

# 47

Fecha de presentación: enero, 2023

Fecha de aceptación: marzo, 2023

Fecha de publicación: mayo, 2023

## MATERNIDAD SUBROGADA, CUESTIONAMIENTOS

### **SURROGATE MOTHERHOOD, QUESTIONS**

Alfredo Fabian Carrillo<sup>1</sup>

E-mail: [alfredocarrillo@uti.edu.ec](mailto:alfredocarrillo@uti.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5197-8760>

<sup>1</sup>Universidad Tecnológica Indoamérica, Ecuador.

#### Cita sugerida (APA, séptima edición)

Carrillo, A. F. (2023). Maternidad subrogada, cuestionamientos. *Universidad y Sociedad*, 15(3), 499-508.

#### RESUMEN

En la actualidad, la maternidad subrogada, se configura como una técnica de maternidad asistida, que, en algunas sociedades es aceptada y regulada. Sin embargo, su aprobación en el resto de sociedades todavía se encuentra en debate, es así como este trabajo propone como objetivo general revisar críticamente la concepción de los derechos fundamentales que están en juego a favor de los hijos e hijas que nacieron por esta técnica. Para tal cometido, se ha utilizado un enfoque cualitativo, pues responde a una investigación descriptiva de tipo revisión bibliográfica, sustentada en los siguientes métodos histórico-lógico, analítico-sintético y el inductivo, los que permiten realizar determinados cuestionamientos con respecto a los derechos de los padres o madres de aquellas personas que nacen a raíz de una maternidad subrogada. Poniendo de esta manera a la palestra pública, una situación real, actual y controversial, que debería ser mejor analizada, para garantizar los derechos fundamentales de las partes que derivan de la dignidad humana.

**Palabras clave:** maternidad subrogada, dignidad humana, derechos fundamentales, aprobación, cuestionamiento

#### ABSTRACT

Currently, surrogate motherhood is configured as an assisted motherhood technique, which, in some societies, is accepted and regulated. However, its approval in other societies is still under debate, which is how this work proposes as a general objective Critically review the conception of the fundamental rights that are at stake in favor of the sons and daughters who were born by this technique. For this purpose, a qualitative approach has been used, since it responds to a descriptive investigation of the bibliographic review type, based on the following historical-logical, analytical-synthetic and inductive methods, which allow certain questions to be made regarding the rights of the fathers or mothers of those people who are born as a result of surrogate motherhood. Putting in this way to the public arena, a real, current and controversial situation, which should be better analyzed, to guarantee the fundamental rights of the parties that derive from human dignity.

**Keywords:** surrogate motherhood, human dignity, fundamental rights, approval, questioning

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca presentar algunos cuestionamientos a la maternidad subrogada, en razón que en algunos países esta práctica es socialmente aceptada, pero sobre todo regulada. Las técnicas de reproducción asistida, han sido utilizadas desde los años 80 por el desarrollo de la ciencia, en especial con la fecundación in vitro. Sin embargo, la maternidad asistida, ya existía desde los albores de la humanidad, por ello, es importante, discutir los aspectos que dicha situación provoca.

Desde el origen de la humanidad, el centro de la sociedad siempre fue la familia, es el núcleo de la misma, donde se transmitían los valores, tradiciones, cultura y tradición. Con la paternidad sobre todo se divulgaba la esencia de la familia como de la sociedad a la que se pertenecía. Los romanos ya establecieron la filiación como aquel derecho por parte de los padres hacia los hijos en el cual constaba las obligaciones y las implicaciones jurídicas ante la sociedad que implicaba ser padre de familia.

La maternidad subrogada, también conocida como gestación por sustitución, según Rodríguez, et al, (2018):

Es una técnica de reproducción asistida (TRA) a través de la cual una mujer (gestante) llevará el embarazo de la hija o hijo de otra persona o pareja (madre, padre, pareja intencional) que aportará sus propios gametos, o de donantes, para producir embriones que serán transferidos a la mujer gestante a través de fecundación in vitro. (p. 296)

Otro concepto que puede ofrecerse es el dado por cuando dice:

Se trata de un contrato que suele contemplar el compromiso de una mujer (conocida como mujer o madre gestante, portadora, madre por sustitución o gestante de alquiler) a través del cual acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente (también conocida como madre o padre subrogante, madre o padre intencional o aspirantes), a quien o quienes se compromete a entregar la niña, el niño o las y los niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con quienes son subrogantes. (Marret, et al., 2018)

La investigación planteada, no busca dar una respuesta, ya que ello depende de cada uno de los lectores, pero sí pretende generar un espacio de reflexión y cuestionamiento a los derechos que están en juego, entre las partes involucradas. Por ello, se han abarcado temas como conocer que es la maternidad asistida, el derecho de identidad de los niños, niñas y adolescentes, la filiación la regulación de las técnicas de reproducción asistida

haciendo énfasis en la maternidad subrogada y finalmente un espacio de discusión donde se cuestione los derechos que están en juego tanto de aquellos que quieren ser padres o madres como los derechos del nuevo ser.

## DESARROLLO

### Maternidad subrogada

El avance de la tecnología se ha desarrollado de tal manera, que ha cambiado la vida de las personas y del propio derecho. La maternidad subrogada aparece como una nueva forma de familia y se ha convertido en el deseo de ser padre o madre en realidad, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad, no ha sido posible.

