



Facultad de Derecho

Tema:

El derecho a la identidad del niño en casos de maternidad subrogada

Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogada

Presentada por:

Irina Fernanda Hurtado Ptitchkina

Tutor:

David Castillo Aguirre. PhD (c)

Quito, marzo, 2022

RESUMEN

El objetivo de este trabajo de investigación fue analizar hasta qué punto la maternidad subrogada interfiere y vulnera el derecho a la identidad del niño. Asimismo, las consecuencias que esta práctica produce en la esfera de su vida privada. Este trabajo es de naturaleza exploratoria, pues se indagó acerca de los diferentes tipos de maternidad subrogada, el derecho a la identidad del niño y las consecuencias que esta técnica tiene sobre su filiación e identidad. Se explicó, a través de leyes y jurisprudencia la afectación que se produce en el niño a partir del hecho de ser procreado en el vientre de una mujer, pero con gametos de otras personas. Es un trabajo de análisis-síntesis en el que se recopiló información de distintas fuentes, principalmente jurídicas y se las analizó para llegar a una conclusión sobre el tema. En síntesis, esta investigación buscó exponer de qué manera se vulnera el derecho a la identidad del niño en casos de maternidad subrogada.

Palabras clave: maternidad subrogada, interés superior del niño, filiación, derecho a la identidad

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Irina Fernanda Hurtado Ptitchkina

C.I: 1718247107

DEDICATORIA

Este trabajo es el reflejo de mi carrera universitaria, mi esfuerzo, mi sacrificio, y, sobre todo, mi deseo de enorgullecer a mi familia. Todo esto por y para ustedes: Fernando, Katy y Katy chiquita. Culminar esta carrera es mi forma de agradecer su amor puro e incondicional, su apoyo y su esfuerzo por ayudarme a extender mis alas y partir al mundo.

AGRADECIMIENTOS

He sido tan afortunada en esta vida, que creo que la lista de personas a quienes estoy agradecida es bastante extensa. Sin embargo, aquí están las personas que, definitivamente, han sido un soporte indispensable en este camino.

Agradezco a Dios, por la fuerza, la paz, la esperanza y el amor.

A mis padres, Fernando y Katy, quienes me han apoyado y dado aliento en cada paso que doy.

A mi mamá del cielo, Irina. Por haberme dado la oportunidad de vivir esta vida acompañada de gente increíble.

A mi hermana, Katy. Por darle color y alegría a mi vida.

A mis otras madres de corazón que me han cuidado y amado incondicionalmente; Pilar y Aida.

A mis abuelitos Martha y Gonzalo. Por creer en mí siempre.

A mi mejor amiga, Anamaría. Por caminar de mi mano en cada etapa de la vida.

A mis compañeras y amigas de Derecho Internacional Humanitario, Cami To y Cami Mon. Especialmente a ti, María Camila Moncayo, sin tu apoyo constante, regaños y palabras de aliento no estaría aquí tan pronto. Gracias por impulsarme a brillar con luz propia.

A mis amigas MG, MV, CC. Por recordarme constantemente de lo que soy capaz.

A mi maestro, Leonardo Moscoso. Por enseñarme a ver siempre más allá.

A mi tutor de tesis, David. Por guiarme en todo este proceso y por compartir conmigo tus conocimientos, tu paciencia y tu tiempo.

Gracias a todos ustedes por ser parte de este gran logro, sin su apoyo, habría desfallecido.

ÍNDICE

Introducción.....	8
1. Marco teórico.....	9
1.1 ¿Qué es la maternidad subrogada?.....	9
1.2 Derecho a la familia vs. Derechos reproductivos.....	14
1.3 Interés superior del niño.....	21
2. Análisis jurídico.....	26
2.1 Vulneración al derecho a la identidad del niño.....	26
2.2 Conflicto en la filiación.....	33
2.3 Maternidad subrogada: Derecho comparado.....	38
Conclusiones.....	43
Referencias	45

El derecho a la identidad del niño en casos de maternidad subrogada

Irina Fernanda Hurtado Ptitchkina

irinahurtado13 @gmail.com

Resumen

El objetivo de este trabajo de investigación fue analizar hasta qué punto la maternidad subrogada interfiere y vulnera el derecho a la identidad del niño. Asimismo, las consecuencias que esta práctica produce en la esfera de su vida privada. Este trabajo es de naturaleza exploratoria, pues se indagó acerca de los diferentes tipos de maternidad subrogada, el derecho a la identidad del niño y las consecuencias que esta técnica tiene sobre su filiación e identidad. Se explicó, a través de leyes y jurisprudencia la afectación que se produce en el niño a partir del hecho de ser procreado en el vientre de una mujer, pero con gametos de otras personas. Es un trabajo de análisis-síntesis en el que se recopiló información de distintas fuentes, principalmente jurídicas y se las analizó para llegar a una conclusión sobre el tema. En síntesis, esta investigación buscó exponer de qué manera se vulnera el derecho a la identidad del niño en casos de maternidad subrogada.

Palabras Clave: maternidad subrogada, interés superior del niño, filiación, derecho a la identidad

Abstract

The purpose of this investigation was to analyze to what extent surrogacy interferes and infringes the children's right to preserve his identity. As well, the consequences that this practice produces in the child's private life. The nature of this work is exploratory, as it investigated the different types of surrogacies, the child's right to identity and the consequences that this technique has on his or her filiation and identity. It was explained, through laws and jurisprudence the affectation that the fact of being procreated in the womb of a woman, but with the gametes of other people produces to the child. It is an analysis-synthesis assignment in which information from different sources was collected, principally legal, and it was analyzed to reach a conclusion about this subject. In summary, this research sought to expose in which way child's right to identity is violated in cases of surrogacy.

Key words: surrogacy, best interest of the child, filiation, right to identity

Introducción

La maternidad subrogada no es un tema nuevo para la sociedad, pues varios ordenamientos jurídicos alrededor del mundo reconocen los contratos celebrados para concebir mediante esta técnica. Otros ordenamientos jurídicos no reconocen dichos contratos, y los demás no se han pronunciado sobre ello. Sin embargo, la importancia de la práctica de la gestación por sustitución es enorme, pues involucra algunos derechos de varias personas, según el número de individuos que estén involucrados en el contrato. Si bien la maternidad subrogada es una alternativa positiva para parejas que no pueden concebir, puede convertirse en un aspecto negativo para el niño que será concebido a través de ella.

El uso de esta alternativa vulnera la dignidad del niño por cuanto este se vuelve el objeto de un contrato, o a su vez, su engendramiento lo hace. Sin embargo, el derecho vulnerado que se analizará en este trabajo es el derecho a la identidad. La gestación por sustitución puede desencadenar incertidumbres y confusiones con respecto a la filiación y las relaciones que tiene el niño con las personas involucradas en la maternidad subrogada. Para poder entender de qué manera se vulnera este derecho, es necesario tener en cuenta el interés superior del niño y su importancia dentro del Derecho. Este principio es el fundamento básico para la protección de los niños frente a cualquier situación jurídica y social que los pueda afectar de alguna manera.

Este trabajo se divide en dos capítulos. En el primero se encuentra el marco teórico en el que se aborda la definición de maternidad subrogada, la diferencia entre los derechos reproductivos y el derecho a tener una familia, y finalmente, el interés superior del niño. Todo esto para tener clara la necesidad de proteger al niño frente a las consecuencias que deja gestación subrogada. En el segundo, se realiza un análisis jurídico sobre la vulneración del derecho a la identidad del niño, los problemas de filiación que deja el contrato de maternidad subrogada y derecho comparado en donde se exhiben los diferentes tratamientos que le dan los Estados a la gestación por sustitución. Finalmente, se exponen las conclusiones que se han extraído a partir de esta investigación.

Capítulo 1

1. Marco teórico

1.1 ¿Qué es la maternidad subrogada?

La maternidad subrogada o gestación por sustitución es un método alternativo de concepción humana. A través del tiempo, su concepto ha ido variando según la evolución de la sociedad y los avances tecnológicos en el campo de la reproducción humana. En un principio, la maternidad subrogada solamente era posible a través de la inseminación artificial y la madre subrogada aportaba con material genético. Hoy en día se da a través de la fertilización *in vitro* y existen diferentes tipos de maternidad subrogada en los que no es necesario que la mujer gestante aporte con su material genético, sino únicamente lleva al niño en su vientre y da a luz.

Eleonora Lamm cita en su obra a Javier Vidal Martínez y a Phyllis Coleman, ambos catedráticos de Derecho, quienes coinciden en la definición de maternidad subrogada, pues le dan esta definición de acuerdo con el avance tecnológico que existía en la época:

La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte. (Lamm, 2013)

“En igual sentido se pronuncia Vidal Martínez, para quien la gestación por sustitución tiene lugar cuando una mujer «acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo». Vidal Martínez, J. Las nuevas formas de Reproducción Humana. Civitas, Madrid, 1988, p. 180. Citado por (Lamm, 2013)

Estos conceptos nos dan a entender que la maternidad subrogada se da mediante la inseminación artificial, que la madre subrogada aporte con material genético y posteriormente la mujer del hombre que ha dado su material genético, adopte al niño. En la actualidad no es necesario que la mujer adopte al niño ya que ella también puede aportar con su material genético, y biológicamente el menor es hijo de ambos padres, mientras que antes, el hijo, genéticamente, era hijo del padre y la madre subrogada. Esto se ve reflejado en las nuevas definiciones que se le han dado a la maternidad subrogada a medida que la tecnología y la sociedad avanzan.

