

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El Derecho de Arrepentimiento como Mecanismo de
Protección para la Madre Subrogada en Ecuador**

Doménica Denisse Acebo Nicola

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de

Abogada

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Doménica Denisse Acebo Nicola

Código: 00321144

Cédula de identidad: 0950212225

Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

EL DERECHO DE ARREPENTIMIENTO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN PARA LA MADRE SUBROGADA EN ECUADOR¹

THE RIGHT OF REPENTANCE AS A PROTECTIVE MECHANISM FOR SURROGATE MOTHERS IN ECUADOR'S LEGAL FRAMEWORK

Doménica Denisse Acebo Nicola²

RESUMEN

El debate sobre la maternidad subrogada resalta la necesidad de proteger los derechos de las madres gestantes, especialmente debido a su vulnerabilidad por las desigualdades de género y su capacidad de autodeterminarse en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Este estudio propone un mecanismo de protección que otorgue a la madre gestante la posibilidad de cambiar de opinión sobre la cesión de sus derechos parentales. De tal forma, se evaluó que el derecho de arrepentimiento salvaguarda la autonomía y dignidad humana de la mujer, permitiendo que su consentimiento sea una decisión libre e informada en un contexto altruista. En consecuencia, las leyes que regulen la maternidad subrogada en Ecuador deben equilibrar los derechos de las partes involucradas en el contrato, incorporando una perspectiva de género y un enfoque humanitario a fin de garantizar una práctica ética dentro de las técnicas de reproducción humana asistida.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución, madre gestante, padres comitentes, derecho de arrepentimiento, test de proporcionalidad.

ABSTRACT

The surrogacy debate underscores the importance of safeguarding the rights of surrogate mothers, particularly in light of their vulnerability due to gender inequalities and their ability to self-determine in the exercise of their sexual and reproductive rights. This study proposes a protective mechanism that allows the surrogate mother the option to revoke her decision regarding the relinquishment of parental rights. It is argued that the right to withdraw such consent protects the woman's autonomy and dignity, ensuring that her decision is both free and informed within an altruistic framework. Consequently, regulations governing surrogacy in Ecuador should seek to balance the rights of all parties involved, integrating a gender-sensitive and humanitarian approach to ensure the ethical application of assisted reproductive technologies.

KEY WORDS

Surrogate motherhood, birth mother, intended parents, right to withdraw consent, proportionality test.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Gabriela Flores Villacís.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. PERSPECTIVAS TEÓRICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.- 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 5. DISCUSIÓN.- 5.1. ADMISIBILIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- 5.2. CONDICIONES DE DERECHO COMPARADO: ECUADOR Y REINO UNIDO PARA LA ADMISIBILIDAD Y REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.- 5.3. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: INSERCISIÓN DEL DERECHO DE ARREPENTIMIENTO DE LA MADRE GESTANTE.- 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Tradicionalmente, la sexualidad y la fecundación se han considerado conceptos complementarios, y la maternidad se interpretaba como un proceso intrínseco a la gestación, vinculado a la idea de la pareja. Sin embargo, estas perspectivas han sido desafiadas por realidades sociales complejas que han evolucionado gracias al reconocimiento y la progresividad de los derechos humanos, dejando de ser el principio *mater semper certa est* una verdad inquebrantable. El acceso a determinadas técnicas de reproducción humana asistida, THRA, por parte de quienes no pueden concebir o procrear no puede ser ignorado, pues al ser la maternidad subrogada o gestación por sustitución, GS, un fenómeno globalizado, requiere respuestas jurídicas adecuadas, principalmente en lo que respecta a su prohibición o admisibilidad y bajo qué condiciones; en especial si como resultado de su práctica un ser humano llegará al mundo. Si bien hay muchos temas que podrían ser objeto de debate respecto de la GS, el enfoque del presente trabajo se centra en aquellos relacionados con la protección de la madre gestante, particularmente en su derecho de arrepentimiento.

Es preciso definir que el derecho de arrepentimiento es aquella prerrogativa que le otorga a la mujer subrogada la libertad de decidir si desea conservar sus derechos filiatorios como madre del niño que gestó, incluso cuando la intención inicial es entregar al recién nacido a los padres solicitantes al finalizar el proceso. Ello implicaría que el ordenamiento jurídico de nuestro país contemple una solución efectiva para los solicitantes en caso de que la madre subrogada se arrepienta. No se pretende modificar las categorías jurídicas clásicas de incumplimiento contractual, sino de establecer un

amparo para la madre gestante, enfocándose en la alternativa menos gravosa en caso de su arrepentimiento.

Por lo anterior, se establece la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el mecanismo de protección que se debería implementar para salvaguardar la integridad personal y la dignidad humana de la mujer dentro de la gestación por sustitución con la finalidad de prevenir la objetivación y mercantilización de su cuerpo?

Para responder a esta pregunta, se debe partir por la premisa de que, en todos los casos de gestación por sustitución, la mujer gestante es madre, debido al cambio fisiológico, social y emocional que experimenta su ser en integridad durante el embarazo, y cuya individualidad se compromete al ser sometida a un servicio de reproducción en beneficio de otra persona³. En tal virtud, el presente análisis se centrará en dilucidar si, con el fin de establecer la admisibilidad expresa de la GS en Ecuador y salvaguardar el derecho de arrepentimiento de la madre gestante mediante una ley, se deben considerar para su análisis los siguientes aspectos: i) la contraprestación a la madre gestante; y ii) el consentimiento previo, libre e informado de la madre gestante. Con esto establecido, se aplicará un ejercicio de proporcionalidad a fin de analizar si la inserción del derecho de arrepentimiento como mecanismo de protección para la madre gestante tiene un fin legítimo, y es idóneo, necesario y proporcional para justificar la restricción del derecho a formar una familia mediante las TRHA y la integridad psicológica de los solicitantes en el contexto de la GS.

El desarrollo anterior permitirá determinar si la ley debe establecer un límite a la voluntad de las partes y regular aquellos principios y derechos que tendrán prioridad sobre cualquier acuerdo o convención privada, por ser las prácticas, técnicas y procedimientos de reproducción humana asistida actividades de interés público, en cuanto involucran la vigencia de los derechos humanos de las personas intervinientes. La importancia propia de este estudio radica, precisamente, en su finalidad, pues no es otra que el Estado ofrezca una respuesta que brinde mayor seguridad jurídica y tutele de manera efectiva y ponderada los derechos de las partes implicadas.

2. Estado del Arte

Las TRHA han experimentado un desarrollo continuo desde la segunda mitad del siglo XX, época en la que se formalizó el primer acuerdo documentado de gestación

³ Academia Nacional de Medicina de Colombia, “Maternidad subrogada. Concepto emitido por la Academia Nacional de Medicina a la Comisión Primera Constitucional”, *Revista Medicina* 141 (2023), 399.

por sustitución en 1976, gracias a la iniciativa del abogado Noel Keane, quien fundó Surrogate Family Service Inc. en Michigan, Estados Unidos⁴. En 1978, se crea el método de la fertilización *in vitro* y la gestación por sustitución alcanza notoriedad pública en los casos de las gemelas Cristine y Magali, 1983; Baby Cottom, 1985; pero es en 1986, cuando se llevó a cabo el primer caso en la modalidad “gestacional” o “plena”, conocido como el caso de Baby M⁵, donde el embrión se engendra utilizando gametos que no pertenecen a la madre gestante. Ello provocó un cambio, desplazando la gestación por sustitución “tradicional” o “parcial”, cuya práctica se realizaba a través de la inseminación artificial y requería que el óvulo y el útero fueran de la misma mujer⁶.

A partir de entonces, y en la búsqueda de soluciones a la incapacidad humana para reproducirse —especialmente en casos de disfunción eréctil, esterilidad e infertilidad— se desarrollaron diversas actualizaciones científicas en las TRHA, entre las principales:

...[L]a inseminación artificial homóloga (IAH), la heteróloga (IAD) e intraperitoneal (IAI); fecundación *in vitro*, con transplantes de embriones (FIVTE); transferencia intrauterina de gametos (TIG), transferencia de cigotos [...] a las trompas de falopio (ZIFT); inyección intracitoplasmática, y *la maternidad subrogada*⁷.

De las THRA expuestas, la maternidad subrogada es el único tratamiento médico que involucra a una mujer distinta de la paciente, lo que añade complejidades éticas y jurídicas al proceso reproductivo, como señala Juan Antonio Pérez Artigues a fin de incluir en una definición todas las posibilidades de gestación por sustitución, se trata de:

Un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes o subrogantes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos⁸.

Conforme lo anterior, existen diferentes tipos de gestación por sustitución. Según el fin económico que se persigue, el acto puede considerarse de carácter oneroso o altruista:

- **Oneroso:** la madre gestante recibe una compensación económica por parte de quién o quiénes solicitan la asistencia reproductiva en concepto de

⁴ Javier Flores, “Evolución de las tecnologías de reproducción asistida. Una mirada desde la biomedicina”, *Scielo* (2022), 355 - 358.

