gestación subrogada con el interés superior del niño, porque en este momento no hay una normativa que garantice de forma suficiente la protección de los derechos de aquellos niños nacidos por esta técnica y de hecho la regulación permitiría ajustar procedimientos administrativos y judiciales para la solución de conflictos debidos a la gestación subrogada.

2.3.2 PRINCIPIOS APLICABLES

Es fundamental que la regulación de la gestación subrogada en Ecuador esté basada en principios de contenido constitucional y de derechos humanos que permitan asegurar la integridad de las personas que intervienen en las relaciones jurídicas que la gestación

subrogada genera, en específico la protección del niño nacido a través de la práctica de gestación subrogada. tal modo la regulación de la gestación subrogada no puede hacerse sólo desde sus aspectos médicos o contractuales, sino que debe proceder de una mirada constitucional que permita la máxima protección de los derechos fundamentales, nos indica principios como el interés superior del niño, el derecho a la identidad, la autonomía reproductiva, la dignidad humana, la igualdad y no discriminación son principios que deben servir a los fines de una regulación jurídica de la gestación subrogada y estos principios no solo tienen su fundamento en la Constitución de la República del Ecuador, sino también en instrumentos internacionales de derechos humanos.

2.3.2.1 Interés superior del niño

El interés superior del niño constituye el eje a partir del cual se ha de estructurar cualquier regulación jurídica de la gestación subrogada teniendo en cuenta que el niño nacido por medio de este uso corresponde al sujeto que más protección tiene en toda relación jurídica, dicho principio es reconocido por el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece que:

> *El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.*

Además, el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia también dice que el interés superior de la niña, niño y adolescente es un principio orientado a la satisfacción efectiva del ejercicio integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, cuyo cumplimiento viene exigido a todas las autoridades quienes deberán adecuar su decisión a dicho principio. A nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño hace manifestación expresa en su artículo 3 que el interés superior del niño ha de ser el principal objetivo a tener en cuenta en todas las medidas que les incidan directa o indirectamente; este principio es especialmente relevante en la materia de la gestación subrogada, toda vez que cualquier vacío normativo o conflicto de filiación puede verse directamente implicado en los

derechos fundamentales del niño, como son la identidad, la familia, la nacionalidad y la estabilidad de la situación jurídica.

(Sales , 2019) menciona que *"La pérdida del interés superior del menor obedece a que nacieron por gestación subrogada únicamente."* Por el cual se expone y hay que tener en cuenta que el interés superior del niño ha de prevalecer ante cualquier conflicto por la gestación subrogada, sobre todo en lo que se refiere a la determinación de la filiación y el reconocimiento de derechos de tipo familiar, además la autora señala que el niño no puede ser considerado como un objeto de los acuerdos reproductivos entre adultos, sino como un sujeto de derechos, es así que en el caso Satya la Corte Constitucional demostró que las nuevas familias que surgen a partir de las técnicas de reproducción asistida tienen que ser entendidas bajo el interés superior del niño como punto de partida y no bajo unos modelos tradicionales restrictivos de la filiación; al considerar que la no regulación de la realidad familiar de la niña afectaba directamente a sus derechos constitucionales reconocidos como el del derecho a la identidad y el del derecho a la familia.

2.3.2.2 Derecho a la identidad

Es importante establecer que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que debe ser garantizado dentro de una regulación jurídica sobre gestación subrogada, debido a que la práctica de la gestación subrogada puede suscitar un conflicto en relación con el origen biológico, la filiación y la realidad familiar del niño que ha nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida, siendo así que la Constitución de la República del Ecuador que, en su artículo 66 numeral 28, establece este derecho a la identidad personal y colectiva,

> *"...que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, ..."*

Y el artículo 45 ibidem establece que *"Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado*

reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción." esta previsión acontece de especial importancia en el ámbito de la gestación subrogada, y ello ya que, el niño que nace por medio de técnicas de reproducción humana asistida debe de disponerse de un amparo jurídico efectivo desde la fecha de su nacimiento, independientemente del modo en el que ha sido concebido, por ello este articulo permite sentar la base de la idea de que el interés superior del niño debe prevalecer frente a cualquier vacío normativo o conflicto que pueda derivarse de la gestación por sustitución.

A nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7 establece que *"El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."* También establece que los Estados deben garantizar que estos derechos se apliquen de forma efectiva, este artículo es una de las principales garantías internacionales en lo que concierne al derecho a la identidad y filiación del niño porque garantiza el derecho a ser registrado desde el nacimiento, tener un nacionalidad o conocer su origen familiar, por el cual esta disposición resulta especialmente relevante, para el derecho a conocer a sus padres, la información sobre el origen biológico y familiar implica que debe evitarse situaciones de incertidumbre jurídica respecto a la identidad.

En este mismo contexto el articulo 8 ibidem establece que *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."* también establece que en el caso de que un niño fuese privado de forma ilegal de cualquiera de los elementos de su identidad, el Estado deberá prestarle asistencia y protección adecuadas para restablecer la identidad de forma pronta y adecuada, al igual se establece la postura del Estado frente a situaciones caracterizadas por la inseguridad jurídica que se derivan de las técnicas de reproducción asistida, de ahí que en el caso de la gestación subrogada el Estado deba ofrecer mecanismos que garanticen el derecho del niño a preservar su identidad y su origen biológico.

2.3.2.3 Autonomía reproductiva

La autonomía reproductiva constituye un principio fundamental asociado a la capacidad de las personas a decidir libremente sobre su vida reproductiva, la formación de su propia familia y, con ello, el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, es así que en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numerales 9 establece que *"El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual…"* Al igual que el numeral 10 del mismo artículo establece que *"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."* De esta manera se garantiza el derecho a decidir libre, responsable e informada sobre la vida reproductiva y el deseo de tener el número de hijos que cada persona desee, entonces, la autonomía reproductiva se relaciona también con el derecho a un libre desarrollo de la personalidad, derecho a la salud y el derecho a fundar una familia y desde este punto las técnicas de reproducción asistida, incluida la gestación subrogada, son mecanismos científicos que permiten alcanzar proyectos reproductivos y familiares cuando las personas se encuentran con situaciones de infertilidad o con dificultades biológicas para gestar.

Dentro del contexto interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su decisión respecto del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, ha considerado que la autonomía reproductiva es parte de los derechos relacionados con la vida privada, con la integridad personal y con la libertad, entonces la Corte estableció que las técnicas de procreación artificial están asociadas al derecho de las personas para decidir libremente, si quieren tener hijos, y del modo en que se ha de hacer. (Sánchez & Gamboa, 2023) mencionan que *"La preservación del derecho del hombre y la mujer a fundar una familia como base para asegurar los derechos reproductivos…"* en virtud de las cuales se tiene un ejercicio de los derechos reproductivos y del derecho a formar una familia gracias a los avances científicos y biomédicos, pero la autonomía reproductiva no es un derecho absoluto, sino que debe ser ponderado junto con otros derechos fundamentales, en especial la dignidad humana, el interés superior del niño o la protección de la mujer embarazada, entonces una regulación jurídica ha de permitir el ejercicio de la autonomía reproductiva, pero con límites que impidan la explotación, la mercantilización o la violación de derechos fundamentales.

2.3.2.4 Dignidad humana

Según el artículo 11 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador establece que *"El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas…"* entonces, la Constitución pone la dignidad humana como parte importante para el ejercicio de derechos, y de la protección integral de y por las personas y cobra especial sentido en la materia de la gestación subrogada, siendo que la regulación jurídica debe de evitar todo tipo de explotación reproductiva y todo tipo de vulneración de derechos de la mujer y del niño nacido como consecuencia de esta técnica.

(Carrillo, 2024) señala que se *"Tiene en cuenta el carácter primordial del interés del menor, pero advierte que al intentar concretarlo se debe hacer una ponderación de todos los demás derechos dignos de protección, entre ellos nombra la dignidad…"* además sostiene que algunos de los contratos de gestación subrogada pueden vulnerar la dignidad humana cuando implican explotación reproductiva, en consecuencia, la regulación ecuatoriana debe asegurar que la gestación subrogada se lleve a cabo bajo unos parámetros éticos y jurídicos que respeten la dignidad de las personas, sea a través del consentimiento libre e informado, a través del control estatal y de la prohibición de prácticas abusivas o comerciales.

2.3.2.5 Igualdad y no discriminación

Entonces la igualdad y no discriminación es uno de los pilares fundamentales que justifican la regulación jurídica de la gestación subrogada, porque las técnicas de reproducción humana asistida deben garantizar acceso y protección jurídica sin distinciones que deriven en la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la condición económica o cualificadas constitucionalmente, mismo que se reconoce en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone que *"Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades",* en el que prohíbe además y en contra de toda discriminación y distinción en razón de la etnia, del lugar de nacimiento, de la edad, del sexo, de la identidad de género, de la identidad cultural, del

estado civil, de la orientación sexual, de la condición socioeconómica, o de cualquier otra distinción.

Además, el artículo 66, numeral 4 ibidem establece *"Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación."* logrando garantizar de esta manera la condición de todas las personas para el ejercicio de todos sus derechos en condiciones de igualdad. Entonces, el artículo 67 establece que *"Se reconoce la familia en sus diversos tipos",* lo que tiene una relevancia particular con relación a la reproducción asistida, la gestación subrogada, pues el modelo constitucional no reduce el tipo de protección familiar a entornos tradicionales, siendo así que la regulación de la gestación subrogada deberá construirse con base en un enfoque de igualdad, que evite que determinadas personas o familias se excluyan del acceso a técnicas de reproducción asistida por razones discriminatorias; sobre todo en lo que respecta a parejas del mismo sexo, a personas solteras.

2.3.3 PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

La protección del interés superior del niño es el principio básico de cualquier regulación jurídica por ello la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 44 prevé que el Estado, la sociedad y la familia han de promover el desarrollo integral de las niñas, los niños y los adolescentes, garantizando el ejercicio pleno de sus derechos y prestando atención prioritaria al interés superior del niño; es más, el propio artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia establece la regla de que el interés superior del niño orienta las decisiones que conciernen a las niñas, los niños y los adolescentes, imponiendo la regla de adecuar las actuaciones que tengan lugar, públicas y privadas, a la satisfacción efectiva de sus derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3 establece que el interés superior del niño debe ser una de las consideraciones primordiales en todas las medidas que se puedan ver afectadas, siendo así que adquiere gran relevancia en lo que se refiere a la gestación subrogada, por la posibilidad de que la falta de regulación jurídica genere controversias en torno a la filiación, identidad, vínculo familiar y estabilidad jurídica del niño

nacido a través de la gestación subrogada, por eso esta debe articularse en el sentido de garantizar la protección integral del niño desde el momento de la concepción y el nacimiento, de tal modo que las controversias que pudieran aparecer a raíz de los acuerdos reproductivos no afecten el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

2.3.3.1 Protección de la identidad del niño

El derecho a la identidad es uno de los derechos que más tienen que estar garantizados en la regulación jurídica de la gestación subrogada, puesto que de esta práctica se pueden derivar diferentes conflictos en lo que se refiere al reconocimiento de la filiación, origen biológico y el modo en el que se estructuran las relaciones familiares del niño nacido a razón de técnicas de reproducción humana asistida, es importante mencionar en que la Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 66 numeral 28 el derecho a la identidad personal y colectiva, lo cual implica tener nombre y apellido, conservar las características materiales e inmateriales y mantener relaciones familiares, la procedencia familiar; como también que en el artículo 45 de la Constitución establece que las niñas y niños, adolescentes tienen derecho a la identidad, nombre, ciudadanía, relaciones familiares. Por su parte, la normativa internacional en el artículo 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño tiene derecho a ser registrado inmediatamente después de nacer poniéndosele un nombre, adquiriendo una nacionalidad y preservando su identidad ambas dadas por las relaciones familiares.

La importancia que posee este derecho, en relación con la gestación subrogada, radica en que la participación de terceros en el proceso reproductivo podría dificultar el mismo proceso de la identificación del niño, así como la determinación de la identidad biológica, genética y familiar y que por tal razón, una regulación jurídica que prevea los mecanismos adecuados respecto a la inscripción registral, la identificación de la filiación y la posibilidad de acceder a la información sobre los aspectos que hacen a su origen, es fundamental, en el caso Satya representa un importante precedente, en tanto la Corte Constitucional estableció que la negación del reconocimiento jurídico de la realidad familiar de la niña vulneraba, en forma directa, su derecho a la identidad. En el caso mencionado, la Corte sostuvo que la

identidad no se identifica únicamente con el vínculo biológico, sino que también comprende relaciones familiares y afectivas, como parte del desarrollo integral del niño, por ello la defensa del interés superior del niño en la gestación sustituta implica poder garantizar plenamente su identidad jurídica y familiar, evitando situaciones de invisibilidad debido al vacío regulatorio existente.

2.3.3.2 Derecho a conocer el origen biológico

El derecho que permite conocer el origen biológico es un aspecto fundamental del derecho a la identidad, por las características involucradas en la gestación subrogada ya sea por reproducción humana asistida, donación de gametos, intervención de terceros, separación de la maternidad genética y la de tipo gestacional tiene el derecho a conocer el origen biológico el cual es de importancia especial en este tipo de gestación. De acuerdo con la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 7, como se ha mencionado en párrafos anteriores el niño tiene el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, al igual el artículo 8 también establece que toda persona tiene el derecho a preservar su identidad y sus relaciones familiares, disposición que permiten señalar que el derecho a conocer el origen biológico se enmarca en el desarrollo integral del niño y en la construcción de la identidad personal.

En el contexto ecuatoriano a pesar de la inexistencia de una regulación específica respecto a las técnicas de reproducción asistida, el derecho a conocer el origen biológico puede deducirse del derecho constitucional a la identidad, mismo que este derecho está reconocido en el artículo 66 numeral 28 de la Constitución de la República, entonces e evidente la importancia que tiene este derecho para una posible regulación respecto a la gestación subrogada ya que se explica porque el niño puede poseer diferentes vínculos relacionados con el nacimiento, por los padre intencional, doble filiación con los progenitores genéticos o mujer gestante.

Es por ello que toda regulación jurídica debe dotar de mecanismos para preservar la información del origen biológico y, al mismo tiempo, para asegurar que el niño pueda acceder

a dicha información en el momento en que necesite poder formar su identidad personal o familiar o su identidad genética, es así que (Piñeros , Pérez , & Matoma , 2024) mencionan que argumentan que *"nuevas formas de filiación han generado cambios y debates en el ámbito jurídico, estudiando las diferentes conformaciones"* entonces el surgimiento de nuevas formas de la filiación puede violentar la defensa del derecho a la identidad y al conocimiento de los orígenes biológicos que deben ser tenidos en cuenta, especialmente al modelo tradicional de filiación que no toma en consideración estas nuevas realidades reproductivas. Pero no sólo ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha explicado que la identidad es un derecho complejo que contempla elementos biológicos, familiares y sociales, debido que el derecho a conocer el origen biológico no puede venir determinado por acuerdos de carácter privado o vacíos en la regulación relativa a técnicas de reproducción asistida sino que debe asegurar que el niño que nace mediante esta práctica pueda acceder a información fundamental sobre su origen genético y gestacional con voluntad de proteger, en todo momento, su interés superior y su dignidad humana.