La definición que los catedráticos Brazier, Golombok y Campbell, algunos años después, es: “La práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer”. (Brazier, Golombok, & Campbell, 1997)

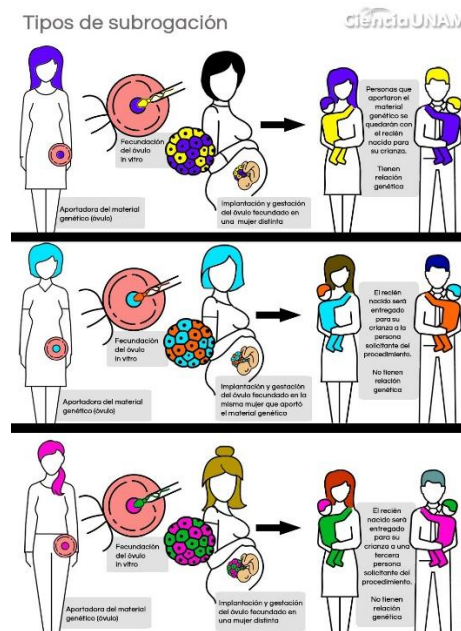
Rodríguez Díaz cita textualmente una definición más actual, que como se podrá notar, se apega mucho a las anteriores definiciones.

“(…) en la gestación de sustitución o maternidad subrogada una mujer acepta que se le transfiera a su útero un embrión que procede de una fecundación *in vitro* (FIV) de otra persona o pareja, llevar ese embarazo a término y entregar al recién nacido después del parto, en sustitución de esa persona o pareja, que serán los padres” (Zegers-Hochschild, 2009). (Rodríguez Díaz, 2017)

Teniendo claro el concepto, es necesario entender que hay ciertos tipos de maternidad subrogada que ponen en juego el material genético de los intervinientes en el proceso, y, por ende, la identidad del niño. Lamm expone dos tipos de gestación por sustitución: la gestación por sustitución tradicional y la gestación por sustitución gestacional. La primera consiste en que la mujer que lleva en su vientre al niño, además de aportar la gestación, aporta su material genético. Esto sucede independientemente si el semen proviene de un hombre con una mujer o un hombre soltero, o de un tercero donante, en el caso de que los comitentes no aporten sus gametos. Mientras que, en la segunda, la madre subrogada únicamente se encarga de llevar al niño en su vientre, y son los comitentes quienes aportan con sus gametos, es decir, del hombre y de la mujer. (Lamm, 2013)

La Universidad Autónoma de México explica a través de gráficos los tipos de gestación por sustitución que existen, sin darle un nombre específico a cada uno. En el primer gráfico describe la situación en la que una mujer aporta con su material genético, en este caso, su

óvulo, y se realiza la fertilización *in vitro* con el espermatozoide del padre intencional, el producto de esta fertilización se implanta en una mujer distinta, que viene a ser la madre subrogada, por tanto, el niño tiene material genético de sus padres. En el segundo gráfico, la mujer que va a llevar al niño en su vientre también aporta su material genético, pues en este caso también se realiza la fertilización *in vitro* y se combina el óvulo con el espermatozoide de otro hombre, no del padre intencional, lo que significa que el menor tiene material genético de la madre subrogada y de otro hombre, y no tiene material genético de sus padres intencionales. Finalmente, en este último escenario intervienen cuatro personas; la mujer que aporta el óvulo, el hombre que aporta el espermatozoide, la mujer a quien se le implanta, el padre y la madre intencionales, en este caso, el niño tampoco tiene relación genética con sus padres intencionales. (García, 2018)



Elaborado por: Bárbara Castrejón, Dirección General de divulgación de la ciencia, Universidad Autónoma de México

De la misma manera, la médica Rubí Rodríguez, en su artículo “Subrogación uterina: aspectos médicos” explica, a través de gráficos y de manera más detallada cada tipo de gestación por sustitución. Al igual que Lamm, Rodríguez establece diferencia dos tipos de subrogación, que dependen de quién aporta el material genético al niño. Primero apunta la subrogación total o gestacional. En este tipo de subrogación la gestante no tiene ningún vínculo genético con el menor, aquí se pueden dar tres casos: 1) “Los dos gametos, óvulo y espermatozoide, son aportados por los “padres”, es decir, se utilizan gametos de ambos padres. 2) El “padre/madre” proporciona uno de los gametos, mientras el otro procede de

donación. Y 3) Los dos gametos proceden de donantes o se recurre a embriones donados”. (Rodríguez Díaz, 2017) A continuación, expone la gestación por subrogación parcial, en la que la gestante sí aporta con su material genético. En este caso el espermatozoide proviene del padre o de un donante. (Rodríguez Díaz, 2017)

Emaldi Cirión clasifica la subrogación por sustitución según dos categorías; según la procedencia de gametos y según su carácter altruista u oneroso. Dentro de la primera categorización, el autor clasifica a la maternidad subrogada según la procedencia de los gametos, al igual que Rodríguez Díaz y, en la segunda, la clasifica según su carácter oneroso o altruista.

1º) Se dice que la subrogación tiene carácter oneroso cuando la mujer gestante recibe una contraprestación económica de quienes solicitan sus servicios, en concepto de: asistencia médica durante el embarazo; ausencias laborales que pudiera tener la gestante; efectos secundarios que aparecerán tras el parto, por mencionar algunas. 2º) Tendrá carácter altruista la subrogación cuando la mujer gestante no espere ningún tipo de contraprestación de quienes encargan la criatura. Se entiende que le motiva un sentimiento de solidaridad y de empatía con aquellas personas que tienen problemas para tener hijos. En la mayoría de estos casos, el único dinero que puede recibir la gestante es una compensación por los gastos derivados del embarazo y el parto. (Emaldi Cirión, 2018)

Rodríguez Díaz denomina a la gestación por sustitución onerosa como “comercial”, pues alega que la gestante “(...) recibe una compensación económica por el embarazo, además de los gastos producidos a consecuencia de él” (Rodríguez Díaz, 2017), dando a entender que se le paga una compensación por llevar al niño en el vientre, no únicamente en concepto de gastos médicos, como lo afirma Emaldi.

Asimismo, Díaz cita a “El Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad” (SEF) que afirma:

La gestación por sustitución ha de considerarse un recurso excepcional y solo justificado cuando exista en la pareja subrogada o mujer sola subrogada una indicación médica para dicha técnica debidamente documentada o una situación de esterilidad estructural (pareja homosexual masculino y hombre sin pareja), habiéndose agotado, en su caso, otros tratamientos de fertilidad. (Rodríguez Díaz, 2017)

Esta podría tomarse como una recomendación, sin embargo, se puede extraer que la maternidad subrogada es considerada como un tratamiento de fertilidad, pero, que esta debe considerarse un recurso excepcional y justificado.

Entonces, la maternidad subrogada vista desde la perspectiva médica es una técnica de reproducción asistida, a pesar de que no todos los expertos en esta ciencia opinen lo mismo. Mientras que, vista por el ámbito jurídico, consiste en:

(...) un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero. (Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz, 2012)

El contrato como tal en la maternidad subrogada es fundamental, pues de alguna manera limita y regula las condiciones en las que el niño va a ser llevado en el vientre y donde la madre subrogada renunciará expresamente a sus derechos de madre, pues a la final es la persona que da a luz al niño- lo que siempre se ha entendido como maternidad-. Existen varios doctrinarios que definen el contrato de maternidad subrogada. Guzmán Ávalos, en su artículo cita a Donata Clerici quien afirma que es:

(...) el contrato mediante el cual una mujer se obliga, frente a una pareja estéril, mediante una compensación, a llevar a término un embarazo, haciéndose fecundar artificialmente con el semen del marido de la pareja o su embrión y entregar al recién nacido inmediatamente después del parto a los cónyuges, los que asumirán cualquier derecho y deber frente al niño. (Ávalos, 2017)

Es importante destacar que en la mayoría de las definiciones se alude a parejas infértiles, lo que quiere decir que este método alternativo de reproducción está enfocado en estas personas que no pueden concebir de manera natural. A partir de esto, surge la duda de que si la gestación por sustitución está limitada únicamente a estas personas o si está abierta para todos. Pero antes, se debe considerar si acceder a la maternidad subrogada es un derecho que todo ser humano tiene, pues al ser una técnica de reproducción asistida, se entiende que todo hombre tiene derecho a la libre reproducción y este derecho está asociado al derecho al goce

de los medios que la medicina y la tecnología brindan para alcanzarla. Pues el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha delimitado doce derechos humanos fundamentales, en los que se encuentra el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación, lo que, según el instituto, incluye el derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008)

1.2 Derecho a la familia vs. Derechos reproductivos

El derecho a la salud sexual y reproductiva existe y es reconocido internacionalmente, concretamente en la Conferencia internacional sobre población y desarrollo en su séptimo capítulo, es pertinente recalcar que la finalidad de la salud reproductiva es la procreación de un ser humano, y está encaminada a formar una familia. Por esto, es importante analizar qué derecho prevalece, pues por un lado está este derecho de reproducción y acceso a métodos alternativos de reproducción, y por otro está el derecho a tener una familia, que según la Constitución ecuatoriana (Art. 22) es el derecho de los niños a vivir y desarrollarse en una familia biológica. A primera vista el derecho a tener una familia parece ser más importante que el derecho a la salud reproductiva. Pero, para poder afirmar esto se debe entender qué es la familia, su importancia en el desarrollo de los niños y también se debe comprender si los derechos reproductivos dan paso a la existencia del supuesto derecho a la paternidad y maternidad, o no.