⁵ Alba Guevara Bárcenas, *Gestación por sustitución: Un tema impostergable en el Derecho de Familia*, 36.

⁶ Gamboa Bernal GA. “Maternidad subrogada a debate”, en *Persona y Bioética* (2023), 3.

⁷ Caridad del Carmen Valdés. “El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: Crónica de una vida anunciada”, *Scielo* (2017) (énfasis añadido).

⁸ Juan Pérez Artigues, “Maternidad subrogada. Problemas jurídicos y éticos del alquiler de vientres”, *Dialnet* 27 (2017), 124.

prestación de servicios, de los gastos que comprende el proceso de gestación y el parto⁹.

- **Altruista:** la madre gestante no espera ningún tipo de contraprestación de quien encarga el niño, pues se entiende que le motiva un sentimiento de solidaridad y de empatía con aquellas personas que tienen problemas para tener hijos¹⁰.

Según la procedencia de los gametos, la gestación por sustitución se clasifica en tres categorías: homóloga, heteróloga y mixta:

- **Homóloga:** la persona o la pareja comitente aportan sus propios gametos¹¹.
- **Heteróloga:** los gametos provienen de personas ajenas a la persona o pareja comitente¹².
- **Mixta:** al menos un gameto pertenece a alguna de las partes involucradas en el procedimiento¹³.

Alva Guevara Bárcenas defiende, de forma argumentada, la permisión de los contratos de gestación por sustitución onerosos, siempre que se utilice material genético heterólogo. Su postura enfatiza que la maternidad implica mucho más que gestar y parir, en tanto comporta un deseo y un compromiso de disfrutar y participar de las etapas que surgen del nacimiento y desarrollo del bebé¹⁴. Por tanto, sería incorrecto hablar de “maternidad” o “madre”, pero que para efectos prácticos, el término de “madre sustituta” resulta útil, a saber, la mujer gestante actúa como reemplazo de la contratante durante el proceso de gestación, es decir, lleva a cabo la gestación para terceros¹⁵.

Es posible que las funciones maternas se diversifiquen en la GS, de modo que el aporte del gameto femenino, la gestación, y la voluntad de ser madre, así como la atribución de la función jurídico-social de madre, correspondan a distintas mujeres, o que algunas de estas funciones se concentren en una sola¹⁶. No se busca en este estudio que el Derecho resuelva cuál es la maternidad que tiene relevancia filiatoria para el *nasciturus*, pero sí en determinar que el rol protagonista de la mujer gestante en este procedimiento

⁹ Eleonora Lamm, “Condiciones y requisitos de la gestación por sustitución”, en *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, (Barcelona: Publicacions i Edicions, 2013), 276.

¹⁰ Eleonora Lamm, “Condiciones y requisitos de la gestación por sustitución”, 273.

¹¹ Farith Simon, “Filiación”, en *Manual de Derecho de Familia*, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2022), 321.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Alba Guevara Bárcenas, *Gestación por sustitución: Un tema impostergable en el Derecho de Familia*, 38.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Eleonora Lamm, “Maternidad y Paternidad”, 31.

médico amerita que la ley establezca un marco de protección, que si bien garantice el empoderamiento y autonomía de la mujer en sus derechos sexuales y reproductivos, tampoco menoscabe su dignidad humana al advertir que tiene la obligación jurídica de poner a disposición su capacidad reproductiva para garantizar el derecho a formar una familia en favor de otros.

Por lo anterior, Eleonora Lamm destaca que las TRHA han desencadenado lo que se denomina una "revolución reproductiva", al desvincular la sexualidad de la procreación¹⁷. La disociación presenta desafíos que superan las estructuras jurídicas actuales y actúa como un catalizador para diversos cambios normativos, porque aunque la procreación ya no está ligada a la ley natural de la cópula entre un hombre y una mujer, es indispensable reconocer que no puede haber gestación sin maternidad. Por ello, y con el propósito de discutir en este estudio, se adoptará la terminología "madre gestante", "maternidad subrogada" o "gestación subrogada" para referirse indistintamente a la mujer que biológicamente alberga un feto en desarrollo en su útero durante el proceso de gestación por sustitución.

Kajsa Ekman sostiene que, sin importar el término utilizado —como "madre de alquiler", "vientres subrogados", "úteros de alquiler", "gestación por sustitución", "gestación por cuenta ajena", "maternidad por encargo" o "maternidad subrogada"—, son eufemismos que ocultan una realidad subyacente: la explotación de la mujer gestante, la cosificación de su cuerpo y la transacción comercial asociada a su capacidad reproductiva¹⁸. Este último concepto plantea serios cuestionamientos sobre la admisibilidad de este tipo de TRHA, por lo cual, será útil a fin de identificar uno de los límites y condicionamientos que el legislador ecuatoriano deberá observar al regular normativamente su permisión.

3. Perspectivas teóricas de la Maternidad Subrogada

La maternidad, definida como el estado o cualidad de ser madre, implica que una mujer ha concebido o dado a luz a uno o más hijos, según el Diccionario de la Real Academia Española¹⁹. Este concepto refleja que la maternidad es un proceso intrínseco de la mujer, dado que todas las TRHA requieren la existencia de un útero funcional para llevar a cabo la gestación. Así, la mujer se convierte en el eje central de las distintas

¹⁷ Eleonora Lamm, "Maternidad y Paternidad", 17.

¹⁸ *Id.*, 39 – 40.

¹⁹ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Octubre 26, 2024].

modalidades de GS, pues se puede ser progenitor en ausencia de espermatozoides u óvulos pero no en ausencia de útero. No obstante, la madre subrogada no solo proporciona su útero; su cuerpo también retiene la memoria de cada embarazo al incorporar células madre de la sangre de los bebés que ha gestado²⁰. Lo que hace necesario definir los conceptos y teorías jurídicas que ponen en tela de juicio la legitimidad de esta práctica, pues la crítica principal se enfoca en si la GS representa un avance o un retroceso para los derechos de libertad de la mujer.

Por un lado, el *feminismo liberal* defiende la gestación por sustitución señalando que, al reconocer la capacidad de las mujeres para celebrar contratos, se las empodera y se las reafirma como sujetos autónomos²¹. Según esta perspectiva, la autonomía de la mujer implica que no puede ser controlada por los deseos de los padres comitentes; por ejemplo, si durante la gestación se detecta un defecto genético en el bebé, los comitentes no podrían obligar a la madre gestante a abortar²². De igual forma, si un esposo no puede forzar a su esposa a continuar un embarazo contra su voluntad, es muy poco probable que un tribunal permita que el padre contractual lo haga²³. Este último ejemplo, sin embargo, no sería proporcional con la perspectiva del *feminismo radical*, que sostiene que en una sociedad patriarcal, la libertad de las mujeres para contratar es solo una ilusión, y que la gestación subrogada representa una nueva forma de control masculino sobre el cuerpo femenino²⁴.

Ahora bien, el catalogado *feminismo cultural* distingue entre la gestación por sustitución altruista y remunerada²⁵. Algunas corrientes rechazan la idea de que la modalidad altruista sea más aceptable que la comercial, enfatizando que tal afirmación no hace más que reforzar las normas y estereotipos de género. La GS altruista aparecería como una extensión de las tareas de cuidado que las mujeres históricamente han desarrollado en el ámbito privado, pero que nunca han sido reconocidos como un trabajo que deba ser remunerado; en este sentido, sería un avance que la GS fuera compensada económicamente. Por el contrario, la *Coalition Internationale pour l'Abolition de la Maternité de Substitution*, CIAMS, una federación de organizaciones feministas y de derechos humanos fundada en 2018, discute que la GS implica la explotación de las

²⁰ Eva Álvarez Martínez, “El apego desde el útero”, *Revista digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia* 11 (2021), 9.

²¹ Eleonora Lamm, “Las posturas «feministas». El debilitamiento de la «condena biológica»”, 244.

²² Joan Mahoney, “An Essay on Surrogacy and Feminist Thought”, *Medicine and the Law* 16 (1988), 83.

²³ *Ibid.*

²⁴ Eleonora Lamm, “Las posturas «feministas». El debilitamiento de la «condena biológica»”, 243.

²⁵ *Ibid.*

mujeres al cosificar su cuerpo, y que este se convierte en medio para la venta de niños al mercantilizar su capacidad reproductiva²⁶.

Más aún, el *feminismo socialista* se inclina por una prohibición de la GS, en tanto constituye una explotación no solo económica sino psicológica también²⁷. Se considera que la madre gestante siente una obligatoriedad por ser útil a una pareja infértil y, además, su consentimiento no es verdaderamente informado, debido a que no puede prever cómo se sentirá al renunciar al bebé ni si llegado el momento realmente desea hacerlo. En este aspecto, la teoría apuesta por negar a las mujeres el derecho a celebrar este tipo de contratos con el fin de protegerlas de posibles arrepentimientos en el futuro²⁸. Asimismo, rechazan la GS al considerar que esta práctica es similar a la prostitución, considerando que también supone la venta de la sexualidad femenina, además de exponerse a un riesgo, aunque pequeño, de muerte o enfermedades graves²⁹.