2.3.3.3 La filiación desde el nacimiento

La filiación es uno de los muchos efectos jurídicos que conlleva la gestación por sustitución, ya que determina el vínculo jurídico que existe entre el niño y quienes van a asumir los derechos y deberes de maternidad y paternidad, de este modo la protección del interés superior del niño hará necesaria claridad en el sentido de la filiación desde el momento de nacer, de manera que, y así, no exista una cierta inseguridad jurídica, el niño no se encuentre como una carga para las progenitoras o bien se prevenga que su filiación posteriormente a su nacimiento pueda extraerse como consecuencia de controversias con relación a maternidad y paternidad.

Disposición 24 del Código Civil ecuatoriano, en la que se regula la filiación, a través del nacimiento dentro del matrimonio o unión de hecho, el reconocimiento voluntario, la declaración judicial. También el artículo 99 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que *"Todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad. Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exigir declaraciones que indiquen su*

modalidad." Pero hay que tener en cuenta que estas normas fueron establecidas a partir de modelos de filiación tradicionales, y no prevén de forma expresa los casos donde intervienen madre biológica, madre gestante y padres intencionales, para lo cual, la falta de la normativa correspondiente complicaría la determinación de quién debe ser reconocido como progenitor desde el nacimiento del niño.

La importancia de sí establecer un vínculo desde el nacimiento resulta de la circunstancia de que el niño debe tener una de forma de manera inmediata una identidad jurídica, protección familiar, representación legal y derechos fundamentales como salud, nacionalidad y seguridad. Por ello, la existencia de una norma jurídica deberá evitar que el niño permanezca en una situación de vulnerabilidad mientras se resuelven controversias entre adultos, es así que con el caso Satya, se corroboró que las instituciones jurídicas de filiación debían adaptarse a las nuevas formas familiares que genera la llegada de técnicas de reproducción asistida, la Corte expresó que el Derecho tiene que garantizar el respecto de la realidad familiar del niño, abandonando el criterio biológico que limitaba la filiación a lo estrictamente biológico.

2.3.4 CRITERIOS PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

La determinación de la filiación en la gestación subrogada se encuentra con uno de los problemas jurídicos más complicados que surgen de la introducción de las técnicas de reproducción humana asistida por el hecho de que esta práctica puede contener diferentes lazos que inciden en el nacimiento del niño o la niña, tales como la filiación biológica, la filiación gestacional o la filiación intencional a diferencia de los paradigmas tradicionales de filiación, en la gestación puede llegar a existir ruptura entre la mujer que aporta el material genético, la mujer que está llevando adelante el embarazo y las personas que manifiestan una voluntad procreacional con respecto al niño o niña nacido por esta práctica.

2.3.4.1 Filiación biológica

La filiación biológica se basa en la anatomía genética existente entre el niño y sus progenitores, es así que este criterio ha sido, de forma tradicional, el principal instrumento en que el derecho se ha basado para determinar la maternidad y la paternidad, puesto que a

través de la genética se puede descubrir la relación natural entre padres e hijos, pero en el caso de la gestación por subrogada la filiación biológica cobra sentido si uno o ambos padres intencionales aportan material genético para la procreación del niño, no obstante, puede complicarse cuando hay donantes de gametos o cuando la mujer gestante no tiene vínculo genético con el menor. Según (Piñeros , Pérez , & Matoma , 2024), *"En el contexto de las nuevas formas de filiación, … la maternidad subrogada son métodos que permiten a las personas y parejas acceder a la paternidad de maneras no tradicionales."* Entonces las nuevas técnicas de reproducción humana asistida han motivado cambios importantes en las estructuras tradicionales de la filiación, dado que hoy en día la condición de ser progenitor no se basa únicamente en la genética, sino también en cuestiones sociales, jurídicas y afectivas.

En el mismo contexto (MarcadorDePosición6; Sánchez & Gamboa , 2023), mencionan que *"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, …"* por eso evidencian que la maternidad subrogada provoca conflictos relacionados con el reconocimiento de la filiación a partir de la separación entre madre genética y madre gestante, que muestra la insuficiencia de los modelos tradicionales de filiación a causa de las nuevas técnicas de reproducción, el artículo 24 del Código Civil regula formas tradicionales de filiación que se apoyan habitualmente en vínculos biológicos y en el reconocimiento jurídico, pero esta normativa no prevé expresamente los casos de maternidad subrogada, aunque la filiación biológica sigue siendo un criterio relevante en el marco de la maternidad subrogada, en la actualidad ya no resulta bastante como criterio determinante de la relación parental entre un sujeto y un tercero.

2.3.4.2 Filiación gestacional

(Calle & Armendariz, 2026) destacan que, *"La maternidad subrogada ha adquirido gran importancia en el Ecuador debido al incremento de casos y a la ausencia de una regulación legal específica, situación que ha generado inseguridad jurídica …"* todo ello debido a que el ordenamiento jurídico no ofrece criterios sobre cómo resolver los conflictos entre la maternidad genética, la gestacional o la intencional. Hay que tomar en cuenta que la

filiación por gestación es un criterio establecido para determinar el contenido biológico materno, según el cual madre es la mujer que gesta y da a luz al niño, este modelo ha sido tradicionalmente utilizado dado los efectos de certeza jurídica que proporciona el parto como un hecho biológico demostrable, pero la gestación subrogada ha suscitado cuestiones ya que la mujer gestante no necesariamente es portadora del vínculo genético ni tiene una intención de asumir la maternidad jurídica respecto del niño que nace por esa técnica y que se entiende que la filiación por gestación presenta problemas en los casos de maternidad por subrogación, ya que la mujer gestante puede haber actuado tan sólo como portadora del embarazo, sin querer establecer vínculo de parentesco respecto al niño que ha nacido.

También se manifiesta que restringir la maternidad únicamente a la realización del parto no es más que desconocer las nuevas realidades que puede plantear la reproducción asistida. Rodríguez Iturburu, citada por los autores de la obra La gestación por subrogación en América Latina (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022) señala como uno de los puntos más importantes en el debate del punto de vista jurídico el que la maternidad deba atribuirse a la mujer que lleva a cabo la gestación y no a la voluntad procreacional de quienes hacen uso del procedimiento de reproducción asistida y por lo tanto, la filiación gestacional no puede ser considerada de manera independiente dentro de la gestación por subrogación, sino que debe ser conciliada con otros principios de la maternidad.

2.3.4.3 Reconocimiento Jurídico de los padres intencionales

El reconocimiento jurídico de los padres intencionales es uno de los criterios más relevantes dentro de la regulación moderna de la gestación subrogada por cuanto atribuye la filiación a quienes han manifestado su voluntad de asumir la responsabilidad parental respecto del niño que ha nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida, por eso se puede definir como padres intencionales a aquellas personas que acuden al procedimiento de gestación subrogada con la finalidad de crear una familia y efectivamente ejercer la maternidad y paternidad de un niño que ha llegado al mundo por esta práctica de reproducción, en este sentido, la voluntad procreacional aparece como principal fundamento jurídico para la determinación de la filiación.

El libro *"La gestación por subrogación en América Latina"* (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022). Sostiene que diferentes ordenamientos jurídicos han empezado a reconocer la voluntad procreativa como el criterio determinante para dar lugar a la filiación en los casos de reproducción de personas por medio de técnicas asistidas en razón de las cuales las nuevas formas familiares no pueden ser explicadas bajo la lógica de los parámetros biológicos tradicionales. Así mismo en virtud de un contrato de gestación subrogada plantea que el hecho de el reconocimiento jurídico de los padres intencionales sí garantiza estabilidad familiar y seguridad jurídica al niño desde la misma llegada al mundo, siendo el interés superior del niño el que prime frente a los conflictos que puedan derivarse de la reproducción asistida.

(Latacela & Bolívar , 2023) mencionan que *"Son varias las personas que intervienen dentro del proceso de la maternidad subrogada y por la falta de norma sus derechos se ven vulnerados ya que no hay seguridad jurídica…*" por lo que se evidencia que el reconocimiento jurídico de los padres intencionales resulta necesario para garantizar adecuadamente los derechos del mismo niño nacido de la gestación subrogada, al tener en cuenta que la realidad familiar y afectiva debe de primar por encima de visiones estrictas de la filiación tradicional. Y que, de este modo, el caso resuelto por la Corte Constitucional conocido como Satya nos abre la posibilidad de adaptar la lectura de las instituciones filiación y familia a los nuevos supuestos de derechos humanos. Por tanto, una regulación jurídica sobre la gestación subrogada en el Ecuador deberá expresar la voluntad procreacional y el consentimiento previo, libre e informado como elementos que resultan fundamentales para determinar la filiación del niño.

2.3.5 PROPUESTA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA

La regulación jurídica de la gestación subrogada en el Ecuador tiene que ser desarrollado desde una óptica constitucional, de familia y de derechos humanos, pues no puede limitarse a una simple relación privada de adultos sino que tiene que ser considerada como una institución jurídica en la que son involucrados los derechos fundamentales del

niño, de la mujer gestante y de los padres intencionales, por lo tanto, la primera finalidad de la regulación nunca será la de favorecer la gestación subrogada de una forma indiscriminada, sino de establecer límites, requisitos, controles y garantías para evitar abusos, proteger la dignidad humana y, al mismo tiempo, garantizar la filiación de el niño desde su nacimiento.

2.3.5.1 Finalidad de la propuesta

El objetivo de la presente propuesta consiste en marcar directrices jurídicas que regulen la gestación subrogada en el Ecuador bajo las ópticas de propuesta de seguridad jurídica, protección integral del niño, respeto de la dignidad de la mujer gestante y reconocimiento de la voluntad procreacional de los padres intencionales, circunstancia que es necesaria ya que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no cuenta con ninguna condición preestablecida en la ley en cuanto a la materia señalada y en virtud del artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que establece el interés superior del niño, del artículo 45 que otorga el derecho de la identidad, nombre y relaciones familiares, del artículo 66 numerales 9 y 10, que establece la autonomía sexual y reproductiva de las personas, del artículo 67 que reconoce a la familia en sus diversas concepciones, por lo que la propuesta debe estar centrada en que los niños que nazcan en relación a la práctica de la gestación subrogada no queden privados de filiación, de la identidad jurídica y expuestos a conflictos entre adultos.

La experiencia comparada prueba que el silencio legal no elimina la práctica a la que la gestación subrogada sino que la empuja hacia un plano informal, en Colombia, según (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022) identifica tal afirmación como *"un vacío jurídico total en relación a la gestación por subrogación"* porque no existe regulación expresa de esta, así como tampoco se puede encontrar regulación sobre sus efectos filiatorios, es así que uno se puede acercar a tal situación con el caso de Ecuador, donde la subrogación es también un asunto que no cuenta con regulación integral. Es por esto que la finalidad de la regulación debe ser preventivo y garantista, ya que el objetivo de esta sería prevenir la explotación, eliminar conflictos de filiación, controlar la intervención de las clínicas y proteger el interés

superior del niño en el que no se quiere establecer la gestación por subrogación sólo como un contrato.

2.3.5.2 Requisitos para acceder a la gestación subrogada

La regulación jurídica debería de exigir que, para acceder a la práctica de la gestación subrogada, existieran condiciones estrictas con el fin de evitar prácticas abusivas y hacer que la práctica de la gestación subrogada se realice para cubrir una necesidad real y no por intereses comerciales, además se debería imponer, antes que nada, que los padres intencionales acrediten imposibilidad médica, biológica o estructural para gestar con informes acordes de los médicos o de los psicólogos que emitan los profesionales que realicen la evaluación, evitando que la práctica de la gestación subrogada se lleva a cabo sin justificación suficiente o bien para un interés patrimonio, que es el mismo interés de quien contrata la gestación subrogada por el mero hecho del interés patrimonial.

En este sentido, debería de ser exigible el consentimiento previo, libre, informado y por escrito de todas las partes intervinientes, consentimiento que tiene que ser prestado antes de la realización de cualquier procedimiento médico, además de tener que contar con información veraz que explique los riesgos físicos, psicológicos y jurídicos derivados de la gestación subrogada, así como los riesgos familiares. La experiencia argentina analizada anteriormente prescribe para una situación como esta que el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial exigía el consenso previo, informado y libre de todas las partes, autorización judicial antes de la transferencia embrionaria.

Por ello, debería exigirse prohibición de que la mujer gestante aporte sus propios gametos, con el objetivo de que no puedan reunirse las dos maternidades, la genética y la gestacional para que hace que se puedan disminuir los posteriores conflictos de filiación y garantizar que la mujer gestante tiene sólo un papel de portadora del embarazo, sin ningún tipo de vinculación con el niño, también debería exigirse la autorización judicial previa a fin de que un juez de familia verifique antes del procedimiento que se satisfacen todos los requisitos legales, médicos, psicológicos y constitucionales. Por lo tanto, debería exigirse la

intervención obligatoria de un equipo interdisciplinario conformado por médicos especialistas en reproducción asistida o en obstetricia, psicólogos, trabajadores sociales y abogados especialistas en familia y niñez.

2.3.5.3 Derechos y obligaciones de la mujer gestante

La normativa ecuatoriana debería de reconocer expresamente los derechos y las obligaciones de la mujer gestante, puesto que su protagonismo en el proceso de gestación implica y afecta directamente a su cuerpo, a su salud física, a su salud psicológica, a su autonomía reproductiva y a su dignidad humana, por eso la mujer gestante no debe ser considerada o entendida como un medio para lograr el fin del proyecto reproductivo de personas ajenas a ella; por el contrario, la mujer gestante es un sujeto titular de derechos y, por lo tanto, de una protección que debe ser reforzada a lo largo de todo el procedimiento, entonces uno de estos derechos debería ser el derecho a prestar un consentimiento libre, informado y revocable antes de la transferencia de embriones.

Es así que la mujer gestante debería ver garantizado su derecho a la asistencia médica integral antes, durante y después del embarazo; es decir, debería asegurarse que cuenta con información, controles prenatales, asistencia durante el parto, postparto y la atención psicológica que pudiera serle necesaria, al igual que debería contar con derecho a la asistencia jurídica independiente que prevenga la firma de acuerdos que ella no entienda o cuyas consecuencias jurídicas no haya comprendido, otro aspecto importante es garantizar la asistencia psicológica de la mujer gestante, ya que el embarazo puede generar y tener efectos emocionales importantes aun cuando no exista voluntad procreacional.

Asimismo, la mujer gestante también tendría deberes concretos, como someterse previamente a las evaluaciones médicas y psicológicas obligadas, a los controles médicos durante la gestación, comunicar las situaciones de riesgo por las que transita y actuar de buena fe en el transcurso del procedimiento de gestación, sin embargo, las obligaciones de la mujer no podrán anular, vulnerar o limitar los derechos fundamentales que tiene, siendo así que la adecuada regulación debería prohibir las cláusulas que atenten contra su dignidad,

integridad o libertad, como se ha analizado, en México, por ejemplo, la Suprema Corte se ha ocupado de las restricciones que sujetaban la voluntad de la mujer gestante a la de su cónyuge, o de su pareja sentimental, por la dignidad y libre desarrollo de la personalidad que le restaban.