La familia es el núcleo de la sociedad en el que los niños crecen, desarrollan su personalidad y se educan en valores. Es fundamental para el bienestar, no sólo físico, sino también psicológico y emocional de los niños, pues a partir de esta crianza el niño forma su criterio, su identidad y toma un sentido de pertenencia dentro de la sociedad. La Comisión de los Derechos de los Niños y la Declaración y la Convención Americana:

(...) reconocen a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia atribuyendo a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los NNA por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017)

Los niños dependen principalmente de la familia, pues esta es la que les garantiza protección, además de alimentación, salud y educación. Por otro lado, la familia también influye de manera directa en la formación psicológica y social de los niños, pues así lo afirma el antropólogo Bohannan:

La familia es el determinante primario del destino de una persona. Proporciona el tono psicológico, el primer entorno cultural; es el criterio primario para establecer la posición social de una persona joven. La familia, construida como está sobre genes compartidos, es también la depositaria de los detalles culturales compartidos, y de la confianza mutua. (Bohannan, 1996)

En el artículo de Gutiérrez, Díaz y Román, estos autores citan a la Secretaría General del Consejo Nacional de Población, de México, que propone una definición que abarca varios ámbitos importantes en la vida de un niño:

“(…) la familia es el ámbito primordial de desarrollo de cualquier ser humano pues constituye la base en la construcción de la identidad, autoestima y esquemas de convivencia social elementales. Como núcleo de la sociedad, la familia es una institución fundamental para la educación y el fomento de los valores humanos esenciales que se transmiten de generación en generación” (Gutiérrez Capulín, Díaz Otero, & Román Reyes, 2016)

De la misma manera, la Oficina Regional para Latinoamérica y el Caribe de Aldeas Infantiles SOS Internacional, se pronuncia sobre la relevancia y el impacto que tiene la familia en la vida del menor, pues: “Crecer en familia trae consigo consecuencias positivas en su desarrollo integral e impacta directamente en sus logros y oportunidades a futuro. Vivir en familia es reconocido como un derecho humano y como tal, debe garantizarse siempre”. (Aldeas Infantiles SOS Internacional, 2018)

Es necesario hacer énfasis en que el derecho a tener una familia es específicamente del menor, mas no de los padres. Este derecho se enfoca principalmente en el interés superior del niño, tema que será tratado con más profundidad y detenimiento posteriormente en este trabajo. El niño tiene derecho a crecer en una familia, quien debe encargarse de su educación, salud, alimentación, etc. La familia adquiere una obligación para con el niño, pues en esta

relación, es el sujeto más vulnerable. El niño necesita un padre y una madre que puedan criarlo y cuidarlo, pues, evidentemente, todavía no puede valerse por sí mismo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre el derecho a la familia y concluye que: “El derecho a la familia se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado y crianza”. Asimismo, sostiene que:

Existe en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013)

En la legislación ecuatoriana también está contemplado el derecho a tener una familia, en el artículo 69 de la Constitución de la República y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 22 en el que manda:

Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Asimismo, el Consejo de la Judicatura de este país aprobó, en febrero de este año, la Guía para la evaluación y determinación del interés superior de la niñez en los procesos judiciales, en la que afirma que:

El derecho a la familia significa garantizar el derecho del NNA a vivir y desarrollarse en su familia ya sea biológica o adoptiva, para lo que el juez o jueza, deberá adoptar o exigir que se tomen medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. (Consejo de la Judicatura, 2021)

Por su parte, la familia adquiere obligaciones para con el niño, pues este debe estar protegido a todo momento debido a su estado de vulnerabilidad frente a la sociedad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma en su Opinión Consultiva que se deben

adoptar medidas especiales para proteger al niño y que estas les corresponden al Estado, a la familia, a la comunidad y a la sociedad a la que el menor pertenece. Esto deja en claro que, los niños son sujetos vulnerables y de preferencia ante la sociedad, merecen especial atención y protección no sólo de parte de su familia y del Estado, sino también de la sociedad en general. En este sentido, la Corte cita el artículo 16 del Protocolo de San Salvador:

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002)

Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador reconoce, en el primer inciso del artículo 69, la obligación que tienen los padres para con sus hijos, pues manda que estos están obligados a su cuidado, crianza, educación, alimentación desarrollo integral y protección de los derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008) El papel de los padres en la vida de los niños es fundamental, pues gracias a ellos pueden formarse, vivir protegidos, en armonía y valores, y, por esto, es crucial que los padres cumplan con sus obligaciones para que estos puedan tener una vida de calidad, que se velen sus derechos en miras hacia el interés superior del niño. Es por esto, que la ONG, Aldeas Infantiles SOS Internacional, sostiene que:

El rol y la responsabilidad del cuidado no son opcionales. Es una obligación que los adultos deben asumir para garantizar el crecimiento y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes. Esto implica brindarles una atención adecuada y asistirles en los distintos planos de su vida, promoviendo progresivamente su autonomía. (Aldeas Infantiles SOS Internacional, 2018)

A través de todas estas normas y opiniones de organismos internacionales, se puede perpetrar que el derecho a tener una familia es particularmente del menor, ya que la familia es quien lo protege y está en la obligación de cuidarlo integralmente. Todo esto porque el niño es el sujeto más indefenso, no sólo en esa relación jurídica, sino también en toda la sociedad, por

lo que el Estado, la familia y la sociedad están en obligación de velar por el bienestar del menor a todo momento.

Es evidente que la familia nace mediante la reproducción humana, es por esto que es importante analizar hasta qué punto los derechos reproductivos pueden sobreponerse al derecho del menor a tener una familia, pues el derecho a la reproducción no es sinónimo de derecho a ser padres.

Los derechos reproductivos del hombre y de la mujer consisten en la libre decisión de concebir. Es pertinente denotar la amplitud de estos derechos para entender qué implican y la extensión que tiene la reproducción como tal. Los derechos reproductivos van de la mano con los derechos sexuales, sin embargo, para fines de este trabajo de investigación, únicamente se tratarán los derechos reproductivos, ya que son aquellos que permiten, jurídicamente, a las personas formar una familia.

La catedrática de Filosofía del Derecho, Rocío Villanueva Flores, se pronuncia sobre el concepto de derechos reproductivos afirmando que:

(...) se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. (Villanueva Flores, 2006)

La Organización Mundial de la Salud afirma que los derechos sexuales y reproductivos se encuentran dentro del derecho a la salud integral, mas no consideran que los derechos sexuales y reproductivos sean un derecho humano en sí mismo.

En términos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), los derechos sexuales y reproductivos forman parte del derecho humano a la salud integral, comprendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias. El derecho a la salud reproductiva trata de todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, así como la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de tener la libertad para decidir si procrear o no, cuándo hacerlo y con qué frecuencia. (Organización de los Estados Americanos, 2017)

Es complejo catalogar a los derechos reproductivos como derechos humanos, puesto que no están reconocidos como tales en la Declaración de Derechos Universales, no obstante, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos sostiene que:

Si bien estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, sí están dispersos en todos y sí hay consenso sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en ámbitos de la vida reproductiva. Es por ello que se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008)

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos expresa que, en la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, de 1994, se designa que los derechos reproductivos hacen referencia al conjunto de derechos humanos que se relacionan con la salud reproductiva y en general, con todos los derechos humanos que repercuten en la reproducción humana. Asimismo, establece que existen doce derechos que configuran los derechos reproductivos: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la libertad, seguridad e integridad personales, derecho a decidir el número de intervalo de hijos, derecho a la intimidad, derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho al matrimonio y a fundar una familia, derecho al empleo y la seguridad social, derecho a la educación (sexual y reproductiva), derecho a la información adecuada y oportuna, derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer y finalmente, el derecho a disfrutar del progreso científico (en el área de la reproducción humana) y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008)

Viteri exhibe una cita de la doctora en Derecho, Claudia Morán Morales de Vicenzi, que es de suma importancia, pues en esta afirma que:

El derecho a procrear como expresión de la libertad personal no se puede equiparar con el derecho a tener relaciones sexuales o el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Es simplemente, el ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa, y en este sentido, se puede afirmar que este hecho tutela la capacidad natural de procrear y no los actos tendentes a la procreación. La tutela del derecho a la reproducción se restringe a la capacidad natural del sujeto, puesto que ya el mismo término procrear hace referencia al hecho que una persona conciba

un hijo con sus propios gametos, por medio de la realización del acto sexual. Este acto en sí excluye la posibilidad de intervención de una tercera persona ajena a la pareja, de manera que, si se concibe un niño con esperma u óvulo de otro hombre u otra mujer, el niño será hijo de este hombre o esta mujer y no de quien simplemente lo deseó. El derecho a la reproducción es el derecho a procrear el propio hijo, y por consiguiente, no existe un derecho a procrear con técnicas de procreación artificial.(Viteri Sánchez, 2019)

A pesar de que los derechos reproductivos no son considerados como derechos humanos, estos están reconocidos a nivel internacional y constitucional. Es por esto, que en las constituciones de varios países se contemplan los derechos reproductivos como el derecho a fundar una familia. Particularmente, la Constitución del Ecuador en su artículo 66, numeral 10, reconoce el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida reproductiva, y también, el derecho a decidir cuántos hijos tener. Si bien se permite a las personas decidir sobre cuántos hijos se quiere tener, esto no significa que ser padres sea un derecho como tal, pues a lo que se encamina esta libertad de decisión es a la planificación familiar que es de suma importancia dentro de la sociedad.

Los derechos reproductivos son indispensables para fundar una familia, y todos tienen derecho a hacerlo, sin embargo, es necesario entender la finalidad de la familia, pues es, definitivamente, velar por el bienestar, cuidado y protección de los niños que forman parte de ella. El niño siempre será el sujeto más importante en este vínculo filial y jurídico. Se debe hacer una ponderación de derechos, teniendo en cuenta la implicación que tiene cada uno, no solo en la vida del titular de ese derecho, sino también en la sociedad. Los derechos reproductivos son parte de la vida privada de cada ser humano, sin embargo, el fruto de estos derechos, los hijos, y especialmente su resguardo y protección, son de interés general, en el que el Estado también interviene para adoptar medidas especiales en caso de ser necesarias. Asimismo, el principio del interés superior del niño tiene más relevancia a nivel social y jurídico que la libertad de fundar una familia.