La maternidad subrogada según la medicina consiste en:

...un tipo de embarazo, en el cual una mujer lleva en su vientre a un bebe, en lugar de otra que no puede tener hijos, hasta dar a luz. Es así, que una mujer lleva en su matriz un óvulo fecundado con espermatozoides donados, y de esta manera se lleva a cabo el embarazo hasta que nazca la criatura (Rosales, 2018).

Para la Comisión Nacional Bioética en Salud, (2018):

La maternidad subrogada es una práctica en la que una mujer gesta en su cuerpo un bebe previo contrato en el que incluye cláusulas de cesión, cediendo todos sus derechos sobre el recién nacido, a favor de otra persona, que asumirá la paternidad o maternidad de la criatura. Es un proceso médico, donde la mujer gestante también podría donar sus óvulos, pero recibirá en su vientre uno fecundado o un embrión que resulta de gametos que no son propios.

La práctica conlleva sin embargo, el desarrollo de concepciones diferenciadas sobre el ser madre, y potencialmente combinables entre sí: genética (que correspondería a la mujer que aporta el material genético), gestativa o gestacional (la mujer en cuyo útero se produce la gestación), legal (la mujer que asume ante la ley los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad), social (la que asume el rol social), educativa o afectiva (que se hace cargo de la crianza y afectividad que requiere el niño). Y la persistencia del concepto de maternidad integral o plena, en la que es una misma mujer quien asume las categorías previas (Comisión Nacional Bioética en Salud, 2018, p. 1).

En este sentido, se vislumbra, que existen diferentes problemas como quién es la persona que aporta el material genético, quién, lleva el niño en el vientre, y quién asume ante la ley los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad. Como se observa, esto es un problema

complejo, en el que se involucran aspectos genéticos, biológicos y legales.

La maternidad subrogada pretende dar respuesta a los impedimentos fisiológicos de concebir, sino que daría paso a nuevas formas de familia, sin embargo, da paso a violaciones de los derechos fundamentales de las partes intervinientes. Esto podría dar paso a la mercantilización o comercialización del proceso afectando a la dignidad, igualdad y libertad de las partes intervinientes. Es así, como esta situación no debe tratarse fuera del marco legal vigente en las diferentes legislaciones.

Esta situación se presenta por la dificultad de las personas de poder tener un hijo, lo que causa frustración y ansiedad, es por ello, que por medio de la tecnología se pretende buscarlo por vía de la genética. La subrogación gestacional, es una práctica controversial, en razón que se requiere de un tercero, para que cargue el niño de la pareja (Arvidsson, et al., 2015)

La infertilidad, es una realidad que puede estar presente en las parejas, y por ello acuden a diversas formas, para poder cumplir su sueño de ser padres. Sin embargo, es una situación compleja en el ámbito legal, en virtud, de quién será la persona que tendrá derechos sobre el nuevo ser: si los padres solicitantes, por el hecho de haber firmado un contrato y tener el deseo de conocer la paternidad o maternidad; o aquella mujer que presta su vientre. Pero a todo ello, se suma el hecho de la identidad del niño, pues en realidad quienes serán sus padres.

Esta práctica, es empleada desde hace muchos años atrás, lo cual, se lo puede constatar en la Biblia en Génesis 16 versículos 1-3. Este pasaje cuenta la historia de Sarah que no podía dar hijos a su esposo Abraham, es por ello, que solicita al mismo que se acueste con su esclava Agar y que el niño al nacer, lo haga entre sus piernas. Es una de las razones por la que los Códigos civiles contienen disposiciones para evitar la suposición del parto. Es así que la maternidad se apoyaba en un vínculo biológico, desde la Antigua Roma se basó en el principio de Paulo del Digesto (Valdéz, 2014).

Entonces, la maternidad seguía a la filiación Romana ligada al contenido del célebre jurista Paulo. Él trataba, sobre la certeza y formuló la frase "*quia semper certa est*". Mater en las fuentes jurídicas romanas hace alusión a madre biológica, sin importar, si hay o no matrimonio, pero en todo caso, con ello se fija el "status" jurídico del recién nacido. En cuanto, a la paternidad, esta, siempre era reconocida dentro del matrimonio. En consecuencia, la madre o filiación materna se revestía de un punto de vista jurídico, consecuencia de la capacidad natural de

gestar, de una evidente y real certeza. En el caso de paternidad, no existe tal certeza (Dúpla, 2019).

En este sentido, se observa que la maternidad está ligada a un vínculo fuerte, pero sobre todo comprobable, como el parto de forma directa. En cuanto a la paternidad, no existe certeza, pues sólo depende del matrimonio, lo cual da, inseguridad.

En la maternidad subrogada o gestación sustituta:

...la mujer que se ofrece para ser madre subrogada potencialmente podría ser explotada, puesto que, en muchos casos, perteneciendo a la clase social más baja, conciben el servicio prestado como uno de los pocos modos para mantenerse. Un ejemplo tangible es el que nos proporciona la India, en donde muchas mujeres son fecundadas con el óvulo de una pareja deseosa de un niño, comprometiendo su propia salud sicológica y sometiendo a las limitaciones relativas del embarazo. (Baffone, 2013)

Sin embargo, la paternidad por nacimiento debía cumplir con tres circunstancias: 1) dependía de la legitimidad del matrimonio; 2) el parto debe suceder después de los seis meses del matrimonio o hasta 10 después de la extinción del matrimonio por divorcio o fallecimiento; 3) el padre debía aceptar a su hijo o reconocerlo judicialmente (Dúpla, 2019). En definitiva, se habla de una paternidad presunta, pues debe concurrir determinadas circunstancias, que al final debe sellarse o con la aceptación o el reconocimiento, en el caso de la madre, la certeza es clara.