2.3.5.4 Derechos y obligaciones de los padres intencionales

Los padres intencionales son aquellas personas que expresan su voluntad procreativa de tener un hijo a través de la gestación subrogada, así como el reconocimiento de las figuras de la maternidad o la paternidad desde el nacimiento, por lo tanto, una regulación ecuatoriana debe de reconocerlos como sujetos de derechos, pero por otra parte deben también imponerse obligaciones claras en favor a la protección del niño y de la mujer gestante, entonces debemos hacer referencia al reconocimiento de su voluntad procreacional, siempre que haya sido expresada de manera previa, libre, informada y autorizada judicialmente.

Sin embargo, han de asumir todos los gastos médicos, psicológicos, jurídicos y de cuidado que surjan del procedimiento, embarazo, parto y postparto y han de contratar un seguro médico o garantía económica que garantice la cobertura de las complicaciones de la gestación, de esta manera los padres intencionales han de asumir de forma irrevocable la filiación del niño nacido por esta práctica, aun si estos niños tienen discapacidad, enfermedades graves o cualquier otro condición que no se prevea, parte importante ya que los padres intencionales no deberían tener la posibilidad de rechazar el niño nacido de la gestación subrogada. Al igual que, los padres intencionales también tienen el deber de garantizar el derecho del niño a conocer su origen biológico y gestacional de acuerdo a su edad y madurez, y que la información necesaria se conserve en archivos confidenciales, eso en base a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.3.5.5. Determinación de la filiación

La determinación de la filiación constituye el elemento central de la propuesta normativa, ya que el problema de la gestación subrogada es el de saber a quién se va a

reconocer como madre y padre, en el artículo 24 del Código Civil se establece sobre las formas tradicionales de filiación sin contar con la gestación subrogada y la voluntad procreacional, por este motivo, la propuesta de regulación debe determinar que la filiación del niño surja a través de la gestación subrogada va a ser determinada a favor de los padres intencionales desde su nacimiento, bastando el consentimiento informado y la autorización judicial como requisitos previos. De esta forma, el niño que nazca mediante la gestación subrogada no va a permanecer, en el transcurso del procedimiento, sin una filiación clara o la necesidad de afrontar un procedimiento judicial posterior de reconocimiento, impugnación o, incluso, un proceso de adopción.

La experiencia de Argentina adquiere gran relevancia para nosotros, pues el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial propugnaba que la filiación se concretara entre el niño nacido y los comitentes a través de la prueba del nacimiento, del hecho de identidad de los comitentes y del consentimiento homologado judicialmente, disposición que bien puede interpretarse como un modelo del cual Ecuador podría apropiarse, modularlo y adecuarlo al sistema constitucional ecuatoriano y al Código de la Niñez y Adolescencia. Sin embargo, para salvaguardar el derecho a la identidad del niño, la información sobre la mujer gestante, sobre donantes genéticos y la técnica que haya dado lugar a la procreación asistida debe quedar registrada en una institución pública competente, permitiendo que el niño tenga acceso a ella cuando llegue a la edad y madurez suficientes, o cuando existan razones médicas adecuadas.

2.3.5.6 Prohibición de explotación y comercialización

La legislación ecuatoriana debe prohibir de forma expresa la explotación reproductiva o comercialización del niño, el tráfico de personas, la mediación en términos abusivos y el aprovechamiento económico de las mujeres en situación de vulnerabilidad, porque uno de los mayores riesgos de la gestación subrogada consiste en que pueda convertirse en una práctica de mercado donde ser de mujer y ser de niño pasen a ser una mercancía, hay que tener en cuenta que la propuesta debe admitir exclusivamente la gestación subrogada solidaria, es decir, aquella que sí permita una compensación razonable de gastos médicos,

alimentación, transporte, controles, asesoría psicológica o asesoría jurídica, pero que prohíba el pago objeto de compra de la gestación o del niño.

La experiencia de México pone de manifiesto los peligros de una regulación discontinua, especialmente en conexión con la remuneración y participación de agencias intervinientes, incluso el estado de Sinaloa consiente modalidades onerosas, mientras que Tabasco guarda silencio sobre ciertos pagos y esto ha dado pie a debates sobre explotación, clandestinidad y autonomía reproductiva, por ello en el Ecuador debería prohibirse la intermediación comercial de agencias privadas con el propósito de hacer negocio con la gestación subrogada, por ello cualquier intervención médica sólo debe ser llevada a cabo por centros médicos autorizados y verificados por el Ministerio de Salud Pública, con un control judicial anterior y posterior, siendo así que la existencia de un contrato o convenio de gestación subrogada también debería declararse nula cuando contenga cláusulas que sean contrarias a la dignidad humana; al interés superior del niño; a la integridad de la mujer gestante; o al orden público.

2.3.5.7 Reforma al Código de la Niñez y adolescencia

La reforma del código de la Niñez y Adolescencia debe ser el hilo que cierre la propuesta de regulación, ya que se trata de la norma madre que tiene como finalidad la defensa y la protección de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, en esta reforma debe incluir un capítulo específico sobre los niños y las niñas que son producto de las técnicas de reproducción humana asistida y la gestación subrogada, el que deberá incluir reglas específicas de identidad, de filiación, de origen biológico y de interés superior, en este contexto, la reforma debe partir del artículo 99 del Código de la Niñez y Adolescencia que establece la unidad de filiación y reconoce que los hijos e hijas son iguales ante la ley, la familia y la sociedad, para que después de esta importante afirmación se incorpore que ningún niño o niña será objeto de discriminación por la forma de concepción.

Una posible reforma normativa podría ser la siguiente:

> *"Los niños y adolescentes nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, incluida la gestación subrogada legalmente autorizada, gozarán de los mismos derechos que los demás hijos. Su filiación se determinará según la voluntad procreacional previamente manifestada, el consentimiento libre e informado de los comparecientes y la autorización judicial, manteniéndose en todo momento el interés superior del niño, su derecho a la identidad, y a conocer la forma de su origen biológico y de la gestación."*

También debería introducirse una previsión que establezca que la inscripción nacimiento debe llevarse a cabo inmediatamente a favor de los padres intencionales que han sido autorizados judicialmente, de tal manera que el acta de nacimiento no contenga expresiones discriminatorias relacionadas con la forma de concebir, pero la información sobre el origen biológico y gestacional debería ser conservada en un registro cerrado, del que el niño pudiera ir teniendo acceso, añadiendo las citas al orden de modo que fuera conforme a su edad, madurez e interés superior, además, la reforma para la regulación de la gestación subrogada debe indicar que cualquier controversia relacionada con la gestación subrogada habrá de ser resuelta por jueces de familia, mediante la aplicación prioritaria del interés superior del niño, de la dignidad humana, el derecho a la identidad y la igualdad.

2.4. GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

2.4.1 COLOMBIA

La regulación de la gestación subrogada en Colombia se erige como uno de los principales referentes latinoamericanos respecto a la reproducción humana asistida porque, aun cuando el ordenamiento jurídico colombiano no tenga una ley concreta que regule la práctica de la gestación subrogada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina se han ocupado de establecer criterios relevantes en relación a la filiación, la autonomía reproductiva, el interés superior del niño y la protección de derechos fundamentales, por ello, Colombia se presenta como un modelo de derecho, hay que tomar en cuenta que en el ámbito Colombiano es la que carece de una regulación legislativa expresa y donde prevalece una serie de respuestas jurisprudenciales mismas que están orientada a solventar los conflictos que se desprenden de la maternidad subrogada.

2.4.1.1 Regulación Jurídica

Dentro del contexto colombiano no existe una ley específica la cual se encargue de regular la gestación subrogada de forma absoluta, siendo así que la misma tampoco se encuentra expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano, es la falta de norma ha hecho que la Corte y otros jueces hayan tenido que elaborar criterios de interpretación para solventar los conflictos que se han generado respecto a la filiación, los derechos reproductivos y la protección del niño que nace por la práctica de este procedimiento, tal como sostiene (Rueda, 2022, pág. 123) *"En Colombia hay un vacío jurídico total en relación con la gestación por subrogación, pues no existe regulación específica al respecto."* por cuanto no hay normas que regulen los efectos jurídicos que se derivan de esta práctica reproductiva, en este mismo contexto el autor manifiesta que la falta de ley genera en el ordenamiento jurídico inseguridad en cuanto a los derechos de filiación, de la responsabilidad parental, en el que se puede evidenciar que a las partes involucradas se les puede vulnerar derechos importantes.

Pese a una evidente inexistencia de una ley específica encargada de regular la gestación subrogada la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 establece que *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad."* Por el cual se puede este es un núcleo básico de la sociedad y que además se establece que esta se constituyes por vínculos naturales o jurídicos a la vez el artículo 44 ibidem establece que los derechos fundamentales de los niños son *"... la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, ..."* además, que el mismo artículo establece que los derechos de los niños deben prevalecer sobre los derechos de las demás personas.

En este mismo contexto, la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que los derechos reproductivos son efectos de la personalidad y la autonomía reproductiva y de ello el derecho a conformar una familia, siendo así que a breves rasgos la sentencia T-127 de 2024, es así que señaló que el acceso a técnicas de reproducción humana asistida ha sido considerado una expresión del derecho a poder decidir libremente como se desea que sea nuestra conformación familiar y cómo queremos que sea nuestra vida como personas en términos reproductivos, además, (Carrascal , 2025, págs. 9-10) menciona que en Colombia se refleja un problema evidente, *"... la ausencia de un marco normativo para la gestación por sustitución ha generado inseguridad jurídica y vulneración de derechos fundamentales, especialmente de los NNA, ..."* es por ello que ha sostenido que la falta de tal norma dificulta la materialización de los derechos personalísimos que tienen aquellas niñas, niños y adolescentes concebidos mediante la práctica de la gestación subrogada, todo eso en particular en lo que hace a identidad, filiación y estabilidad familiar.

En este sentido, en el libro titulado *"La gestación subrogada en América Latina"* de (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022) se establece que Colombia es uno de los países Latinoamericanos en el que jurisprudencia ha constituido un rol importante el que puede considerarse que es absoluto ante la falta evidente de una regulación legislativa de la gestación subrogada como mecanismo de procreación, en el que se está estableciendo mínimos criterios de protección del interés superior del niño, para eliminar la posibilidad de situaciones de explotación reproductiva, es así que, el modelo colombiano establece una

regulación indirecta basada en principios constitucionales, en la interpretación judicial y en la doctrina mismos que tiene un gran parecido con el modelo ecuatoriano.

2.4.1.2 Determinación de la filiación

Uno de los problemas jurídicos más importantes de la gestación por sustitución en Colombia está dado por la fijación de la filiación del niño nacido por esta técnica de reproducción, ante la ausencia de una regulación de la gestación subrogada, los conflictos que surgen se relacionan con la maternidad y la paternidad mismos que son resueltos a partir de la aplicación del principio de la protección del niño y mediante la vía de la interpretación que realiza la Corte Constitucional de la República de Colombia, es así que la filiación en un sentido tradicional fue definida en Colombia a partir de parámetros biológicos y gestacionales, sin embargo, con la llegada de las técnicas de reproducción humana asistida ha exigido la inclusión de otros elementos de carácter jurídico como el de la voluntad pro creacional y el reconocimiento de los padres intencionales.

(Rueda, 2022, pág. 123) menciona que, *"... pues las normas están previstas en relación con aspectos técnicos o de prestación de los servicios médicos, pero nada dicen sobre la filiación..."* en este sentido, argumenta que el hecho de que no existan regulaciones o normas puede ocasionar conflictos entre la madre gestante y los padres intencionales, afectando de esta forma el interés superior del niño, así el estudio de la filiación de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación subrogada ratifica que la filiación que proviene de la gestación subrogada no puede definirse únicamente por criterios biológicos o por el hecho del parto, ya que la reproducción asistida ha cambiado las nociones tradicionales que constituyen la maternidad y la paternidad.

Rueda, supra, pág. 127 *"...existe acuerdo sobre la necesidad de una normativa integral13 que, además, sugiere el reconocimiento de la voluntad procreacional."* Entonces ha sido evidente que en Colombia se ha ido consumando poco a poco la idea de voluntad procreacional como un elemento relevante en los supuestos de determinación de la filiación dentro del contexto de la reproducción, es decir que este criterio consiste en que la maternidad

y la paternidad deben ir de la mano de aquellos que expresaron libremente su voluntad de hacerse cargo de un hijo que nace a través de estas técnicas. Por otro lado, (Piñeros , Pérez , & Matoma , 2024, pág. 22) afirman que *"Se necesita garantizar la protección a los niños y personas que forman familias de forma diferentes a la tradicional."* Entonces las nuevas filiaciones que han surgido por la reproducción humana asistida obligan a dar reconocimiento jurídico a tipos de parentesco construidos desde la voluntad y desde el proyecto familiar, y no sólo desde lo genético o desde la gestación, es por ello que el interés superior del niño tiene como exigencia que la filiación sea determinada desde el propio nacimiento para evitar situaciones jurídicas inciertas que puedan afectar identidad, nacionalidad, relaciones familiares y aptitudes de estabilidad del menor.

2.4.1.3 Jurisprudencia relevante

Es importante mencionar que la jurisprudencia constitucional en Colombia ha jugado un papel indispensable ya que ha sido herramienta fundamental en la disposición del ordenamiento jurídico sobre la gestación subrogada, evidentemente por la falta de una regulación jurídica específica, es por ello que la Corte Constitucional se ha encargado de dictar pronunciamientos relevantes relacionados con los derechos reproductivos, el interés superior del niño, la protección de la familia surgida de la técnica de reproducción asistida, como el la gestación subrogada, siendo así un precedente importante la (Sentencia T-968/09, 2009), en la que la Corte Constitucional colombiana reconoció la existencia de la maternidad subrogada dentro de la realidad social y jurídica del país.

En dicha decisión, la Corte afirmó que la falta de una regulación legal no corresponde con la prohibición automática de la gestación subrogada ya que, muestra la necesidad de fijar límites y controles jurídicos sobre la misma, entonces la Corte advirtió que la gestación subrogada por sustitución como ellos lo denominan puede entrañar situaciones de riesgo en cuanto a la explotación de la mujer gestante, la vulneración del niño y a los conflictos de filiación, razón por la que le recomendó al legislador una regulación integral que proteja los derechos fundamentales afectados. Parte importante de la sentencia es que la Corte estableció

criterios que se debería considerar para una futura regulación jurídica, entre los cuales se establecen:

> *"Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante; que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; que se preserve la identidad de las partes; que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor y que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros."*

Entonces, la jurisprudencia colombiana relativa a la maternidad subrogada o la maternidad por sustitución, ya que reconoció que esta práctica existía y, por ende, estableció unos parámetros constitucionales con el objeto de evitar que se vulneraran derechos fundamentales, por ello lo anterior mencionado, sumado a que la jurisprudencia ha reconocido que los derechos reproductivos hacen parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la autonomía reproductiva, mismos que se encuentran íntimamente relacionados con el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, y que ha hecho que la Corte Constitucional haya establecido que las nuevas formas familiares surgen como consecuencia de la reproducción asistida y deben ser protegidas desde el modelo constitucional y enfocados en la protección integral del niño nacido a partir de este tipo de prácticas.