En síntesis, los derechos reproductivos suponen un derecho con finalidades reproductivas, como su nombre lo indica, esto conlleva planificación familiar y la decisión de cuántos hijos se quiere tener, lo que significa que repercute directamente en los hijos, por otro lado, el derecho a tener una familia es el derecho que tiene el niño netamente. Este derecho se sobrepone a los derechos reproductivos, pues es el niño es un sujeto de trato especial dentro

de los ordenamientos jurídicos, pues esto se estipula en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño, reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. (Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos , 2011)

1.3 Interés superior del niño

El interés superior del niño constituye un principio que establece que se debe tener por encima los derechos de los niños sobre los demás derechos de la sociedad. El interés superior debe tomarse en cuenta siempre que en alguna situación se involucre un niño y las decisiones lo afecten de alguna manera. Este principio se debe aplicar según cada caso, pues debido a la relevancia jurídica que se les da a los niños, estos deben estar protegidos, no solo por sus padres, sino también por el Estado y la sociedad.

En ese sentido, Freedman argumenta que al interés superior del niño se lo debe interpretar como:

“(...) un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un "interés superior" al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos”. (Freedman, 2005)

El interés superior del niño es un término complejo y difícil de delimitar, pues puede prestarse a diferentes interpretaciones. Por su parte, Jean Zermatten, especialista en derechos del niño, considera que el interés superior del niño no es un derecho, sino únicamente un principio de interpretación. “(...) no constituye un derecho subjetivo como tal; sino que instituye un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños y que confiere una garantía a los niños de que su suerte será examinada conformemente a ese principio de interpretación”. (Zermatten, 2003)

Por otro lado, según el Comité de los Derechos de los Niños, el interés superior tiene tres dimensiones o conceptos. Este lo clasifica en un derecho sustantivo, un principio jurídico

interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. Lo denomina derecho sustantivo ya que el niño tiene el derecho a que su interés superior sea de primordial atención, que sea tomado en cuenta al considerar otros intereses sobre un tema debatido y que se lo evalúe. Asimismo, hace referencia a que la garantía de este derecho se pone en práctica siempre que se deba tomar una decisión que de alguna manera afecte al niño o niños. Con respecto al principio jurídico interpretativo fundamental, el Comité se refiere a que, si una disposición jurídica permite más de una interpretación, se aplicará la interpretación que satisfaga de mejor manera el interés superior del niño. Finalmente, considera al interés superior del niño como una norma de procedimiento, ya que siempre que se deba tomar una decisión que influya a un niño o a un grupo de niños concreto o en general, el proceso de esta toma de decisiones debe contener una valoración de las posibles consecuencias de la decisión en el o los niños. (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

Juan José Bernal concluye que el interés superior del niño es un principio que:

(...) en primer lugar, pugna por el reconocimiento del orden jurídico de los menores como titulares de derechos autónomos y propios; y, en segundo lugar, el interés del menor vela porque esos derechos sean también reconocidos como derechos humanos, que por la especial condición de los menores de edad, requieren una especial protección, a fin de que sean protegidos y garantizados, y de esta forma se cumpla con los principios de interdependencia, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos. (Bernal Brito, 2015)

El interés superior del niño supone sobreponer los derechos de los niños sobre otros derechos de los demás sujetos de la sociedad. Freedman delimita cuáles son estos derechos según la Convención de los Niños:

La Convención reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación, lo cual implica, a nuestro juicio, la existencia de un conjunto de derechos que deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros. Es decir, existiría un "núcleo duro" de derechos del niño dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado,

a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal. (Freedman, 2005)

Si bien es un término ambiguo o poco específico, el Comité de los Derechos de los Niños ha manifestado que: “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”. (Comité de los Derechos del Niño, 2013) En el mismo sentido, Tapia Rodríguez hace alusión al interés superior del niño y afirma que “(...) la expresión es evidentemente valorativa y jerárquica: unos intereses (los del niño) priman sobre otros (los de los padres)” (Tapia Rodríguez, 2007). Esto puede traducirse en que existe una ponderación de derechos, en la que siempre van a prevalecer los de los niños. No cabe duda de que el interés superior del niño se encamina a velar por el goce pleno de los derechos de los niños, por su protección y su relevancia al momento de dictar disposiciones o tomar decisiones que los involucren.

Jean Zermatten, tras afirmar que el interés superior del niño es un concepto indeterminado que debe precisarse mediante la práctica, al final concluye y propone una definición a este término jurídico:

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. (Zermatten, 2003)

Este principio nace por la necesidad de proteger la dignidad y los derechos de los niños, pues así lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 17/2002, enfatizando que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características particulares de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002) El interés superior no solo se limita al momento de aplicar decisiones o disposiciones, sino que debe aplicarse desde un momento previo, desde la creación de normas hasta la toma de decisiones, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva explica que:

“El interés superior del niño” (...) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. (Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2002)

En el mismo sentido, el Consejo de la Judicatura ecuatoriano menciona que el interés superior del niño guía a los jueces al momento de tomar una decisión.

La determinación del interés superior del niño ayudará al juez o jueza a proceder de manera oportuna, objetiva y encaminada a garantizar los derechos de los NNA en todas las decisiones que les afecten, basando su actuación jurisdiccional en el análisis del interés superior del niño y no en los intereses de los adultos. (Consejo de la Judicatura, 2021)

Finalmente, la conclusión de Freedman es la más precisa al momento de definir y delimitar las funciones del interés superior del niño, pues establece que existen dos funciones normativas de este principio:

En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al "núcleo duro" frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales. En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al "núcleo duro" de derechos. De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al "núcleo duro" de la Convención. (Freedman, 2005)

Aparte de que el interés superior del niño es un principio relevante en el ámbito jurídico relativo a los menores de edad, este constituye un fin legítimo y una necesidad imperiosa, según lo afirma la Comisión de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Pues está, o al menos, debería estar presente, en todo momento; desde la elaboración de normas, hasta la toma de decisiones y la vista de sus posibles repercusiones sobre el niño.

En el caso de concepción a través de maternidad subrogada, debe tenerse como prioridad los derechos del niño. Es decir, desde un inicio, antes de firmar el contrato, se debe tomar en cuenta si su celebración podría vulnerar, de alguna manera, cualquiera de sus derechos y si el objeto del contrato y sus consecuencias podrían desencadenar otras vulneraciones. El interés superior del niño siempre prevalecerá por la protección especial que se le brinda. Además, este principio tiene como finalidad la protección y pleno cumplimiento de todos sus derechos, lo que conlleva un trato más cauteloso y preventivo para con ellos.

Capítulo 2

2. Análisis jurídico

2.1 Vulneración al derecho a la identidad del niño

La gestación por sustitución trae consigo incertidumbres que afectan al niño desde su nacimiento —como cuestiones de filiación, inscripción e identidad— y pueden afectarlo permanentemente. Las consecuencias que puede dejar, y, en efecto, ha dejado la gestación por sustitución en los niños son negativas. La incertidumbre que se genera repercute en la vida privada del menor, interfiriendo en su esfera jurídica, principalmente sobre su derecho a la identidad. Es pertinente enfatizar en que este derecho es crucial en la vida, no sólo de los niños, sino de todo ser humano. Este comprende situaciones jurídicas, sociales, psicológicas y emocionales en las personas. Por esta razón, el derecho a la identidad debe ser respetado y protegido, especialmente en la condición de niñez, pues los derechos de los niños deben ser cumplidos de la mejor manera. El derecho a la identidad es bastante amplio, pues abarca otros derechos que inciden en la vida individual y colectiva, en este caso de los niños, puesto que el análisis está enfocado a las consecuencias de la maternidad subrogada sobre el derecho a la identidad de los niños.

El derecho a la identidad va más allá de la identificación individual de la persona, pues comprende derechos que se derivan de él y dan paso al reconocimiento de otros derechos civiles y políticos que tiene el hombre dentro de la sociedad. El Comité Jurídico Interamericano, se pronuncia sobre este derecho a través de su opinión consultiva y afirma:

Dado que el derecho a la identidad está indisolublemente ligado al individuo como tal y, por consiguiente al reconocimiento de su personalidad jurídica, en todas partes, así como a la titularidad de derechos y obligaciones inherentes a la misma, es importante tomar en consideración que ya desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se consignó en el artículo XVII que “toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones...”. (Comité Jurídico Interamericano, 2007)

El reconocimiento de este derecho da paso a la inscripción de los individuos en los registros civiles de cada país, lo que, a su vez, se deriva en el reconocimiento de sus derechos civiles y políticos que engloban el derecho al voto, a la participación ciudadana, entre otros.

El derecho a la identidad está recogido en varios instrumentos jurídicos internacionales tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, la Constitución ecuatoriana reconoce este derecho a través del artículo 66, numeral 28:

28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Este derecho es de suma relevancia desde el momento previo a la concepción de un niño, pues su historia familiar y genética son partes fundamentales para la construcción de su identidad individual y cultural. La Convención Sobre los Derechos del Niño también reconoce el derecho a la identidad, pero, específicamente, de los niños. A través de este instrumento y el reconocimiento a este derecho, se desglosa una serie de derechos y situaciones que juegan un papel de vital importancia en la vida de los niños.

El derecho a la identidad se conjuga con otros derechos del niño, como el derecho a tener una familia, pues dentro de ella, el niño formará su identidad y personalidad. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre la relación de la identidad y la familia, y manifiesta:

La personalidad y la identidad del niño se forjan a través de una multiplicidad de factores entre los cuales se destaca la creación de los vínculos afectivos entre el niño y las personas más cercanas a él, quienes le proveen de cuidado y afecto y le imparten la orientación y dirección propias de su crecimiento personal. La influencia de las personas más próximas al niño en su proceso de crianza y en la construcción progresiva de su personalidad en todas sus facetas hace que se establezca un vínculo

intrínseco entre el derecho a la familia y el derecho a la identidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013)

La catedrática Úrsula C. Basset también se pronuncia al respecto y afirma que:

La identidad familiar es una parte de la vida privada que se nutre de la vida familiar. La identidad, en tanto que derecho subjetivo implícito, en la gramática de la Corte es un derecho relacional. La identidad individual implica un emplazamiento familiar que remite a los ancestros y a los miembros de la familia con los que se convive y hay lazos actuales. La Corte apoya el concepto de identidad esencialmente sobre una perspectiva biológica, extendiendo lo biológico incluso a lo genético, al hablar de una herencia transgeneracional que se transmite de generación en generación. (C. Basset, 2018)

De aquí se evidencia que el derecho a la identidad va de la mano con el derecho a tener una familia, pues esta última juega un rol fundamental en la identidad de los niños, ya que en ella forjan su personalidad y su estabilidad. Debido a la importancia que tiene la identidad en la vida de todo ser humano, especialmente desde que es niño, es que nace el derecho a la identidad y se lo cataloga como un derecho personalísimo. Es un factor fundamental en el desarrollo de la personalidad del ser humano y su vida cotidiana.