Con lo expuesto, se evidencia que no hay un consenso unánime sobre la procedencia de la gestación subrogada. En este sentido, lejos de que el presente estudio esté influenciado por una postura doctrinaria específica, se pretende analizar, desde la perspectiva de la mujer, cómo la práctica de la gestación subrogada podría contribuir a la evolución de los derechos humanos, siempre que se respete el objetivo fundamental del ser humano: su dignidad y el bienestar de su propio ser.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

En la sentencia No. 184-18-SEP-CC, la Constitucional del Ecuador, la Corte Constitucional, señala que la legislación ecuatoriana no ha regulado de manera efectiva la protección de las mujeres que optan por la reproducción asistida, especialmente en lo que respecta a su derecho a la integridad personal³⁰. De manera similar, en la sentencia de despenalización del aborto en casos de violación, se establece que, conforme al artículo 4.1 CADH, no existe una protección absoluta al derecho a la vida del *nasciturus*, sino que debe realizarse una interpretación sistemática con otros derechos y principios reconocidos en la Constitución, especialmente con el derecho a la integridad personal de la mujer³¹.

²⁶ “Convención Internacional Feminista para la abolición de la gestación por sustitución”. Coalition Internationale pour l’Abolition de la Maternité de Substitution, 27 de octubre de 2024. <https://abolition-ms.org/es/convencion-internacional-feminista/>.

²⁷ Eleonora Lamm, “Las posturas «feministas». El debilitamiento de la «condena biológica»”, 243.

²⁸ Joan Mahoney, “An Essay on Surrogacy and Feminist Thought”, *Medicine and the Law* 16 (1988), 83.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018, 87.

³¹ Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021, párr. 122.

Las observaciones anteriores permiten ahondar en el campo de los derechos de la mujer desde dos perspectivas: en un lado, la mujer infértil tiene el derecho de acceder a las TRHA y a aprovechar los avances científicos en la planificación familiar en motivo del artículo 16, literal e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW³²; en otro, la madre gestante debe contar con la capacidad de decidir sobre su salud, sexualidad y cuerpo, reconociendo que su rol es esencial para que la persona o pareja que no puede procrear materialice su proyecto de vida a través de la maternidad subrogada.

Con lo señalado *ut supra*, se pretende resaltar la necesidad de brindar una mayor protección a la madre gestante, dado que su función no se limita al simple aprovechamiento de su útero *per se*, si no que abarca la unicidad de su ser para la gestación, conforme se sustenta en los artículos 24 y 148 del Código de la Niñez y Adolescencia, CNA, que garantizan protección a las mujeres en estado de embarazo³³; y los artículos 35 y 43 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, CRE, sobre la protección a la mujer embarazada como parte de un grupo de atención prioritaria³⁴, en concordancia con el artículo 66, numeral 3, literal a) CRE, con el resguardo de su derecho a la integridad personal en sus diversas dimensiones³⁵.

Sin embargo, no se puede dejar de lado los derechos que asisten a la persona o pareja solicitante, pues como alcance de los derechos a la vida privada y la libertad reproductiva derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana³⁶, se incluye al derecho de toda persona a beneficiarse del más alto y efectivo progreso científico para ejercer su autonomía reproductiva, lo que abarca tanto la maternidad y la paternidad como parte del derecho a fundar una familia³⁷ y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure* o de *facto* para ejercer las decisiones de planificación familiar³⁸, en fundamento del artículo 15, literal b)

³² Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, ratificado por el Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

³³ Artículos 24 y 148, Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], R.O. Suplemento 737, de 03 de enero de 2003, reformado por última vez el 29 de marzo de 2023.

³⁴ Artículos 35 y 43, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

³⁵ Artículo 66.3 literal h), Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificado por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

³⁷ Artículo 17.2, Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁸ Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2012.

del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC³⁹, y artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, DADDH⁴⁰.

En Ecuador no existen normas específicas sobre la GS, pero la normativa mencionada proporciona una base para su futura regulación. Esta normativa permite comprender que, al buscar formar una familia y, en particular, al recurrir a las TRHA para la planificación familiar, el Estado debe equilibrar los límites de las garantías individuales y evaluar estos derechos sin menoscabar la integridad de la mujer, cuya protección es fundamental para su dignidad. Este último aspecto está previsto en el artículo 15, numeral 3, literal a) del Protocolo de San Salvador, PSS, que obliga a los Estados Parte a “brindar atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un periodo razonable después del parto”⁴¹, así como el artículo VII DADDH, que reconoce el derecho de la mujer embarazada a recibir protección, cuidados y asistencia especial por su maternidad⁴².

5. Discusión

La práctica de la gestación por sustitución no podría considerarse debatible si no se analizara el medio empleado o el fin demandado para mantener la continuidad de la especie humana. Por lo que, el aspecto negativo de la GS emergería únicamente en el caso de que se restrinja arbitrariamente la autonomía de la mujer con relación a sus derechos sexuales y reproductivos pero no se protegiera su integridad personal cuando dispone su cuerpo a un proceso de gestación por otro. Es precisamente sobre esta base que me gustaría contribuir con mi estudio, a fin de analizar de manera racional que la admisibilidad de la maternidad subrogada se presenta como una valiosa aportación al bienestar de la sociedad en su conjunto, siempre que se establezcan condiciones apropiadas para proteger los derechos de la mujer y de los solicitantes o comitentes.

5.1 Admisibilidad de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Maternidad Subrogada en la legislación ecuatoriana

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 387.3⁴³, establece que el Estado tiene la responsabilidad – acción positiva – de garantizar que su normativa

³⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 19 de diciembre de 1966, ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

⁴⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificado por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

⁴¹ Protocolo de San Salvador, San Salvador, 17 de noviembre de 1988, ratificado por el Ecuador el 10 de febrero de 1993.

⁴² Artículo VII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁴³ Artículo 387.3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

interna coadyuve el usufructo de los descubrimientos y hallazgos que se deriven de la investigación científica y en el campo de la tecnología. Ello tiene concordancia con el artículo 25, cuya disposición reconoce el derecho de las personas a beneficiarse de los avances científicos⁴⁴; de acuerdo al artículo 3 del mismo cuerpo constitucional, se establece que la salud es un derecho que el Estado debe proteger⁴⁵, y el inciso segundo del artículo 32 extiende su ámbito de protección cuando especifica que:

El Estado garantizará este derecho a la salud mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a *programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva*.

La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y *bioética, con enfoque de género y generacional*⁴⁶.

No obstante lo anterior, aunque el acceso a tratamientos de salud reproductiva está protegido en Ecuador bajo un enfoque de género y generacional, y además, los principios constitucionales e instrumentos internacionales ratificados por el Estado no prohíben su práctica, la maternidad subrogada no está regulada en el país. La legislación vigente permite el acceso a la TRHA en circunstancias muy restrictivas, como la esterilidad o impotencia del hombre comprobados científicamente para el acceso a la inseminación artificial; y, por el fracaso verificado y total de los procedimientos naturales de ambos cónyuges para la fertilización in vitro, según lo establecido en los artículos 107 y 109 del Código de Ética Médica en su capítulo XVIII sobre la Planificación Familiar⁴⁷.

En consecuencia, las instituciones públicas, como el Ministerio de Salud, Ministerio de Inclusión Económica y Social, Registro Civil, y entidades judiciales, carecen de un marco jurídico especial que permita motivar sus resoluciones y decisiones de manera adecuada para dar respuesta sobre los procedimientos administrativos que faciliten el ejercicio del derecho a acceder a este tipo de TRHA. Ciertamente, las partes interesadas enfrentan serias dificultades para seguir pautas claras que aseguren la validez jurídica del contrato de gestación por sustitución, dado que, en ausencia de una normativa definida por el poder público, existe incertidumbre respecto a la posible nulidad por

⁴⁴ Artículo 25, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁵ Artículo 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁶ Artículo 32, Constitución de la República del Ecuador, 2008. (énfasis añadido)

⁴⁷ Artículo 107 y 109, Código de Ética Médica, R.O. Suplemento 5, de 17 de agosto de 1992, reformado por última vez el 4 de abril de 2024.

objeto o causa ilícita del contrato, lo que vulnera la seguridad jurídica y el debido proceso de los solicitantes.

5.1.1 Proyecto de Ley sobre TRHA como garantía de no repetición (numeral 3.6) en la sentencia No. 184-18-SEP-CC, caso Satya

El 29 de mayo de 2018, la Corte Constitucional dentro de la causa 1692-12-EP dictó la sentencia No. 184-18-SEP-CC, en cuyo numeral 3.6 sobre medidas de reparación integral, se exhortó a la Defensoría del Pueblo de Ecuador en conjunto con el Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional a presentar un proyecto de ley que regule el acceso a las TRHA, observando para ello los criterios vertidos por la Corte en el análisis del derecho constitucional al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos⁴⁸.

De esta forma, el único proyecto de ley que se presentó para intentar regular la maternidad subrogada se dio durante el gobierno de Lenín Moreno, quien objetó integralmente el Código Orgánico de la Salud el 25 de septiembre de 2020 debido a la urgencia de atender los asuntos prioritarios de control epidemiológico durante la pandemia del COVID-19⁴⁹. A pesar del intento fallido de normar la aplicación de la GS, el proyecto de ley marcó un inicio para la discusión sobre la admisibilidad de la maternidad subrogada condicionada. Si analizamos una de sus disposiciones, encontramos que del artículo 196 del Código Orgánico de la Salud se desglosaban algunos puntos⁵⁰:

- i. Se deberán establecer protocolos por parte de la autoridad sanitaria nacional para llevar a cabo el procedimiento en todas sus etapas.
- ii. El procedimiento médico debe realizarse en establecimientos que posean la licencia correspondiente para la aplicación de la TRHA.
- iii. Es necesario que exista un problema de infertilidad en la mujer solicitante.
- iv. La realización de estos procedimientos está prohibida para menores de edad.
- v. Deben existir protocolos específicos y detallados sobre el consentimiento informado.
- vi. El procedimiento será completamente gratuito, exceptuando los costos de atención relacionados con la fertilización, la gestación y el parto.

⁴⁸ "Por vacíos técnicos y científicos, Ejecutivo veta Código de Salud". Ministerio de Salud Pública, 25 de septiembre de 2020. <https://www.salud.gob.ec/por-vacios-tecnicos-y-cientificos-ejecutivo-veta-codigo-de-salud/>.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

Estos lineamientos generales ponen de manifiesto que temas fundamentales, como la naturaleza jurídica de la constraprestación y el consentimiento informado, no abordan en suficiencia los efectos de la norma ni la posible mercantilización o explotación de la capacidad reproductiva de la mujer. Estos principios no desarrollan la protección a la madre gestante y, específicamente, el derecho de arrepentimiento como una salvaguarda de su autonomía reproductiva.

Se debería procurar establecer con claridad las facultades que los comitentes tendrían sobre la madre gestante en un contexto oneroso, así como los beneficios que ella recibiría en caso de que la gestación se realice como un acto solidario, o viceversa. Por ejemplo, aunque el procedimiento se presente como altruista – requisito vi –, no se especifica si dicha modalidad excluye el carácter transaccional del acto con la entrega del bebé tras el parto, o si justifica la conservación de los derechos parentales de la madre gestante.

Asimismo, es importante determinar qué tipo de consentimiento debe ser otorgado previo a la aplicación del procedimiento médico y si este consentimiento debe incluir una cláusula que respete la filiación de la madre gestante o su renuncia explícita. En este sentido, se debe esclarecer si los comitentes adquieren derechos filiatorios sobre el bebé una vez firmado el consentimiento, y si dicho consentimiento puede ser revocado a lo largo de todo el proceso de gestación – requisito v –.

5.1.2 Un nuevo proyecto de ley orgánica que regula el derecho a la reproducción humana asistida en Ecuador

El 28 de agosto de 2024, la Defensoría del Pueblo emitió una nueva propuesta de ley orgánica destinada a regular el derecho a la reproducción humana asistida en Ecuador. Para lo cual, extendió la regulación normativa a distintas TRHA incluyendo la gestación subrogada, definida en el artículo 7 literal h) como:

[U]n proceso de reproducción humana asistida en el cual una persona, llamada ‘gestante subrogada’ o ‘persona subrogada’, lleva y da a luz a un bebé en nombre de otra persona o pareja. En algunos casos, se utiliza el propio óvulo de la persona y/o donante, y el propio esperma de la persona y/o donante, para crear el embrión que se implanta en la gestante subrogada⁵¹.

La norma contempla tanto el uso de los gametos de la persona o pareja solicitante, como el de donantes externos, los cuales pueden ser combinados con el óvulo

⁵¹ Ver, artículo 7, Proyecto de Ley orgánica que regula el derecho a la reproducción humana asistida en el Ecuador, presentado por la Defensoría del Pueblo el 28 de agosto de 2024.

de la madre subrogada, o bien, solo utilizarse ambos gametos donados, según lo que recomienden los especialistas en fertilidad. Ello sugiere que no habría obstáculos al decidir sobre una modalidad de GS, pudiendo los solicitantes optar por la homóloga, heteróloga o mixta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67, inciso primero del proyecto de ley⁵².

En cuanto a la protección de la madre gestante, que es el objeto de este ensayo, el proyecto de ley establece disposiciones que se inclinan más por una garantía de los derechos filiatorios de la parte comitente, pero no inserta un periodo dentro del cual la madre gestante pueda retractarse, incluso al tenor del artículo 15 literal d) ella renuncia a “cualquier derecho de parentalidad sobre las personas nacidas bajo técnicas de reproducción humana asistida que haya participado directa e indirectamente con sus gametos ya sea por donación o gestación subrogada”⁵³, en concordancia con el artículo 67, cuyo inciso segundo indica que “la persona gestante renuncia a la filiación materna que está determinada por las condiciones contractuales”⁵⁴.

Sin embargo, la normativa sí preve disposiciones que vetan la objetivización y comercialización del cuerpo de la mujer⁵⁵. En concreto, el Título VIII, referido a "Prohibiciones, Infracciones y Sanciones", establece varias proscripciones en el artículo 113, por ejemplo, el literal b) prohíbe la onerosidad de la maternidad subrogada, haciendo una clara diferencia entre una contraprestación económica y una compensación económica resarcitoria por los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto, cuyo pago sí estaría permitido sin alterar el carácter gratuito de la GS⁵⁶.

De igual manera, con la finalidad de evitar la degradación de la dignidad intrínseca de la gestación y la función reproductiva, se permite el acceso a la GS siempre que exista un problema médico que impida el embarazo por parte de la persona o pareja solicitante, conforme lo indica el literal c) del mismo artículo 113. Además, el artículo 67 del proyecto de ley establece que la participación de la madre gestante en el procedimiento debe ser voluntaria, requiriendo su consentimiento previo y expreso. Y el artículo 11 literal c) garantiza que todas las partes involucradas reciban información completa, clara y adecuada sobre los procedimientos, riesgos, implicaciones y

⁵² *Id.*, artículo 67.

⁵³ *Id.*, artículo 15.

⁵⁴ *Id.*, artículo 67.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Id.*, artículo 113.

consecuencias médicas, legales y psicológicas de la gestación subrogada para prevenir vicios en el consentimiento otorgado⁵⁷.

Lo anterior facilitará un ejercicio de derecho comparado que identifique aspectos pendientes de regulación en el ámbito de la GS en Ecuador, pero aun cuando no ofrezca todas las soluciones esperadas para legitimar la práctica, se analizará aquellos puntos principales que, de aprobarse el proyecto de ley, cimentarían la institución en el país de la forma menos controvertida posible.

5.2 Condiciones del derecho comparado: Ecuador y Reino Unido para la admisibilidad y regulación de la maternidad subrogada

Existen diversos sistemas jurídicos en todo el mundo que regulan la GS de maneras distintas: algunos establecen una prohibición absoluta para proteger el orden público nacional, otros permiten la práctica bajo ciertas condiciones y siempre de manera gratuita, mientras que otros la aceptan plenamente. Se ha optado por el sistema jurídico de Reino Unido, cuya normativa ofrece respuestas apreciables en la admisibilidad condicionada de la gestación subrogada, incluyendo el derecho de arrepentimiento de la madre gestante en un contexto altruista. A continuación, se destacan las siguientes condiciones recopiladas:

Tabla No. 1 Cuadro comparativo de condiciones para la aplicación de la GS

No.	Proyecto de Ley en Ecuador	Ley de Reino Unido
I	La gestación subrogada es a título gratuito.	Se autoriza la gestación por otro a título benévolo.
II	Se permite la compensación económica resarcitoria pero no la contraprestación pecuniaria.	Se admite el pago a la gestante de los gastos razonables sin que ello afecte la gratuidad del acto.
III	La madre gestante debe proporcionar su consentimiento previo y expreso, teniendo en cuenta los efectos jurídicos, médicos y emocionales del procedimiento.	La madre gestante otorga el consentimiento para la aplicación de la GS, pero la decisión de ceder sus derechos parentales sobre el niño solo podrá tomarse transcurridas seis semanas desde su nacimiento.
IV	La madre gestante previo a la aplicación del procedimiento renuncia a la filiación materna.	Tras el parto, los padres intencionados disponen de un plazo de seis meses para solicitar la filiación mediante orden parental otorgada por el juez.

Fuente: Elaboración propia, a partir de fuente normativa⁵⁸

5.2.1 Requisitos I y II – Contraprestación a la madre gestante

Adam Smith en su teoría de *la mano invisible* sostiene la idea de que las acciones motivadas por el interés propio no son necesariamente egoístas ni perjudiciales para la

⁵⁷ *Id.*, artículo 11.

⁵⁸ Eleonora Lamm, “Breve referencia a otras legislaciones”, 131 - 142.

sociedad⁵⁹. El ser humano se encuentra frecuentemente en situaciones donde necesita la ayuda de los demás, pero esperar que esta asistencia se base únicamente en la benevolencia ajena es una expectativa poco realista. Establece que, en lugar de depender exclusivamente de la generosidad, es más efectivo motivar el interés propio de las personas, mostrándoles que actuar en favor de las necesidades de otros también les reporta una ganancia⁶⁰. En definitiva, concluye que las relaciones humanas no se basan en el altruismo, sino en el reconocimiento mutuo de beneficios; por lo tanto, el carácter oneroso de la actividad es determinante para la ejecutabilidad del acuerdo, pues en ausencia de un incentivo o interés común que invite a celebrarlo, no sería posible que el contrato de GS llegue a existir.

Por otro lado, desde la perspectiva de la *deontología médica*, la maternidad subrogada solo sería admisible con carácter altruista⁶¹, dado que de haber una transacción económica de por medio, su práctica generaría un control estricto por parte de los comitentes sobre la madre gestante, e incluso se exigiría que el niño nazca sano o rechazarlo si se considera un "producto no deseado" de la transacción, imponiendo así la obligación de abortar en caso de que el niño presente discapacidades⁶². Además, la onerosidad inherente a la práctica supondría admitir la mercantilización de la vida sujeta a normas de mercado, y convertir al recién nacido en un objeto de intercambio económico⁶³. Esto fomentaría la comercialización y explotación de mujeres y niños, lo que en Ecuador configura el delito de trata de personas, tipificado en el artículo 91 del COIP⁶⁴.

En el informe A/HRC/37/60 sobre la gestación por sustitución y la venta de niños en 2018, la Relatora Especial manifestó que la GS onerosa podría llevarse a cabo sin que constituya venta de niños, siempre que se verifique y limite estrictamente los rubros que debe cubrir la compensación económica mediante un control judicial previo⁶⁵. Esto

⁵⁹ Hugh V. McLachlan Y y J. Kim Swales, "Commercial Surrogate Motherhood and The Alleged Commodification of Children: A Defense Of Legally Enforceable Contracts", *Law and Contemporary Problems* 72 (2009), 103.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ "Organización Médica Colegial de España". Colegio General de Colegios Oficiales de Médicos, 20 de noviembre de 2024. <https://www.cgcom.es/notas-de-prensa/expertos-en-etica-medica-senalan-que-la-maternidad-subrogada-atenta-contra-la>

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Artículo 91. Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. Suplemento 180, de 10 de febrero [de 2024, reformado por última vez el 29 de julio de 2024.

⁶⁵ Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su 37º período de sesiones, Resolución, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018.

significa que solo se compensa económicamente a la madre gestante por la gestación y el parto, pero no se paga por la transferencia jurídica o física del niño⁶⁶. Aunque puede parecer un análisis forzado sobre el valor monetario de la GS, lo que la madre gestante transfiere no es al bebé, sino sus derechos parentales.

La importancia de distinguir entre el tipo de contraprestación a la madre gestante es que el pago, ya sea en forma de contraprestación económica o compensación por los gastos razonables, no convierte el acuerdo en inmoral⁶⁷. Para muchas mujeres, es razonable que se busque una compensación financiera al asumir la responsabilidad de realizar una práctica tan compleja y emocionalmente exigente, que requiere atención especial y puede conllevar períodos de inactividad laboral, así como riesgos de complicaciones graves. No se trata de mercantilizar a las mujeres, sino de reconocer y retribuir los costos asociados que los comitentes deben cubrir para la gestante⁶⁸.

Este análisis subraya la necesidad de distinguir entre la *objetivización* del cuerpo femenino y su ulterior *mercantilización*, a saber, la objetivización del cuerpo ya ocurre cuando la mujer ofrece su vientre para gestar un niño con la promesa de entregarlo a los comitentes, independientemente de la naturaleza del pago que se haga. Ahora bien, la mercantilización emerge si se estima que el acuerdo de pago enriquece a la gestante, pero no cuando dicho pago se limite exclusivamente a reembolsar los gastos derivados de su propia situación⁶⁹. Visto de otro modo, la compensación tendría como objetivo evitar la difusión social de la práctica y prevenir la *explotación* de la capacidad gestacional de la mujer, al establecer un condicionante económico⁷⁰. Este planteamiento previene que mujeres fértiles cercanas a la mujer infértil, como hermanas o primas, sean sometidas a presiones familiares para aceptar ser portadoras. En estos casos, si se requiere su ayuda, la persona o pareja comitente debe cubrir los gastos del procedimiento, sin que esto implique un lucro para la madre gestante.

En este escenario, la controversia en torno a la contraprestación a la madre gestante puede resolverse si se reconoce que el fin último de la gestación subrogada no es el fortalecimiento de la economía del país mediante la obtención de beneficios monetarios derivados de su comercialización. En cambio, el propósito fundamental es

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Eleonora Lamm, "Condiciones y requisitos del acuerdo", 275.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Eleonora Lamm, "Condiciones y requisitos del acuerdo", 276.

⁷⁰ Roberto Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*, (Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1998), 142.

garantizar en la medida de lo posible el derecho a formar una familia y proporcionar la oportunidad de tener descendencia biológica a mujeres, hombres y parejas con dificultades para concebir. En consecuencia, la modalidad de GS que mejor promueve la autonomía de la mujer y previene la desnaturalización de su dignidad es aquella cimentada en el altruismo, basado en un régimen donde la madre gestante recibe una compensación económica por los gastos derivados de la gestación, sin que esto implique su enriquecimiento.

5.2.2 Requisitos III y IV – Consentimiento previo, libre e informado de la madre gestante

La doctrina jurídico-política del *liberalismo* y del *individualismo radical* afirma que en una sociedad liberal, donde las mujeres se encuentran en condiciones de igualdad y tienen el derecho pleno de decidir sobre sus cuerpos, su dignidad se preserva cuando presupone su decisión libre, lo que justifica las consecuencias de esa elección⁷¹. Así, esta visión defiende que el consentimiento de la madre gestante debe ser irrevocable, con el fin de proteger las expectativas legítimas de los comitentes de tener hijos. Esta postura es principalmente promovida por asociaciones de padres que buscan contratar a una mujer para la GS, fundamentando su derecho a ejercer la paternidad en una interpretación errónea de la libertad individual de la mujer y el uso de su capacidad reproductiva⁷².

Es así que, las teorías del *postfeminismo* y el *feminismo de la complementariedad* analizan que los contratos de GS atentan gravemente la dignidad de la mujer, cuestionando que el consentimiento de la madre gestante no es verdaderamente libre, ya que no puede prever de antemano sus sentimientos hacia el niño que dará a luz ni anticipar el impacto emocional que podría experimentar al entregarlo⁷³. En virtud de estas posturas, y en respaldo de los principios de autonomía y beneficencia de la deontología médica, se sostiene que la GS solo podría ser legítimamente aceptada si se reconociera la posibilidad de otorgar a la madre gestante un periodo de reflexión durante el embarazo y posterior al parto en el que ella pueda decidir quedarse o no con el bebé⁷⁴.

La doctrina argentina ha examinado que el consentimiento que más se aproxima al requerido para el uso de las TRHA es el que regula el consentimiento informado en el

⁷¹ Leticia Cabrera Caro, “El Consentimiento Libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada”, *Revista Chilena de Derecho* 46 (2019), 542.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Id.*, 538.

⁷⁴ Virginia A. Garaycochea Cannon, “Gestación subrogada, ¿estamos preparados en Perú? Una reflexión desde la ética”, *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia* 69 (2023), 6.

ámbito médico⁷⁵. Y que, para entender su función en la filiación, este consentimiento debe adoptarse de manera progresiva a lo largo de las distintas etapas del proceso⁷⁶. Es decir, se distingue entre un consentimiento inicial que desencadena la preparación del procedimiento médico y, un segundo consentimiento, donde la ley les impone a las partes una reflexión antes de la implantación del embrión en el útero de la mujer gestante y materializa esa reflexión al forzar un nuevo consentimiento⁷⁷. Como se observa, ambos consentimientos tienen objetos diferentes pero enlazados en una sola causa-motivo: la procreación⁷⁸.

En este orden de ideas, el consentimiento constituye un integrante fundamental del contrato de GS que define la filiación del niño como resultado de la práctica⁷⁹. La lógica subyacente es que, al otorgarse el consentimiento en diferentes momentos críticos del proceso, se ofrece a las partes la posibilidad de revocar su decisión⁸⁰, incluso después de la fecundación del embrión y hasta el momento de la implantación, como es el caso planteado en la legislación argentina⁸¹. Toda vez que ese consentimiento está vinculado al establecimiento de una filiación, resulta inevitable que, en ausencia de normativa en Ecuador para determinar la viabilidad de la inserción de un derecho de arrepentimiento por parte de la madre gestante, se recurra por analogía a una estructura jurídica similar que materialice su decisión – de quedarse o no con el bebé – a través de la revocabilidad de su consentimiento, mediando para ello un periodo de reflexión posparto, pues se entiende que, en principio, la madre gestante se somete voluntariamente al proceso de GS a fin de gestar un niño para otros.

No cabe duda de que permitir la revocabilidad del consentimiento de la madre gestante pone en riesgo que los solicitantes no vean satisfecho su deseo de ser padres⁸². Pero establecer la irrevocabilidad del consentimiento, socava la autonomía personal de la madre gestante e incide en su derecho fundamental al desarrollo de su personalidad, a saber, la madre gestante puede cambiar de opinión respecto a la cesión de sus derechos filiatorios a lo largo del proceso⁸³. Sin embargo, si la finalidad de la GS se entiende como

⁷⁵ Úrsula C. Basset, " El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial", *La Ley*, jul. 14, 2015.

⁷⁶ *Id.*, 2.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Leticia Cabrera Caro, "El Consentimiento Libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada", 529.

⁸³ *Id.*, 548.

un acto de generosidad y solidaridad, en el que una mujer ayuda a otros a cumplir su deseo de ser padres, lo razonable sería permitir la revocación del consentimiento sin que esto conlleve una penalización⁸⁴. Un consentimiento genuinamente libre solo puede existir si se reconoce la posibilidad de revocarlo, especialmente en ausencia de una contraprestación económica⁸⁵.

El escenario anterior, sin embargo, presenta complicaciones, debido a que la GS podría resultar menos atractiva para los comitentes si no se exige que la madre gestante renuncie de manera anticipada e irrevocable a sus derechos sobre el niño, incluso cuando haya contribuido genéticamente, como ocurre en el caso de la maternidad subrogada mixta. Esto generaría una situación de inseguridad jurídica para los padres comitentes, quienes podrían verse reacios a asumir los costos del proceso o, lo que es aún más problemático, verse forzados a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios derivados del arrepentimiento de la madre gestante, aunque haya sido un acto altruista. El derecho se enfrenta, entonces, al reto de decidir qué protección otorgar a cada parte, en tanto ambas tienen intereses legítimos, pero también riesgos significativos.

En resumen, el consentimiento libre, previo e informado se basa en el principio bioético de autonomía, que implica el deber de proporcionar información clara y completa sobre los aspectos positivos y negativos de un procedimiento médico, garantizando así que el paciente esté plenamente capacitado para aceptarlo⁸⁶. Por ello, en el marco de este trabajo, se sostiene que el modelo británico plantea el escenario más adecuado, si bien no es muy explícito respecto de cómo opera el consentimiento de las partes en la GS dentro de su sistema jurídico, sí reconoce la individualidad del consentimiento de la madre gestante para ceder sus derechos maternofiliales, indicando que este debe otorgarse dentro de un periodo no menor a seis semanas posterior al nacimiento del niño. Si en el plazo de seis meses contados a partir de este hecho, y una vez que la madre gestante haya otorgado su consentimiento, los comitentes no solicitan la paternidad por orden judicial, el niño será legalmente hijo de ella⁸⁷.

En definitiva, el proyecto de ley ecuatoriano 2024, no abarca de manera exhaustiva todos los aspectos bioéticos relacionados con la figura jurídica. El derecho de

⁸⁴ *Id.*, 545.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Adriana Krasnow, “La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”, *Revista de Derecho privado* 32 (2017), 193.

⁸⁷ Eleonora Lamm, “Breve referencia a otras legislaciones”, 133.

arrepentimiento se ajusta a una visión más protectora de la mujer y de la ética médica, por esta razón, debería ser reconocido a través de un periodo de reflexión – durante el embarazo y dentro de un plazo razonable después del parto – que permita la posibilidad de revocar su consentimiento para la cesión de sus derechos filiatorios. No solo porque protege la dignidad, la integridad personal y la autonomía de la mujer para tomar decisiones libres e informadas, si no también porque permite que la situación jurídica del *nasciturus* al nacer no quede en incertidumbre en caso de abandono del procedimiento por los padres comitentes, pues en todo caso, la madre gestante es la madre jurídica del niño hasta que no ceda sus derechos filiatorios. No obstante, dada la complejidad del tema, considero necesario un ejercicio de proporcionalidad para analizar si una norma que reconozca dicho derecho sería viable en nuestro ordenamiento jurídico.

5.3 Examen de Proporcionalidad: Inserción del derecho de arrepentimiento de la madre gestante

En la sentencia del caso Satya, la Corte Constitucional observa que las TRHA no evidencian una regulación de rango legal que garantice la integridad física, sexual, psicológica y moral de las mujeres cuando se someten a este tipo de procedimientos médicos⁸⁸. Si bien se debe garantizar a la mujer infértil el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva como parte de su derecho a formar una familia mediante las TRHA, también es esencial proteger a la mujer que acepta gestar un niño en beneficio de quienes no pueden hacerlo, siendo así pertinente salvaguardar su salud integral y su vida durante el embarazo, parto y post parto, a la luz del artículo 363 CRE⁸⁹.

En la maternidad subrogada, la mujer es la parte más vulnerable dentro de esta relación jurídica y, por lo tanto, merece una mayor protección. La mujer es un ser humano cuya autonomía es incompleta, pues aun depende de que otros impongan sobre ella la capacidad de decidir sobre su cuerpo⁹⁰. Por ello, y en consonancia con un enfoque que promueva el avance de los derechos de la mujer y mantenga el compromiso con la visión adoptada, se optó por realizar un análisis centrado en la mujer y el hijo como una sola entidad de protección, entendiendo que la vida del *nasciturus* depende de la madre gestante hasta su nacimiento⁹¹.

⁸⁸ Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 87.

⁸⁹ Artículo 363, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁰ Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, párr. 25.

⁹¹ Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, párr. 165.

En esta sección, se analizará la posibilidad legal de que la madre gestante se arrepienta y no esté obligada a entregar al hijo a los comitentes, al menos, hasta un periodo razonable de reflexión después del parto, considerando los matices que el legislador esgrime establecer para su amparo. Se evaluará si la inclusión de este derecho como medida de protección a la madre gestante afecta los derechos de los comitentes, en particular su derecho a tener hijos y su integridad psíquica, y si dicha restricción es compatible con nuestra Constitución a la luz del test de proporcionalidad establecido en el artículo 3.2 de la LOGJCC, que exige verificar que la medida persiga un fin constitucionalmente válido, y sea (1) idónea, (2) necesaria y (3) proporcional con relación a dicho fin⁹².

5.3.1 Finalidad constitucionalmente válida

La Corte Constitucional define que el *fin constitucionalmente válido* debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos⁹³. En consecuencia, el objetivo que se persigue con la inserción del derecho de arrepentimiento es la preservación de la dignidad humana de la mujer – artículo 11.7 CRE –, y con ello proteger la integridad personal de la madre gestante – artículo 66.3.a. CRE –, su derecho al libre desarrollo de la personalidad – artículo 66.5 CRE –, y garantizar en ejercicio de su autonomía y autodeterminación la capacidad de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuántos hijos e hijas tener – artículo 66.10 CRE –. De modo que, se impida la objetivización del cuerpo de la mujer y ulterior mercantilización y explotación de su capacidad reproductiva, asegurando que el acceso a esta alternativa de reproducción no represente un retroceso respecto a la posición jurídica que las mujeres han alcanzado en la sociedad después de una larga lucha por sus derechos de libertad. De ahí que, la medida persigue una finalidad legítima.

La dignidad humana puede medirse desde dos dimensiones en la bioética: la *dignidad como facultad*, cuya referencia identifica la capacidad de actuación del individuo para desarrollar las condiciones que favorezcan el pleno desarrollo de su personalidad; y la *dignidad como restricción*, implica que existen límites a la libertad individual, establecidos por razones de interés general⁹⁴. Ambas perspectivas conforman

⁹² Artículo 3.2. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. R.O. Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009, reformado por última vez el 7 de febrero de 2023.

⁹³ Sentencia No. 11-18-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de marzo de 2019, párr. 107.

⁹⁴ Roberto Andorno, “La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la declaración universal”, en *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, ed. de Héctor Gros Espiell-Yolanda Gómez Sánchez (Granada: Editorial Comares S.L., 2006), 255.

una misma realidad, siendo la segunda una significación extensiva de la primera, conforme la cual cada individuo es titular de derechos y, por ello, debe ser protegido contra actos que contravengan dicho valor intrínseco⁹⁵.

5.3.2 Idoneidad

La Corte Constitucional ha establecido que el requisito de *idoneidad* se cumple si la medida restrictiva es eficaz en lograr el objetivo para el cual fue promulgada⁹⁶. Para este propósito, se debe evaluar que el derecho de arrepentimiento consiga salvaguardar la dignidad humana de la mujer. Con lo cual, para que la dignidad humana sea operativa es necesario recurrir a las prerrogativas más directas y fundamentales de la persona, expresados a través de sus derechos y libertades, como es el caso del consentimiento informado acogido en el artículo 66.10 y 362 CRE y el derecho a la integridad personal – psicológica, moral, física, y sexual – de la madre gestante.

Si bien en Ecuador no se ha desarrollado una jurisprudencia ni una doctrina específica sobre el carácter del consentimiento informado en el contexto de la maternidad subrogada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que existe una estrecha relación entre el derecho al consentimiento previo, libre e informado en procedimientos médicos y la autonomía y autodeterminación del individuo, como parte esencial del respeto a la dignidad humana y los derechos de libertad⁹⁷. De modo que, para que el derecho de arrepentimiento permita alcanzar consentimiento de la madre gestante sobre la cesión de sus derechos filiatorios sea válido, este debe otorgarse de manera previa, libre e informada.

Como se indicó en la sección 5.2.2., es fundamental diferenciar entre el consentimiento inicial, en el que la paciente acepta someterse a una determinada TRHA, y el consentimiento ulterior, en el que, además de los lineamientos previamente establecidos, la madre gestante renuncia a los derechos filiatorios que pudieran corresponderle sobre el niño; ambos consentimientos forman parte de un proceso progresivo hacia la conformación de un consentimiento integral por parte de la madre gestante. Por lo que, en lo referente al respeto de su integridad física y sexual, se entiende que en virtud del primer consentimiento, la madre gestante asume la responsabilidad plena y consciente de los riesgos que podría sufrir durante el procedimiento, cuya lógica

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Dictamen No. 5-19-OP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de diciembre de 2019, párr. 74.

⁹⁷ Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de marzo de 2018.

obedece al poder de la mujer para decidir exclusivamente sobre la disponibilidad de su propio cuerpo, y en el ejercicio pleno de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva, reconocidos respectivamente en el artículo 66.5 y 10 CRE y también en el artículo 16, literal e CEDAW, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”⁹⁸. Más aún, el tribunal constitucional de España determinó que en lo que se refiere a la integridad física y sexual “estamos ante un derecho a la intangibilidad del cuerpo humano, salvo que medie el consentimiento de su titular”⁹⁹.

Ahora bien, respecto del segundo consentimiento, en el que la madre gestante cede sus derechos filiatorios, la psicología ha estudiado que “la subrogación involucra más que la simple gestación de un bebé; implica un proceso de desvinculación emocional que puede ser extremadamente difícil para la madre gestante”¹⁰⁰. El objeto de este tipo de contratos no es el *útero* sino la mujer, la gestación involucra la integridad de toda la persona: su cuerpo, su vida emocional y su bienestar. Es así que, la mujer gestante no puede de antemano predecir cuáles serán sus sentimientos hacia el niño que dará a luz, o si su entrega la afectará emocionalmente. Por lo cual, lo más acorde a la preservación de su dignidad humana es que, la mujer gestante, en virtud del derecho de arrepentimiento, mantenga sus derechos como madre durante el embarazo y un periodo posterior al nacimiento del niño, tiempo en el cual podrá reflexionar sobre si desea quedarse con él.

Con lo expuesto, el reconocimiento de este derecho de arrepentimiento es idóneo porque garantiza adecuadamente el ejercicio de los derechos identificados en la sección anterior y preservan el principio de la dignidad humana de la mujer. En la medida que permite que, incluso cuando se informe cabalmente sobre los efectos sociales, emocionales y jurídicos de la GS, la madre gestante pueda seguir teniendo, en virtud de su autonomía, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y del control de sus derechos sexuales y reproductivos, la capacidad de decidir cuál es la opción más adecuada para ella y para el niño que ha gestado. La inclusión de un derecho de arrepentimiento garantizaría que, aunque la madre gestante preste un consentimiento de manera *previa*, a

⁹⁸ Artículo 16, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

⁹⁹ Aránzazu Bartolomé, “Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data”, *Revista Iberoamericana de Bioética* 6 (2018), 6.

¹⁰⁰ “El caso Baby M: El dilema de la maternidad subrogada”. Elena Flores García, 11 de noviembre de 2024. <https://neuro-class.com/el-caso-baby-m-el-dilema-de-la-maternidad-subrogada/>

lo largo del proceso de gestación y hasta un periodo razonable de posparto, pueda revocar dicho consentimiento para mantener sus derechos parentales, evitando sentirse presionada a actuar en contra de sus convicciones. Así, se le brindaría la seguridad de que su consentimiento es libre y pleno, con la certeza de que puede retractarse si así lo decide.

5.3.3 Necesidad

En referencia al parámetro de *necesidad*, la Corte Constitucional señala que la medida adoptada debe ser, entre las opciones disponibles, aquella que cause el menor impacto o daño posible para lograr el objetivo constitucional¹⁰¹. En este sentido, se ha esgrimido la posibilidad de llevar a cabo un control judicial previo sobre la idoneidad de la mujer que será madre gestante, con el fin de evaluar, a través de un informe psicosocial, si está capacitada para asumir el embarazo y otorgar un consentimiento con plena aquiescencia. Sin embargo, este planteamiento es insostenible, en tanto se condenaría a las mujeres a vivir un embarazo marcado por la indiferencia emocional, sin considerar las secuelas físicas y psicológicas que este proceso conlleva, aun cuando se haga un control estricto de valoraciones psicológicas previas.

Bajo otro enfoque, aunque se limite la GS a una modalidad altruista, la medida solo aborda el problema de la mercantilización de la capacidad reproductiva y su potencial explotación. Establecer o no una retribución económica no dignifica menos o más a la mujer, pues finalmente consciente en poner a disposición su cuerpo como un instrumento para fines gestacionales, con independencia de un pago mediando el proceso.

Por último, se identificó la posibilidad de mantener el principio *mater semper certa est* exclusivamente en el caso de la GS, donde la maternidad determinada por el parto sea el hecho jurídico suficiente para que la madre gestante conserve sus derechos filiatorios¹⁰². Esto sería aplicable independientemente de la modalidad de maternidad subrogada utilizada — homóloga, heteróloga o mixta —, se considera que la mujer que gesta y alumbró un niño es madre a efectos jurídicos¹⁰³. Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia del caso Satya estableció que la determinación de la filiación de los niños nacidos por medio de las TRHA debe hacerse conforme la voluntad de los comitentes de ser padres¹⁰⁴. Por lo cual, el principio *mater semper certa est*,

¹⁰¹ Dictamen No. 5-19-OP/19, párr. 74.

¹⁰² Maricela Pérez de Castro, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, (España: Dykinson, 2013), 329.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Farith Simon, “Filiación”, 324.

obsoleto tras la reforma al Código Civil de 2015, no podría coexistir con el concepto de voluntad procreacional en el ámbito de las TRHA¹⁰⁵.

De esta forma, se ha examinado varios mecanismos que se podrían emplear para ofrecer protecciones a la madre gestante, como el control judicial, la modalidad altruista, e incluso rescatar el principio *mater semper certa est* en el ámbito de la GS. No obstante, el derecho de arrepentimiento es la medida menos lesiva para alcanzar el fin pretendido. Este derecho reconoce la autonomía de la mujer y su capacidad para tomar decisiones libres sobre su propio cuerpo, permitiéndole, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, revocar su consentimiento para la cesión de derechos filiatorios al concluir el periodo de reflexión. Lo hace sin presionar psicológicamente a la madre gestante ni impedir que desarrolle sentimientos hacia el niño durante el embarazo, ya que es precisamente la capacidad de sentir lo que la hace plenamente humana. Además, esta medida no entra en conflicto con los avances alcanzados en materia de filiación en las TRHA, puesto que, en caso de que la madre gestante no ejerza su derecho de arrepentimiento, los comitentes tienen la potestad de inscribir al niño como su hijo, determinándose la filiación conforme a su voluntad de procreación.

5.3.4 Proporcionalidad en sentido estricto

Por último, la Corte Constitucional ha establecido que la *proporcionalidad en sentido estricto* se cumple cuando la restricción de derechos no es desmesurada en relación con los beneficios que se desean obtener al imponer la medida¹⁰⁶. Para ello, se realizará un ejercicio de ponderación, en este caso, determinando si el sacrificio en el ejercicio de los derechos a formar una familia y la integridad psíquica de los comitentes, no resulta desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante la disposición que reconozca el derecho de arrepentimiento de la madre gestante.