2.4.1.4 Protección del interés superior del niño

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia en su parte pertinente establece que *"Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes."* Además, el articulo 44 ibidem establece que *"Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."* en este sentido estas disposiciones garantizan primordialmente la protección integral del menor en caso de que surjan y presenten un conflicto por medio de la reproducción asistida y en lo que respecta específicamente a la gestación subrogada, el interés superior del menor exige garantizar desde el mismo nacimiento el derecho a la identidad, filiación, nacionalidad, estabilidad familiar, protección integral, y acceso a las relaciones familiares.

La Corte Constitucional colombiana puntualiza que el recién nacido por medio de técnicas de reproducción asistida no puede quedar expuesto a situaciones de inseguridad jurídica que provienen de la existencia de disposición normativa vacías o de conflictos entre los adultos; así que cualquier interpretación en torno a la filiación o a la maternidad subrogada tiene que tener en cuenta central el interés superior del menor. Por ello (Carrascal , 2025) menciona que *"se observa una tendencia a reconocer la necesidad de revisar las categorías tradicionales de filiación, incorporando la voluntad procreacional y conceptos más complejos como la pluriparentalidad"* es así que para proteger el resto de los derechos personalísimos de las niñas, los niños y los adolescentes nacidos a través de la gestación subrogada se tiene que reconocer jurídicamente su identidad, filiación y realidad familiar desde la perspectiva de derechos humanos.

Entonces hay que tener en cuenta que el interés superior del niño tiene un carácter incluso superior al que tienen los acuerdos celebrados entre las partes respecto a la gestación subrogada, es decir, que en ningún contrato y por ningún motivo se pueden afectar derechos fundamentales del niño y por lo tanto se debe salvaguardar los derechos relacionados a la identidad y la filiación así como de los derechos conexos, el libro de Espejo , Fenton , Lathrop, & Scherpe, nos enseña cómo la protección del niño nacido mediante gestación subrogada constituye uno de los retos jurídicos más importantes que se enfrenta en América Latina, ya que los vacíos normativos podían afectar de forma negativa a los derechos

fundamentales del niño. Por tanto, es evidente que la experiencia colombiana demuestra que el interés superior del niño, hoy en día, es el principal parámetro en torno a una eventual regulación de la gestación subrogada.

2.4.2 ARGENTINA

Argentina se ha convertido en uno de los modelos latinoamericanos referentes de la filiación y reproducción humana asistida, en el que el sólido desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia han incorporado importantes parámetros importantes como la voluntad procreacional, el interés superior del niño y el reconocimiento jurídico de las nuevas formas de familia, aunque no está regulada expresamente en el Código Civil y Comercial argentino, la doctrina, la jurisprudencia, así como algunos proyectos de ley en el que se han elaborado criterios importantes que han permitido desatar conflictos sobre la filiación y sobre la identidad del niño nacido a través de esta práctica, por lo tanto se puede mencionar que Argentina presenta un modelo jurídico en el que se distingue la progresiva autonomía reproductiva y la voluntad procreacional como aspectos relevantes en las técnicas de reproducción humana asistida, situación que ha repercutido fuertemente en el Derecho de familia contemporáneo.

2.4.2.1 Regulación Jurídica

En la República Argentina no existe en la actualidad una normativa expresa o específica que se encargue de regular sobre la gestación subrogada dentro del contenido del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo que el ordenamiento jurídico argentino sí regula y reconoce a las técnicas de reproducción humana asistida como fuente fáctica del vínculo de filiación. Por lo que el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, establece que *"la filiación es posible por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción."* En este sentido es evidente que se reconoce expresamente a las técnicas reproductivas como una fuente de filiación autónoma y de derecho propio. Además, el articulo 562 ibidem, establecen también acerca de la voluntad procreacional en el que se determina que los nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida son hijos o hijas

de la persona que dio a luz y de quien prestó su consentimiento informado, previo y libre para hacer uso de estas técnicas.

Hay que tomar en cuenta que en el transcurso del proceso de la elaboración del Código Civil y Comercial se propuso regular específicamente la gestación subrogada con el reconocimiento judicial previo a la voluntad procreacional de los padres intencionales, pero esta disposición al final fue excluida definitivamente, es así que (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022, págs. 4-5) establece que *"Si bien la legislación civil y comercial argentina no regula la figura de la gestación por subrogación ni existen reglas legales específicas sobre su práctica, tampoco la prohíbe expresamente"* entonces es evidente que pese a no existir una regulación específica de la gestación subrogada, esta tampoco prohíbe si práctica. Entonces se puede mencionar que, si bien Argentina no cuenta con una ley que se encargue de regular la gestación subrogada, su jurisprudencia sobre reproducción humana asistida y voluntad procreacional se ha consolidado como uno de los modelos más desarrollados de Latinoamérica.

2.4.2.2 Determinación de la filiación

La determinación de la filiación en Argentina ha sido construido, principalmente, sobre el criterio de la voluntad procreacional tomando en cuenta las técnicas de reproducción humana asistida, modelo que en particular marca una ruptura importante con respecto a los tradicionales sistemas de procreación construidos solamente sobre la genética o el parto, es así que el Código Civil y Comercial de la Nación argentino en el capítulo 2, en el titulo V de la filiación reconoce expresamente sobre las *"reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida"* mismo que la filiación que deviene de técnicas de reproducción asistida puede directamente ser edificada en torno al consentimiento previo, libre e informado de quienes manifiestan su voluntad a asumir responsabilidades parentales, por lo cual, el propio modelo de la parentalidad no dependerá exclusivamente del vínculo biológico.

Según Herrera, mencionada en el libro “La gestación por subrogación en América Latina” (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022, pág. 16) establece que, *“sin un organismo que intervenga en este tipo de procedimientos sería imposible verificar si la práctica se condice o respeta los derechos humanos de todos los integrantes, en especial, de las mujeres que gestan para terceros.”* Además establece que la voluntad procreacional es el verdadero fundamento de la filiación derivada de las técnicas reproductivas en función de que las nuevas parentalidades surgen a partir de decisiones conscientes, además es importante mencionar que los menores nacidos mediante un contrato de gestación subrogada manifiesta que la filiación no puede hacerse exclusivamente a partir de criterios biológicos o gestacionales por el interés superior de los niños el cual exige reconocer jurídicamente la realidad familiar que habrá de proporcionar protección y crianza.

Además (Espejo, Fenton, Lathrop, & Scherpe, 2022, pág. 18) ha sostenido que *“la determinación de la filiación por THRA se rige a través de la "voluntad procreacional", siendo este el elemento central y fundante para la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida”* en el que es necesario un consentimiento informado previamente otorgado, informándose de esta manera los conflictos como son la inscripción registral, la maternidad o el reconocimiento parental, es por ello que el modelo argentino radica en que se debe reconocer que la maternidad y la paternidad derivadas de la reproducción asistida pueden surgir de la intención consciente de conformar una familia, aun siendo que no haya coincidencia entre vínculo genético, gestación y parentalidad jurídica.

2.4.2.3 Jurisprudencia relevante

La jurisprudencia ha desempeñado un papel fundamental en el ámbito jurídico respecto a la gestación subrogada, siendo así que los tribunales argentinos debieron pronunciarse sobre la inscripción registral, la filiación y la disposición de los progenitores intencionales a partir de una interpretación de carácter constitucional con la aplicación de principios de derechos humanos y, ante todo, priorizando el interés del niño y la voluntad procreacional, es así que la jurisprudencia asume la responsabilidad de dar prevalencia a la voluntad procreacional y a la del interés superior del niño en relación a las interpretaciones

que sólo tienen en cuenta el parto y el vínculo genético, al sostener que la filiación como resultado de las técnicas de reproducción asistida, debe encontrarse en la intención libre y consciente de asumir las responsabilidades parentales.

Según lo menciona (Cabezas, 2020) al analizar una sentencia respecto de la maternidad subrogada se establece que la jurisprudencia de Latinoamérica específicamente en Argentina se ha desempeñado un rol importante respecto a la aceptación de las nuevas formas de filiación misma que procede por las técnicas de reproducción asistida, enfocados en criterios relacionados a la voluntad parental y el interés superior del niño es decir que se trata de proteger en todo sentido el bienestar del menor que es concebido por esta práctica de reproducción humana asistida, en este contexto, la jurisprudencia argentina ha definido que la faltade una regulación específica sobre la gestación subrogada no puede transformarse en una razón suficiente para dejar desprotegido al niño nacido por dicha técnica.

Es importante mencionar que la jurisprudencia ha tratado de determinar y resolver las cuestiones respecto al interés superior del niño y la estabilidad familiar en un punto concreto referente a la filiación, de esta manera la subrogación en América Latina expresa que los tribunales argentinos han recurrido de manera habitual de los principios constitucionales vinculados a la identidad, la familia y la autonomía reproductiva para evitar las controversias derivadas por la práctica de la gestación subrogada, es así que dentro de los antecedentes más importantes en Argentina se encuentra la Disposición n.º 93/DGRC/17 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas por haberse originado en una acción colectiva en este mismo contexto, mismos que tenían como objetivo que los niños o niñas nacidos a través de técnicas de reproducción humana asistida y gestación solidaria sean inscritos en los registros correspondientes de acuerdo con la voluntad procreacional de los padres intencionales.

2.4.2.4 Protección del interés superior del niño

La protección del interés superior del niño es uno de los principales fundamentos jurídicos que se utilizan en Argentina para justificar la necesidad de regular la gestación

subrogada y resolver futuros conflictos derivados de las prácticas de reproducción asistida, en el que cualquier decisión respecto a la filiación que se deriva de las técnicas de reproducción humana asistida debe garantizar en todos los casos el respeto al principio de protección integral de las niñas y de los niños nacidos por efecto de esta práctica, además se sostiene que el interés superior del niño también exige garantizar derechos que deben estar asegurados en el momento del nacimiento y fin de la intervención, por cuanto hacen a sí mismos como lo son la propia identidad, la filiación, la nacionalidad, la estabilidad familiar y el acceso a la información acerca de su origen biológico y gestacional.

Es importante mencionar que Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia realizado en Mendoza en el año 2018, se concluyó expresamente que *"En los casos de gestación por sustitución se debe garantizar que les niñes nacides de esta técnica accedan a su derecho a la información y el origen gestacional."* Entonces, debía garantizarse el derecho de los niños nacidos mediante gestación subrogada a acceder a información sobre su propia historia gestacional, postura que expresa la relevancia que asume el marco normativo argentino al referirse al derecho a la identidad en el ámbito de las prácticas de reproducción humana asistida.

Los proyectos legislativos que se han registrado en Argentina han incorporado como regla de carácter fundamental que toda autorización de la gestación subrogada adopte el interés superior del niño que pudiera llegar a nacer y es así que pasa a constituir un parámetro vinculante para valorizar la validez y la legitimidad de dichos procedimientos. Las Guías de Buenas Prácticas que ha aplicado la Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Humana Asistida han establecido que los procedimientos de gestación subrogada tienen que garantizar el derecho del niño a conocer la forma en que fue concebido y acceder a la información relacionada con su génesis gestacional y genética, por ello se hace evidente que el interés superior del niño se constituye en el eje central a partir del cual se pretenderá abordar jurídicamente la gestación subrogada.

2.4.3 ESPAÑA

España representa uno de los principales modelos comparados para analizar la gestación subrogada dado que mantiene una perspectiva restrictiva frente a esta práctica asistencial en el concepto de la reproducción, dentro del este contexto el ordenamiento jurídico español no otorga validez a los contratos de gestación por sustitución, considerándolos nulos de pleno derecho como se recoge en la Ley 14/2006 de las técnicas de reproducción humana asistida, hay que mencionas que España ha debido abordar los conflictos en el ordenamiento jurídico que se derivan de la existencia de niños nacidos mediante gestación subrogada, en este sentido, el ordenamiento jurídico español ha debido afrontar diversos conflictos en los cuales destacan, entre otros, la determinación de la filiación, la inscripción en el registro, el reconocimiento de los padres intencionales o la protección del interés superior del niño.

2.4.3.1 Regulación Jurídica

En España, la gestación subrogada viene regulada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Así mismo, el artículo 10.1 de la propia ley define que el contrato de gestación por sustitución *"Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero."* si bien la misma norma recoge que estos contratos, sean gratuitos u onerosos, devienen nulos de pleno derecho. En este sentido, (Navarro, 2022, pág. 7) explica que la Ley 14/2006 *"considera nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución"* es así que este modelo nos muestra que España no regula la gestación subrogada como una práctica permitida, sino que la prohíbe en atención a la validez del contrato.

La nulidad de los contratos de gestación subrogada en el territorio español no ha evitado que la misma tenga origen de múltiples conflictos jurídicos derivados de esta práctica, en este sentido, el principal problema no se encuentra únicamente en la nulidad de la relación contractual suficiente al ordenamiento español, sino que también es necesario determinar cuál será la protección jurídica del niño nacido a través de este procedimientos,

en dichas controversias discusiones han abarcado cuestiones referentes a la filiación, la inscripción en el Registro civil, la nacionalidad o el reconocimiento de los progenitores intencionales, a su vez, los tribunales españoles han tenido que solventar la tensión que ha existido entre el orden público español y el interés superior del menor ya que no puede quedar en una situación de inseguridad jurídica como efecto de la decisión de los adultos.

2.4.3.2 Determinación de la filiación

La determinación de la filiación en el derecho español se continua a partir del artículo 10.2 de la Ley 14/2006, que establece que *"La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto."* En ese sentido, aunque el contrato de gestación por sustitución no sea válido de acuerdo con la ley española, el ordenamiento español mantiene la regla tradicional según la cual madre es la mujer que da a luz a un niño. Según (Navarro, 2022, pág. 7)*"La maternidad legal queda determinada por el parto",* eso en concordancia del artículo 10.2 de la Ley 14/2006, corroborando la regla clásica mater semper certa est. Así, el artículo 10.3 ibidem permite que el padre biológico pueda reclamar judicialmente la paternidad de acuerdo con las reglas generales, indica que en el marco de la legislación española la filiación generada por un contrato de gestación subrogada no se reconoce de forma automático por los padres intencionales, sino que existe una vía para obtener el reconocimiento de la paternidad biológica y, posteriormente, acudir a figuras como la adopción respecto del otro progenitor intencional.

La solución del ordenamiento jurídico español pone de manifiesto la protección de ciertos efectos jurídicos familiares pero sin reconocer el contrato de la gestación por sustitución, así pues, la cuestión se complica todavía más cuando los padres intencionales piden en España que les reconozcan la filiación ya determinada en el extranjero, pues la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, admite la inscripción cuando al menos uno de los solicitantes es español y existe una resolución judicial extranjera. (Navarro, 2022) argumenta que *"la inscripción de nacimiento en el Registro civil español debe seguir las indicaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado",* además se establece que debe tener una resolución judicial

extranjera y la presentación de este documento es un requisito esencial. Desde este ángulo, se evidencia que España intenta conciliar dos posiciones. Por un lado, mantiene la nulidad del contrato por razones de orden público; por el contrario, admite ciertas vías para evitar que el niño nacido en el extranjero quede sin protección jurídica.