Asimismo, la Comisión Interamericana especifica y reconoce este derecho a la identidad y a la familia:

El derecho a la familia se vincula también de modo particular con el derecho a la identidad y con el derecho al nombre reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana. El artículo 18 de la Convención Americana establece que: Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013)

Esta relación de derechos se da porque la familia es la primera relación e interacción que tiene el niño dentro de la sociedad, por lo que su identidad se toma forma dentro de ella y podría decirse que básicamente depende de ella. Por otro lado, la identidad como tal,

envuelve varios aspectos de la persona, y como consecuencia, influye de manera directa en el ámbito psicológico, emocional y social.

Dentro del caso Contreras y otros Vs. El Salvador, la perito Yáñez de la Cruz afirmó que:

(...) desde la psicología la identidad responde a una pregunta básica que es ¿quién soy yo?, la necesidad de conocer la identidad [...] es una necesidad básica del ser humano, es el centro de gravedad en torno al que la persona se desarrolla y es como un ser en el mundo, es tu lugar o tu lugar, tu ser en el mundo a partir de la identidad, pero también la identidad tiene una perspectiva dialéctica entre el yo individual y entre el yo social, el ser humano se desarrolla en la sociedad, uno cobra su identidad primero en los marcos de referencia primaria que es la familia, la mamá, el papá, pero se desarrolla en los marcos sociales en los que se inserta esto es comunidad, esto es lugar, esto es otras familias. Y no hay un yo por tanto que no sea un yo social, no está separado, somos seres sociales. (Caso Contreras y otros Vs. El Salvador , 2011)

La importancia de la identidad en la vida de una persona es vital, por esto, se considera un derecho fundamental, sin embargo, no se encuentra expresamente estipulado en la declaración universal de derechos humanos ni en la convención interamericana. A pesar de esto, la Corte Europea, debido a la importancia de este derecho ha manifestado que:

(...) el artículo 8 del Convenio europeo “protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”. Así, la vida privada incluye aspectos de la “identidad social y física del individuo”. La vida privada, además, protege “la identificación de género, nombre, identidad sexual y vida sexual [...] el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. (Caso Contreras y otros Vs. El Salvador , 2011)

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano, en su opinión sobre el alcance del derecho a la identidad concluye que: “El derecho a la Identidad puede calificarse como un derecho humano de carácter y contenido tan fundamental y básico que puede oponerse *erga omnis* y no admite derogación ni suspensión” (Comité Jurídico Interamericano , 2007) Asimismo, dentro del caso Contreras y otros Vs. El Salvador, este afirma que el “derecho a la identidad

es consustancial a los atributos y a la dignidad humana y es un derecho con carácter autónomo (...).” (Caso Contreras y otros Vs. El Salvador , 2011)

La Convención Sobre los Derechos del Niño reconoce al derecho a la identidad través de sus artículos 7 y 8

Artículo 7: “El niño será inscrito 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”.

Artículo 8: “1. Los Estados Partes 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. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.” (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989)

Sin embargo, en el caso Contreras vs. El Salvador, se enfatiza que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños:

(...) si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años. (Caso Contreras y otros Vs. El Salvador , 2011)

El niño tiene derecho a conocer sus raíces, su identidad biológica y genética, pues esto forma parte del derecho a la identidad. Por tanto, necesita saber quiénes son sus padres, y, específicamente en el caso de gestación subrogada, quién es su verdadera madre, o a quién debe considerarla como tal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos alude al caso Odièvre v. France y cita las palabras de la Corte Europea de Derechos humanos:

“La jurisprudencia de esa Corte recoge en abundancia el derecho a la identidad, de la cual una parte significativa se refiere al derecho a la información sobre la verdad biológica. Al respecto, ha indicado que de una amplia interpretación del alcance de la noción de vida privada también se reconoce el derecho de toda persona a “conocer sus orígenes”. Sobre este aspecto, el Tribunal europeo ha señalado que las personas “tienen un interés vital, protegido por la Convención, en recibir la información necesaria para saber y comprender su niñez y desarrollo temprano” (CASE ODIÈVRE v. FRANCE, 2003)

Como se ha visto, la identidad juega un rol crucial en la vida personal y privada de cada ser humano, sin embargo, este va más allá y repercute en sus derechos civiles y políticos, lo que implica una exteriorización del derecho a la identidad. El comité jurídico interamericano se pronuncia sobre el alcance del derecho a la identidad y muestra su amplitud y repercusión en otros derechos:

El derecho a la identidad, a su vez, tiene un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (...) Constituye, por consiguiente, un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades”. (Comité Jurídico Interamericano , 2007)

La vulneración de este derecho afecta la vida del niño directamente y a largo plazo, pues se ha visto que no solo a nivel psicológico y emocional, sino también a nivel social. La Corte Interamericana de Derechos Humanos asegura que despojar al niño de su historia familiar y sus raíces constituye una vulneración a su derecho a la identidad:

Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad. (Caso Forneron e hija Vs. Argentina, 2012)

En el caso de la maternidad subrogada genera desde un inicio la incertidumbre sobre quién es verdaderamente la madre del menor, tomando en cuenta únicamente el caso en el que el

padre y la madre comitentes donan su material genético y la mujer gestante se limita a prestar su útero para llevar al niño. Queda en tela de duda si tiene dos madres: la que aporta sus gametos y la mujer que le da a luz.

Viteri cita textualmente a Dolores Yolarte y Adriana Rotonda quienes se pronuncian sobre la identidad del niño en la maternidad subrogada, afirmando que “(...) la identidad se integra en una doble vertiente, por un lado, como identidad genotípica (herencia genética) y, por otro, como identidad hábitat (paratipo: ambiente que permite desarrollar unos genes u otros).” (Viteri Sánchez, 2019)

De estos dos tipos de identidades se debe identificar y determinar quién es verdaderamente la madre biológica del niño, pues resultaría extraño que tenga dos madres y un padre, pues no va acorde a la naturaleza. Sin embargo, resulta difícil distinguir quién es la verdadera madre, pues Viteri afirma que

(...) los seres producto de la medicina reproductiva, no podrán identificar su relación filial con sus progenitores y en el tema que nos compete más la identificación de su madre por el desdoblamiento que ha padecido la función de la maternidad (...) Empero, más grave aún resulta la circunstancia de hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad, contemplado en la obligación de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer sus antecedentes genéticos, y en esta realidad su madre gestante, violentándose así el derecho del ser humano de saber la verdad acerca de sí mismo y su origen; este reconocimiento está ligado a la necesidad de la certeza de ser descendiente de quienes dicen ser sus padres y poderlos identificar como tales. (Viteri Sánchez, 2019)

La maternidad subrogada da paso a interrogantes en la vida del niño, quien tiene derecho a la identidad y a conocer sus raíces, en este sentido, Guillermina Zabalza y María Victoria Shiro afirman que:

(...) Centrándonos en el niño engendrado es necesario hacer referencia al derecho a su identidad, que implica su derecho de conocer su realidad biológica, pero también su verdad del parto; ya que si bien sus padres son quienes aportaron el material genético, no se puede desconocer el vínculo físico y psíquico que ha engendrado con su madre gestante, es decir, con la mujer que lo cuidó y alimentó durante todo el

embarazo. De esta manera, se estará contribuyendo con la realización del niño, al ser consciente de su realidad y con la personalización de la mujer gestante, quien no es un medio sino un fin en sí mismo. Citado por (Viteri Sánchez, 2019)

Es evidente que llevar a un niño en el vientre y parirlo supone ser mamá, sin embargo, madre también es la persona que ha aportado un óvulo para que posteriormente, con el espermatozoide, se fecunde y formen el cigoto.

El derecho a la identidad es sumamente importante al momento de hablar sobre maternidad subrogada. El niño y sus derechos son los que más importan en esta relación familiar, que despliega consecuencias jurídicas, y, por ende, debe velarse por el interés superior del niño. Si existe una posibilidad de vulnerar alguno de sus derechos, entonces debe optarse por evitar cualquier tipo de daño. Es por esto, que la maternidad subrogada está prohibida en ciertos países, y de aquí la necesidad de que se la regule en todos, pues es un método que pone en riesgo la dignidad y, sobre todo, el derecho a la identidad del niño.

Los problemas que trae al momento de la inscripción del niño, pues, si bien ese es un tema específico de derecho internacional privado, es importante resaltar la afectación psicológica que le produce al niño y la vulneración al derecho a la identidad, pues no conocer que una mujer, de la que no ha obtenido información genética, fue quien llevó su vida durante nueve meses, es privarlo de información y violar su derecho de conocer. El escenario en el que existan cinco personas involucradas en el contrato de gestación por subrogación hace que esta vulneración se vuelva aún peor, pues existen donantes de óvulo y espermatozoide, la mujer que lo llevará en el vientre y los padres intencionales. De igual manera, en el caso de que conozca quién lo llevo en el vientre, el hecho de tener dos madres, ya lo lleva a cuestionarse y repercute emocional y psicológicamente en su vida, lo que, como consecuencia, puede generar una crisis de identidad.