A todo ello, con la maternidad asistida, estos criterios se ven claramente afectados, en razón, que aparece un tercero a prestar el vientre, para llevar a una criatura que luego dará aparentemente a aquellas personas que desean ser padres.

La esencia de la filiación materna en los casos «ordinarios», resulta de una combinación de voluntad, genes y gestación, de modo que la mujer que tiene la intención de ser madre ha aportado su propio material genético, ha gestado y alumbrado al niño. Sin embargo, de tales elementos descritos parece incuestionable que es la voluntad de ser madre el elemento esencial, sobre todo en aquellos supuestos donde la procreación se produce con auxilio de las técnicas de reproducción humana asistida. De igual modo, la adopción se erige como vía, para obtener la condición de madre legal de un niño que no está vinculado genéticamente a la mujer que adquiere tal condición, que tampoco gestó ni alumbró a su hijo adoptivo. No obstante, está arraigado en las concepciones jurídicas el rechazo a la gestación por sustitución, sobre la base de que tal práctica constituye un atentado contra la prohibición de disponer y comerciar con el cuerpo humano (Valdéz, 2014, pp 463-464).

El problema de la filiación y de la maternidad asistida, consiste en que intervienen elementos biológicos, de voluntad, y gestación. Pero, con la maternidad subrogada, existe sólo el deseo de ser madre, a lo cual, el derecho se cuestiona, si es suficiente. Además, con ello se suscita otro problema un tanto ético, si con esta práctica en realidad se da paso, a la comercialización del cuerpo y un negocio rentable.

### Derecho a la Identidad de los Niños, Niñas y Adolescentes

La Constitución de la República de 2008, en el artículo 45 se consagra el derecho a la identidad, nombre y ciudadanía (Asamblea Constituyente, 2008). Es así, que se consagra como un derecho constitucional.

La identidad personal es un problema filosófico que incluye diferentes dimensiones, en la metafísica se preocupa por determinar el fundamento de la identidad, donde se involucra en su naturaleza; por otro lado, la epistémica, busca conocer en que se basa la identidad (Córdoba, 2018). Es así, que se configura como un problema importante, en saber cómo se estructura la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

De tal manera, hablar de identidad es fundamental, para cada persona, así, que debe ser analizada desde el área de la psicología. En razón que se encuentran aspectos que tienen que ver con aspectos del ser y de la esencia de la persona.

[...] ¿quién soy yo y por qué? Remite a la historia que nunca deja de desplegarse, de crearse, para seguir trabajando sobre la identidad y el sentimiento de sí, íntimamente dependientes de las huellas que van dejando en nosotros los lazos con los objetos libidinales y los logros que constituye nuestro devenir (Rother, 2003)

Estas son las preguntas, que mueven a todo ser humano, saber el origen y la razón en este mundo, comprender que los pasos por esta vida, es por algo. Para, Sigmund Freud, desde los más remotos tiempos, se buscaba comprender que es lo que hace a cada ser diferente y como diferenciarlo de lo demás. El autor indica que descubrir los elementos del Yo, son fundamentales, para la estabilidad anímica y física del ser (Freud, 2003).

El ADN de una persona permite determinar quién es alguien en el sentido idem de la identidad, porque garantiza, precisamente, la continuidad ininterrumpida a través del tiempo de un organismo biológico. Pero el genoma de un individuo no da cuenta de quién es una persona, aunque pueda resultar criterio necesario y/o suficiente para determinar la identidad de un individuo biológico (Córdoba, 2018, p. 211)

Toda persona tiene una identidad que según la genética viene dado por los cromosomas dados por los padres y va a forjar determinadas características en el nuevo individuo.

Por otro lado, el artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 33 consagra el derecho a la identidad e indica la responsabilidad del Estado, de resguardar dicho derecho (Congreso Nacional, 2002).

Una de las formas de garantizar el derecho de identidad de los niños y niñas es el registro del nacimiento, en razón que se configura como un acto jurídico en el cual, el Estado garantiza la identidad, nombre, filiación, cultura y nacionalidad a un individuo. De la misma forma, se garantiza a una persona el reconocimiento administrativo de su existencia y personalidad jurídica (UNICEF México, 2018).

Dada la relevancia del registro de nacimiento y el impacto que éste tiene para la garantía del derecho a la identidad y su interacción con otros derechos necesarios para el libre desarrollo, seguridad y bienestar de la población infantil, es necesario que el desempeño de este acto se apegue a los principios de equidad, universalidad e inmediatez. Lo anterior, con la finalidad de eliminar las barreras que pudieran generar efectos discriminatorios que profundicen las brechas de desigualdad y generen condiciones de exclusión social para determinados grupos de población o personas que se encuentren en situación de desventaja social (UNICEF México, 2018, p 13).

El registro de nacimiento va de la mano con el derecho de identidad y abre las puertas a los demás derechos, el mismo implica tener un nombre, apellido, nacionalidad y sobre todo ser identificada como persona.

### Filiación

La filiación es un vínculo que une a los hijos con sus progenitores, con el despliegue de un número de deberes y obligaciones. Este vínculo puede ser biológico, como por adopción. De la misma manera, nace por nacimiento, adopción o reconocimiento.