Sobre el derecho a formar una familia – artículo 67 CRE –, se ha identificado que el respeto al libre desarrollo de la personalidad y la capacidad de decidir cuántos hijos tener, son derechos que permiten ejercer dicha prerrogativa al permitir que la persona o pareja que, con el fin de formar una familia, tengan la opción de elegir la TRHA como una vía para lograrlo. Particularmente, la maternidad es un componente esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y, por ende, resulta lógico que una mujer que tiene el deseo de ser madre recurra a medios alternativos cuando enfrenta una discapacidad reproductiva, así como un padre con problemas de infertilidad también

¹⁰⁵ *Id.*, 323.

¹⁰⁶ Dictamen No. 5-19-OP/19, párr. 74.

busque la GS para materializar su proyecto de vida, pues decidir los fines y poder escoger los medios es parte del plan de vida de las personas.

En este punto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia y que el acceso para lograr ese derecho son las TRHA, pero que no existe un supuesto derecho al hijo¹⁰⁷. El derecho a formar una familia incluye el derecho a procrear, pero esto no garantiza tener un hijo, sino solo la posibilidad de realizar los actos que de suyo se ordenen a la procreación¹⁰⁸. Así, por ejemplo, nuestro ordenamiento jurídico permite el acceso a la adopción, pero es el juez quien, tras evaluar diversos parámetros legales, sociales y psicológicos, determina mediante una declaratoria judicial de adoptabilidad que los solicitantes cumplen con los requisitos necesarios para convertirse en padre o madre del niño en cuestión, pero si no es así, son retirados del proceso. Lo mismo ocurre con la gestación subrogada, pues aunque no sea el juez quien decida quién puede convertirse en padre como sucede en la adopción, la GS no puede considerarse una medida alternativa para garantizar la paternidad o ese derecho a formar una familia, de ahí que sea legítimo para la madre gestante establecer un condicionamiento.

Ahora bien, sobre la integridad psicológica, es evidente que al implementar la prerrogativa a la madre gestante de arrepentirse, existe la ineludible consecuencia de que los padres comitentes experimenten sentimientos de incertidumbre, ansiedad, estrés o angustia debido a la posibilidad de que la madre gestante cambie de opinión y no cuenten con la seguridad de que el hijo gestado sea finalmente suyo. Sin embargo, esos sentimientos no difieren de los experimentados por los solicitantes en un proceso de adopción, ya que son emociones naturales derivadas de la evaluación de su idoneidad en un proceso legal diseñado para proteger el bienestar del niño. Por lo tanto, no podría afirmarse que en el caso de la gestación subrogada, los mismos sentimientos provocarían una afectación que cause un daño irreversible a la integridad psicológica de los comitentes.

Por lo expuesto, al incorporar el derecho de arrepentimiento a favor de la madre gestante, se refuerza la protección de su libre desarrollo de la personalidad, su autonomía, su derecho a decidir cuántos hijos tener y su integridad personal en todas sus dimensiones,

¹⁰⁷ Marissa Herrera, “¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid* 35 (2017), 73.

¹⁰⁸ Noelia Igareda González, “El hipotético derecho a la reproducción”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 23 (2011), 265.

reconociéndolos como prerrogativas fundamentales de su dignidad humana. En consecuencia, la inserción de la medida no impone una carga desproporcionada sobre los derechos a formar una familia y la integridad psicológica de los comitentes. En efecto, existe un equilibrio entre la restricción de los derechos mencionados *ut supra* y el fin constitucionalmente válido que se persigue, porque además de proteger la dignidad humana de la mujer y no cosificarla, se desinhibe la mercantilización y se descarta la explotación de su capacidad reproductiva.

En conclusión, la inclusión del derecho de arrepentimiento persigue un fin legítimo y cumple con los requisitos del test de proporcionalidad, al ser idóneo, necesario y proporcional. Por lo tanto, debería ser incorporado en la legislación ecuatoriana que regule la maternidad subrogada, con el fin de garantizar que la madre gestante pueda disponer de su cuerpo para este proceso sin que ello vulnere su dignidad humana. Esta medida garantiza que exista una condición de igualdad dentro de la relación jurídica que se constituya a partir de la celebración del contrato, asegurando que aquellas personas que no pueden concebir tengan acceso a la GS para tener descendencia biológica.

6. Conclusiones

La gestación por sustitución se ha posicionado en el ideario social como una respuesta a los problemas de infertilidad, permitiendo que muchas familias logren sus sueños de convertirse en padres o madres. Resulta claro que, el gobierno ecuatoriano, a través de sus instituciones, debe implementar una normativa de rango legal que incluya los parámetros mínimos que garanticen la protección integral de los derechos de las partes involucradas en la GS y, en consecuencia, se defina claramente los límites de su voluntad en el ámbito privado. Como se analizó, la libertad de acceso a las tecnologías de reproducción asistida se vincula directamente con el derecho al libre desarrollo personal y familiar, pero también el Derecho debe buscar salvaguardar la integridad de la mujer, incluso cuando se respete su autonomía y libertad de decisión sobre sus derechos sexuales y reproductivos.

A raíz de lo expuesto, y a partir de lo analizado en este trabajo, se han llegado a las siguientes conclusiones, fundamentadas en dos presupuestos centrales planteados al inicio de este estudio:

i) Se debe introducir el derecho de arrepentimiento a favor de la madre gestante para que su consentimiento sea libre e informado. El análisis a través del test de proporcionalidad demuestra que la inserción de este derecho permite la instauración de

un período de reflexión durante el embarazo y posterior al parto, donde la madre gestante decide sobre la cesión de sus derechos filiatorios a partir de la posibilidad de revocar su consentimiento. Por tal motivo, el fin que se persigue es constitucionalmente legítimo, pues la implementación de la medida demuestra que la capacidad de la mujer para decidir sobre su cuerpo y vida reproductiva no conlleva que sus decisiones deban ser irrevocables ni desprovistas de protección, particularmente cuando esas decisiones pueden afectar su bienestar físico, emocional o psicológico. Tal como se examinó, incluir el altruismo como medida evita la mercantilización de la práctica, pero no garantiza la preservación de la dignidad humana de la mujer cuando consciente ayuda a otros a formar una familia. En este caso, el derecho de arrepentimiento humaniza la corporeidad de la mujer, al mismo tiempo que le otorga capacidad de autodeterminación, contribuyendo a la preservación de su dignidad y autonomía como ser humano individual.

ii) Se ha verificado que la introducción del derecho de arrepentimiento es coherente con el contexto altruista y no oneroso de la gestación subrogada. Incluir el derecho de arrepentimiento bajo esta modalidad, reduce drásticamente la posibilidad de mercantilización que ponga en riesgo la explotación de la mujer o que implique lo que se ha denominado erróneamente como la compra y venta de niños y niñas. Como se analizó, es razonable considerar que la madre gestante reciba una compensación económica por su esfuerzo, sin embargo, la admisibilidad de la GS como un servicio disminuye la naturaleza generosa, solidaria y empática de su acto, desfavoreciendo la naturaleza humanista del derecho de arrepentimiento.

Asimismo, al incluir esta modalidad, se ofrece una salvaguarda adicional frente a posibles presiones sociales o económicas que puedan inducir a la mujer que se encuentra en condiciones de desfavorabilidad financiera a tomar decisiones que no reflejan su voluntad auténtica, como recurrir a la GS como medio de subsistencia, a pesar de los riesgos para su salud. Lo que no pasaría en un contexto oneroso, porque aunque el derecho de arrepentimiento convierta la GS en un *trabajo* que respete la dignidad de la mujer gestante, conforme al artículo 33 de la Constitución, que establece que “[e]l Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad...”¹⁰⁹, ello no impide a los comitentes asumir que tienen derechos sobre el cuerpo de la mujer y el niño por tratarse de un trabajo remunerado.

¹⁰⁹ Artículo 33, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

La mujer debe poder tomar decisiones informadas y libres, pero siempre dentro de un marco que respete sus derechos fundamentales y que impida que la GS se convierta en una práctica que, directa o indirectamente, cosifique su cuerpo para ulteriores acuerdos de mercantilización y explotación de su capacidad reproductiva. Las mujeres han sido históricamente un grupo vulnerable especialmente debido a las desigualdades económicas, lo que justifica la necesidad de brindarles una protección especial y una atención prioritaria. De manera que, el derecho de arrepentimiento debería ser incorporado en la legislación ecuatoriana por tener armonía con los principios constitucionales y bioéticos necesarios para proteger la dignidad humana y la autonomía de la mujer, a la vez que garantiza un acceso proporcional y equilibrado a la gestación subrogada por parte de los comitentes.

Por todo lo expuesto, se concluye que el anteproyecto de ley sobre el acceso a la reproducción asistida en Ecuador 2024, o cualquier normativa aprobada por la Asamblea Nacional, debe contemplar el reconocimiento del derecho de arrepentimiento de la madre gestante, en lugar de imponer, desde el inicio, la renuncia a todos los derechos parentales que pudieran asistirle. La protección de los derechos de la parte más vulnerable, así como la garantía de las medidas necesarias para su resguardo, constituye un acto que debe ser regulado con perspectiva de género, a fin de asegurar decisiones justas y equitativas.