2.2 Conflicto en la filiación

El conflicto jurídico que se genera como consecuencia de la celebración de contratos de maternidad subrogada es la confusión y el rechazo al reconocimiento de la filiación entre los padres intencionales y el niño. En la mayoría de países esta técnica de reproducción asistida no está regulada y su contrato no es reconocido en ese territorio, por esto, muchas personas prefieren viajar a otros países para poder celebrarlo y concebir. Según el tipo de maternidad

subrogada que se dé, la confusión será más grande, pues en algunos casos ni siquiera los padres intencionales aportan su material genético, lo que hace que el menor no tenga relación biológica alguna con ellos, por lo tanto, la filiación se vuelve aún más difícil.

Cada país tiene su propia regulación que debe ser respetada por los demás países, por lo que no puede existir ningún intervencionismo en cuanto a las leyes aplicables dentro de él. En este sentido, existen países que permiten la celebración del contrato de maternidad subrogada, otros que la prohíben y otros que no se pronuncian al respecto. Debido a la diversidad de opiniones y normas jurídicas relativas a la gestación por sustitución existe un mayor riesgo para la vulneración del derecho a la identidad del niño, pues varias parejas pretenden celebrar este contrato en un país donde esté permitido y volver a su país de origen, pretendiendo que la filiación sea reconocida. No obstante, la situación no parece ser tan simple, pues cada país está en su derecho de aceptar o rechazar la validez del contrato, según su normativa vigente.

Países como México, España, Francia e Italia, entre otros, se rigen por el principio *mater semper certa est* lo que quiere decir que la madre del niño, en principio, es la mujer que da a luz. Este es un principio que siempre ha estado vigente, pues es la forma biológica y natural de dar a luz un ser humano, por esta razón, la maternidad subrogada da paso a una crisis de identidad y una difícil identificación de quién es la verdadera madre del niño, la mujer que da a luz o la mujer que aporta material genético.

Así lo afirma la doctora en Derecho Público, María Olaya Godoy, haciendo referencia a la maternidad subrogada:

Su uso ha puesto en tela de juicio el viejo principio pauliano *mater semper certa est*, pues la determinación de la filiación materna ya no se efectúa siempre como resultado del hecho biológico del parto, aunque este criterio sea el predominante en aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, que la prohíben expresamente. (Godoy Vázquez, 2018)

En el Informe de la reunión del Grupo de expertos sobre el Proyecto de Paternidad / Maternidad Subrogada se expone que los expertos abordaron puntos controvertidos que todavía siguen en debate, pues no se ha llegado a ninguna conclusión. Dos de esas cuestiones fueron:

Si la filiación legal inscrita en un documento público expedido en el Estado de origen debe tener el mismo efecto transfronterizo o si, a los efectos del Convenio, debe presumirse que la filiación legal se ha establecido válidamente hasta que se establezca lo contrario. (...) Se discutió la viabilidad de establecer reglas aplicables uniformes y reglas sobre la aceptación de la paternidad legal registrada en un documento público, y debería ser objeto de un debate más a fondo. (Traducción libre) (Experts' and Chair of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project, 2020)

(...) El Grupo de Expertos señaló la necesidad de seguir debatiendo la posible inclusión o exclusión de la paternidad legal establecida como resultado de acuerdos de gestación subrogada en cualquiera de los instrumentos. (Traducción libre) (Experts' and Chair of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project, 2021)

De dicho informe, de la reunión de expertos en la Conferencia de la Haya, se entiende que los temas concernientes a la filiación en maternidad subrogada son muy complejos y por eso deben seguir siendo tratados por los expertos en esta área, pues es un dilema que involucra Derechos Humanos, Derechos del niño y confusiones dentro del Derecho Internacional Privado.

La incertidumbre que se genera por el no reconocimiento del contrato de maternidad subrogada en diferentes países vulnera de manera directa el derecho a la identidad del menor. Es importante rescatar que, según la Corte Europea de Derechos Humanos, los estados europeos pueden rechazar la solicitud de inscripción en el registro civil de su país, pues:

En principio, los Estados partes pueden negar, en su orden jurídico, -dice el TEDH-, los efectos legales de la filiación establecida en otros Estados respecto de nacidos en virtud de gestación por sustitución (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, Labassee vs. Francia, FD 58). El art. 8.2 CEDH así lo permite. Esto es, en presencia de determinadas circunstancias, un Estado parte puede denegar dicho reconocimiento a pesar de que con ello se vulnere el principio de no injerencia del Estado en la vida familiar y/o en la vida privada. (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2015)

Posteriormente, se profundizará los casos Labasse vs Francia (2014) y Paradiso y Campanelli c. Italia, en los que se dará a conocer más a fondo el conflicto jurídico generado por el no reconocimiento del contrato de gestación por subrogación en ciertos países.

Los estados de Francia, Italia y España, como ejemplo prohíben la celebración de estos contratos y presentan una negativa ante el reconocimiento e inscripción del niño en el registro civil. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de los casos franceses, sobre maternidad subrogada, ha concluido que:

“(…) el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor”
(Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2014)

Esto ratifica que definitivamente existe una confusión social y jurídica al momento de la inscripción del niño – derecho vulnerado que afecta de manera directa a la identidad del niño-, pero que, a pesar de esto, se debe acudir al interés superior del niño para proteger su derecho a la identidad y no permitir que se quede sin inscripción.

A partir de esta incertidumbre nacen ciertas preguntas: ¿Quién es la madre del menor? ¿La madre es quien lo ha llevado nueve meses en el vientre y quien lo ha parido? ¿O es la mujer que aportó su material genético? ¿Existe la posibilidad de que las dos mujeres sean las madres? En el caso de que el óvulo sea donado ¿quién resulta ser la madre; la que lo lleva en el vientre, la mujer donante de óvulo o la madre intencional? ¿Cuál de estas mujeres podrá impugnar la maternidad del niño? Y muchas otras cuestiones con respecto a la filiación, y seguramente, a cuestiones de herencia.

La desprotección en la que se deja al niño al no tener un reconocimiento jurídico frente a la filiación y al no estar inscrito en el registro civil de su país por falta de aceptación del contrato de maternidad subrogada, es evidente, pues así sucedió en el caso de Gammy. La concepción de este niño se dio a través de maternidad subrogada, por una pareja australiana y una mujer tailandesa. El padre, David, aportó su espermatozoide, mientras que los óvulos fueron aportados por un donante. En el año 2013, nacen gemelos; una niña y un niño, Gammy a

partir de gestación por sustitución. La particularidad de este caso radica en que Gammy nació con Síndrome de Down, y frente a esto, los padres decidieron llevarse a su país únicamente a la niña, dejando abandonado a Gammy y separándolo de su hermana gemela. La mujer tailandesa se hizo cargo del niño, a pesar de su situación de pobreza. (Farnell vs. Chanbua, 2016)

La incertidumbre de la filiación no permite saber con claridad quién es su madre, la que lo parió, la madre intencional firmante del contrato de maternidad subrogada, o la donante de óvulo, quien finalmente es anónima. Esto conlleva que la inscripción en el registro civil se vuelva más compleja y, los países pueden no reconocer el contrato, lo que consecuentemente trae una crisis de identidad y desprotección jurídica, pues el niño no tendrá nacionalidad, apellidos, ni será inscrito.

Otro caso complejo sucedió en California, Estados Unidos. Una pareja de esposos, Luanne y John Buzzanca, celebra un contrato de maternidad subrogada en el que ninguno de los dos aportó material genético. El espermatozoide y el óvulo fueron donados por donantes anónimos e implantados en el útero de la gestante por sustitución. Durante el embarazo la pareja se divorció y después del nacimiento de la niña, John Buzzanca alega que él no es su padre, pues carecía de relación genética con ella.

Luanne afirmó que ella y su antiguo esposo eran los padres legítimos, pero John rechazó cualquier responsabilidad, financiera o de otro tipo. La mujer que dio a luz también apareció en el caso para dejar en claro que no hizo ningún reclamo por el niño.

El tribunal de primera instancia llegó a una conclusión extraordinaria: Jaycee no tenía padres legales. Primero, la mujer que dio a luz a Jaycee no era la madre; sorprendentemente, el tribunal ya había aceptado una estipulación de que ni ella ni su esposo eran los padres "biológicos". En segundo lugar, Luanne no era la madre. Según el tribunal de primera instancia, ella no podía ser la madre porque no había aportado el óvulo ni había dado a luz. Y John no podía ser el padre, porque, al no haber aportado el esperma, no tenía relación biológica con el niño. (Buzzanca vs. Buzzanca, 1998)

Es evidente que la niña queda desprotegida y la ley permite que los padres se deslinden de su responsabilidad, pues genéticamente no están ligados a ella, por lo que, deciden no hacerse cargo. Además de que la niña corre el riesgo de, efectivamente, quedarse sin padres, su derecho a la identidad se ve totalmente vulnerado, pues desde un inicio, no conoce a sus padres genéticos, posteriormente no conocerá a sus padres intencionales, y se quedará únicamente con la persona que la llevó en su vientre, que, si bien es cierto, por el principio *mater semper certa est* se considera su madre, no está relacionada con la niña genéticamente. Es evidente que se ve afectado el interés superior del niño, pues se vulneran varios derechos como el derecho a tener una familia, el derecho a la identidad, derecho a la identificación y queda desprotegida jurídicamente.

Se podría pensar que el problema surge a raíz del no reconocimiento de la filiación según el ordenamiento jurídico de cada país, sin embargo, el problema surge, verdaderamente, al momento de la celebración del contrato. El simple hecho de que lo firmen tres personas que están relacionadas biológica y genéticamente, o incluso que no lo están, ya da paso a cuestionamientos de orden jurídico y social. El niño, al no tener un reconocimiento claro de la filiación con los sujetos del contrato, queda en un estado de vulnerabilidad total, pues los países no reconocerán sus apellidos y negarán su inscripción en el Registro Civil. Esto repercute directamente en la identificación e identidad del menor.