La filiación es la clave del derecho de familia. Desde la Antigüedad, el matrimonio y familia son dos aspectos indiscutibles de la vida, propios de la supervivencia de la sociedad, ya que es un modo de garantizar la existencia de los miembros del género humano. Además, el procrear permite el desarrollo integral de una persona y su integración armónica al cuerpo social que le concede su humanización. Al darse una familia, se da relaciones jurídicas. Por ello, el matrimonio da como resultado la familia, que garantiza a los Estados nuevos ciudadanos (Aguirre, 2013).

El matrimonio desde la Antigua Roma, fue una cuestión de honor, y se creía que las personas que tenían hijos varones continuaban en ellos. Es por eso, que, si no se contaba con hijos varones, se debía adoptarlos, en razón, que ellos eran los encargados de continuar con el patrimonio familiar, la religión y los negocios. Además, el *pater* de familia era el sacerdote de la familia y era el encargado de que la religión continuará en los descendientes. Por otro lado, la familia era la especie de escuela, para formar los valores del imperio romano, y de esta manera instituir a los nuevos ciudadanos.

Las raíces biológicas y antropológicas del matrimonio y familia, esta primero el carácter sexuado del ser humano, esto indica que la especie humana viene determinada por el sexo a la que pertenece. Lo cual ya depende de cuestiones naturales que han tomado variaciones y posiciones conforme evoluciona la sociedad y se desarrolla la cultura. Y es así, que el reproducirse se convierte en la clave del interés social del matrimonio y de la familia (Aguirre, 2013).

Es así, que la relación filial es la relación familiar fundamental, al matrimonio se lo considera, la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer. Es por ello, que toda relevancia la tiene la filiación desde el punto de vista finalista, pues la familia con hijos cumplirá un rol importante en la sociedad. Conforme pasa el tiempo, la filiación se va desvinculando del matrimonio, y cada uno de ellos se presentan como aspectos independientes, lo cual, se ha dado por dos cuestiones (Aguirre, 2013).

La primera, en la actualidad no es importante el matrimonio civil, lo que implica que las personas pueden mantener relaciones sexuales, sin estar casadas. Es que, el mantenimiento de las mismas, no son garantías además de concebir un hijo. En este caso, comentado, de que no se logre concebir un hijo y las personas estén casadas, se convierte en un matrimonio no procreativo, pero por el problema de la impotencia en uno de los cónyuges, no es fructuoso.

Lo que hace a su vez que el matrimonio, ya no tenga la imperiosa necesidad de procrear. En segundo lugar, la admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, que impone la desvinculación estructural entre matrimonio y procreación. Esto se da porque los matrimonios homosexuales, son matrimonios estructurales no procreativos, en los cuales ya no existe el impedimento de la impotencia. Sólo, el matrimonio entre dos personas da lugar a la procreación, pero cuando existe la ausencia del mismo se debe por la incapacidad de uno de los cónyuges. Pero, en el matrimonio homosexual, es su misma estructura la que resulta incompatible con la procreación, y es un matrimonio

estructuralmente no procreativo. Es decir, se da una radical desconexión que propicia entre matrimonio y procreación (Aguirre, 2013)

De esta manera, se observa que en la actualidad el matrimonio cumple otra función, no necesariamente tienen o debe procrear, por lo tanto, la filiación se ha vuelto una cuestión de relación entre hijos y progenitores, que genera obligaciones y deberes, y que no necesariamente viene de un matrimonio.

La filiación, es el vínculo entre padres e hijos, la misma palabra tiene sus orígenes en la acepción latina *filii*, *filii*, que significa hijo. Además, se indica que "... no es únicamente el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, et., que existe entre padres e hijos lo que protege y regula por medio de la ley civil" (Larea, 1986, p. 318)

De esta manera, la filiación se configura como un derecho que especialmente tienen los hijos, para conocer sus nexos humanos con aquello quien lo han procreado. Estos nexos, mencionados a la vez configuran el derecho de identidad que cada uno de los seres humanos posee.

La filiación ayuda a determinar la procedencia de los hijos con respecto a sus progenitores, es así, se presenta una dimensión biológica, derivado del hecho de la generación. Incluyendo aspectos sociológicos, psicológicos, etc., pero las dimensiones relevantes son: la biológica y jurídica.

En cuanto al primer aspecto, el derecho de filiación es la relación biológica entre gerentes (padre y madre) y generadores (hijos). Es un hecho natural, que se da en todos los seres humanos, pues nadie decide el sistema de procreación. Sin embargo, tiene una dimensión jurídica ya que no sólo se forma de manera natural, genera relaciones de justicia, obligaciones y deberes por parte de padres e hijos, interviene la asistencia moral y material que dan derecho a los hijos de recibir ayuda. Por la contraparte, los padres son a quienes a sus hijos deben ayudar y asistir de acuerdo a la ley.

Se constituye así, derechos y deberes de los padres biológicos de atender a los hijos, y el derecho de los mismos de recibir tal ayuda. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su Artículo 9.1 que "los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos", salvo que tal separación sea necesaria por el interés del menor; y más claramente, en su Artículo 18.1, dispone también que "los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos

padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.” (UNICEF Comité Español, 2006).

