



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Título:

“NECESIDAD DE INCREMENTAR AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA UNA DISPOSICIÓN QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA.”

**Tesis previa a optar por
el Título de Abogada**

AUTORA: ZOILA NARCIZA SARANGO SACA.

DIRECTOR: Dr. Leonardo Vélez Sánchez.

LOJA – ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN

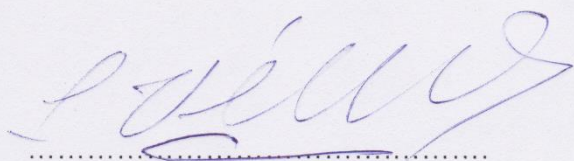
Dr. Leonardo Vélez Sánchez,

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL AREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado durante todo el proceso de su elaboración el trabajo de tesis presentada por la señorita ZOILA NARCIZA SARANGO SACA, bajo el título de: NECESIDAD DE INCREMENTAR AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA UNA DISPOSICIÓN QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA, por lo que una vez que el estudio cumple con los requisitos de fondo y de forma exigidos para el efecto, se autoriza la presentación del mismo para la respectiva sustentación y defensa.

Loja, junio del 2015



.....
Dr. Leonardo Vélez Sánchez,
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AUTORÍA

Yo, ZOILA NARCIZA SARANGO SACA declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTOR: ZOILA NARCIZA SARANGO SACA

FIRMA: 

CÉDULA: 172254317-8...

FECHA: Loja, junio de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

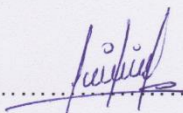
Yo, ZOILA NARCIZA SARANGO SACA declaro ser autora de la Tesis titulada: ZOILA NARCIZA SARANGO SACA, bajo el título de: **NECESIDAD DE INCREMENTAR AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA UNA DISPOSICIÓN QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA** Como requisito para optar al Grado de: **ABOGADA**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 30 días del mes de junio del dos mil quince, firma la autora:

AUTOR: ZOILA NARCIZA SARANGO SACA

FIRMA: 

CÉDULA: 172254317-8

DIRECCIÓN: Loja, San Lucas

CORREO ELECTRÓNICO: zoila-sarango@hotmail.com

TELÉFONO: CÉLULAR: 0967980117

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Leonardo Vélez Sánchez

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Dr. Ernesto González Pesantes (Presidente)

Dr. Mg. Alex Riascos (Vocal)

Dr. Mg. Patricio Valdivieso (Vocal)

DEDICATORIA

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño.

Al creador de todas las cosas, el que me ha dado fortaleza para continuar cuando he estado a punto de caer; por ello, con toda la humildad que de mi corazón pueda emanar, dedico primeramente mi trabajo a Dios.

A mí madre María Teresa Saca Lozano, por ser el pilar más importante y por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional sin importar nuestras diferencias de opiniones.

A mi Padre Marcos Sarango Andrade por ser mi guía y el camino para poder llegar a este punto de mi carrera, que con su ejemplo, dedicación y palabras de aliento nunca bajo los brazos para que yo tampoco lo haga aun cuando todo se complicaba.

A mis hermanas, amigos y compañeros gracias por estar conmigo y apoyarme siempre.

Zoila Narciza Sarango Saca

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia de mi sincero agradecimiento a todos quienes de una u otra manera hicieron posible la exitosa culminación de este trabajo, en especial, a Dios como católica que soy; a la Universidad Nacional de Loja; al docente que me ha dirigido este trabajo; a los docentes de la Carrera de Derecho, quienes con sus experiencias y conocimientos, me han sabido guiar para comprender las temáticas establecidas en cada uno de los años de estudio, y a todos aquellos que de una forma u otra han hecho posible el culmen de esta etapa de mi vida.

TABLA DE CONTENIDOS

CARATULA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TITULO

2. RESUMEN

Abstract

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Qué es la maternidad...?