2.3 Maternidad subrogada: Derecho comparado

La maternidad subrogada ha existido desde mucho tiempo atrás, pero actualmente existe bastante acogida de este método alternativo de concepción. A pesar de esto, solamente pocos países han regulado la gestación por sustitución y reconocen la filiación que nace a partir de esto. Por otro lado, otros países la prohíben expresamente y la mayoría no se ha pronunciado sobre ella.

Entre los países que permiten la gestación por sustitución se encuentran: Australia, Israel, Ucrania, Canadá, Reino Unido, Kenia, India, Rusia, Estados Unidos (algunos estados), Nepal, e inclusive Tabasco, un estado mexicano. (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2020) Como se puede ver, la cantidad de países que permite este tipo de contrato es muy baja, lo que denota que social y legalmente este método alternativo de

concepción todavía no es aceptado por la mayoría de la sociedad, o al menos, por su ordenamiento jurídico, sin embargo, esto no significa que, en la práctica, no se realice esta técnica de reproducción asistida.

En algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica se regula el contrato de maternidad subrogada. Entre ellos, Arkansas y California, este último ha sido fundamental en casos internacionales de maternidad subrogada, específicamente para una pareja francesa que acudió a este país para lograr hacer uso de este método. En 1989, en Arkansas, se aprobó la Ley 647,50 en la que se estableció que el niño que nazca producto de una técnica de reproducción asistida debe ser reconocido como hijo biológico de su padre y madre, aunque la madre no tenga ninguna relación genética con el niño. En el registro de su nacimiento, se presume que la gestante es la madre del niño, sin embargo, se puede obtener otro certificado de nacimiento emitido por un tribunal, en el que se establezca que la comitente es la madre legal del menor.

Particularmente California se ha convertido en un lugar recurrido para celebrar este tipo de contrato, pues en este se regula y establece un monto específico como contraprestación al servicio de gestación subrogada. En este estado, la gestación por subrogación se basa, principalmente, en la jurisprudencia. El caso que dio paso a una apertura a este tipo de contrato fue *Johnson vs. Calvert*, en 1993. La Corte Suprema de California concluyó:

Concluyendo que cuando la futura madre / donante de óvulos y la portadora gestacional tenían iguales derechos de maternidad bajo la ley de California, "la que pretendía procrear al niño, es decir, aquella que tuvo la intención de llevar a cabo el nacimiento del niño para criarlo como suyo- es la madre natural, bajo la ley de California". (Traducción Libre) (*Johnson v. Calvert*, 1993)

Uno de los casos más emblemáticos de toda Europa, e incluso del mundo entero sucedió en California. Una pareja francesa, que no podía concebir, Dominique y Silvie Mennesson viajaron a California para poder llevar a cabo este proceso, pues en Francia, "no es legal la maternidad subrogada, no se reconoce como objeto de reproducción asistida, lo cual la hace prohibida por la ley, no se reconoce ningún tipo de subrogación relacionada, y su prohibición obedece a principios de bioética, relacionados con la dignidad del niño y el comercio" (Sastré Orosco, 2017). De este proceso de gestación por sustitución nacieron las gemelas Valentina y Fiorella. Dominique aportó su material genético, mientras que Silvie no, pues ella no podía

concebir, por lo que una amiga de esta última donó su óvulo para que pudieran concebir. El estado francés se negó a inscribirlas en el Registro Civil, a pesar de que Estados Unidos emitió pasaportes estadounidenses en donde ellas constaban como hijas de los señores Mennesson. Un fiscal francés ordenó al consulado que se las registrara, sin embargo, él mismo inició una acción en contra de la pareja para anular las entradas. El tribunal de Apelación de París las anuló y, como consecuencia, los Mennesson apelaron alegando que se violaba el artículo 3 de la Convención sobre los derechos de los niños, específicamente el interés superior del niño. Finalmente, el Tribunal de Casación francés concluyó que esto iba en contra del orden público francés. En 2014, El Tribunal europeo de derechos humanos determinó que se vulneró el derecho a la vida privada y familiar y condenó a Francia a pagar una indemnización a las gemelas. Según el periódico español “El País” en 2019, la Corte de Casación francesa ha fallado a favor de Silvie, reconociéndola y registrándola como madre intencional de ambas niñas. (El País, 2019)

En el caso Labasse vs Francia (2014) los padres intencionales no lograron concebir un hijo mediante fertilización *in vitro* y decidieron recurrir a la maternidad subrogada, sin embargo, en Francia la celebración de este contrato va en contra del orden público, por lo que viajan a Minnesota y efectivamente conciben una hija mediante gestación subrogada, proceso en el que, únicamente el padre aporta material genético y el óvulo es donado por otra mujer. El conflicto surge al momento del registro de la menor cuando vuelven a Francia, pues, en el Estado no reconoció la filiación de la menor con sus padres intencionales por haber sido concebidas mediante una técnica de reproducción asistida no aprobada por el Estado francés. Cabe mencionar que en Minnesota se expidió un acta de nacimiento en la que los padres intencionales constan como padres de la menor. A pesar de esto, no fueron inscritas en el registro civil francés, pues se alegaba que el contrato es nulo en este país y que la inscripción de filiación generada a partir de esta técnica de reproducción asistida iría en contra del orden público, decisión que repercutió directamente en su derecho a la identidad. Los padres intencionales alegaron que se vulneraba su derecho a la vida familiar, sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que existió una violación al derecho de la vida privada del menor. (Universidad de Salamanca, 2021)

Otro caso emblemático que ha llamado la atención por la decisión de la Corte es el caso Paradiso y Campanelli c. Italia. Los padres comitentes acuden a Rusia para concebir un hijo mediante gestación por sustitución y este país emite el acta de nacimiento en donde consta

la filiación de los padres con el bebé. La particularidad de este caso es que el óvulo procede de una donante, y el espermatozoide que se suponía lo aportó el señor Paradiso, resultó no ser suyo, es decir, hubo un error en la clínica donde se llevó a cabo la fertilización. El niño nació en Moscú, y es reconocido por el Estado ruso como hijo de los ciudadanos italianos. Al momento de llegar a Italia, el Estado no permite la transcripción de dicha acta, puesto que el niño no era hijo biológico del señor Paradiso y la señora Campanelli. Lo interesante de este caso es que por se abre un proceso penal en contra de los padres, y el Estado italiano priva de la custodia del bebé a estos señores y se lo entregan a una casa de acogida. Evidentemente, el niño no fue inscrito en el Registro Civil italiano y se desconoció el acta de nacimiento emitida en Rusia. Al igual que en Francia, reconocer esta acta significaría la vulneración al orden público italiano. Finalmente, el Estado italiano decide dar en adopción al menor, sin la posibilidad de que los padres comitentes lo adopten, pues alega que intentaron burlar el Derecho italiano. (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2015) Finalmente, en la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el año 2015, se condenó a Italia por haber vulnerado el derecho a la vida privada de los padres intencionales. Sin embargo, posteriormente, en el año 2017, el mismo tribunal considera que el Estado italiano actuó conforme a la ley, pues estaban protegiendo el orden público y garantizando los derechos del menor. Asimismo, dictaminó que no se podía determinar la nacionalidad del niño porque se desconocía el origen de los gametos. Por estas razones, decidió privar a los padres intencionales italianos de la paternidad del menor, pues no existía ningún vínculo genético. (Arroyo Gil, 2020)

Por su parte, España ha prohibido expresamente la práctica de maternidad subrogada, pues alega que constituye un problema jurídico en cuanto a filiación y reconocimiento de paternidad, y también porque considera una explotación al cuerpo de la mujer. El 26 de mayo se decretó la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. En su artículo 10 manda expresamente:

Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. 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. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (...). (Jefatura de Estado Española, 2006)

El Parlamento Europeo se ha pronunciado sobre la legalidad y viabilidad de la gestación por subrogación y afirma en su Informe sobre Derechos Humanos:

Condema la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos. (Parlamento Europeo, 2015)

En cuanto a pronunciamientos sobre maternidad subrogada en países latinoamericanos se encuentra México y Colombia. En el caso de México, únicamente el estado de Tabasco regula la maternidad subrogada en su Código Civil de 1997, sin embargo, no existe detalle ni limitaciones a esta regulación. Por otro lado, a pesar de que Colombia no ha regulado este contrato, existe una sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia en la que se pronuncia al respecto. Los protagonistas de este caso son Saraí, madre gestante que aportó material genético, Salomón, padre intencional que aportó material genético y los gemelos fruto de dicha gestación, David y Samuel, quienes nacieron en el año 2006. Saraí y Salomón celebraron un contrato verbal en el que Saraí sería la madre gestante y que, a cambio de esto, él le prometió que tendría “una buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos”. En síntesis, Salomón interpone una acción judicial para quedarse con la custodia de los niños y posteriormente interpone una demanda solicitando que se le conceda el permiso de salida del país para sus hijos. Se le otorga este permiso y, frente a esto Saraí solicita que se revoque dicha sentencia puesto que se violaban los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separada de ella. Finalmente, el caso llega a la Corte Constitucional quien ordena que se cumplan las medidas de protección para restablecer los derechos de los menores y de la madre por su separación. (Sentencia T-968/09, 2009)

Dentro del mismo caso, la Corte establece que existe la necesidad de regular la práctica de este contrato, y enumera los requisitos que deben estar presentes para poder celebrar el contrato. Entre estos que los gametos no sean aportados por la mujer gestante, que el contrato tenga un fin altruista, que se preserve la identidad de las partes involucradas, que la mujer gestante no podrá retractarse de entregar al niño y, finalmente, que los padres intencionales no podrán rechazar al menor en ninguna situación. (Universidad Nacional Autónoma de

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2020)

En estos casos expuestos, el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a conclusiones y decisiones contrapuestas, pues en los casos franceses ha declarado que existe violación, mientras que en el caso italiano ha declarado que el estado actuó acorde a la ley. Ambos se sostienen al interés superior del niño, y es aquí donde se evidencia la ambigüedad de la que se ha hablado anteriormente. Sin embargo, al existir diversas opiniones del mismo tribunal y la falta de pronunciamiento de los demás países, es necesario hacer un llamado para que se regule el contrato de maternidad subrogada con el fin de evitar este tipo de problemas que impactan de manera directa en la vida privada del niño y en su derecho a la identidad.