De esta manera, los derechos, obligaciones y deberes que tienen los padres con respecto a los hijos, están regulados en los diversos ordenamientos positivos y las respectivas Cortes y Tribunales lo desarrollan en su jurisprudencia.

Es el vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una desciende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hecho biológicos y/o de actos jurídicos. La filiación es la relación o vínculo biológico entre los integrantes de la familia que es reconocido por el derecho regulado en la ley. Este vínculo se refiere al que existe entre padres e hijos. Como consecuencias de este vínculo, la ley reconoce derechos y obligaciones para las personas unidas por relaciones filiales. En este caso, estamos hablando de paternidad y maternidad biológica, la que es reconocida para efectos legales y entonces hablamos de paternidad y maternidad jurídica. Por cuanto, hace a la relación de los hijos respecto a los padres, hablaremos de filiación en sentido estricto (Pérez, 2010, p. 120).

Es, entonces, fácil de calificar como fundamental a la filiación, para que garantice las obligaciones y responsabilidades de los padres con respecto de sus hijos, pero, además, genere y desarrolle esas características psicológicas y personales en los seres que son sus descendientes.

Ante aquello, es importante diferenciar los diferentes tipos de filiación, determinando así, si es necesario o no la procreación.

La doctrina reconoce a la filiación legítima cuando del matrimonio nace los hijos e hijas, o cuando lo hubo, aunque se disolvió.

La filiación natural se da cuando surgen los hijos e hijas fuera del matrimonio. Por lo tanto, la filiación se establece respecto de la madre automáticamente y en el caso del padre, se da cuando el mismo de forma voluntario lo reconoce o se declara judicialmente. Generando de esta manera, lazos de derechos y obligaciones más débiles. Y finalmente, la filiación legitimada, que se daba en los casos de los hijos que, habiendo sido concebidos antes del matrimonio, nacen durante el mismo, o los padres los reconocen antes de contraer nupcias, durante las mismas o después de ellas (Pérez, 2010).

Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, en la actualidad todos estos tipos de filiación han quedado atrás, por las nuevas circunstancias de la sociedad y por la interpretación de los derechos humanos.

Recalcando la relación jurídica de filiación tiene fundamento en cuestiones biológicas, y en primera instancia el derecho positivo reconoce como padres e hijos a los biológicos. Pero, cuando la filiación biológica no es reconocida; puede pasar que la filiación jurídica, sea atribuida por error, a quien biológicamente, no es progenitor. De la misma forma, se puede crear la relación jurídica, sin vínculos biológicos, como ocurre en la adopción. La filiación biológica marca los límites institucionales de la filiación jurídica. En otras palabras, el derecho positivo, no crea lazos entre hijos y padres, pero si son vínculos biológicos y jurídico-naturales.

Es padre e hijo, por cuestiones naturales y el derecho positivo lo reconoce y regula, concretando en gran parte su contenido en un tiempo y lugar determinado. De la misma manera la relación de procreación tiene una dimensión de justicia que le dota de lo que cabe denominar una juridicidad innata. El vínculo natural de filiación es, por su propia naturaleza, un vínculo de contenido jurídico: no se puede ser padre e hijo, sin dichas relaciones. A esto se suma que la obligación de los padres de cuidar a sus hijos es una de carácter jurídica. Nace de la propia naturaleza humana, y de la existencia de una relación biológica de filiación. Pero, sobre todo, la filiación proporciona los límites institucionales de la filiación jurídica (Aguirre, 2013).

Sólo la filiación crea vínculos jurídicos, es decir, los deberes, derechos y obligaciones. A esto se suma, la idea que en caso que no se la reconozca, se causará graves violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescente, en razón, que evitaría que los mismos reciban el cuidado respectivo sobre todo a cortas edades, pero a eso se suma la violación a los derechos de identidad, de un nombre y sobre todo una nacionalidad.

Ante lo manifestado, no sólo, cabe indicar que el lazo biológico, es suficiente para agotar el vínculo de filiación, ya que en la realidad es más complejo, no sólo intervienen factores biológicos y jurídicos, están presentes otros volitivos, afectivos, sociales y culturales. Se suma la idea que padre es, verdaderamente, quien se comporta como tal (ama, educa, cuida...) y no únicamente quien está unido por lazos biológicos o jurídicos. Se respalda que la idea de paternidad no sólo es una inseminación, y una maternidad, no es solamente una concepción, embarazo y parto, es decir, no incluye exclusivamente un patrimonio genético (Aguirre, 2013).

En estos casos, se sabe ya que no sólo puede ser una filiación natural, también pueden ser creadas y se dan por adopción o por el uso de técnicas de reproducción asistida, lo que se configura como una filiación legal.

El punto de partida son cuestiones biológicas, pero ha evolucionado la sociedad e intervienen factores sociológicos, psicológicos y afectivos a medida que pasa el tiempo. Lo común es que se desarrolle una filiación natural al momento que nace un niño, pero puede darse el caso que una madre y padre, sin existir ese vínculo biológico, cuide y protege a esa criatura y es ahí donde nace la filiación psico-social (Aguirre, 2013).

En la actualidad, la realidad es compleja y puede darse el caso que personas que no tengan un vínculo biológico se hagan cargo de los niños y niñas. Es por eso, que se relaciona con el derecho a la procreación.

Por otro lado, se ha entendido que la mujer tiene derecho fundamental a procrear que se deriva de los derechos fundamentales: derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad.