4.1.2. Definición de la maternidad subrogada

4.1.3. Tipos de maternidad subrogada

4.1.4. Maternidades inmersas dentro de la maternidad subrogada

4.1.5. Técnicas de reproducción asistida

a) Inseminación artificial

b) Fecundación In Vitro

c) Alquiler de vientres o maternidad sustituta o subrogada

d) Ventajas y desventajas de las técnicas de reproducción asistida

4.2. Marco Doctrinario

4.1. Antecedentes documentados de la maternidad subrogada

4.2. Argumentos referentes a la maternidad subrogada

4.2.1. Argumentos en contra de la maternidad subrogada

4.2.2. Argumentos a favor de la maternidad subrogada

4.2.3. La maternidad subrogada desde el punto de vista de la biótica

4.3. El interés superior del niño

4.3.1.- El Interés Superior del Niño según la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

4.3.2. El interés superior del niño en la Constitución de la República del Ecuador.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. La maternidad como tal en la legislación ecuatoriana

4.3.2. La maternidad subrogada en la legislación comparada

4.3.2.1. La maternidad subrogada en Brasil

4.3.2.2. La maternidad subrogada en la India

4.3.2.3. La maternidad subrogada en Rusia

4.3.2.4. La maternidad subrogada en Suecia

4.3.2.5. La maternidad subrogada en Estados Unidos

4.3.2.6. La maternidad subrogada en Ucrania

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

5.2. Métodos

5.3. Procedimientos y técnicas

6. RESULTADOS

6.1. Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la investigación de campo

6.2. Resultados de la encuesta

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta legal de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA JURÍDICA

9.2. Proyecto de Ley que Regula la Maternidad Subrogada

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS:

ANEXO 1

ANEXO 2

ANEXO 3

ANEXO 4

INDICE

1. TITULO

“NECESIDAD DE INCREMENTAR AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA UNA DISPOSICIÓN QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA.”

2. RESUMEN

En nuestro país como en toda parte del mundo ha existido el problema de la infertilidad o esterilidad en las parejas que tienen el deseo natural del ser padres; cuando han habido estos problemas y las mujeres que quieren ser madres han sido incapaces de gestar a sus hijos en sus vientres, una solución ha sido recurrir a la adopción, figura jurídica existente que se encuentra claramente regulada en la legislación ecuatoriana.

Con el pasar del tiempo y con el avance de la ciencia surge una nueva modalidad de maternidad que es la maternidad subrogada, procedimiento por el cual el embrión de la pareja infértil es implantado en el vientre de una mujer apta para ello, llamada madre subrogada o gestante, quien al no compartir genes con el concebido, al momento de su nacimiento es entregado a quienes tuvieron la intención de traerlo al mundo y de asumir el rol legal de padre o madre, según corresponda.

Esta figura viene a convertirse en estos días en una opción extraordinaria para solucionar los problemas de reproducción antes descritos, debido a que la misma permite tener descendencia con genes propios, opción preferida por la mayoría de las personas antes de recurrir a la adopción.

Con el avance de la ciencia, la tecnología y la globalización en sí, el tema de la maternidad subrogada gana terreno en todos los países del mundo y nuestro país no es la excepción, para ello basta darnos cuenta que en el internet se publicita cantidad de anuncios en las principales ciudades, casi en la mayoría de los casos, estando de por medio el dinero.

Como nuestro sistema jurídico ecuatoriano no contempla como figuras jurídicas, aun estas nuevas modalidades de maternidad ni mucho menos sus efectos dentro del campo jurídico, o en lo que tenga que ver con la filiación. Entonces, aquí en estas circunstancias es cuando se plantea la necesidad de

expedir una Ley de que Regule la Maternidad Subrogada; así, en base a estos presupuestos se desarrolla la presente investigación.

Abstract

In our country and throughout the world has been the problem of infertility or infertility in couples who have a natural desire for parenthood; when there have been these problems and women who want to be mothers have been unable to develop their children in their wombs, a solution has been to use the adoption, existing legal concept that is clearly regulated under Ecuadorian law.

With the passage of time and with the advancement of science emerges a new form of maternity is surrogacy, process by which the embryo of the infertile couple is implanted in the womb of a suitable wife for it, called surrogate or pregnant women, who not sharing genes with the conceived at the time of his birth is given to those who were intended to bring to the world and meet the legal role of parent, as appropriate.