.

2.4.3.3 Jurisprudencia relevante

La jurisprudencia española ha sido clave a la hora de realizar una aproximación jurídica a la gestación subrogada, y en particular, a la cuestión de la determinación de la filiación y de la protección del interés superior del niño nacido como resultado de la gestación subrogada. Podemos referirnos de forma significativa a la STS 277/2022, de 31 de marzo, dictada por el Tribunal Supremo de España, en la cual se discute la filiación materna de un menor nacido en México por gestación subrogada. En este caso, una mujer española solicitaba el reconocimiento de la maternidad de iure del menor nacido, a pesar de no poseer vínculo genético con él, ahora bien, la mujer solicitaba el reconocimiento de la maternidad de iure sobre el menor, pues ella alegaba la existencia de posesión de estado como madre.

La cuestión jurídica era si la posesión de estado podía suponer un suficiente fundamento para atribuir la maternidad de iure en relación con un menor nacido por gestación subrogada o no, es así que el Tribunal Supremo rechazó la pretensión de la madre porque entendía que la vía para reconocer un vínculo jurídico era exclusivamente la adopción y no una determinación directa de filiación, es así (Navarro, 2022, pág. 22) *"si el interés del menor es un criterio suficiente para determinar una filiación en este caso en que no hay vínculo genético, …"* es así que se pone de manifiesto que el sistema jurídico español mantiene una posición restrictiva en relación con la gestación subrogada, toda vez que no se da por sentado que el nacimiento del menor como consecuencia de este tipo de contratos produzca automáticamente la filiación; La resolución que se expone pone de manifiesto que el sistema jurídico español se mantiene en una posición restrictiva sobre la gestación subrogada, puesto que no considera que alcance el reconocimiento de la filiación que da lugar a estos contratos; pero, a la vez, expone la necesidad de encontrar mecanismos jurídicos que garanticen la

protección integral del niño nacido por este hecho, en especial el respecto a la identidad, la estabilidad familiar y el interés superior del menor.

2.4.3.4 Protección del interés superior del niño

(Carrillo, 2024, pág. 724) explica que para el Tribunal Supremo *"El interés superior del menor debe satisfacerse siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico y del orden público"* lo que significa que, aunque el interés del menor sea prioritario, no puede utilizarse para justificar un contrato que el ordenamiento español considera contrario a derechos fundamentales, es este sentido, la jurisprudencia de nuestro país ha mantenido que la procreación por negociación puede llegar a afectar a la dignidad de la madre gestante y la del menor cuando la moneda corriente es la práctica contractual convertida en forma de procreación y nacimiento tratándose como mercancía, además se menciona que el contrato de la procreación por negociación es incompatible con derechos fundamentales como la dignidad, la propia evolución de la personalidad o la integridad física y moral, tanto la madre gestante como los hijos nacidos mediante ese contrato.

Carrillo, supra, pág. 724 recoge que para el Tribunal Supremo establece que *"En concreto, madre y descendencia son tratados como mercancía y otros derechos y garantías se ven comprometidos*" No obstante, parte de la doctrina critica que con solo la simple nulidad contractual no se lograría proteger al menor. Carrillo avisa que la declaración de nulidad siempre es una declaración insuficiente tras la cual se demanda una intervención legislativa que combine la dignidad de la mujer gestante y el mejor interés del menor. Como resultado, el modelo español es interesante para esta investigación porque nos enseña todo un modelo restrictivo de gestación subrogada, fundamentado en la nulidad contractual y el orden público, pero también pone de manifiesto que el nacimiento de niños como consecuencia de esta práctica reclama respuestas jurídicas concretas; para el caso ecuatoriano, el recorrido español permite advertir que cualquier regulación debe evitar la explotación y comercialización reproductiva, pero al mismo tiempo garantizar que el niño nacido por gestación subrogada no quede en indefinición filiatoria, registral o familiar.

2.4.4 ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL ECUADOR

De la comparación entre los casos de Colombia, Argentina y España puede deducirse que la regulación jurídica de la gestación subrogada ha tenido diferentes respuestas jurídicas que pueden ser entendidas como elementos útiles para el caso ecuatoriano, dado que Colombia y Ecuador se asemejan al no tener un ordenamiento jurídico que regule íntegramente la gestación subrogada, pero en Colombia la Corte Constitucional ha ido desarrollando posiciones jurisprudenciales que pueden ayudar a orientar una futura regulación y que, en algunos temas, son de enorme importancia, como la filiación, la autonomía reproductiva, el interés superior del menor y la protección de la mujer gestante. En Ecuador, aunque existe el caso Satya, relacionado con reproducción asistida, el niño y las familias diversas, el mismo que tampoco se cuenta con una jurisprudencia específica sobre gestación subrogada, lo que da cuenta de una mayor necesidad normativa específica.

En lo que respecta al interés superior del menor, los tres modelos analizados coinciden en que el niño que ha nacido por la práctica de la gestación subrogada no puede quedar desprotegido por la falta de norma o los conflictos que puedan existir entre los adultos. Colombia reconoce la primacía de los derechos del niño, Argentina exige garantizar los derechos a la identidad, la filiación, el acceso al origen gestacional y España, pese a que adopta una posición restrictiva, exige que se ofrezca una respuesta jurídica para la protección del menor en el marco del orden público. Para el Ecuador este punto es indispensable porque su Constitución a través de los artículos 44 y 45 refiere la preeminencia en la protección de las niñas, niños y adolescentes y el de su derecho a la identidad, el nombre, las relaciones familiares, así como el de su adecuado desarrollo.

Por lo tanto, el análisis comparativo nos permite concluir la necesidad de una regulación específica de la gestación subrogada que no simplemente permita o prohíba dicha práctica, sino que establezca reglas claras sobre filiación, consentimiento informado, voluntad procreacional, derechos de la mujer gestante, regulación estatal, prohibición de la explotación reproductiva y protección del interés superior del niño, en este sentido, podría tomarse de Colombia la necesidad de criterios constitucionales mínimos; de Argentina, el reconocimiento de la voluntad procreacional y de la filiación derivada de la técnica de la

reproducción asistida; y de España la advertencia de que sea la regulación que sea la que se exija, no debe olvidarse la necesidad de evitar la mercantilización del cuerpo de la mujer y del propio niño, como tampoco la de garantizar la protección jurídica del menor que ha nacido mediante dicha práctica.

2.5 MARCO NORMATIVO

En la presente investigación se ha servido como fuente normativa internacional varios instrumentos de Derechos Humanos relacionados con la protección de la Niñez, el derecho a la identidad, la filiación y el interés superior del niño, entre los cuales la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos humanos y los criterios desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la misma forma, como fuente normativa a nivel nacional se ha considerado la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil, el Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley Orgánica de Salud y las demás disposiciones que se encuentren vinculadas a la reproducción humana asistida respecto a la gestación subrogada y la protección de los derechos fundamentales, además esta investigación está fundamentada en jurisprudencia relevante.

2.5.1NORMATIVA INTERNACIONAL

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del niño es el Instrumento Internacional fundamental cuando hablando de la protección de niños, niñas y adolescentes, es así que esta Convención fue adopta por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, mismos que tiene la finalidad proteger a los niños, niñas y adolescentes este tratado internacional establece principios como el interés superior del niño, la igualdad, la no discriminación, el derecho a la identidad y la protección familiar. El articulo 3 numeral 1 de la Convención sobre Derechos Humanos en su artículo 3 establece que:

> *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades*

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Es decir que, en este artículo se establece como un principio jurídico absoluto que ha de imperar en toda resolución o intervención que involucre a niños, niñas y adolescentes, en el sentido de imponer a los Estados, a las autoridades y a las personas el deber de garantizar de modo prioritario que se exista una protección integral de sus derechos.

Entonces de acuerdo a la Convención sobre Derechos del Niño establece el artículo 7 numeral 1 dispone que *"El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."* Este articulo desarrolla de manera amplia el contenido del derecho a la identidad, en el cual se reconoce y no solo se limita a el nombre o la nacionalidad, ya que comprende también la preservación de las relaciones familiares y de los vínculos de filiación del niño. Es así que establece la posibilidad de conocer a sus padres es decir sus raíces biológicas y familiares. Así, el artículo 8, numeral 1 Ibidem, establece que, *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."* el artículo impone a los Estados el deber de garantizar la existencia de mecanismos con el objetivo de proteger la estabilidad de la vida familiar, la filiación del menor, así como el origen biológico, evitando la posible generación de situaciones de inseguridad jurídica que puedan ir en perjuicio del derecho del niño de conservar su identidad y sus relaciones familiares.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es conocido también como Pacto de San José de Costa Rica, mismos que fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, esta Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce derechos fundamentales como el derecho a la vida, igualdad en la identidad, protección de la familia, la dignidad humana, la vida privada y el acceso a una garantía judicial, además de establecer mecanismos internacionales de protección a una familia de la Corte interamericana de derechos humanos y la Comisión interamericana de derechos humanos. En este sentido,

la Convención Americana sobre Derechos Humanos es su artículo 11, numeral 1 establece que *"La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad."* Dentro del contexto de la gestación subrogada esta disposición es importante ya que las técnicas de reproducción humana asistida han generado nuevas formas familiares mismos que necesitan ser reconocidos y protegidos, por lo tanto, no se debe limitar a modelos tradicionales, sino que debe ser entendido desde varios puntos de vista.

Por otro lado, el artículo 18 Ibidem estable que *"Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos."* Disposición que refuerza la protección de los niños, niñas y adolescentes, ya que se reconoce la condición de vulnerabilidad por lo cual requieren de medidas que sean especiales que debe ser garantizado por el Estado, la sociedad y la familia, entonces dentro del contexto de la gestación subrogada debe ser priorizada el interés superior del niño asegurando condiciones adecuadas para el desarrollo integral. En la observación General No. 14 emitida por él (Comité de los Derechos del Niño, 2013) tiene la finalidad de explicar el alcance que tiene el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño referente al principio del Interés Superior del Niño, esta disposición establece que el interés superior del niño debe ser vista como un derecho sustantivo, mismo que debe ser interpretado y es este una norma de procedimiento fundamental para la protección de la niñez, entonces debe ser reconocido es así que este criterio adquiere relevancia en los conflictos relacionados con la filiación, la identidad, el origen biológico y el reconocimiento parental mismos que debe ser resuelto priorizando la protección integral del menor y no solo desde intereses reproductivos.

2.5.2 NORMATIVA NACIONAL

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador, es la Norma Suprema dentro del ordenamiento jurídico, misma que tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales de las personas dentro del Estado Constitucional de derechos y justicia, misma que fue aprobada en el año 2008 el cual se caracteriza por contener derechos humanos, mismo que

se debe aplicar de manera directa e inmediata. Dentro de este contexto el artículo 44 del COGEP establece que *"se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas."* Entonces, esta disposición constituye uno de principales fundamentos constitucionales dirigidos a proteger a los niños, niñas y adolescentes entonces el estado de adoptar medidas adecuadas para su desarrollo físico, psicológico, emocional y social.

Además, el articulo 45 ibidem garantiza que, *"El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción."* Además, se garantiza derechos como el derecho a la identidad, nombre, nacionalidad, y a la familia y ya que se encuentra en el grupo de atención prioritaria la protección debe ser reforzada y de esta forma se evita que haya situaciones de inseguridad a consecuencia de vacíos legales existentes. Por otro lado, el artículo 66, numeral 9 dispone que *"El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual."* Entonces, este artículo reconoce el derecho a la autonomía personal y reproductiva, mismos que permite que las personas adopten decisiones que sean libre e infirmadas sobre a sexualidad y la vida reproductiva, el cual se puede mencionar que este derecho se puede relacionar a una posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida.

En el artículo 66 numeral 28 de la Constitución de la República del Ecuador establece que "*El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar."* Este artículo protege el derecho a la identidad personal y familiar, pues contiene elementos como el nombre, los orígenes, las relaciones familiares, pero en el contexto de la gestación subrogada tal derecho cobra especial relevancia dado que las técnicas de reproducción asistida pueden dar lugar a conflictos en cuanto a la determinación de la maternidad y la paternidad del menor.

Es importante mencionar que el artículo 67 de la misma norma *"Se reconoce la familia en sus diversos tipos."* Por lo cual se reconoce la existencia de diferentes tipos de

familia, en el que se puede abarcar no solo concepciones tradicionales, si no que esta norma permite que se reconozcan aquellas nuevas realidades familiares especialmente procedentes de los avances científicos y sociales. Es así que el artículo 32 ibidem el estado garantiza *"el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva."* Este derecho se puede relacionar a las técnicas de reproducción asistida, pero se requiere establece la existencia de políticas y normativas que garanticen la posibilidad de unas condiciones adecuadas de asistencia médica y la defensa integral de las personas.

Hay que mencionar que los niños, niñas y adolescentes forman parte del grupo de atención prioritaria de acuerdo como lo establece el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador *"Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres Embarazadas ... recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado."* Es así que el Estado tiene la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes aún más cuando se encuentre en una situación de vulnerabilidad entonces, el niño nacido mediante las técnicas de reproducción asistida debe recibir una protección asegurada, respecto a la filiación, identidad o reconocimiento familiar; garantizando, por encima de todo, el respeto a los derechos fundamentales. Dentro de este mismo contexto, el artículo 363, numeral 6 dispone *"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."* Desde este punto esta disposición permite tomar conciencia de que el Estado tiene la obligación de crear normas que brinden seguridad jurídica y protección integral sobre la reproducción asistida en general y no solo de la gestación subrogada evitando la vulneración de derechos fundamentales.

CÓDIGO CIVIL

El Código Civil se encarga de regular las relaciones familiares, en el que se regula la maternidad y paternidad por el cual en el artículo 24

Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

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.

En este sentido, esta norma se sustenta, sobre todo, en criterios biológicos y tradicionales de filiación, es decir, el reconocimiento de la relación parental mediante el nacimiento, el matrimonio, el reconocimiento voluntario o la sentencia judicial. Sin embargo, en el marco de la gestación por sustitución y las técnicas de reproducción humana asistida esta regulación es restringida porque no prevé situaciones donde pueden intervenir distintas figuras parentales como madre genética, madre gestante y padres intencionales.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Este código es una de las normas dirigidas en proteger a los niños, niñas y adolescentes, por el cual tiene como finalidad garantizar los derechos reconocidos en el Constitución de la República del Ecuador, que de acuerdo con el artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia (Sánchez & Gamboa , 2023)*"Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador."* Establece la responsabilidad crucial que le corresponde no solo al Estado, sino también a la sociedad y la familia, para garantizar la plena ejecución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por eso la falta de regulación explícita de la gestación subrogada puede llegar a generar casos de vulnerabilidad.