Se justifica en el derecho a la libre regulación de la vida privada, en función del derecho al desarrollo de la personalidad, es así que el deseo de ser madre, estaría regulado por el ordenamiento jurídico. Este derecho a procrear, no está ligado con la familia, sino con la persona. En Estados Unidos se reconoce el derecho a procrear como un derecho fundamental. La Corte Suprema de este país ha indicado que el derecho a la intimidad es el derecho del individuo a tomar decisiones sobre engendrar una criatura. La libertad de elección personal en asuntos de matrimonio y vida familiar es una de las libertades constantes en la Enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos. Todo esto bajo los derechos individuales a la procreación y a la crianza de los hijos fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada. En dichos documentos, se reconoce la utilización de las técnicas asistidas para tal fin (Gomez, 1993).

“Esto incluiría a quienes se comportan como un padre, o una madre, sin serlo biológicamente, pero en base a sus derechos sea considerado jurídicamente como tal, no basta con ese comportamiento, sino que debe mediar un mecanismo legal de atribución de la paternidad o maternidad: típicamente, la adopción” (Aguirre, 2013).

En la actualidad, se palpa que las parejas buscan a toda costa cumplir su deseo de ejercer la paternidad y la maternidad a lo cual debemos cuestionarnos algunas cuestiones.

El mero hecho de tratar a otra persona como un hijo, cuando la relación de filiación no está establecida jurídicamente, no constituye por sí solo un mecanismo de determinación de la filiación; a lo más a lo que conduce es a afirmar la posesión del estado de hijo y, en su caso, a través de ella, a facilitar la atribución formal de la filiación. Del mismo modo, al menos en nuestro

derecho positivo, esa circunstancia tampoco sirve para blindar la filiación legal cuando esta no coincide con la biológica (como ocurre en el caso en el que legalmente es padre el marido de la madre, pero el hijo biológicamente es de un tercero), ya que es posible ejercitar las acciones de reclamación e impugnación de la filiación, siempre que concurran los requisitos legales: la posibilidad de ejercitar estas acciones supone dar preferencia a la filiación biológica (que es la que se reclama) frente a la legal (que es la que se impugna). En sentido inverso, para constituir una relación de filiación artificial, desligada por completo de los lazos biológicos (la filiación adoptiva), no se exige que previamente medie una relación afectiva y de trato semejante a la paternofamiliar (es decir, que exista una filiación socio-afectiva), sino simplemente que los adoptantes sean idóneos, y que la adopción sea en interés del adoptando (Aguirre, 2013, pp 87-88).

Para que se reconozca la calidad de padre e hijo, se lo hace por la filiación, no sólo con los actos materiales, se requiere del reconocimiento jurídico. Entre ellos puede ser la adopción como medio para crear la filiación, cuando esta no es natural. Pero, en última instancia depende de la legislación de cada Estado, para reconocer y regular tal situación.

Desde la antigua época romana, se requería que el vínculo se lo dé por el nacimiento, dentro del matrimonio, conforme avanza la sociedad, ya no es un requisito sine qua non, pero si se requiere de un reconocimiento. Es por ello, que a continuación se va a analizar los casos en los cuales, la paternidad o maternidad se la obtiene por técnicas de procreación asistida.

#### Regulación de las técnicas de procreación asistida

Para empezar con este tema, se presenta a continuación estadísticas de números de países que acogen la maternidad subrogada dentro de las legislaciones para al año 2017.

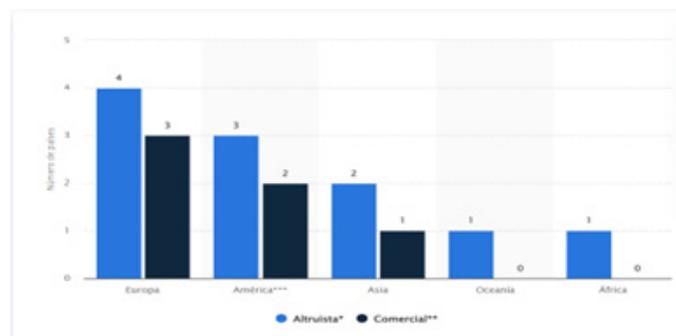


Figura 1. Países con leyes a favor de la maternidad subrogada

Elaborado por: Statista Research Department, 11 de diciembre de 2020, Fuente: <https://es.statista.com/estadisticas/727814/situacion-legal-de-la-gestacion-subrogada-en-el-mundo/>

Para el año 2017, sólo 15 países avalan la maternidad subrogada y la legalizan de manera altruista, sólo los estados de Rusia, Georgia, Ucrania e Israel permiten obtener de ella beneficios económicos (Statista Research Department, 2020). A esto se suma que en México es reconocida y regulada, la maternidad subrogada, existen Centros especializados que se encargan de realizar el trámite respectivo de todo el proceso. Este servicio está disponible, tanto para parejas Heterosexuales Mexicanas, población LGBTQI, nacionales y extranjeros, personas extranjeras solteras o casadas, que, por alguna cuestión de imposibilidad física, riesgo de salud o algún impedimento no han podido lograr el sueño de ser padres o madres.