This figure has become these days in an extraordinary option to troubleshoot playback described above, because it allows to have offspring with their own genes, preferred option for most people before resorting to adoption.

With the advancement of science, technology and globalization itself, the issue of surrogacy is gaining ground in all countries of the world and our country is no exception, for it is enough to realize that the internet amount is advertised advertisements in major cities, almost in most cases, being in between the money.

As our Ecuadorian legal system does not provide such legal concepts, even these new forms of motherhood let alone their effects within the legal field, or what to do with the affiliation. So here in these circumstances is when the need to add the code of Childhood and Adolescence legislation governing surrogacy raises; and, based on these assumptions the present investigation unfolds.

3. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada, junto a otros nombres, gestación sustitutiva y alquiler de vientre así se denomina habitualmente a la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre; cuando no hay un control por parte del Estado, frecuentemente hay el riesgo que se realice a cambio de dinero y en pocas situaciones por altruismo.

La maternidad subrogada, también conocida en el lenguaje popular como el alquiler de vientres se ha convertido en los últimos años en una posibilidad para ejercer el derecho de paternidad por parte de algunas personas. En sí misma no encierra una idea desventajosa, pero cuando a esto se suman intereses económicos, experimentos científicos e intereses personales, es necesaria la intervención del Estado para legislar con respecto a las consecuencias que se derivan de la acción sin límites de esta potestad. Desde la década de los 70's, ciertos países como Brasil, Estado Unidos, Suecia, Ucrania la India entre otros pocos han desarrollado decretos y normas para regular la reproducción asistida; mientras que países como el nuestro no se ha hecho mayor estudio en el campo jurídico y menos aún que se emita normas que regulen la maternidad subrogada.

En la actualidad la sociedad ha evolucionado de una manera vertiginosa, debido a los adelantos científicos y tecnológicos, dejando notoriamente desactualizado a nuestro sistema jurídico. Somos conscientes que a medida que evoluciona la sociedad también a la par lo debe hacer el derecho. Uno de los hechos es la maternidad subrogada en el Ecuador que se convierte en una necesidad imperante a la espera de una respuesta legal. Es importante saber que no solo el ámbito científico tiene responsabilidad en el asunto, sino también el aspecto legal debe actualizarse para poder responder a las exigencias de un

nuevo mundo jurídico que nos ha tocado vivir y así los postulados y principios del derecho no pueden quedar arcaicos y lejos de la realidad social.

Al final de la presente investigación se hace la propuesta legal de reforma jurídica por cuanto es necesario que la Asamblea Nacional expida una ley que regule esta modalidad de maternidad subrogada. Pues, los vacíos legales en temas tan trascendentes como el que se trata en la presente investigación, pueden desencadenar no solo en un problema ético sino de repercusiones incluso legales, por tanto a partir de la creación de una ley que regule esta modalidad de maternidad se prevería posibles inconvenientes y sobre todo se velaría por el interés superior del niño tan mentado en estos últimos tiempos.

En el año 1976, en Estado Unidos se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial. Este fue un controvertido caso de maternidad subrogada, que se puso en tema de debate en Estados Unidos.

Después hecho el contrato y de nacida la niña, la Sra. Whitehead y su marido decidieron no entregarla al matrimonio contratante (William y Elizabeth Stern). Los tribunales después de muchas apelaciones otorgaron la custodia de la niña al padre biológico, permitiendo a la madre sustituta poder visitarla.

Casos como el que se expone, comúnmente se hacen públicos y llevan a innumerables discusiones, por cuanto nunca estuvieron previstos a que ocurrieran, y aun se tornan más problemáticos, cuando no se encuentran previstos en las leyes.

En el primer caso de maternidad subrogada que ocurre en Estados Unidos, finalmente se resuelve, pero, debemos tener presente que ese país tiene otra forma de dar solución a sus problemas jurídicos por cuanto se rigen al “common law”. Según el sistema legal estadounidense el derecho es creado por decisiones de los tribunales y sobre todo lo caracteriza por el hecho de que se basan más en la jurisprudencia que en las leyes. Ahora, el mismo caso que

se hubiera dado en nuestro medio en el que tenemos como principal fuente la ley, hubiera sido difícil o quizá imposible de resolverlo.