Conclusiones

La vulneración a la dignidad del niño es evidente, pues si bien puede que el niño como tal no sea el objeto del contrato de maternidad subrogada, su gestación y la formación de su vida sí lo es. Se pone en juego y se reduce a un simple contrato —oneroso o gratuito— el inicio de la vida del niño, algo que no debería ser objeto de un contrato, pues va en contra de la naturaleza humana. En caso de que sea oneroso, se podría estar hablando de comercialización humana, sin embargo, este trabajo investigativo, no se ha enfocado en este tema, sino en la vulneración del derecho, que sin lugar a duda es el que le causará mayor conflicto; el derecho a la identidad.

Puede decirse que, en el contrato, el objeto de este es el niño que va a ser entregado a los padres comitentes apenas nace, sin embargo, quienes están a favor de la gestación por subrogación, alegan que el menor no es el objeto del contrato como tal, sino el servicio prestado por la gestante subrogada de llevar en su vientre al niño hasta dar a luz. Independientemente de una u otra postura, es evidente que ninguno de estos debería ser el objeto de ningún contrato, pues es la vida de un ser humano y por tal razón es *res extra commercium*. A pesar de que este es otro argumento por el que la maternidad subrogada debería regularse o prohibirse en todos los países, este trabajo se ha enfocado principalmente en el derecho a la identidad, sin embargo, es importante darlo a conocer ya que el objeto es un elemento esencial en todo contrato, especialmente en este.

A partir de los casos expuestos a lo largo de este trabajo, el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a conclusiones y decisiones contrapuestas, pues en los casos franceses ha declarado que existe violación, mientras que en el caso italiano ha declarado que el Estado actuó acorde a la ley. Ambos fundamentan sus posiciones aludiendo al interés superior del niño, y es aquí donde se evidencia la ambigüedad de la que se ha hablado anteriormente. Sin embargo, al existir diversas opiniones del mismo tribunal y la falta de pronunciamiento de los demás países, es necesario hacer un llamado para que se regule el contrato de maternidad subrogada con el fin de evitar este tipo de problemas que impactan de manera directa en la vida privada del niño y en su derecho a la identidad.

Es necesario establecer limitaciones para la celebración de este contrato, pues al existir una variedad de alternativas para que se practique una maternidad subrogada, es decir, en sus diferentes tipos, existe más riesgo de afectar a los derechos del niño. Por ejemplo, un contrato de maternidad subrogada en el que participen más de tres personas; hombre donante de espermatozoide, mujer donante de óvulo, mujer gestante, padre y madre intencionales, hace que, definitivamente la filiación se vuelva un problema para los ordenamientos jurídicos. Si bien no se sugiere prohibir este tipo de técnicas de concepción es imprescindible que se celebren a la luz del interés superior del niño, teniendo en cuenta las posibles afectaciones que esto podría causarle y ponderando sus derechos frente a los de los padres.

En definitiva, la regulación del contrato de maternidad subrogada, propiamente tal, es crucial para evitar la vulneración de derechos del niño. En este trabajo se ha evidenciado que su derecho a la identidad se ve completamente vulnerado al existir tantas incertidumbres sociales y jurídicas por la gestación por sustitución. En esta regulación deberá prevalecer el interés superior del niño frente a los derechos reproductivos de las personas, pues al ser un sujeto vulnerable, debe estar protegido y sus derechos deben primar en todo momento.

Referencias

- Aldeas Infantiles SOS Internacional. (2018). El niño y su derecho a vivir en familia en Latinoamérica. *Aldeas Infantiles SOS Internacional*, 5-33. Obtenido de https://www.aldeasinfantiles.org.ec/getmedia/bf7fbd68-17da-46fe-88c1-3dde390a5c5e/El-nino-y-su-derecho-a-vivir-en-familia-en-latinoamerica_estudio-regional.pdf
- Arroyo Gil, A. (21 de Diciembre de 2020). GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: LA DIGNIDAD HUMANA EN JUEGO. *Estudios de Deusto*, 41-73.
- Ávalos, A. G. (2017). La subrogación de la maternidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, 114-125.
- Bernal Brito, J. J. (2015). Ponderación de derechos en la aplicación de subsidiaridad en. Quito, Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4983/1/T1943-MDE-Bernal-Ponderacion.pdf>
- Bohannan, P. (1996). *Para raros, nosotros* (Parte 1. Antropología, cultura y sociedad ed.). Madrid. Obtenido de <https://cazembes.files.wordpress.com/2014/03/bohannan-paul-para-raros-nosotros-parte-1.pdf>
- Brazier, M., Golombok, S., & Campbell, A. (1997). Surrogacy: review for the UK Health Ministers of current arrangements for payments and regulation. *Human Reproduction*.
- Buzanca vs. Buzanca, Docket Nos. G022147, G022157. (Appeals from Superior Court of Orange County, No. 95D002992 March de 1998). Obtenido de <https://casetext.com/case/in-re-marriage-of-buzanca>
- C. Basset, Ú. (2018). Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 13- 47.
- Calvo Caravaca, A.-L., & Carrascosa González, J. (2015). GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. MÁS ALLÁ DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7, 45-113.
- CASE ODIÈVRE v. FRANCE (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 13 de Febrero de 2003).

Caso Contreras y otros Vs. El Salvador (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 31 de Agosto de 2011).

Caso Forneron e hija Vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Abril de 2012). Obtenido de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas.*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Hacia la garantía efectiva de los niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección.* Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos . (2011). *CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Versión comentada.* Guatemala. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28143.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*.* Obtenido de https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Comité Jurídico Interamericano . (2007). *OPINIÓN APROBADA POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.* Río de Janeiro .

Comité Jurídico Interamericano. (2007). *OPINIÓN APROBADA POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.* Obtenido de http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf

Consejo de la Judicatura. (2021). *Guía Interés Superior del Niño.* Ecuador. Obtenido de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Art. 69.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Artículo 66.

Convención Sobre los Derechos del Niño. (1989).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos . (2002). *Opinión Consultiva: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- El País. (2019). La justicia francesa reconoce la filiación de los hijos de vientres de alquiler con sus madres no biológicas. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/sociedad/2019/10/04/actualidad/1570204231_011783.html
- Emaldi Cirión, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 125-125.
- Experts' and Chair of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project. (2021). *port of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy Report of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy Report of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project (meeting from 5 to 9 July 2021)*. Hague Conference on Private International Law. Obtenido de <https://assets.hcch.net/docs/ffa7be80-a3a7-49ca-b6c5-b2abb04c863f.pdf>
- Experts' and Chair of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project. (2020). *Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (meeting from 12 to 16 October 2020)*. Hague Conference on Private International Law . Obtenido de <https://assets.hcch.net/docs/ffa7be80-a3a7-49ca-b6c5-b2abb04c863f.pdf>
- Farnell vs. Chanbua, [2016] FCWA 17 (FAMILY COURT OF WESTERN AUSTRALIA 2016).
- Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium*. Obtenido de <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>
- García, L. (29 de mayo de 2018). *Especial Bioética. Maternidad subrogada ¿cuál es la polémica sobre esta forma de tener hijos?* Obtenido de Ciencia UNAM: <http://ciencia.unam.mx/leer/749/especial-bioetica-maternidad-subrogada-cual-es-la-polemica-sobre-esta-forma-de-tener-hijos->

- Godoy Vázquez, M. O. (2018). LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH, TJUE Y TRIBUNAL SUPREMO. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, 111-131.
- Gutiérrez Capulín, R., Díaz Otero, K. Y., & Román Reyes, R. P. (2016). El concepto de familia en México: una visión desde la mirada antropológica y demográfica. *Ciencia Ergo Sum*, 219-230.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José: Editorama S.A.
- Jefatura de Estado Española. (2006). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>
- Johnson v. Calvert, Docket No. S023721 (Superior Court of Orange County 20 de May de 1993). Obtenido de <https://casetext.com/case/johnson-v-calvert>
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Organización de los Estados Americanos. (2017). *Comunicado de Prensa*. Obtenido de CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/165.asp>
- Parlamento Europeo. (2015). *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto*.
- Rodríguez Díaz, R. N. (2017). Subrogación uterina: aspectos médicos. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 2.
- Rodríguez-Yong, C. A., & Martínez-Muñoz, K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *REVISTA DE DERECHO (VALDIVIA)*.
- Sastré Orosco, J. L. (2017). La maternidad subrogada como derecho humano y su regulación en México. *Revistas Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11242/13217>
- Sentencia T-968/09, Sentencia T-968/09 (Corte Constitucional Colombiana 2009). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014).
- Tapia Rodríguez, M. (2007). CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA(S) EL CASO CHILENO: LAS RETÓRICAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LA LENTA EVOLUCIÓN SOCIAL. *Revista chilena de Derecho Privado*, 155-199. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370840820004.pdf>
- Universidad de Salamanca. (26 de enero de 2021). Webinar: TEDH y gestación por sustitución. Salamanca, España: Innovación Derecho Internacional Privado USAL. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=wwU8YJlqIjw>
- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. (2020). *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*. (M. M. Albornoz, Ed.) Ciudad de México, México.
- Villanueva Flores, R. (2006). Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. *Revista IIDH*, 392-450.
- Viteri Sánchez, M. F. (2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador.
- Zermatten, J. (2003). *El interés superior del niño. Del análisis literario al alcance filosófico*. Obtenido de https://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf