

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i2.759>

Gestación por sustitución como garantía del derecho a la familia diversa en Ecuador

Gestation by substitution as a guarantee of the right to a diverse family in Ecuador

Cristina Desiree Torres-Chamba
cristina.torres@psg.ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-7673-8365>

Cecilia Ivonne Narváez-Zurita
inarvaez@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-7437-9880>

Juan Carlos Erazo-Álvarez
jcerazo@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6480-2270>

Camilo Emanuel Pinos-Jaén
cpinosj@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-0934-8471>

Recibido: 12 de abril de 2020
Revisado: 15 de mayo de 2020
Aprobado: 30 de mayo de 2020
Publicado: 14 de junio de 2020

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

RESUMEN

El trabajo de investigación realiza un análisis de la aplicación de la gestación por sustitución como mecanismo efectivo del ejercicio del derecho constitucional a la familia en la connotación de la diversidad. Siendo así, se procura demostrar que la falta de regulación de la técnica indicada vulnera el derecho a una familia diversa de las personas con dificultades para concebir. A tal efecto, se ha utilizado un estudio descriptivo – explicativo con enfoque mixto, en virtud que se desarrolló la concepción y alcance del derecho en mención, así como de los sujetos que no pueden invocarlo a través de la utilización de la subrogación como técnica de reproducción asistida, a pesar de la admisión de los diversos tipos de familias y el amparo de protección que ha reconocido la Constitución del Ecuador, los instrumentos internacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Descriptor: Derecho Constitucional; familia; reproducción humana; padres (progenitores); genética. (Palabras tomadas del Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

The research work analyzes the application of pregnancy by substitution as an effective mechanism for the exercise of the constitutional right to the family in the connotation of diversity. This being the case, efforts are made to demonstrate that the lack of regulation of the indicated technique violates the right to a diverse family of people with difficulties conceiving. To this end, a descriptive-explanatory study with a mixed approach has been used, by virtue of which the conception and scope of the mentioned law was developed, as well as the subjects who cannot invoke it through the use of subrogation as a assisted reproduction, despite the admission of the different types of families and the protection protection recognized by the Constitution of Ecuador, international instruments and the Inter-American System of Human Rights.

Descriptors: Constitutional law; family; human reproduction; parents (parents); genetics. (Words taken from the UNESCO Thesaurus).

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 como norma jurídica de mayor jerarquía en el país, estableció un proceso de transición del Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos, sujeto a un amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías concordantes dentro del marco de los derechos humanos. En

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

que el derecho a la familia extiende presupuestos tendientes a la protección de la misma. Lo señala el art. 67 como eje de la sociedad, reconociendo los diferentes tipos de familia a quien el Estado debe proteger creando mecanismos para la consecución de sus fines y de los miembros sin discriminación alguna (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). En tal sentido, la presente investigación se remite a la figura de la gestación por sustitución que es una figura conjunta a las técnicas de reproducción humana asistida. Consiste en una mujer que asume el compromiso de gestar un niño y entregarlo cuando nazca a otra persona (Bernal, 2009). De modo que habiendo un compromiso previo en el que una mujer gesta un bebé hasta el término del embarazo y cuando se produce el nacimiento los derechos sobre este pasan a las personas que encomendaron la práctica con el fin de cumplir la aspiración de ser padres. Condición que yuxtapone el derecho a la familia en relación con las personas que intervienen en la práctica.

Por consiguiente, la unidad de personas relacionadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, constituye el núcleo esencial de la sociedad. La dimensión de diversidad del derecho a la familia se relaciona con las personas que no pueden concebir, en virtud a la evolución de la medicina que ha brindado una opción a las personas para poder formar una familia. Sin embargo, el reconocimiento supone la divergencia de principios u otras circunstancias por las que no ha sido acogida en varias legislaciones, como el interés superior del niño, filiación y quienes contemplan incluso la explotación del cuerpo como posibilidad.

A pesar de ello, la práctica de la maternidad subrogada es innegable a la realidad actual, tanto que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha emitido un informe acerca de la regulación de la maternidad subrogada y los derechos afectados de las partes con el propósito de solventar los problemas en torno a ella.

A causa de lo expuesto, el problema de la investigación consiste en determinar ¿cómo afecta la falta de regulación de la gestación por sustitución al derecho a la familia de las personas con dificultades para concebir? En consecuencia, el presente estudio tiene como objetivo proponer una Ley Orgánica de Reproducción Humana Asistida que norme

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

la gestación por sustitución como una técnica que permita formar una familia a quienes tienen dificultades para procrear.

Referencial teórico

Estado legal y jurisprudencial de la gestación por sustitución

La gestación por sustitución conocida como maternidad subrogada o gestación por subrogación es una práctica de procreación y parte de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) para su cometimiento. (Arámbula, 2008) considera que se basa en un acuerdo en el que una mujer lleva un embarazo al permitir que le sea implantado un embrión para personas que de otra manera no podrían tener hijos.

Es claro que la figura para la procreación no abarca el acto sexual, sino el acto de reproducción del bebé que consiste en la gestación y consiguiente nacimiento de un niño que como se detalla antes se suscribe bajo el compromiso asumido de ceder derechos del recién nacido a otra mujer como madre.

Técnica que se efectiviza a través de otras TRHA como la inseminación artificial y fecundación in vitro en dos modalidades. (Farnós, 2010) manifiesta que la modalidad tradicional o total es en la que madre subrogada es madre genética porque la fecundación se da con el espermatozoides del padre o donante en propios óvulos. Distinta es la gestacional o parcial, donde la subrogante no aporta óvulos, esto por dificultades de no poder producirlos o condiciones de viabilidad, por tanto, lo hace una mujer distinta como donante anónima u otras por razones afectivas de amistad o parentesco.

De ellas depende la gestación por sustitución de acuerdo a las condiciones que las personas presenten en el proceso. En la tradicional, la mujer que lleva a cabo el embarazo es la misma que aporta los óvulos y estos a su vez son fecundados con espermatozoides del padre o de un donante, por lo que utiliza la inseminación artificial. En la gestacional, la fecundación se hace fuera del cuerpo de la subrogante con óvulos distintos que cuando son embriones son introducidos en el útero de aquella para la gestación, esta modalidad se apoya en la fecundación in vitro como proceso.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

Las partes que pretenden utilizar la técnica de gestación lo hacen a través de acuerdos onerosos o altruistas, esta última se da cuando de forma gratuita, por amor, amistad o parentesco la madre gestante acepta seguir el procedimiento de maternidad subrogada con la pareja contratante, mientras que, el acuerdo oneroso se da cuando la pareja contratante entrega una contraprestación a la madre gestante para que ceda el fruto de la concepción una vez que ha concluido el embarazo y ha nacido (Martínez, 2015).

El acuerdo altruista tiene como fin brindar ayuda, sin interés económico de por medio, la mujer que ejecuta la gestación lo hace sin ningún tipo de contraprestación de las personas contratantes a su favor por someterse voluntariamente a la maternidad subrogada. A diferencia de la onerosa, la aceptación de la subrogante para gestar al bebé persigue una retribución económica con el compromiso que al producirse el nacimiento será entregado a quienes la contrataron en su beneficio.

En este orden de ideas, se presenta un hito jurisprudencial que se efectuó en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los casos (*Affaire Labassee c. France*, 2014) y (*Affaire Mennesson c. France*, 2014) debido a que en Francia está prohibida la gestación por sustitución por lo que aquel negó la inscripción de los nacidos. El TEDH falló a favor de los recurrentes dirimiendo que el impedir el surgimiento de una relación legal filial entre los niños y su padre biológico vulneró el derecho de los niños al respeto de su vida privada inobservando el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, las personas que para ser padres han acudido a la práctica de la gestación por sustitución en la modalidad tradicional han tenido que recurrir al órgano superior para reclamar el reconocimiento de los niños que consideran son sus hijos, puesto que, la negación ha afectado a la familia formada, además del derecho a la identidad del niño. Argumentos que en estos casos han sido considerados por el TEDH ya que los reclamantes tienen vínculos biológicos con los niños.

De los fallos se denota que la gestación por subrogación que usa la modalidad tradicional compone la relación de otros derechos que produce un criterio complejo al respecto, no obstante, se concurre en la perspectiva de los derechos a la familia y el interés superior del niño, acuerdos que según la forma escogida acarrear consecuencias complejas,

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

emocionales y jurídicas en especial cuando existe vínculo biológico entre la subrogante y el bebé concebido.

A pesar de las sentencias trascendentales en las que se ha expuesto la importancia de la regulación, esto no se ha concretado en varios países. Lo que ocasiona una notoria omisión de la protección que los Estados deben a sus habitantes, al no expedir disposiciones que normen las condiciones y efectos de la gestación por sustitución. Realidades jurídicas de países que se muestran en la tabla 1.

Tabla 1

La gestación por sustitución en la Unión Europea

Proscrita	Regulada	Sin Regulación	Homologación
Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía	Albania, Georgia, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Rusia y Ucrania	Andorra, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania	Albania, Austria, Bélgica, España, Estonia, Eslovenia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Holanda, Chequia, Reino Unido, Rusia, Ucrania

Fuente: (Flores, 2014)

Los países de la primera sección prohíben taxativamente la práctica de la maternidad subrogada en cualquier modalidad. Los siguientes no poseen dentro de su ordenamiento ninguna regulación de la figura. Quienes la permiten de forma altruista con pagos que conciernen solo al proceso propio del parto son los terceros. Finalmente, constan los países donde se pueden reconocer documentos correspondientes al nacimiento o

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

identidad mediante homologación de actas o ejecución de sentencias, es decir, reconocen el vínculo de filiación a partir de los documentos emitidos en el país donde se realizó la técnica, así como por disposición judicial de la Corte de Justicia respectiva del país.

En Latinoamérica ha sido la Corte Constitucional de Colombia precursora del reconocimiento de la gestación por sustitución en la sentencia T968-09 del año 2009 que indica lo imperativo de la regulación de la técnica debido a la gravedad de problemas que surgen de la práctica sin control que por la falta de una ley tiende a que las personas realicen contratos de contraprestaciones, lo que vulnera derechos de los intervinientes y los nacidos y genera conflictos por el incumplimiento de esos acuerdos (Sentencia No. T968-09, 2009). De lo analizado por la Corte Constitucional Colombiana, se colige lo indispensable que resulta la regulación de la gestación por sustitución en cada país. A falta de ello, se desprotege y vulnera derechos de los nacidos porque no se controlan los efectos que produce, dado que a la realidad es un hecho la figura y a medida que los contextos evolucionan es deber de los Estados legislar para proporcionar seguridad jurídica a los habitantes, a quienes debe protección.

Por el contrario, en Ecuador no existe regulación expresa que permita o prohíba la práctica de la gestación por sustitución. No obstante, constan disposiciones que conceden una interpretación favorable a la admisión de la figura como presenta el art. 25 de la Constitución de la República que otorga el derecho a las personas para acceder al progreso científico y utilizarlo en su favor (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

De tal forma, las personas pueden ejercer pleno derecho del desarrollo científico que como producto de la investigación haya generado una alternativa o solución que coadyuve a la dificultad o complicación que les afecte. Lo que se relaciona con el surgimiento de las TRHA, a modo de ser la gestación por sustitución una posibilidad para tener descendencia de quienes por métodos comunes no les ha sido posible.

En el mismo sentido, el art. 164 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) expresa cierto consenso a las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro. La normativa establece prisión a quien sin consentimiento de la mujer proceda a inseminar o transmitir

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

un embrión en su contingente humano, así como si aquella fuera menor de edad, no pudiera entender lo que implican u oponerse a la ejecución de alguna (Asamblea Nacional, 2014).

Se entiende que se proscribe la praxis de las TRHA solo cuando no se configure la voluntad propia de la mujer para someterse a los procesos de procreación, no obstante, mientras aquella muestre un notorio consentimiento puede realizarse la intervención de las técnicas, la mismas que forman parte de las modalidades de la gestación por sustitución que no son sujetas de prohibición manifiesta. Por lo que, puede utilizar la inseminación o fecundación para su ejecución voluntaria sin norma taxativa que lo prohíba.

En contraste, un ordenamiento jurídico claro al respecto tiene lugar en México, donde él (Senado de la República de México, 2016) ha expedido legislación al respecto con una Ley de Reproducción Humana Asistida que regula la gestación por sustitución y las TRHA de inseminación artificial y fecundación in vitro. Instaure en el art. 39 que una mujer puede autorizar que se le implante un embrión por medio de las TRHA para gestar un niño siempre que concurra la anuencia expresa, capacidad legal, salud plena y aceptación del cumplimiento de los requisitos médicos.

Eso significa que, tanto la gestación por sustitución como las TRHA mencionadas están desarrolladas de forma íntegra en el ordenamiento jurídico mexicano debido a la emisión de la ley, que si bien comprende la tipificación de ellas contempla de igual modo las connotaciones alrededor de la figura como sucede con las condiciones habilitantes para que una mujer pueda ser gestante y pasar al proceso de aplicación de las técnicas.

De ello se denota lo imperativo de la legislación sobre la figura en Ecuador, de manera que la (Comisión Nacional de Bioética en Salud, 2018) recomendó al Estado que debe regular la gestación por sustitución y demás técnicas de reproducción humana asistida por ser parte de la realidad social habida, ello con el fin de garantizar el acceso gratuito, los derechos de las partes en especial de los niños y su protección integral, así como hacerle frente a la explotación de las personas, esto en referencia a las transacciones económicas para el cometimiento de los métodos.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

Lo que antecede, determina la importancia de que en Ecuador se regule la figura junto a las TRHA, ya que la comunidad científica realiza una exposición de problemas que genera la práctica sin control alguno y que en la actualidad es dirigida al arbitrio de las personas, por lo que realiza sugerencias dirigidas a solventar de forma manifiesta la real trasgresión de derechos de las partes y de los niños.

En esa línea, los asesores jurídicos del Congreso Nacional han realizado un análisis para el debate parlamentario en el que se señala que de los conflictos derivados de la gestación por sustitución, el legislativo solo ha resuelto la filiación respecto de quienes son los padres de los nacidos mediante disposiciones en el Código Civil sin legislar sobre el procedimiento que se debe ejecutar para efectuar la subrogación en particular a los acuerdos para acceder a las TRHA (Asesoría Técnica Parlamentaria, 2019).

Convergente ausencia de legislación que reitera los conflictos respecto a los acuerdos que realizan las personas para llevar a efecto la gestación por sustitución que convoca la imperiosa necesidad de normas claras que sean expedidas de forma holística, es decir que regulen desde el inicio del procedimiento hasta los efectos de la filiación, en atención a la oportunidad clara para las personas con dificultades de lograr ser padres.

El derecho constitucional a la familia desde la dimensión de la diversidad

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) ha concretado en el numeral tres del art. 16 que la familia es parte inherente y esencial de la sociedad con derecho a la protección del Estado (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). Coincide la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977, en el numeral uno del art. 17 enunciando la misma apreciación de la familia como centro de la sociedad y sujeta de protección (Organización de los Estados Americanos, 1969). A su vez, contemplan que la familia es componente fundamental preexistente en la sociedad que merece protección especial del Estado en conjunto con la sociedad para un efectivo cumplimiento, ambas deben articularse para garantizar la sostenibilidad de las mismas.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

La Declaración singulariza el derecho a tener una familia en el numeral uno del art. 16 de la (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) indica que tanto los hombres como las mujeres tienen acceso a formarla, así como al matrimonio y en el transcurso de este hasta la finalización, gozan de los mismos derechos. En el mismo sentido, la CADH en el numeral dos del art. 17 enfatiza en que cada hombre y mujer tiene derecho a constituir una familia con leyes no discriminatorias (Organización de los Estados Americanos, 1969). Con respecto a la familia pueden formarla hombres y mujeres en su conjunto como cada persona por separado, por lo que se entiende viable que existan diversidad de familias, naturaleza que puede provenir de distintos vínculos jurídicos o de hecho y a voluntad del individuo que ha decidido tenerla.

La familia como institución jurídica de pleno derecho es de relevancia sustancial común en todas las legislaciones que proyectan un abanico de derechos fundamentales. En referencia, la Corte Constitucional de Colombia la ha definido como un grupo de personas unidas por vínculos jurídicos o naturales que tienen como base valores como el amor, ligados entre sí por compartir la vida o destino (Sentencia No. C-271/03, 2003).

Acepción acertada que parte de la realidad actual y evolución que ha tenido la familia a raíz de diversos cambios en el núcleo e historia, en los vínculos que unen e integran una familia que pueden variar ante la posibilidad de ser naturales o jurídicas, radicadas en el tipo de filiación y afinidad, esto en referencia a la unión biológica o en grupo que se ha unido por valores como los expuestos por la Corte Constitucional Colombiana. En este último convergen la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida en los diversos procesos utilizados para el fin.

En efecto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por Ecuador el 24 de enero de 1969, en el art. 10 dispone que los Estados partes reconocen que deben protección y asistencia a la familia en especial para su formación sin discriminación alguna (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Ecuador está sujeto a la adecuación de las leyes internas en razón de los instrumentos internacionales ratificados. Deviene del PIDESC que, se somete proporcionar además de

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

protección, ayuda especial a la ejecución de la constitución de la familia en cualquier condición filial y en estado de igualdad.

Aquella demarcación de familia tradicional se ha extendido, no es originada solo por el matrimonio del que se generaban derechos y obligaciones una vez constituido, esto ha pasado a una vida familiar moderna que no se basa necesariamente en el matrimonio, puede darse fuera de este y depender del acontecimiento de otros hechos (Presno, 2008). Por supuesto, la familia tradicional ha sido relacionada con el matrimonio, entendiéndose que las personas unidas por un vínculo conyugal instauran una familia. Noción que se desarrolla en la época moderna de forma amplia adaptándose a la diversidad, no se funda en exclusiva por el matrimonio y la estructuración se subordina a distintos hechos, como sucede con la evolución técnica científica que acapara las técnicas de reproducción humana asistida en concreto al tema que ocupa la práctica de la maternidad subrogada.

En la realidad social actual acontecen diversos tipos de familia, que pueden originarse por vínculos naturales y jurídicos o, de hecho. Más allá de la familia clásica o tradicional formada en matrimonio de padre, madre e hijos, como se ha detallado con anterioridad. Se pueden distinguir según familias extensas, conyugal, monoparentales, en unión de hecho, parejas sin hijos, hogares unipersonales, reconstituidas, adoptivas, de acogida, homoparentales, por técnicas de reproducción asistidas y subrogación, etc., dependiendo de cada dinámica familiar (Aguado, 2010).

Los cambios dinámicos en la sociedad han producido la reestructuración de la apreciación tradicional de la familia. La familia es objeto de reestructuración por varios factores que afectan el núcleo por lo que se adaptan a los cambios para constituirse. Por consiguiente, los Estados han ido adhiriéndose a esas variaciones estructurales, en conjugación a los derechos humanos a los que están sujetos. Realidad que se ha trasladado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde el que, buscando justicia y reparación de derechos, se han presentado denuncias contra Estados que han vulnerado derechos que afectan a la familia, de las que se han generado importante jurisprudencia aplicable.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

Al respecto, la sentencia de Karen Atala Rizzo y Niñas vs. Chile, marcó un hito, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como uno de los derechos vulnerados, declaró el derecho a la vida privada y familiar, la perspectiva errónea de la Corte Suprema de Justicia de Chile sobre la imposición de un modelo único de familia, y lo calificó como una injerencia arbitraria, recalco que no existe exclusividad y que esta puede variar que de hecho se había formado un núcleo familiar entre las niñas, la madre y la pareja, mujer, de aquella (Caso Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile, 2012).

La sentencia en examen expone la apreciación de la familia diversa con la comprensión que en virtud de cada estructura nueva se forma un núcleo familiar propio a partir de esos vínculos emergentes que se unen. Por consiguiente, debe ser protegida y garantizada por los Estados e instrumentos internacionales, entiéndase entonces que no solo la familia tradicional instituye núcleo familiar, lo hacen de igual forma otros tipos de familia. En concordancia, Colombia en el art. 42 de la Constitución Política principia a la familia en la sociedad y expone que la decisión de formarla es libre y voluntaria del hombre o mujer que la pretenda de manera responsable. Plantea la igualdad de derechos de los hijos que han sido concebidos de forma natural o científica, así como dentro o fuera de matrimonio (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Armoniza el principio de igualdad para todo tipo de familia que se forme por propia voluntad de las personas sean hombres o mujeres, con la única premisa de que la decisión sea libre y se comprometan en ser responsables para garantizar el cuidado y protección de aquella. Reconoce que puede ser integrada por hijos concebidos también por prácticas científicas, afianzando con ello los derechos de los niños, así como la protección especial integra de la familia. Lo que relaciona a la reproducción humana asistida como un proceso científico que ayuda en la concepción y formación de la familia diversa, como se ha observado sucede del empleo de la fecundación in vitro, inseminación y la maternidad subrogada.

En el caso particular de Ecuador, la factibilidad en el uso de esas técnicas recae en el derecho constitucional de la familia y en la connotación de la diversidad que en el art. 67 de la CRE reconoce el derecho a la familia y la diversidad de los tipos, compuesta por

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

vínculos jurídicos o de hecho, conjuntamente con la obligación del Estado de asistirle para el logro de sus fines en observancia del principio de igualdad de los integrantes (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Texto constitucional inclusivo con la familia de diversos tipos que dispone de forma taxativa el compromiso del Estado con la protección a través de la creación de condiciones que ayuden a la dedicación de los fines de aquella, considerando igualdad de condiciones y oportunidades. A este respecto, (Flores E. , 2017) afirma que no es posible negar los modelos de familia distintos que se han producido como parte de la evolución de la sociedad.

En consecuencia, el derecho a la familia comporta entre lo revisado, acceso, diversidad y protección. Se reflexiona entonces la existencia de amparo constitucional para el acceso a la figura de la gestación por sustitución con el fin de lograr la conformación de una familia por decisión libre, voluntaria y responsable de quienes tienen la intención de hacerlo, lo contrario afectaría el derecho a la familia y a sus fines.

Trascendencia constitucional y convencional que conforme se ha apreciado tiene sustento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del que el Estado ecuatoriano es parte y sujeto de la jurisprudencia emitida por el órgano rector de justicia interamericana, así como de las disposiciones del organismo y de los instrumentos internacionales, de los que precisa adecuarse en amparo de la familia.

Más aún, porque concurren los derechos de los niños que nacen de la práctica que dé acuerdo a la tabla 1, está permitida de forma expresa en ciertos países y sin prohibición taxativa o regulación en otros como sucede en Ecuador, circunstancias que implican la posibilidad de que las personas accedan a ella. Tanto así que, el Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas a través de la Relatora Especial ha emitido un informe con el fin de analizar la maternidad subrogada en torno a los acuerdos o contratos que la rigen con el objetivo de mejorar la protección de los derechos de los nacidos a través de ella.

El informe comunica que se puede desprender una venta de niños por acuerdos abusivos sujetos de transacciones económicas. Que incluso por ello la subrogación altruista puede

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

encubrir pagos que figuren en los acuerdos como indemnizaciones. Por lo que concluye que los Estados deben proscribir la maternidad subrogada comercial, y la altruista tiene que regularse en forma clara de manera que se comprenda la prohibición de venta de los niños controlando que las retribuciones sean razonables y específicas con respecto a la situación que cubren. (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2018)

Por esta razón, se deduce que la falta de regulación de la subrogación comporta la vulneración del derecho a la familia y en consecuencia desampara derechos de los niños ante la inexistencia de reglas que establezcan parámetros claros para su práctica porque la nula reglamentación se entiende como permisividad de todo tipo de acuerdos que contravengan incluso los derechos humanos, por lo que es obligación de los Estados controlarlo con legislación que sostenga un marco jurídico expreso que reconozca la maternidad subrogada de forma altruista sin transacción comercial alguna a más de los gastos que conllevan el acto propio del parto y cuidado de la subrogante como del concebido, actos que pueden ser calculables y razonables.

Reconocimiento como padres de las personas con dificultades para concebir

Los problemas para constituir una familia de forma natural conllevan a que las personas afectadas acudan a la práctica de la gestación por sustitución, actuación que en Ecuador se funda en el literal d del numeral 29 del art. 66 de la CRE que permite a las personas realizar acciones que no estén prohibidas expresamente (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). De manera que la decisión de optar por la subrogación está sustentada en el derecho a la libertad de actuar en el marco de la voluntad.

Sin embargo, esas las dificultades propias que ostentan para concebir de manera natural son un límite cuando deciden tener una familia, que conforme (Espinoza, Erazo, Ormaza, & Narváez, 2019) coartan el derecho a la libertad, lo que conlleva a que el Estado deba garantizar ese derecho. Dicha limitación se restringe aún más cuando el Estado no establece garantías en el procedimiento para someterse a las TRAH, es decir, no cumple con su rol de garante de los derechos, al no presentar mecanismos que permitan a las

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

personas acceder a la gestación por sustitución con la seguridad de resolver los conflictos que se generan por la práctica.

Aquellos que radican principalmente en el reconocimiento de la maternidad o paternidad de quien no puede otorgar sus gametos en el proceso de fecundación del embrión en las TRHA, debido a que la filiación con sus hijos no reside en vínculos biológicos sino en la voluntad de procrear al amparo de la admisión constitucional a la familia diversa. Claro ejemplo es la filiación en la adopción que se ha desarrollado en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad de Datos.

En ese contexto, en Ecuador el Registro Civil pretendía reconocer a una niña solo con los datos de la madre biológica y negar la filiación a la pareja de la misma a pesar que juntas tomaron la decisión de tener una familia y someterse al proceso de la reproducción asistida. Por ello, la Corte Constitucional declaró la vulneración de derechos como el de la familia en su diversidad y de identidad de la niña en relación al principio del interés superior, por consiguiente, ordenó como medida de restitución la inscripción de la niña y la filiación de ambas mujeres como madres de ella, además dispuso a la Asamblea que emita regulación sobre las TRHA (Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 2018).

Lo relatado constituye jurisprudencia vinculante obligatoria para las autoridades del Estado, al ser un fallo emitido por el máximo órgano de administración de justicia constitucional que implica el cumplimiento inmediato de las medidas ordenadas y la adecuación de las leyes a los preceptos constitucionales, sin embargo, a dos años de la sentencia, el ordenamiento jurídico sigue sin una ley que contemple la reproducción asistida con regulación integral.

En esa línea, Argentina a través de un fallo en el Juzgado de la ciudad de Viedma de la provincia de Río Negro, otorgó autorización judicial a una pareja de hombres para la práctica de gestación por sustitución. La Jueza concluyó que el deseo de concebir un hijo constituye la voluntad de procreación y esta a su vez es parte de la diversidad humana y familiar. Por tanto, es deber del Estado garantizar acceso a la ciencia y tecnología que permita a las personas procrear, representa incluso la igualdad en la filiación porque es

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

la única manera que tienen de formar una familia (Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay, 2018).

Lo relatado infiere que la diversidad en las familias acarrea la formación de vínculos naturales como, de hecho, que conforme a la actualidad pueden llegar a establecerse de forma jurídica, lo que solventa de forma temporal la filiación de las personas con la subrogación de acuerdo con la modalidad pertinente. Decisiones judiciales que reconocen la filiación de los padres y madres de voluntad que sin poseer un vínculo genético establece un lazo afectivo con las niñas(os) que han decidido procrear con su pareja. Filiación que según Allendes y Villavicencio como se cita en (Romo, Narváez, Pozo, & Erazo, 2019) si bien no es genética llega a ser social puesto que se forma un vínculo entre el niño y los que se acogieron a las técnicas para ser padres. En definitiva se produce un nexo entre los aspirantes y el niño que por voluntad han decidido concebir para formar una familia.

Por consiguiente, la ausencia de regulación vulnera el derecho a la familia en los diversos tipos e impide la institución de la filiación, toda vez que, las personas solo pueden acudir a la justicia constitucional para el reconocimiento de sus derechos, sin embargo, los casos se dilatan en el tiempo y las reparaciones son posteriores. El vínculo familiar biológico no debe ser exigible en virtud que el art. 69 de la Constitución de la República del Ecuador dispone en el numeral 6 que no se tendrá en cuenta el parentesco de los hijos para la efectividad de la igualdad de sus derechos. Del mismo modo el numeral 7 prohíbe la imposición de documento alguno que exponga el tipo de parentesco de los padres con los hijos (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Se prevé entonces que la filiación puede radicar en la voluntad de procrear de las personas que tienen la intención, más allá de la genética puesto que su fin es formar una familia.

Las evidencias expuestas, dejan en clara notoriedad que el factor genético no debe ser un problema magno para la inscripción de los hijos de aquellos que deciden ser parte del proceso de gestación por sustitución y las TRHA, por el contrario, la negación de ese reconocimiento es un detrimento del derecho a la familia de las personas con dificultades

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

para concebir y de los niños que se exponen por la inexistencia de ley infra constitucional que desarrolla su procedimiento.

MÉTODO

El presente trabajo de investigación presenta un estudio transversal de carácter descriptivo de tipo explicativo, puesto que a partir del Derecho Constitucional se analizó la gestación por sustitución como un medio de acceso del derecho a la familia en sus diversos tipos de las personas con dificultades para concebir. La información se obtuvo de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Ecuador, jurisprudencia, constituciones, legislación nacional e internacional, así como artículos científicos en revistas indexadas entre ellas Dialnet, InDret, Scielo.

El enfoque utilizado fue mixto, con énfasis en la técnica cualitativa porque se efectuó la revisión bibliográfica de concepciones, modalidades, estado jurídico de la gestación por sustitución y el derecho a la familia en torno a la diversidad en el ámbito constitucional, legal y jurisprudencial, y los derechos reconocidos gradualmente a las personas con dificultades para concebir; de acuerdo con la técnica cuantitativa se procesó datos recabados a través de encuestas realizadas a servidores judiciales, abogados en libre ejercicio y personas comunes.

Los métodos adoptados fueron: método analítico – sintético que permitió descomponer el derecho constitucional a la familia en el elemento de la diversidad para integrar la figura de la gestación por sustitución como acceso al derecho a la familia que pueden ejercer las personas por medio de las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, fundamento en la investigación; el método inductivo – deductivo posibilitó plantear un panorama general del derecho a la familia y destacar la necesidad de la regulación de la gestación por sustitución como amparo de la personas para lograr concebir a través de mecanismos de protección por parte del Estado ecuatoriano.

La muestra de la investigación se conformó por 36 personas entre ellas servidores judiciales de la unidad de familia, abogados en libre ejercicio especialistas en Derecho Constitucional como en materia de familia y personas particulares; se aplicó para el efecto

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

un muestreo por conveniencia basado en una técnica no probabilística y no aleatoria, establecida por factores de acceso, profesión, intervalo de tiempo y disponibilidad de personas por regla de experiencia.

RESULTADOS

El estudio respecto a la gestación por sustitución como garantía del derecho a la familia diversa, pertenece a una investigación enfocada en el marco del Derecho Constitucional con propósito de aportar con un mecanismo que permita el pleno ejercicio del derecho a formar una familia de las personas con dificultades para concebir. Se realizó con fines académicos por lo que se practicó una encuesta dirigida a profesionales del derecho compuesta por 11 preguntas y otra a personas particulares con 7 preguntas. La información recibida constituye argumento científico para la identificación del problema de la investigación. A continuación, se presentan los resultados más destacables:

Conocimiento de los profesionales del derecho constitucional a la familia

El 100% de los profesionales del derecho presentan un manejo total en relación a la temática del derecho a la familia por lo que se establece un alto grado de conocimiento al respecto.

Realidad social

Conforme a que, si el ordenamiento jurídico debe adaptarse a la realidad social actual en virtud de la evolución de los derechos, el 100% afirmó que sí, se denota entonces que la legislación necesita contemplar las prácticas que la sociedad consolida en el tiempo, ya que en relación al art. 67 de la Constitución, referente al derecho a la familia, el Estado es responsable de la protección de la sociedad y garante del cumplimiento de sus fines.

Derecho a la familia en los diversos tipos

En lo referente al derecho a la familia en sus diversos tipos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el 64,7% de los encuestados manifiestan que no está desarrollado, a

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

diferencia del 35,3% consideran que sí. La mayor parte coincide que la legislación actual no contempla protección ni parámetros que establezcan con claridad su implicación, puesto que el art. 67 de la Constitución solo reconoce el derecho, habiendo vacíos legales como consecuencia.

Regulación de la gestación por sustitución

La anuencia en la forma de afrontar la problemática accede en el 88,2 % sobre la expedición de una ley de reproducción humana asistida. Lo que corrobora que el derecho a la familia mediante la gestación por sustitución y técnicas de reproducción asistida se garantiza con el establecimiento de parámetros a través de normativa expresa.

Derechos vulnerados por la falta de normativa

La inexistente normativa que regule la admisión y control de la práctica de la gestación por sustitución en la actualidad puede acarrear vulneraciones graves de los derechos, al respecto, el 47,1% de los encuestados identifican que el derecho a la identidad de los niños, así como el derecho a la familia en sus diversos tipos son los más afectados y en una próxima posición el 41,2 % manifiesta que es el derecho a beneficiarse del progreso científico. La población señala que las afectaciones principales de la falta de reglamentación legislativa se materializan en la identidad de los niños nacidos de la práctica de la gestación por sustitución y las personas que no pueden formar una familia a pesar del reconocimiento de los diferentes tipos en la Constitución del Ecuador.

Técnicas de reproducción humana asistida

La siguiente sección corresponde a la unidad de personas particulares, quienes referente a la práctica de las técnicas, en un 63,2% manifestaron que han considerado utilizar la reproducción asistida, en contraste el 36,8% no lo ha hecho. Acerca de si conocen personas que tengan dificultades para concebir, el 78,9% señala que, si conocen de alguien, en comparación del 21,1% que lo niega. Ello muestra la magnitud de percepción

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

que tienen los encuestados sobre las técnicas conforme a su realidad social y evidencia el índice de ciudadanos con exigencia de protección a la familia.

Gestación por sustitución y las personas con dificultades para concebir

En cuanto a que la gestación por sustitución permite a las personas con esas dificultades formar una familia, el 100% de las personas particulares están de acuerdo en que sí. Apreciación que en el 94,1% de los profesionales del derecho concuerda que utilizando esa técnica de reproducción se garantiza a las personas el acceso del derecho a la familia. Aquello comporta a la gestación por sustitución como una figura admisible por parte de la población.

Los resultados expuestos en líneas anteriores evidencian una realidad objetiva sobre las técnicas de reproducción humana asistida y de la gestación por sustitución en el panorama actual y el nivel de requerimiento del derecho a la familia por parte de la sociedad. Información recabada que se concreta en el contexto de esta investigación ya que precisa un entorno de transgresión de derechos vinculados a la desprotección normativa de las personas con dificultades para concebir que corresponde a no acceder o ejercer el derecho en los diversos tipos con la suficiente regulación que establezca preceptos al procedimiento.

PROPUESTA

La investigación tiene como fin una propuesta jurídica que permita a las personas con dificultades para concebir el ejercicio pleno de su derecho a la familia en sus diversos tipos a través de la gestación por sustitución que implica el establecimiento de reglas sobre el proceso de las técnicas de reproducción humana asistida, los acuerdos en el proceso de subrogación, así como la relación parento filial de los niños concebidos en práctica de la subrogación que involucra el registro de sus nombres, apellidos y nacionalidad como consecuencia del reconocimiento de los padres. Por tanto, la vía

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

pertinente para la solución del problema es una propuesta de proyecto de ley orgánica de reproducción humana asistida (ver figura 1).



Figura 1. Estructura del Proyecto de Ley Orgánica de Reproducción Humana Asistida

Proyecto de Ley Orgánica de Reproducción Humana Asistida

Exposición de motivos

La gestación por sustitución junto a las técnicas de reproducción humana asistida de las que depende para su realización, brindan una posibilidad a las personas con dificultades de concebir para ser padres y en consecuencia formar una familia, no obstante, ante el desamparo normativo de la práctica se restringe el derecho a la familia. A tal aspecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia nro.184-18-SEP-CC ha dispuesto que la Asamblea Nacional expida normativa que regule el proceso de las técnicas de

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

reproducción en armonía a las disposiciones de la Constitución y en cumplimiento de la ratio decidendi de la sentencia en lo que se refiere al derecho constitucional a la familia en la connotación de la diversidad (Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 2018).

Disposición que estableció un año de plazo para su ejecución por parte de la Asamblea, tiempo que ha fenecido a la actualidad sin que aquella haya cumplido el fallo jurisprudencial, por lo que subsiste la transgresión de los derechos de las personas inmersas en la aplicación de las técnicas como de quienes pretenden acceder a ellas en virtud del ejercicio del derecho a la familia, al beneficio y aplicación del progreso científico como del derecho a la identidad de los nacidos bajo las técnicas que al momento de la inscripción en la entidad del Registro Civil presentan problemas respecto de los padres no biológicos.

Considerando:

Que, el art. 1 de la Constitución de la República proclama a Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, cuya soberanía se arraiga en la voluntad del pueblo.

Que, el numeral 1 del art. 3 de la Constitución establece el ejercicio de los derechos constitucionales y de los instrumentos internacionales como principal deber del Estado.

Que, el numeral 2 del art. 11 de la Constitución determina el principio de igualdad para todas las personas que se refleja en el goce de los derechos, deberes y oportunidades sin trato diferenciado entre sí. El numeral 9 ibídem constituye el respeto de los derechos constitucionales como el mayor deber del Estado.

Que, Ecuador es miembro de la Organización de los Estados Americanos y en consecuencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que comprende la sujeción a las disposiciones de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Que**, el art. 25 de la Constitución admite el derecho al beneficio y aplicación del progreso científico. **Que**, el numeral 26 del art. 66 de la Constitución acoge el derecho a la identidad compuesto por el registro del nombre y apellido, así como la conservación inherente de la procedencia familiar. **Que**, el art. 67 de la Constitución reconoce la diversidad de la familia e involucra al Estado en la garantía de protección de la misma.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

Prescribe que las familias se forman por vínculos jurídicos o de hecho con arreglo del principio de igualdad entre sus miembros. **Que**, de conformidad con el art. 84 de la Constitución en concordancia con el numeral 6 del artículo 120 ibídem la Asamblea Nacional está obligada a transcribir la compatibilidad del marco legal a los derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales. **Que**, el numeral 5 del art. 134 de la Constitución señala que a los ciudadanos con derechos políticos vigentes les concierne la iniciativa de presentar proyectos de ley. **Que**, el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República establece como atribuciones de la Función Legislativa la de expedir, codificar, reformar, derogar leyes e interpretarlas con carácter obligatorio; y, En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente.

Ley Orgánica de Reproducción Humana Asistida

Título I. Disposiciones generales

Capítulo I. Del objetivo de la ley

Art. 1.- El objetivo de la presente ley es regular el acceso y proceso de las técnicas de reproducción humana asistida, conformadas por inseminación artificial, fecundación in vitro y gestación por sustitución en el Sistema Nacional de Salud de acuerdo con los preceptos establecidos en la Constitución y en la Ley Orgánica de Salud.

Las normas de esta ley garantizarán el respeto del derecho a la vida de las personas intervinientes en especial en el proceso de formación, implante y fecundación del embrión.

Capítulo II. Carácter y ámbito de aplicación

Art. 2.- Las disposiciones contenidas en esta ley son de interés público y de carácter social. Contribuye al ejercicio de los derechos a la familia y los diversos tipos de las personas con dificultades para concebir como del derecho a la identidad de las(os) niñas (os) y del beneficio y aplicación del progreso científico.

Art. 3.- El ámbito de esta ley es general y será aplicada por la autoridad sanitaria de acuerdo a la Ley Orgánica de Salud.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

Capítulo III. Principios de aplicación y sujetos de la ley

Art. 4.- Esta ley se regirá por los principios de interés superior del niño, autonomía de la voluntad, dignidad humana, igualdad y no discriminación.

Art. 5.- Los sujetos de esta ley son:

1. Hombres y mujeres con problemas para concebir
2. Donadores de células germinales y mujeres receptoras de embrión
3. Centros de salud autorizados y bancos de células germinales

Art. 6. Para el efecto del registro de la identidad de las niñas o niños nacidos a través de las técnicas de reproducción humana asistida se tendrá en cuenta los datos de los progenitores de intención, es decir, los solicitantes de las técnicas de acuerdo con el numeral 1 del art. 15 de esta ley.

Art. 7.- Se garantizará el anonimato entre los solicitantes de las técnicas, donantes de células y la mujer receptora del embrión, según la naturaleza del caso, con arreglo a la presente ley y demás normativa aplicable.

Título II. Técnicas de reproducción humana asistida

Capítulo I. Prohibiciones

Art. 8.- Se prohíbe:

1. La selección de embriones de forma eugenésica que atente contra la dignidad humana. Los embriones solo pueden generarse para el fin de la reproducción.
2. Transacción económica entre las personas que serán donantes y el o los solicitantes de la reproducción asistida con la salvedad de los gastos obligatorios concernientes a la salud, respecto del tratamiento médico, parto y posparto de la mujer gestante receptora del embrión.
3. La implantación de gametos o embriones sin consentimiento de la mujer receptora.
4. Producción y utilización de embriones con fines de experimentación.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

Capítulo II. Aplicación

Art. 9.- Únicamente en los centros de salud autorizados por la autoridad sanitaria se llevarán a efecto las técnicas de reproducción humana asistida.

Art. 10.- Pueden solicitar el uso de las técnicas de reproducción humana asistida el hombre o mujer en pareja o solos que otorguen su consentimiento por escrito.

Art. 11.- Previo al inicio de la aplicación de las técnicas se verificará por parte del centro de salud el consentimiento libre y expreso por escrito de los solicitantes, donantes y mujeres receptoras del embrión acorde a cada caso, así como deberán informar y asesorar sobre los aspectos médicos y consecuencias de la práctica.

Art. 12.- Se considerará circunstancias como ser mayor de 18 años de edad, historial clínico y riesgos de la persona o personas que se remitan a la aplicación de la reproducción asistida con el fin de proteger su vida prioritariamente.

Art. 13.- La mujer gestante en el caso de la gestación por sustitución solo receptará el embrión resultante de la fecundación in vitro de los solicitantes y donantes, sin la utilización de sus óvulos, esto con el fin de evitar cualquier vínculo genético con el nacido de la técnica y con ello la implicación de derechos maternos.

Título III. Bancos y centros de salud

Capítulo único. Funcionamiento

Art. 14.- Los bancos de crioconservación y centros de salud que prestarán servicio para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida requerirán de licencia sanitaria y estarán sujetos a la regulación y control del Ministerio de Salud Pública de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Salud.

Art. 15.- Los centros de salud autorizados estarán obligados a:

1. Expedir certificado médico en uniformidad al acta del niño o niña nacido vivo de la práctica de la reproducción asistida en el que consten los datos de las parejas o personas que solicitaron la utilización de la misma con la finalidad de ser padres, que servirá como habilitante para el respectivo registro de identidad y/o nacionalidad.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

2. Preservar la confidencialidad sobre las identidades e información personal de los sujetos intervinientes en la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida. Solo se revelará información por legislación aplicable u orden de autoridad judicial.
3. Conservar copias certificadas de los contratos efectuados entre los sujetos de esta ley con el fin de proteger los derechos de los intervinientes y la legalidad de los acuerdos.

Título IV. Acuerdo de gestación

Capítulo único. Incumplimiento

Art. 16.- Si llegará a suceder que los solicitantes de la gestación por sustitución abandonan en el proceso a la mujer receptora del embrión sea en cualquier etapa de la gestación o una vez producido el parto, tendrá aquella el derecho a reclamar daños y perjuicios generados del incumplimiento del contrato acorde a la normativa jurídica aplicable.

Respecto al estado de abandono del nacido se procederá conforme la disposición legal contenida en el art. 153 del Código Orgánico Integral Penal. Del mismo modo la imposición de una pensión alimenticia de acuerdo a las reglas establecidas en la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Siempre que mejor convenga a su interés superior se tendrá como posibilidad la adopción conforme las normas previstas en el Título VII del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

DISCUSIÓN

A través de esta investigación se ha conseguido determinar que la falta de normativa respecto del proceso de gestación por sustitución ha generado restricciones al ejercicio del derecho a la familia de las personas que presentan problemas para tener descendencia en lo concerniente al acceso, protección de la misma, la diversidad de su

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

núcleo e incluso a derechos conexos como los correspondientes a los de los niños además del beneficio y aplicación del progreso científico.

La única disposición como se ha visto es el consentimiento de la mujer en la inseminación y fecundación que de forma tácita se entiende por la prohibición del COIP a la ejecución de actos en contra de la voluntad, de igual modo la sentencia vinculante de la Corte Constitucional sobre expedir disposiciones a esos procesos médicos no se ha cumplido, por lo que, se ha alcanzado el objetivo de proponer una ley a fin de regular la gestación por sustitución y con ella establecer parámetros a las técnicas de reproducción humana asistida en relación a que es necesaria la expedición de legislación que de lo contrario resulta en acciones que vulneran derechos.

Aquella omisión legislativa admite un margen que ha impedido que las personas requirentes de la subrogación y las TRHA logren ser reconocidos como padres y por ello ser parte de la familia, los problemas de la modalidad de gestación tradicional por la utilización de los óvulos de la misma gestante acarrea vinculo biológico de aquella con el niño gestado que incurre en derechos de maternidad y, permite acuerdos sujetos a transacciones económicas a manera de compensación por la gestación de un niño, lo que influye en el consentimiento que dejaría de ser voluntario y libre, adicional como ha indicado el informe de relatoría del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas esos contratos son inadmisibles porque se entienden como un acto venta de niños.

Es así que de acuerdo al estudio realizado se muestra que el acceso y protección a la familia en todos sus tipos por parte del Estado de forma íntegra y en sentido de igualdad para todas las personas solo ha quedado en un reconocimiento estático, plasmado en el art. 67 de la Constitución sin capacidad de aplicación pues no existe desarrollo que establezca el proceso y reglas previas en torno a las características propias de las TRHA y la subrogación. En consecuencia, la ley que se ha propuesto tiene como finalidad resolver aquellas aristas para garantizar el derecho a la familia diversa al regular la gestación por sustitución de manera altruista en la modalidad parcial con reconocimiento de los padres de voluntad.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica de Cuenca por estimular el desarrollo de la investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

Affaire Labassee c. France, 65941/11 (Tribunal Europeo de Derechos Humano 26 de Junio de 2014). Obtenido de <https://n9.cl/gk2gy>

Affaire Mennesson c. France, 65192/11 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 26 de Junio de 2014). Obtenido de <https://n9.cl/gokzo>

Aguado, L. (2010). Escuela inclusiva y diversidad de modelos familiares. [Inclusive school and diversity of family models]. *Revista Iberoamericana De Educación*, 1-11. doi:<https://doi.org/10.35362/rie5361710>

Arámbula, A. (2008). *Maternidad Subrogada*. México: Centro de Documentación, Información y Análisis. Obtenido de <https://n9.cl/ray4c>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. [Universal Declaration of Human Rights]. París, Francia. Obtenido de <https://n9.cl/o2t5>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights]. *Parte III*. Nueva York, Estados Unidos. Obtenido de <https://n9.cl/xcu2>

Asamblea Nacional. (10 de Febrero de 2014). Código Integral Penal. *Infracciones en particular*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial No. 180.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. *De los derechos, las garantías y los deberes*. Bogotá, Distrito capital de Bogotá, Ecuador: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de <https://n9.cl/1cci2>

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. [Constitution of the Republic of Ecuador]. *Derechos*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial No. 449.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. [Constitution of the Republic of Ecuador]. *Elementos constitutivos del Estado*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial 449.

Asesoría Técnica Parlamentaria. (2019). *Gestación por sustitución o maternidad subrogada*. [Gestation by substitution or surrogacy] Recuperado de: <https://cutt.ly/lyOWvW6>. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Bernal, D. (2009). Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia. [Techniques of assisted human reproduction, surrogate motherhood and family law] Recuperado de: <https://cutt.ly/uyPodKL>. *Revista Republicana*, 15-30.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. [Case of Atala Riffo and Girls v. Chile] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2012).

Comisión Nacional de Bioética en Salud. (Febrero de 2018). *Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador*. [Bioethical criteria and recommendations on surrogacy in Ecuador] Recuperado de: <https://cutt.ly/tyORzxn>. Quito: Ministerio de Salud Pública.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. [Report of the Special Rapporteur on the]. Obtenido de <https://n9.cl/1pvg>

Espinoza, K., Erazo, J., Ormaza, D., & Narváez, C. (2019). Maternidad subrogada desde la perspectiva constitucional en el Ecuador. [Surrogacy from the constitutional perspective in Ecuador]. *Iustitia Socialis*, 547-564. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i8.590>

Farnós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. [Registration in Spain of filiation derived from access to surrogacy in California] Recuperado de: <https://cutt.ly/zyZoRts>. *InDret*, 1-25.

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

- Flores, E. (2017). Nuevos modelos de familia y léxico español actual. [New family models and current Spanish lexicon] Recuperado de: <https://cutt.ly/uyZgtMB>. *Universidad de Murcia*, 1-39.
- Flores, J. (2014). Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo. [Replacement gestation: closer to a common European legal status] Recuperado de: <https://cutt.ly/8yZlclE>. *Revista de Derecho Privado*, 71-89.
- Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada una mirada a su regulación en México. [Surrogate motherhood a look at its regulation in Mexico]. *Dikaion*, 353-382. doi:10.5294/dika.2015.24.2.7
- Mennesson vs Francia y Labassee vs Francia. [Mennesson vs France and Labassee vs France], 65192/11 - 65941/11 (European Court of Human Rights 26 de Junio de 2014). Obtenido de <https://n9.cl/88kyb>
- Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay. (2018). Boletín de jurisprudencia. En M. Dumpé, *LGBTIQ y técnicas de reproducción humana asistida* (Vol. 9, págs. 7-17). Asunción: Bloque de Defensores Públicos Oficiales del MERCOSUR. Obtenido de <https://n9.cl/gjoih>
- Organización de los Estados Americanos. (22 de Noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. [American Convention on Human Rights]. *Parte I - Deberes de los Estados y derechos protegidos*. San José, Costa Rica. Obtenido de <https://n9.cl/k7rf>
- Presno, M. (2008). El Derecho Europeo de Familia. [European Family Law] Recuperado de: <https://cutt.ly/NyZfSi5>. *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1-72.
- Romo, I., Narváez, C., Pozo, E., & Erazo, J. (2019). Derecho a la identidad de los hijos concebidos por inseminación artificial por donante anónimo. [Right to identity of children conceived by artificial insemination by anonymous donor]. *Iustitia Socialis*, 492-510. doi:<https://orcid.org/0000-0003-4980-6403>
- Senado de la República de México. (28 de Abril de 2016). Ley de Reproducción Humana Asistida. [Law of Assisted Human Reproduction]. *De las técnicas de reproducción humana asistida*. Ciudad de México, Ciudad de México, México: Gaceta Nro. LXII/1PPO-77/38844. Obtenido de <https://n9.cl/32zlp>
- Sentencia No. 184-18-SEP-CC. [Judgment No. 184-18-SEP-CC], 1692-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de Mayo de 2018). Obtenido de <https://n9.cl/2vhzb>

Cristina Desiree Torres-Chamba; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; Camilo Emanuel Pinos-Jaén

Sentencia No. C-271/03. [Judgment No. C-271/03] (Corte Consitutucional de Colombia 1 de Abril de 2003). Obtenido de <https://n9.cl/acph>

Sentencia No. T968-09. [Judgment No. T968-09] (Corte Constitucional de Colombia 2009). Obtenido de <https://n9.cl/a73cf>

2020 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).