En definitiva, la maternidad subrogada no está sujeta a una regulación universal, sin embargo, algunos de los países han adoptado su propia legislación sobre el tema. En el caso de Estados Unidos, en algunos Estados, se ha permitido el contrato de maternidad subrogada, haciéndolo lícito. Otro es el caso de España por ejemplo, en el cual lo han prohibido expresamente en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida del año 1988 y que en caso de que nazca un niño o niña mediante la maternidad subrogada, la madre legal será aquella que ha dado a luz. La realidad, tanto de Uruguay como del Ecuador es confusa ya que no se cuenta con una regulación que prohíba o permita la maternidad subrogada.

Los métodos utilizados principalmente en la presente investigación han sido de manera directa el inductivo, deductivo, sintético entre otros, que en sí en la parte determinante del proyecto y en la ejecución del presente trabajo se detallan; no obstante el método inductivo dentro del marco teórico permitió fundamentar en parte la propuesta a través de la revisión de legislaciones extranjeras, que con cada una de sus especificaciones, a su vez facilitó crear una serie de recomendaciones que deberían tomarse en cuenta al momento de regular el sistema legal de la maternidad subrogada observando las limitantes de nuestro propio ordenamiento y en atención a la realidad social ecuatoriana; el método deductivo de igual manera dentro del marco teórico, facilitó a través de la descripción general de las teorías de manera general, profundizar los argumentos del elemento voluntario en este tipo de procedimientos, el mismo que se lo ha desarrollado en la parte literaria de la presente investigación. Finalmente el método analítico-sintético fue de mucha importancia permitiendo que una serie de datos de investigación documental recopilados a través de las encuestas, que luego se tabulan, analizan y se describen y nos permiten tener una idea clara de la apreciación social con respecto de un tema que por su naturaleza misma y su novedad es cuestionado.

Con la finalidad de abordar de mejor manera el desarrollo del trabajo en cuestión, podemos ver que el presente trabajo consta de dos partes, la primera que es la revisión literaria y que nos profundiza al conocimiento teórico del tema, en cambio la segunda parte, que es ya la investigación de campo propiamente dicha.

En la revisión literaria tenemos el marco conceptual, doctrinario y jurídico. En el marco conceptual se hace un estudio de la definición de la maternidad subrogada, antecedentes documentados de la maternidad subrogada, tipos de maternidad subrogada, maternidades inmersas dentro de la maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida, entre otros; en el marco doctrinario se hace un análisis de los argumentos referentes a la maternidad subrogada, tanto en contra como a favor, también de la maternidad subrogada desde el punto de vista de la bioética; finalmente en el en el marco jurídico entre los temas relevantes tratados están la maternidad como tal en la legislación ecuatoriana, la maternidad subrogada en la legislación comparada de países como Brasil, la India, Rusia, Suecia entre otros.

Siguiendo con el desarrollo de la investigación, se hace la presentación, interpretación y análisis de los resultados de la investigación de campo, se determinan los resultados de la encuestas, se verifican los objetivos y se contrasta la hipótesis, luego se procede a realizar la fundamentación jurídica de la propuesta legal de reforma. Finalmente, se concluye y se propone recomendaciones, en la que se incluye el proyecto de reforma, la bibliografía y los anexos.

En definitiva, el propósito de esta investigación es exponer y demostrar el tema que se investiga como un problema jurídico-social; el mismo que por ser un hecho relativamente nuevo genera contraposiciones de criterios ya sea a favor o en contra. Y pues, como todo problema investigado, éste merece la recomendación y sugerencia de posibles soluciones como se lo ha hecho.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

El derecho de por sí es una ciencia dialéctica que tiene que regular siempre nuevos problemas que surgen en la sociedad. Uno de los hechos sociales que se está viendo a nivel global, del cual nuestro país no escapa, es la maternidad subrogada. Durante mi vida de estudiante estuve consiente que el derecho tenía que dar una respuesta a una infinitud de problemas sociales, entre ellos, el tema de análisis en la presente investigación.

Ahora bien, si tomamos una posición en el estar o no estar de acuerdo con el tema propuesto, es una situación que requiere un profundo análisis y meditación, porque de una u otra forma, aquí se relacionan y entran en conflicto valores éticos, morales y culturales, que ya de por si son divergentes.

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Qué es la maternidad...?

Para adentrarnos al presente tema de investigación, primeramente, trataremos de comprender el significado y alcance de los términos, entre estos, la maternidad.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por el que se rige nuestra lengua hispana, con respecto a la maternidad tenemos:

“Estado de la mujer que ha sido madre...”.¹ Asimismo, en otras definiciones de diccionarios en línea, que por cierto con contenido muy acertado y convincente, tenemos que maternidad es “la función de aquella mujer quien vela por sus hijos, se encarga de su cuidado, salud, educación...”.² De estas definiciones entendemos que madre no solo es aquella mujer que lleva a feliz término la gestación, su labor va mucho más allá.

¹ *Diccionario de la lengua española (DRAE) (1.ª edición: 1780, 23.ª edición actual: 2014)*

² *DISPONIBLE EN LA WEB: <http://es.thefreedictionary.com/maternidad>*

“La maternidad, de forma general, podría ser la de todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo.”;³ esta ha sido una de las definiciones con las que se ha tratado de conceptualizar a la maternidad de manera general.

Asimismo, podemos tener una definición desde el punto de vista plenamente etimológico:

Madre proviene del latín mater, “matriz”, derivada del griego utilizado para nombrar a las mujeres que vivían honestamente y según las buenas costumbres, las que podían ser solteras, casadas o viudas. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la maternidad es “Estado de la mujer que ha sido madre...⁴”, Mientras que madre significa “Hembra que ha parido”, “Hembra respecto de su hijo o hijos”

En lo jurídico también determinamos la maternidad. Para ello nos remitimos al Código Civil ecuatoriano en su: “Art. 261.- La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo,...”⁵

Actualmente existe una corriente que protege la posibilidad de una maternidad social, cuya propuesta es la modificación del dato del parto, que se sustituye por la libertad y responsabilidad de procreación que coincide con la voluntad de la pareja por lo que siempre se defenderá el interés superior del niño.

³ *DISPONIBLE EN EL WEB.*

<http://www.familiaqueesyqueno.es.org/Isidoro/TEXTOS/LA%20MATERNIDAD.htm>

⁴ *Diccionario de la lengua española (DRAE) (1.ª edición: 1780, 23.ª edición actual: 2014) España.*

⁵ *CODIGO CIVIL (LIBRO I) Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005 Ultima modificación: 03-dic-2012 Estado: Vigente. Ecuador.*

Rafael Sánchez Aristi ha dicho, que "...por los constantes adelantos de la ciencia algunas figuras jurídicas sufren cambios, como ocurre con la maternidad, cuya nueva especie es la maternidad subrogada en la que participan dos mujeres, una como "incubadora" y la otra que aporta sus genes⁶"

El indicado autor *ibídem* distingue tres clases de maternidad:

a) Plena. - Es la unión entre la relación biológica, (es decir quién carga en su vientre el feto y concluye con éxito el proceso de gestación); con el cumplimiento de derechos y obligaciones que trae consigo la maternidad.

b) Genética. - Esta se da según quien haya aportado con el material genético, es decir quien haya aportado con su óvulo para llevar adelante la gestación.

c) Legal. - Recae sobre quien asume derechos y obligaciones frente al hijo, sin que sea necesario que existan vínculos biológicos.

Así pues, y antes de pasar al próximo título, es indiscutible que la maternidad es un proceso natural que involucra algunas clases de variables como las psicológicas, familiares, económicas, sociales, éticas y políticas; la maternidad es un elemento primordial dentro de la filiación, ya que se origina de un hecho visible, que no puede ser ignorado; además no hay que olvidar que se admite el parto como una prueba directa de existencia.