En España, la gestación subrogada es empleada por parejas heterosexuales entre un 80-85% mientras que en parejas homosexuales entre un 15-20%. Si bien esta práctica en la sociedad es aceptada, y se ha convertido en una forma común de convertirse en padre o madre, genera incomodidad. Si bien, existen nuevos modelos de familias, la misma desafía algunos pactos culturales occidentales profundos, pues rompe barreras de aquello que se ha considerado inamovible con referencia a la familia y la maternidad indispensable en la sociedad moderna. Ha transgredido el modelo tradicional biparental heterosexual, sin embargo, lo único que actualmente se hace, es visibilizar tal situación, pues, existían desde antes (Moreto, 2018).

De esta manera, se desprende que la maternidad subrogada está considerada como un derecho de la persona de cumplir su sueño de ejercer la maternidad y paternidad. Como se vio anteriormente estaría dentro del desarrollo de la personalidad.

Las técnicas de reproducción asistida abrieron puertas a la formación de nuevas clases de familias, que salen de lo convencional, cada día las mismas se perfeccionan. Desde 1980, con la fecundación in vitro, la aparición de diagnósticos fetales y el proceso de control sobre reproductivo estos años ha sido sin precedente alguno. El avance de la medicina como de la tecnología, la evolución de las normas sociales del matrimonio y la sexualidad, permiten que personas con y sin pareja, tanto del mismo sexo, o heterosexuales ejerzan el derecho de crear su familia en colaboración con la ciencia y la tecnología (Moreto, 2018).

Los motivos de la elección de la gestación subrogada van desde cuestiones médicas, como en el caso de mujeres que no nacieron con útero o problemas de salud graves que contraindican el embarazo, problemas de fertilidad, hasta cuestiones de tipo social como que cuenten o no con pareja, o parejas del mismo sexo que imperiosamente requieren de la reproducción asistida. En todo caso, prima el deseo de tener un recién nacido, una familia y ser padre o madre (Moreto, 2018).

De esta manera, se concluye que la maternidad subrogada, se ha venido practicando desde tiempos antiguos y que a partir de los años 80 se la ha visualizado. La misma es una práctica que algunos países es aceptada y regulada, sea sólo con fines altruistas o también comerciales, en todo caso, pone a conocimiento una realidad que enfrenta la sociedad actualidad, ya que las personas la optan por diferentes razones desde médicas hasta por el propio deseo de tener un hijo.

## DISCUSIÓN

La maternidad subrogada es una práctica que pone de manifiesto una realidad que la humanidad la ha venido afrontando desde la propia Época Antigua. El deseo de ser padres, es más fuerte que la propia razón, en virtud, que siempre se ha creído que las personas trascienden a través de los hijos. Sobre todo, algunos años atrás era la forma de la continuidad del apellido, del negocio familiar, hasta de la religión. Sin embargo, es menester analizar algunas cuestiones que giran en torno a indicada práctica.

Si se la considera como una experiencia, que puede ocasionar réditos económicos, se estaría frente a un contrato, el cual tiene cláusulas que deben cumplirse a raja tabla, y se cae en un ámbito comercial, ante lo cual, se convendría cuestionar si la maternidad y el deseo de formar una familia, se lo puede levantar ante intereses que no nacen de los propios derechos humanos.

Por otro lado, se va a tratar a continuación, el derecho de conocer el propio derecho biológico. Este tema, se lo ha empezado hablar tanto en España como en otros países, considerándolo así, como un derecho fundamental de la persona, relacionado con su identidad de persona concreta y diferenciada de cualquier otra. En la Constitución de España, se consagra el derecho de investigar la paternidad, el mismo que está relacionado con la dignidad de la persona, ya que, en el orden moral, es importante conocer la filiación biológica (Aguirre, 2013).

Sin embargo, "la jurisprudencia del Tribunal Europeo, no ha considerado contrario el parto anónimo y que posibilita el ocultamiento del origen biológico de forma intencional" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2008). De esta

manera, el presente derecho, muestra perfiles especiales, pues existe la filiación adoptiva y la derivada de técnicas de reproducción asistida. En cuanto a la primera, “los adoptados tendrán el derecho de conocer los datos de sus orígenes, sin surgir vínculo de filiación, ni ningún vínculo jurídico alguno entre el adoptado y sus padres biológicos según la legislación española” (Aguirre, 2013).

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, se garantiza la confidencialidad de los datos de la identidad de los donantes, aunque los hijos podrían obtener datos generales de aquellos, sin incluir su identidad, sólo de forma excepcional podría ser revelada. Es decir, existe fuertes limitaciones al derecho de conocer el propio origen biológico (Aguirre, 2013).

Es así como, en la reproducción asistida se viola el derecho de la persona a conocer su origen biológico, lo cual constituye un derecho que deriva de la dignidad humana. Además, se debe recordar que pasaría en aquellos casos donde la persona, realmente requeriría a sus padres biológicos de manera médica. Por otro lado, si bien las personas tienen el derecho del desarrollo de la personalidad y de tener hijos, aquellos hijos, también tienen derechos de saber cuáles son sus orígenes.

Además, dicho procedimiento asentaría más la desigualdad social ya que dichos costos únicamente lo podrían satisfacer aquellas personas con recursos económicos, y más que un derecho, se volvería en un privilegio de pocos.

Finalmente, estas técnicas de reproducción ante su revelación o conocimiento, la filiación biológica no entraña vínculos jurídicos de filiación, provocando la disociación entre la procedencia biológica y la filiación jurídica. Es decir, la filiación jurídica no coincide con la biológica, y de esta manera la filiación biológica se vuelve jurídica, sin consecuencias legales (Aguirre, 2013).