En este sentido el articulo 12 ibidem *"Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años. En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás."* Es decir que los derechos de los niños, niñas y adolescentes deben prevalecer por encima de cualquier otro interés, de tal forma que se garantice al menor determinadas condiciones adecuadas para facilitar su

desarrollo integral. Al igual que el artículo 33 de la misma norma reconoce que *"Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley."* Por ello, la falta de regulación en Ecuador puede afectar el derecho del niño a saber su origen biológico o a cuidar su identidad familiar, es así que dicha disposición es una base importante para reclamar protección frente a nuevos tipos de filiación.

Por otro lado, se establece que en el artículo 99 de la misma norma *"Todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad. Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad."* Esta disposición es importante para la gestación subrogada, ya que los niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida no deben ser discriminados en función de su origen biológico o de la forma en que fueron concebidos. Por ende, esta norma refuerza la responsabilidad que tiene el Estado para garantizar la igualdad de derechos, el reconocimiento de la familia y la protección integral del niño o de la niña.

REGLAMENTO PARA USO DEL MATERIAL GENÉTICO HUMANO EN EL ECUADOR

El Reglamento para uso del material genético humano se encarga de regular aspectos relacionados con la utilización, almacenaje, conservación y manipulación del material genético humano en procedimientos biomédicos e investigaciones científicas, al igual el respeto a la dignidad humana, la confidencialidad de la información genética, el consentimiento informado o el control público sobre actividades relacionadas con la genética humana y la reproducción asistida; al igual que se exige garantizar la necesidad de contar con garantías en el manejo de gametos, ADN y muestras biológicas humanas, sobre todo en los establecimientos médicos autorizados por el Ministerio de Salud Pública. Aunque esta normativa no contempla de manera expresa la gestación subrogada, sin embargo, se encuentra vinculado con el presente estudio en la medida en que las técnicas de reproducción humana asistida involucran consentimiento de las partes así como el uso de material genético humano y procedimientos médicos específicos, el cual es evidente que existe un vacío normativo el cual puede generar consecuencias que pudieran derivarse de la gestación

subrogada relacionadas con la filiación, la identidad y el reconocimiento a ser padre o madre del niño o niña nacido mediante estas técnicas de reproducción. (Sánchez & Gamboa, 2023).

CAPITULO III – METODOLOGÍA

3. METODOLOGÍA

El presente estudio se desarrolla mediante un enfoque metodológico cualitativo, la cual se orienta por un análisis jurídico de la ausencia de la regulación de la gestación subrogada y sus implicaciones en la filiación y el interés superior del niño es así que se fundamenta en la revisión normativa, doctrinaria y jurisprudencial, a nivel nacional e internacional para comprender el alcance del problema jurídico que se ha planteado, de la misma forma se realizará entrevistas a abogados en libre ejercicio profesional de la Ciudad de Guaranda para conocer criterios jurídicos. Por ello, la investigación se enmarca en un diseño descriptivo mismo que permite identificar, analizar la manera en la que el ordenamiento jurídico afronta la ausencia de la regulación de la gestación subrogada, los efectos que genera en la determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño. Es así que se emplea un enfoque interpretativo, el cual se analiza la normativa jurídica, jurisprudencial y doctrina para establecer una comprensión completo del asunto jurídico estudiado para proponer los lineamientos encaminados a su regulación.

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

- **Descriptiva:** orientada a describir y analizar la realidad jurídica sobre la ausencia de regulación de la gestación subrogada, así como la incidencia en la determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño, tomando en consideración doctrina y normativa.
- **Cualitativa:** se basa en el análisis y la interpretación de normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina y criterios obtenidos de entrevistas a profesionales del derecho, mismo que permite comprender desde una perspectiva interpretativa.
- **Transversal:** el estudio se desarrolla a lo largo de un periodo comprendido entre el mes de marzo al mes de julio, analizando la situación actual de la gestación subrogada.
- **Teórica e investigación aplicada:** se denomina teórica ya que permite desarrollar un sustento jurídico y doctrinario de la gestación subrogada y aplicada ya que busca

proponer lineamientos jurídicos que contribuyan a la regulación del Código de la Niñez y Adolescencia.

3.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Las técnicas e instrumentos de investigación que se empleará son los análisis de documentos, de contenido, el estudio de caso, y de las entrevistas semiestructuradas dirigidas a los abogados de la ciudad de Guaranda, el cual permitirá examinar normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina y criterios profesionales relacionados con la gestación subrogada, la filiación y el interés superior del niño, además de analizará casos relevantes como el caso Satya para identificar los vacíos normativos y criterios jurídicos aplicables en el ordenamiento jurídico.

Técnicas de producción de datos:

Se realizará mediante la recopilación y análisis de información de fuentes normativos, jurisprudencias y doctrinales de la gestación subrogada, analizando las disposiciones establecidas en la Constitución de la República, el Código de la Niñez y Adolescencia, así como artículos científicos, jurídicos y estudios nacionales e internacionales. Al igual que se obtendrá la información de entrevistas semiestructuradas a abogados de la ciudad de Guaranda.

3.3 CRITERIO DE INCLUSIÓN Y CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

Los criterios para incluir datos en la investigación que se está llevando a cabo, forman las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales que tengan directa relación con la gestación subrogada, la filiación, la reproducción humana asistida, y el interés superior del niño, a partir del uso de estudios nacionales e internacionales, artículos científicos, tesis, y las sentencias de los órganos jurisdiccionales competentes, además de los abogados en libre ejercicio de la ciudad de Guaranda que tengan conocimiento en derecho de familia, niñez y adolescencia.

3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA

La población está constituida por abogados en libre ejercicio de su profesión de la ciudad de Guaranda relacionados al área de derechos de familia, niñez y adolescencia.

No será necesario establecer una fórmula para determinar la muestra, ya que la población es reducida y específica,

3.5 LOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA DEL ESTUDIO

Tendrá como referencia principal la ciudad de Guaranda, provincia de Bolívar para la aplicación de las entrevistas a los profesionales del Derecho.

CAPÍTULO IV – RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 RESULTADOS

4.1.1 Presentación de resultados

Entrevistas dirigidas a abogados especialistas en Derecho de Familia

Entrevistado: Ab. Cristhian Gavilánez

Modalidad: Presencial

Fecha: 21 de mayo del 2026

1. ¿Cree que en la actualidad en el Ecuador se puede considerar que existe un vacío legal en torno a la gestación subrogada?

Muy buenas tardes eh sí, no hay una normativa legal que regule ese tipo actos o hechos que se realiza ya entre el acuerdo entre las personas de este caso aquellas personas que solicitan que se les vulgarmente hablando el pre pedir prestado un bien no hay normativa que regule eso

2. ¿Considera que la falta de regulación de la gestación subrogada tiene influencia al momento de determinar la filiación?

Sí, tiene influencia por qué razón en esta normativa legal la filiación lo tiene es la fijación de quién es padre y quién es madre pero si nosotros alquilamos un alquilamos un vientre dónde estaría la afiliación quién tiene la afiliación, el que solicitó el vientre, los papás o la mamá y la mamá quién tienen eso la normativa legal ecuatoriana establece de que la fijación de afiliación es son los progenitores en este caso sería el papá y la mamá en sí influiría en día hay un conflicto de normativas de inclusive

3. ¿Usted considera que la falta de regulación jurídica puede vulnerar el interés superior del niño?

Si estaría vulnerando porque dentro de los derechos importantes de los niños es desde la saber quién es el papá quién es la mamá saber su filiación y eso sí afectaría al interés superior del menor al saber su identidad el derecho a la identidad

4. Desde su criterio jurídico ¿cree usted que en el Código de la Niñez y Adolescencia debe incorporarse una regulación específica de la gestación subrogada?

Eh el código de la niñez y adolescencia es para regular los derechos de los de los niños niñas y adolescencia en este caso el pedir el alquiler vulgarmente hablando, un vientre debería si estar regulado, más no en el Código de la Niñez, debería estar como una sección, pero para mi criterio no por que debería hacerse una regularización regulado o una reforma a partir de la Constitución.

5. ¿considera que la regulación jurídica de la gestación subrogada contribuiría para garantizar la seguridad jurídica, la filiación y la protección del interés superior del niño?

No

Entrevistas dirigidas a abogados especialistas en Derecho de Familia

Entrevistado: Ab. Dayana Quishpe

Modalidad: Virtual

Fecha: 23 de mayo de 2026

1. ¿Cree que en la actualidad en el Ecuador se puede considerar que existe un vacío legal en torno a la gestación subrogada?

Desde mi perspectiva sí existe un vacío más no un vacío constitucional por qué porque no existe en normas que establezca lo que es la gestación subrogada ni los medios ni como acceder a ellos, sin embargo, si nos dirigimos a la Constitución eh específicamente en el artículo 66 numeral 10 esta garantiza, esta es un derecho que manifiesta que es el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida reproductiva por ende la gestación subrogada no está prohibida si no, no está regularizada por así decirlo.

2. ¿Considera que la falta de regulación de la gestación subrogada tiene influencia al momento de determinar la filiación?

Si, porque de conformidad con el artículo 24 del Código Civil mantiene un sistema estricto por los cuales digámoslo 3 numerales por las cuales se puede establecer una filiación la primera es presuntamente cuando el menor nace dentro del matrimonio en la segunda eh por un reconocimiento voluntario ya sea que el padre no puede ser en este caso a la madre porque el Registro Civil es estricto en decir que la madre es quien gesta el menor entonces este literal

b no se podría aplicar en este caso a las familias que optan por este medio les queda únicamente literal C que es por la vía judicial comediantes vía judicial se podría declarar esta filiación.

3. ¿Usted considera que la falta de regulación jurídica puede vulnerar el interés superior del niño?

Sí ya que de conformidad con el artículo 44 de la Constitución establece que el estado, la sociedad y la familia son los encargados de garantizar que el menor pueda acceder a los derechos de la protección al interés superior y el no poder al tener dificultad en establecer esta afiliación automáticamente se está vulnerando el derecho a la identidad, a una familia, entonces este vacío legal deja el recién nacido en total indefensión si por alguna ocasión o por algún motivo alguna de las partes decide abrirse del proceso.

4. Desde su criterio jurídico ¿cree usted que en el Código de la Niñez y Adolescencia debe incorporarse una regulación específica de la gestación subrogada?

Sí y no solo en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia también puede ser en la Ley Orgánica de Gestión de identidad y dato, los cuales regulan esta manera de acceder a una identidad, también puede ser en el Código Civil ya que teniendo en cuenta que el Código Civil tiene dentro de sus cuatro libros el apartado de personas de familia entonces también se puede realizar una reforma a estos instrumentos jurídicos.

5. ¿considera que la regulación jurídica de la gestación subrogada contribuiría para garantizar la seguridad jurídica, la filiación y la protección del interés superior del niño?

Si, ya que, en cuanto a la seguridad jurídica el de conformidad con el artículo 82 de la Constitución establece que esta debe ser previa clara y pública y al no tener una regulación de lo que es la maternidad subrogada no se está accediendo a este principio porque seguridad jurídica es un principio entonces al establecer una regulación como tal se puede también en concordancia con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial aplicar esto ya que los jueces dentro de este artículo los jueces deben cumplir este estas normas de forma constante y uniforme en cambio en materia de filiación permitiría de manera más rápida en cuanto a economía procesal la inscripción del menor basándose no únicamente en la propia procreación y de que nació dentro del matrimonio y respecto al interés superior del niño la ley aseguraría desde su nacimiento su identidad.

Entrevistas dirigidas a abogados especialistas en Derecho de Familia

Entrevistado: Ab. Joel Chamaguate

Modalidad: Virtual

Fecha: 24 de mayo del 2026

1. ¿Cree que en la actualidad en el Ecuador se puede considerar que existe un vacío legal en torno a la gestación subrogada?

Más que un vacío absoluto lo que tenemos en el Ecuador es una indefinición legal es verdad que la Constitución prohíbe la comercialización de órganos y fluidos y que el código de salud prohíbe también la clonación y reproducción humana que con fines comerciales pero la gestación subrogada como tal o el tema en sí mismo especialmente para mí es una altruista cuando no hay dinero de por medio está regulada tú también debes de considerar que la ley manda, prohíbe o permite mientras que expresamente no lo prohíba expresamente no lo permita en una parte jurídica se puede determinar una Laguna esto nos deja una zona gris que genera mucha incertidumbre tanto a familias como también a profesionales de la salud.

2. ¿Considera que la falta de regulación de la gestación subrogada tiene influencia al momento de determinar la filiación?

Si, yo considero que sí, tiene totalmente una influencia determinada de la filiación tengo un ejemplo en el Ecuador cuando tú das a luz la madre preparar menor El Registro Civil y se inscribe automáticamente a la mujer que dio a luz ahora imaginemos que si una mujer y el hombre una pareja externa o tercera aportó sus genes y todo como una prestación del vientre de una mujer que obviamente aleatoria totalmente el Registro Civil como tal no sabe a quién registra por qué porque el parámetro normativa correspondiente del Registro Civil establece que para el menor es a quien tiene que darle como madre si el padre está presente y reconoce voluntariamente también los genes y la aplicación voluntaria como padre totalmente existe una influencia en la regulación para la creación.

3. ¿Usted considera que la falta de regulación jurídica puede vulnerar el interés superior del niño?

Sí, considero que sí, recordemos que en nuestra Carta Magna en el artículo 44 y 45 establece que el interés superior del niño prevalecerá sobre cualquier otro tipo de derechos que te quiere

decir con eso que sobre cualquier derecho sobre cualquier persona moral el interés superior del niño tiene un interés, un plus más a este derecho es decir qué pasa si es que el menor se enferma entre a la escuela, se vulneraria primero el derecho a la salud, derecho a la identidad por qué no va a saber con qué apellido identificarse tanto materno como paterno que tal vez tienes seguro del IESS de la policía no va a tener netamente un criterio también rompería sobre los deberes del Estado o sea totalmente nada.

4. Desde su criterio jurídico ¿cree usted que en el Código de la Niñez y Adolescencia debe incorporarse una regulación específica de la gestación subrogada?

Específicamente en el CONA yo considero que si debería incorporarse una regulación, pero no solo en le CONA, para mí también debería incorporarse tanto en el Código Civil, también como en el Código Orgánico de la Salud, porque netamente no solo debe proteger al niño también el Código Civil de las personas, el Código de la Salud, y que netamente esto de vuelve un tabú en el sentido de que, si es que tú y realizas o corregir una norma crea otra y crea otra incertidumbre entonces yo creo que también la Corte Constitucional debe usarse en esos temas, y ya hay sentencias que ya tratan de pronunciarse, pero no hay un criterio definido, entonces considero de que si debe regularse en el CONA, en el Código de la Niñez y adolescencia que también debe terne una norma supletoria que también tiene que tener como una norma supletoria el Código de la salud y también el Código Civil

5. ¿considera que la regulación jurídica de la gestación subrogada contribuiría para garantizar la seguridad jurídica, la filiación y la protección del interés superior del niño?

Considero que sí sin duda alguna la regulación es la única vía para erradicar las mafias del turismo reproductivo, reproductivo clandestino, la explotación de las mujeres de la situación de vulnerabilidad si ponemos reglas de juegos claras ganamos todos, es decir el Estado tiene un control, los médicos trabajan con respaldo legal, los padres dime una seguridad jurídica sobre su maternidad o sobre su paternidad y lo más importante como te comentaba se garantiza ahí se va a garantizar el interés superior del niño para que nazca con todos los derechos blindados desde el primer segundo de vida.

Entrevistas dirigidas a abogados especialistas en Derecho de Familia

Entrevistado: Dra. Rocío de las Mercedes Ballesteros Jiménez, 24 años en ejercicio profesional, especializada en Derecho de Familia

Modalidad: Virtual

Fecha: 24 de mayo de 2026

1. ¿Cree que en la actualidad en el Ecuador se puede considerar que existe un vacío legal en torno a la gestación subrogada?

Antes de contestar a su pregunta, es preciso mencionar que, en el Ecuador no existe una disposición legal expresa que regule, permita o prohíba de forma directa la gestación subrogada (comúnmente llamada "vientre de alquiler"). Actualmente, el país se encuentra en una situación de vacío normativo o "limbo jurídico" respecto a esta práctica.

Aunque en la CRE ni en el CC ni en el CONA no se mencione el término "gestación subrogada", quienes defienden o realizan este procedimiento apelan a los derechos fundamentales consagrados en la CRE en los derechos reproductivos (Art. 66) donde se garantiza el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud, la vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántos hijos tener. De la misma manera, e l Estado reconoce y protege a la familia en sus diversos tipos, abriendo la puerta a que parejas que padecen de infertilidad busquen vías alternativas para constituirse (Art. 67 diversidad de familias); y, el derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico estipulados en el acceso a la ciencia (Art. 25):

Adicionalmente existe un gran problema en torno a la gestación subrogada en Ecuador la cual radica en la filiación la cual constituye la determinación legal de quiénes son los padres. Así, la regla tradicional según el Código Civil mantiene una visión tradicional donde el parto determina la maternidad; es decir, legalmente la madre es quien da a luz. Pero, el Registro Civil al nacer un niño bajo esta técnica, de forma automatizada emite el certificado de nacido vivo con los datos y apellidos de la mujer gestante, ignorando los acuerdos previos de subrogación o la falta de vínculo genético de la gestante con el bebé.

Con estos antecedentes, doy respuesta a su primera pregunta en los siguientes términos:

Sí, existe un vacío legal evidente.

El principio de legalidad en el derecho privado ecuatoriano permite hacer todo aquello que la ley no prohíbe expresamente. Dado que el Código Orgánico Integral Penal (COIP) no

tipifica la gestación subrogada como delito, y ninguna ley civil la prohíbe, la práctica es lícita por omisión. Sin embargo, carece de un marco normativo positivo que defina sus requisitos, límites, el consentimiento de las partes o el rol de las clínicas de fertilidad, dejándola en una total desprotección y desregulación administrativa.

2. ¿Considera que la falta de regulación de la gestación subrogada tiene influencia al momento de determinar la filiación?

Sí, tiene una influencia directa y conflictiva ya que el Código Civil ecuatoriano mantiene el principio tradicional romano mater semper certa est (la madre siempre es cierta, determinada por el parto). Al no haber una ley especial de reproducción asistida, el Registro Civil aplica la norma general e inscribe al nacido utilizando el certificado de nacido vivo (REVIT), donde consta obligatoriamente el nombre de la mujer que dio a luz (la gestante), ignorando la "voluntad procreacional" de los padres intencionales y la ausencia de vínculo genético de la gestante. Esto fragmenta la filiación jurídica de la realidad socioafectiva y biológica.

3. ¿Usted considera que la falta de regulación jurídica puede vulnerar el interés superior del niño?

Sí, de forma sistemática porque el principio del Interés Superior del Niño (Art. 44 de la Constitución y Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia) exige que el Estado garantice sus derechos de forma prioritaria. La falta de regulación provoca que un niño nacido por esta técnica quede temporalmente en un limbo jurídico: sin su identidad definitiva, con trabas para obtener la patria potestad de sus verdaderos cuidadores (padres intencionales), y con barreras para heredar o acceder a la cobertura de salud de estos. Se vulnera así su derecho a la identidad, a la nacionalidad y a vivir en una familia jurídicamente constituida.

4. Desde su criterio jurídico ¿cree usted que en el Código de la Niñez y Adolescencia debe incorporarse una regulación específica de la gestación subrogada?

No formalmente en el Código de la Niñez, sino en una Ley Orgánica de Salud o de Reproducción Asistida especializada, con reformas transversales al Código de la Niñez y al Código Civil.

La gestación subrogada es un fenómeno complejo que involucra bioética, contratos civiles, técnicas médicas de salud pública y derechos de los menores. Incorporarla únicamente en el Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) sería insuficiente, ya que el CONA está diseñado para la protección de derechos y procesos como la adopción, mas no para regular

contratos de técnicas de reproducción asistida humanas. Lo técnicamente correcto es una ley especial que ordene la materia médica y contractual, determinando que la filiación posterior se adecúe a las normas del Código Civil y a las garantías de protección del CONA.

5. ¿considera que la regulación jurídica de la gestación subrogada contribuiría para garantizar la seguridad jurídica, la filiación y la protección del interés superior del niño?

Sí, de manera categórica por las siguientes consideraciones jurídicas:

La seguridad jurídica (Art. 82 de la Constitución) se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas. Regular esta práctica permitirá:

1. Establecer reglas del juego claras antes de que el niño sea concebido (evitando litigios posteriores).
2. Garantizar una filiación inmediata y automática a favor de los padres intencionales en el Registro Civil sin necesidad de demandar al Estado.
3. Proteger el interés superior del niño, al prohibir expresamente la comercialización de menores (subrogación comercial), asegurar su derecho al origen biológico/genético y evitar que nazca desprotegido en un entorno de incertidumbre lega

4.2 DISCUSIÓN

Los resultados que han sido obtenidos mediante el análisis de la doctrina, las normas, la jurisprudencia, las entrevistas con los abogados, por el cual se han permitido evidenciar que en el Ecuador existe un vacío normativo en cuanto a la gestación subrogada, lo que impacta, de forma directa, a la hora de poder establecer una filiación y también para establecer el interés superior del niño, resultado que ha sido también compartido por los profesionales entrevistados, que han afirmado que la falta de normas específicas da lugar a inseguridad jurídica en torno a la maternidad y la paternidad y en cuanto al reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, la identidad y los derechos que derivan de estas, es así que el resultado guarda relación con la formulación del problema y también guarda relación con la hipótesis de la presente investigación, la cual sostenía que la falta de normas específicas afectaba negativamente a la seguridad jurídica y a la protección integral del niño nacido a través de la gestación subrogada.

Es importante mencionar que la gestación subrogada es una práctica complicada ya que incluye cuestiones médicas, jurídicas, éticas y sociales debido a que desafía las nociones tradicionales de maternidad y filiación. Por lo tanto, los resultados obtenidos permiten confirmar lo afirmado por (Sánchez & Gamboa , 2023) quienes sostienen que las técnicas de reproducción humana asistida han modificado las nociones clásicas sobre parentalidad y han dado lugar a nuevas formas de filiación que merecen ser reconocidas jurídicamente. Además, en las entrevistas quedó de manifiesto que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en la actualidad no existen los mecanismos suficientes para la solución de conflictos en materia de maternidad genética, maternidad gestacional y voluntad procreacional, lo que lo pone en evidencia y justifica la necesidad de que el Derecho de Familia promueva una adaptación que dé respuesta a las nuevas realidades biomédicas y familiares.

De la misma forma los resultados obtenidos con esta investigación coinciden con lo que expone (Huaclla, 2022) quien muestra que la falta de regulación respecto a la gestación subrogada puede provocar una vulneración de los derechos del niño a su identidad, entendida especialmente en lo relacionado con el conocimiento del origen biológico y la determinación de la filiación, con las entrevistas se pudo evidenciar que varios profesionales coincidieron

en que uno de los mayores problemas jurídicos consiste en determinar quién deberán ser los padres o las madres del niño, ya que este puede nacer de una madre genética, una madre gestante y una madre intencional; así pues, esta situación da cuenta de que las normas tradicionales del Código Civil o del Código de la Niñez y Adolescencia son insuficientes para dar respuesta a la problemática que se deriva de la reproducción asistida.

Desde otra perspectiva, el tipo de estudio comparado de la investigación hizo posible identificar que ciertos ordenamientos jurídicos también intentaron abordar el problema planteado con criterios relacionados con la voluntad procreacional, el consentimiento informado y la protección del interés superior del niño, es así que en el derecho colombiano, si bien existe un vacío normativo similar al ecuatoriano, la Corte Constitucional ya ha desarrollado criterios jurisprudenciales mínimos en relación con la protección del menor y evitando la explotación reproductiva. En el derecho argentino, el reconocimiento de las técnicas de reproducción asistida como fuente de filiación sobre la incorporación de la voluntad procreacional en el Código Civil y Comercial muestra grandes avances en las nuevas formas de parentalidad, Respecto a España este mantiene una posición restrictiva frente a la gestación subrogada, no obstante que su jurisprudencia ha dado importancia a la protección del niño nacido a través de esta práctica, en particular en relación con la identidad personal y la modificación del resto de una familia estable.

Estos resultado nos permiten visibilizar que Ecuador presenta un atraso normativo en torno a la gestación subrogada, lo que resulta en ausencia de una legislación que controle los requisitos, límites y las consecuencias jurídicas de esta actividad; así, se sostiene con los resultados obtenidos en la investigación que el impacto en el vacío normativo no sólo afecta a quienes realizan dicha práctica, sino, principalmente, el niño que nace por la mencionada práctica, el cual puede llegar a tener conflictos de filiación, de identidad, dentro del ámbito familiar, así, y de acuerdo a lo que menciona (Sales , 2019) la falta de normas jurídicas favorece en el riesgo del interés superior del niño y la protección de los derechos básicos de los mismos.

En el mismo sentido, en las entrevistas realizadas, afirman que una futura regulación jurídica sobre gestación subrogada debe ser elaborada sobre la base de principios constitucionales como el de interés superior del niño, dignidad humana, igualdad y no discriminación, derecho a la identidad y autonomía reproductiva, argumentación que concuerda con lo desarrollado en el marco teórico, principalmente con el análisis realizado acerca de la Constitución de la República del Ecuador y el análisis hecho de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establecen que la protección integral de niñas, niños y adolescentes es una obligación prioritaria del Estado.

Otro aspecto significativo encontrado en el desarrollo de la investigación es evitar toda práctica de explotación reproductiva, toda forma de comercialización del cuerpo de la mujer embarazada, si bien se han puesto de manifiesto que la regulación de la gestación subrogada sobre filiación no únicamente ha de fijar la condición de filiación, sino que ha de contar con mecanismos de protección de la mujer gestante que garanticen un consentimiento libre e informado, un control médico necesario y la prohibición de prácticas comerciales abusivas, resultado que es coherente con las doctrinas que sostienen que la gestación subrogada no ha de ser analizada exclusivamente o únicamente desde la óptica del contrato, sino desde la óptica de los Derechos Humanos de las personas y la protección integral de las mismas.

Es por ello que los resultados obtenidos han permitido dar validez o confirmar la hipótesis planteada al inicio de la investigación, ya que la falta de regulación expresa de la gestación subrogada en el Ecuador genera inseguridad jurídica en relación a la filiación y a la protección de los intereses superiores del niño, por tal manera, el estudio ha permitido identificar la necesidad de una regulación normativa que dé cuenta en el Código de la Niñez y Adolescencia de los aspectos relacionados con la voluntad procreacional, la filiación emergente de las técnicas de reproducción asistida, la protección del derecho a la identidad y la prohibición de la explotación reproductiva y no solo en el código sino también de acuerdo a las entrevistas realizadas esta regulación puede ser implementada en la Constitución, el Código Civil e incluso nos lleva a pensar en una Ley Orgánica de Salud o de Reproducción Asistida especializada.

CAPÍTULO V – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

En síntesis, la investigación permitió establecer que la inexistencia de una regulación clara y específica de la gestación subrogada en el Ecuador tiene importantes consecuencias jurídicas así como en la determinación de la filiación y la protección del interés superior del niño, ya que dentro del marco normativo ecuatoriano no se establece reglas por el cual en este contexto no se establece una disposición específica sobre el reconocimiento de la maternidad, la paternidad, la identidad y la voluntad procreacional que de las técnicas de reproducción humana asistida surgen, situación pone de manifiesto la necesidad de adaptar el Derecho de Familia a las nuevas realidades biomédicas y reproductivas.

Se constató que un problema jurídico esencial y básico, el cual se deriva de la falta de regulación de la gestación subrogada en Ecuador es la determinación de la filiación dado que pueden llegar a entenderse la maternidad genética, la gestacional y la voluntad procreacional, generando conflictos respecto del reconocimiento legal de los padres intencionales y el derecho del niño a la identidad, por eso se ha determinado, además, que la falta de normas puede perjudicar de forma directa el interés superior del niño, en especial el derecho del niño a la identidad, a la estabilidad familiar, a la filiación y al derecho integral en el contexto en que las normas tradicionales del Código Civil y del Código de la Niñez y Adolescencia son insuficientes con respecto a las técnicas de la reproducción asistida.

Entonces, respecto al análisis del marco jurídico nacional e internacional permitió determinar que distintos instrumentos internacionales de derechos humanos consagran principios fundamentales aplicables a la gestación subrogada, en particular por lo que respecta al interés del niño, al derecho a la identidad, a la protección familiar y a la dignidad humana, en adición a esto, el estudio comparado realizado respecto a los Estados de Colombia, Argentina y España estableció evidencias asociadas a distintos modelos jurídicos, en relación con la filiación proveniente de técnicas de reproducción asistida, donde el consentimiento procreacional y la necesidad de una protección integral del menor conforman

elementos determinantes en la vida de las nuevas formas de parentalidad y la reproducción humana asistida.

Por último, la necesidad de incorporar una regulación específica de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de lineamientos normativos, no solo se la puede hacer en el Código de la Niñez y Adolescencia, sino también se puede pensar en una Ley Orgánica de Salud o de Reproducción Asistida especializada, destinados a la protección del interés superior del niño, protección del derecho a la identidad, la seguridad jurídica y la dignidad humana, regulación que deberá incorporar exigencias con enfoques de establecer, el reconocimiento de la filiación, el consentimiento informado, la regulación de derechos y obligaciones de las partes intervinientes, la prohibición de explotación de la reproducción y mecanismos diferentes de protección integral del niño nacido mediante este método.

5.2 RECOMENDACIONES

En este sentido se recomienda a la Asamblea Nacional del Ecuador y a los organismos competentes en el ámbito legislativo realizar la elaboración de una regulación jurídica sobre la gestación subrogada a nivel normativo, para así garantizar la seguridad del ordenamiento jurídico respecto a la filiación, identidad y protección integral del niño nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida, misma que deberá establecer normas claras relacionadas con maternidad, paternidad, voluntad procreacional y reconocimiento de los padres intencionales mismos que le den la posibilidad a la legislación ecuatoriana de poder adaptarse a las nuevas realidades biomédica y familiares.

Es así que se recomienda la incorporación dentro del Código de la Niñez y Adolescencia o mediante la promulgación de una ley que sea especializada en el desarrollo de la reproducción humana asistida con la finalidad de que dichas disposiciones garanticen la protección del interés superior del niño en lo que se refiere a la gestación subrogada especialmente respecto al derecho a la identidad, estabilidad familiar, filiación y protección integral, así como la incorporación de disposiciones que garanticen el acceso del niño a información sobre su origen biológico y gestacional, pero priorizando siempre la protección de sus derechos fundamentales, mismos que se reconocen en la Constitución de la Republica del Ecuador y el normativa internacional.

Por ello, sería de gran utilidad que las nuevas leyes referidas a la gestación subrogada en el Ecuador pudieran acoger conjuntamente los estándares internacionales en derechos humanos así como las experiencias de los países de Colombia, Argentina y España, sobre todo en lo que se refiere a principios inherentes a la dignidad humana, la autodeterminación en el proceso reproductivo, el consentimiento informado, la voluntad procreacional y la prohibición de los procesos de explotación reproductiva, ya que de esta manera el Estado ecuatoriano podrá articular una regulación que le permita proteger a la mujer gestante y a sus intervinientes y de ello proteger al niño nacido de mediante este proceso.

Por lo tanto, sería recomendable que para las siguientes investigaciones jurídicas tomen referencia desde un estudio jurídico, bioético y constitucional de la gestación por

subrogación y técnicas de reproducción humana asistida dentro del Ecuador ya que se trata de una problemática jurídica que está en continua evolución, para lo cual puede haber evidentes cambios en este tipo de técnica de la reproducción humana asistida, además, también resultará conveniente poner en práctica investigaciones relacionadas con la filiación derivada de la reproducción asistida, diversidad familiar y protección de derechos humanos, así como la investigación jurisprudencial comparada para potenciar el debate académico y contribuir a las futuras reformas del Derecho de Familia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Bezerra , J., Espejo , N., Fenton , C., Jiménez , A., Lathrop, F., Merlyn, S., . . . Vicente , E. (2022). *La gestación por subrogación en América Latina.* (N. Espejo , C. Fenton , F. Lathrop, & J. Scherpe , Edits.) Ciudad de México, México. Recuperado el 20 de marzo de 2026, de https://www.researchgate.net/profile/Nicolas_Espejo_Yaksic/publication/362077574_La_gestacion_por_subrogacion_en_America_Latina_Espejo-Yaksic_N_Fenton-Glynn_C_Lathrop-Gomez_F_Scherpe_Jens_M_Eds/links/62d58fc7bf4b98532231c96d/La-gestacion-por-subrogacion-e

Cabezas, P. M. (2020). Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile. *REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES*(Num. 6). Recuperado el 20 de marzo de 2026, de https://revistaiej.cl/numeros-anteriores/edicion-n6/analisis-de-la-primera-sentencia-sobre-maternidad-gestacional-subrogada-en-chile/

Calle , K. J., & Armendariz, W. (05 de enero de 2026). Los problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en Ecuador: Filiación, identidad y derechos de las partes involucradas. *KIRIA: Revista Científica Multidiciplinaria, Vol. 1*(Núm. 2), 123-126. doi:https://doi.org/10.53877/8zv1ba89

Carrascal , A. E. (2025). Pregrado Derecho . *Análisis jurisprudencial sobre la protección de derechos personalísimos en NNA nacidos mediante gestación por sustitución.* Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB, Bogotá, Colombia. Recuperado el 20 de marzo de 2026, de https://repository.unab.edu.co/handle/20.500.12749/29593

Carrillo, C. (19 de Diciembre de 2024). FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS EN VIRTUD DE UNA CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA. *Dialnet*. Recuperado el 05 de mayo de 2026, de file:///D:/La%20Informacion%20AQUI/Downloads/Dialnet-FiliacionDeLosMenoresNacidosEnVirtudDeUnContratoDe-9977019.pdf

AMPARO EN REVISIÓN 553/2018, 553/2018 (2018). Recuperado el 07 de mayo de 2026, de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-553-2018-181023.pdf

Espejo, N., Fenton, C., Lathrop, F., & Scherpe, J. (Edits.). (2022). *La Gestación por subrogación en América Latina* (Vol. 2). Ciudad de México, México. Recuperado el 13 de mayo de 2026, de file:///D:/La%20Informacion%20AQUI/Downloads/LAGESTACIONPORSUBROGACION_DIGITAL%20(6).pdf

Granizo , J. O., Salazar , M. A., & Suárez , P. (2026). Abogado. *La gestación subrogada y su compatibilidad con el interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano.* Universidad Nacional de Chimborazo, Riobamba, Chimborazo, Ecuador. Recuperado el 20 de marzo de 2026, de http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/16588

Huaclla, A. (Jun- Nov de 2022). La maternidad subrogada, la alteración de la filiación y la afectación al derecho a la identidad del menor en el Perú. *Revista Derecho*. Recuperado el 05 de mayo de 2026, de https://revistas.upt.edu.pe/ojs/index.php/derecho/article/view/696/667

Lasso , H. N., & Freire , E. F. (01 de abril de 2025). Los problemas jurídicos de la maternidad subrogada. *REVISTAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS, LEX, Vol. 8* (Num. 29). doi:https://doi.org/10.33996/revistalex.v9i28.315

Latacela , L., & Bolívar , P. (2023). Abogado . *Análisis de la figura de la maternidad subrogada, su posible inserción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sus efectos y consecuencias en relación al principio del Interés superior del niño.* Universidad de Cuenca, Cuenca, Ecuador. Recuperado el 20 de marzo de 2026, de http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/41802

López , I., Guevara, S., & Vallejo , L. (03 de septiembre de 2025). LA MATERNIDAD SUBROGADA ANÁLISIS DESDE EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y PERSPECTIVAS PARA ECUADOR. (F. d. Puno., Ed.)

Revista de Derecho, Vol. 10(Num. 2). doi:https://doi.org/10.47712/rd.2025.v10i2.324

Muentes, Y., Moreno, P., & Silva, I. (30 de 12 de 2020). Reproducción humana asistida en la Legislación ecuatoriana. *RECIAMUC, 4*(4). doi:https://doi.org/10.26820/reciamuc/4.(4).diciembre.2020.134-148

Navarro, M. (2022). La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales. *Revista de Bioética y Derecho*. doi:10.1344/rbd2022.56.40741

Piñeros , S., Pérez , R., & Matoma , M. (19 de Agosto de 2024). Reconocimiento jurídico y protección a las nuevas formas de filiación paterna en América Latina. (U. C. Colombia, Ed.) *Universidad Cooperativa de Colombia*, 25-27. Recuperado el 20 de marzo de 2026, de https://hdl.handle.net/20.500.12494/58433

Rueda, N. (2022). *La gestación por subrogación en América Latina.* (N. Espejo , C. Fenton , F. Lathrop, & J. Scherpe, Edits.) Ciudad de México. Recuperado el 13 de mayo de 2026, de https://www.researchgate.net/profile/Nicolas_Espejo_Yaksic/publication/362077574_La_gestacion_por_subrogacion_en_America_Latina_Espejo-Yaksic_N_Fenton-Glynn_C_Lathrop-Gomez_F_Scherpe_Jens_M_Eds/links/62d58fc7bf4b98532231c96d/La-gestacion-por-subrogacion-e

Salame , M., Jordán , V., Cepeda , C., & López , A. (2024). Vínculo entre las tpecnicas de reproducción humana asistida y el ámbito jurídico. *Universidad y Sociedad*. Recuperado el 06 de mayo de 2026, de https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/4632/4511

Sales , L. (08 de Julio de 2019). La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, Vol. 11*(Num. 2). doi:https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4961

Sánchez , M., & Gamboa , S. (17 de Febrero de 2023). Reproducción humana asistida, Análisis en derecho comparado. *Dialnet, 8*(2-1). doi:https://doi.org/10.33386/593dp.2023.2-1.1737

Serrano , M. C., & Illesca , B. M. (2022). Abogado . *La maternidad subrogada y su incidencia sobre el principio del interés superior del niño y los derechos de filiación en el Ecuador*. Universidad de Azuay, Azuay, Ecuador. Recuperado el 20 de marzo de 2026, de http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/12550

Vasco, S., & Álvarez , J. C. (19 de Septiembre de 2023). Análisis de la responsabilidad civil en la práctica de técnicas de reproducción asistida en humanos en Ecuador. *Dialnet, Vol. 8*(No. 9). Recuperado el 20 de marzo de 2026, de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9152573

Vilar, S. (2018). *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado.* Las Rosas, Gerona, España: LA LEY Soluciones Legales S.A. Recuperado el 20 de marzo de 2026, de https://elibro.net/es/lc/bibliotecaueb/titulos/58382

Jurisprudencia

Caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica (28 de noviembre de 2012). Recuperado el 07 de mayo de 2026, de https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81186&nValor3=103421&strTipM=TC

Caso Mennesson c. France , 54192/11 (26 de junio de 2014). Recuperado el 07 de mayo de 2026, de file:///D:/La%20Informacion%20AQUI/Downloads/fcarbajocascn,+2340-5155-2014-0002-0002-0280-0282.pdf

Sentencia T-968/09, expediente T-2220700 (La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional 24 de Febrero de 2009). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-968-09.htm

Sentencia: 184-18-SEP-CC, 1692-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de mayo de 2018). Recuperado el 07 de mayo de 2026, de

https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=184-18-SEP-CC

Normativa

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.* Recuperado el 19 de mayo de 2026, de https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador . (2022). *Código Civil.* Quito, Pichincha , Ecuador : Última Reforma: Edición Constitucional del Registro Oficial 15, 14-03-2022. Recuperado el 20 de mayo de 2026, de http://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/3410

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi , Manabí , Ecuador : SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL NO. 449. Recuperado el 20 de mayo de 2026, de http://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/4083

Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). *Código de la Niñez y Adolescencia.* Quito, Pichincha , Ecuador : Última Reforma: Edición Constitucional del Registro Oficial 262, 17-01-2022. Recuperado el 20 de mayo de 2026, de http://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/3365

Ministerio de Salud Pública. (2013). *Reglamento para uso del material genético humano en Ecuador*. Quito , Ecuador : Ministerio de Salud Pública, Dirección Nacional de Normatización y Programa Nacional de Genética. Recuperado el 20 de mayo de 2026, de https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/reglamento_sobre_el_material_gen%C3%A9tico_septiembre_2013.pdf

Organización de los Estados Americanos. (1969). *CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.* San José, Costa Rica . Obtenido de https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observaciones generales. *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), II(1 a 10)*. Recuperado el 07 de mayo de 2026, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html#GEN14

Anexos

Preguntas de entrevistas

Entrevistas dirigidas a abogados especialistas en Derecho de Familia

Entrevistado:

Modalidad:

Fecha:

1. **¿Cree que en la actualidad en el Ecuador se puede considerar que existe un vacío legal en torno a la gestación subrogada?**

2. **¿Considera que la falta de regulación de la gestación subrogada tiene influencia al momento de determinar la filiación?**

3. **¿Usted considera que la falta de regulación jurídica puede vulnerar el interés superior del niño?**

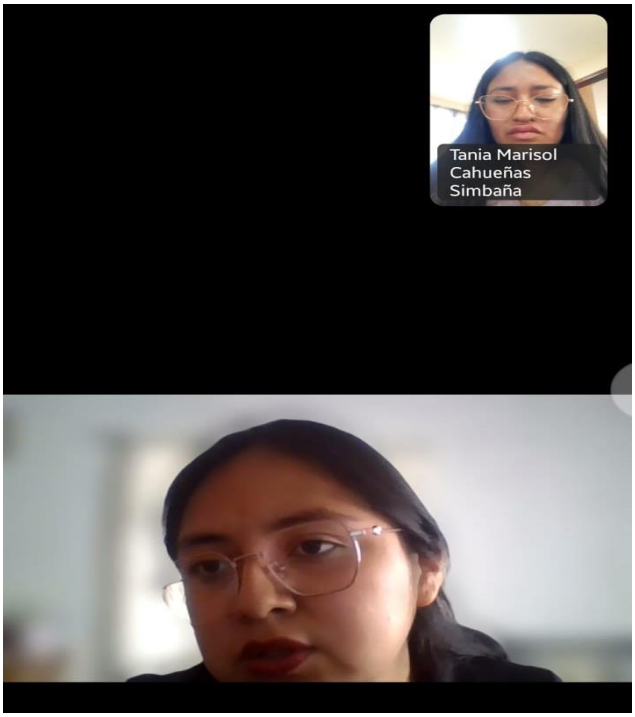
4. **Desde su criterio jurídico ¿cree usted que en el Código de la Niñez y Adolescencia debe incorporarse una regulación específica de la gestación subrogada?**

5. **¿considera que la regulación jurídica de la gestación subrogada contribuiría para garantizar la seguridad jurídica, la filiación y la protección del interés superior del niño?**

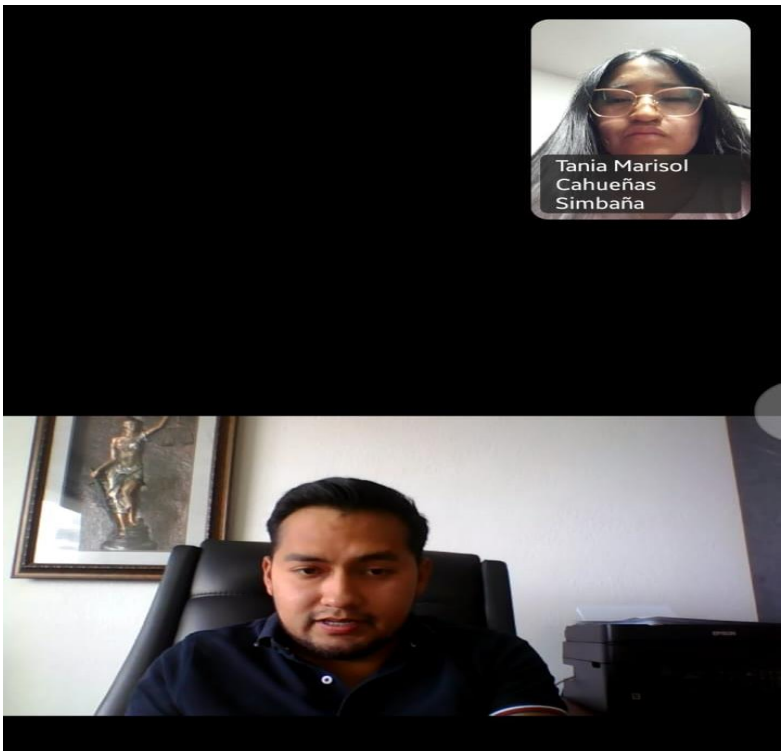
Entrevista 1: Ab. Cristhian Gavilánez



Entrevista 2: Ab. Dayana Quishpe



Entrevista 3: Ab. Joel Chamaguate



Entrevista4 : Doctora Rocío de las Mercedes Ballesteros Jiménez