Es decir, con las nuevas formas de formar familia de cierta manera se afecta la esencia de la filiación, algo que se lo ha tratado desde los albores de la humanidad. Recordando que España es uno de los países que ha trabajado más este tema, existen legislaciones que aún no la contemplan, pero eso no quiere decir que, en la realidad, no suceda, simplemente no están visibilizadas.

## CONCLUSIONES

La Ciencia y la tecnología avanzan vertiginosamente, lo que en la actualidad a interferido con el desarrollo de la familia, en razón, que permite la creación de nuevas clases, dejando atrás factores tradicionales como el matrimonio, lo cual, ha sido cuestionado.

La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida en la que una mujer acepta prestar su útero, para que en mismo se le insemine un embrión que puede o no estar con su material genético, para que el mismo sea engendrado, además, se utiliza la fecundación in vitro. Con la finalidad de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo y parirlo, para darse a la persona o personas que le encomendaron tal accionar.

Dicha práctica es aceptada y regulada en diferentes países, sin embargo, trae consigo algunos cuestionamientos, por un lado, las personas tienen derecho a ser padres o madres, pero a su vez los hijos tienen el derecho de saber sus orígenes, y por otro lado, en el caso en que este acuerdo tenga beneficios económicos se vuelve un contrato, y como tal tiene cláusulas que deben cumplirse a raja tabla, ante lo cual, deberías preguntarnos, si la decisión de ser padres o madres, se ha convertido en una cuestión de derecho o de comercio.

Es un tema que pone ante la palestra pública, el juego de derechos, tanto de aquellos que no pueden ser padres, como de aquellos hijos que tienen derecho a tener una identidad, y esta identificación se forma por esos nexos biológicos, ya que de una manera sutil formará su temperamento y generará conexiones irremplazables. Las dos partes tienen derechos fundamentales que derivan de la dignidad humana, los cuales, deben ser ponderados y analizados de la mejor manera, para no afectar a ninguno de ellos. Con ello, se pone en evidencia, que si bien la maternidad subrogada, es una práctica de antaño, no quiere decir, que en la actualidad este solucionada, sino que, dadas las condiciones actuales, se está favoreciendo, los derechos de los padres y madres que ejercen su derecho de filiación, olvidando los derechos que también amparan a los hijos e hijas.

A esto se sumaría la idea, que aquella mujer que aceptare la maternidad subrogada, perdería a toda costa sus derechos sobre el nuevo ser, en razón, que realizó un pacto de entregar al hijo de sus entrañas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre, C. (2013). La filiación, entre biología y derecho. *Prudentia Iuris*(76), 117-133.
- Arvidsson, A., Johnsdotter, S., & Essén, B. (2015). Views of Swedish Commissioning Parents Relating to the Exploitation Discourse in Using Transnational Surrogacy. *Plos One*, 10(5).

- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador\\_act\\_ene-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf)
- Baffone, Cristiana, (2013) La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 137*, pp. 441-470, en <https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-pdf-S0041863313711396>
- Congreso Nacional. (2002). Código De La Niñez Y Adolescencia. Registro Oficial.
- Córdoba, M. (2018). La identidad como potencia: Del fracaso metafísico de lo biológico a la resistencia política de la restitución. *Revista de Filosofía*, 203-225.
- Dúpla, T. (2019). El presente del pasado: el principio mater semper certa est y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *RIDROM*, 285-325.
- Comisión Nacional Bioética en Salud. (2018). *CRITERIO Y RECOMENDACIONES BIOÉTICAS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA*. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>
- Freud, S. (2003). *Obras completas*. El Ateneo.
- Gomez, M. (1993). *La Fecundación In Vitro y la Filiación*. Editorial Jurídica de Chile .
- Larea Holguin, J. (1986). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador* . Corporacion de estudios y publicaciones .
- Marre, D., Monnet, N. y San Román, B. (2018), ¿Gestación subrogada ó vientres de alquiler? INFORME FINAL, en <http://grupsderecerca.uab.cat/afin/content/diana-marre-1>
- Moreto, A. (2018). Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado Español. *PAPELES DEL CEIC*, 1-6.
- Pérez, M. (2010). La filiación. Nostra Ediciones .
- Rodríguez, J., Gonzalez, M. y Jareño, D. (2019), Preguntas y respuestas sobre la gestación por sustitución: Recibido: 09-04-2018 / Aceptado: 01-07-2019, en *Política y Sociedad* ISSN: 1130-8001 ISSN-e: 1988-3129 <http://dx.doi.org/10.5209/poso.59736>
- Rosales Andrade, V. (2018). La maternidad subrogada: propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. *USFQ Law Review*, 140-156.
- Rother, M. (2003). Identidad y devenir subjetivo. En H. Lerner, *Psicoanálisis: cambios y permanencias*. Zorzal.
- Statista Research Department. (2020). *Número de países con leyes a favor de la gestación subrogada en 2017, por regiones*. <https://es.statista.com/estadisticas/727814/situacion-legal-de-la-gestacion-subrogada-en-el-mundo/>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2008). *Sentencia N° 2003/2008, del 13 de febrero* .
- UNICEF Comité Español. (2006). Convención sobre los derechos del niño. Unicef-comite español.
- UNICEF México. (2018). Derecho a la identidad La cobertura del registro de nacimiento. UNICEF.
- Valdéz Díaz, C. (2014). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la facultad de derecho*, XXXI, 459-482.