4.1.2. Definición de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genética y legalmente. También se utilizan los términos madres de alquiler y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre

⁶ *LA GESTACION POR SUSTITUCION: DILEMAS ETICOS Y JURÍDICOS RAFAEL SANCHEZ ARISTI Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Madrid-España..*

gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso.

Para Sánchez Aristi, “Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste...”⁷.

Cristina Baffone con respecto al tema tratado nos ha dicho que:

“El término de maternidad subrogada se refiere al procedimiento por medio del cual una mujer facilita su propio útero, sobre la base de un contrato, a una pareja solicitante donde existe una retribución. En este procedimiento la mujer se encarga de la gestación de un ser, quien será entregado a la pareja solicitante, renunciando así a todos los derechos que ésta pueda tener sobre de él...”⁸

4.1.3. Tipos de maternidad subrogada

Según la genética del bebé, la maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

Tradicional.- La madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro.

Gestacional.- Cuando el óvulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene

⁷⁷⁷ DIEGO PAÚL LÍGER ALDÁS. *Propuesta para la regulación jurídica de la maternidad subrogada...* Inédito. Pág. 35.

⁸ LA MATERNIDAD SUBROGADA: UNA CONFRONTACIÓN ENTRE ITALIA Y MÉXICO *Surrogate Motherhood D: Cristiana Baffone. Pág. 450.*

ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora. Este embarazo se alcanza mediante fecundación in vitro.

4.1.4. Maternidades inmersas dentro de la maternidad subrogada

Maternidad genética: Recae sobre aquella mujer que aporta el material genético (óvulo).

Maternidad de gestación o portante: Se le atribuye a la mujer que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo.

Maternidad biológica: Es aquella que abarca las dos anteriores, es decir aportando el óvulo y la gestación.

Madre legal o jurídica: Aquella que la ley reconoce como tal.

Madre comitente o de deseo: Es aquella que quiere y anhela al niño, y que puede coincidir o no, con algunas de las maternidades anteriores. Posee la voluntad pro creacional.

4.1.5. Técnicas de reproducción asistida

La segunda mitad del siglo XX ha estado marcada por vertiginosos adelantos de la ciencia médica que han llevado al hombre a plantearse serias cuestiones morales y jurídicas sobre la aplicación de las nuevas medicinas y procedimientos. La realidad del aumento en el número de parejas que presentan problemas físicos que impiden la reproducción, ha tratado de ser explicada de varias maneras: se han señalado como factores influyentes la propagación de enfermedades de transmisión sexual, la temprana utilización de métodos anticonceptivos, los cambios de alimentación e inclusive la integridad psíquica y emocional son factores determinantes para la concepción.

Buscando dar solución al problema de la infertilidad, científicos alrededor del mundo, han venido desarrollando diferentes técnicas y ayudas para la reproducción humana. Es así como en 1978 y después de muchos años de

experimentación nació en Inglaterra la primera niña probeta⁹, una niña cuya fecundación no ocurrió dentro del cuerpo de su madre sino en un tubo de laboratorio. Lo que en su momento fue una gran polémica, hoy es un procedimiento bastante generalizado y que ha resultado en más de 16.000¹⁰ nacimientos exitosos alrededor del mundo.

El nacimiento de éste bebé, que en 1978 dio esperanza a algunos y escandalizó a otros, causó una discusión a nivel no solo moral sino también ético y jurídico. Sin embargo, esto no sería sino el principio del desarrollo de las muchas técnicas de reproducción asistida que hoy existen en el mundo.

Extendiéndonos un poco más en el tema de investigación, debemos tomar en cuenta que en la actualidad existen diversas técnicas de reproducción asistida disponibles para los que quieran recurrir a éstas y que, aplican a las necesidades individuales de cada pareja. Al mismo tiempo se siguen desarrollando alrededor del mundo nuevos procedimientos que amplían las opciones y métodos año tras año. Entre las técnicas a las que se puede acudir en los diferentes centros de fertilización están entre las principales las siguientes:

⁹ *Louise Joy Brown (25 de julio de 1978, Oldham, Reino Unido) es una inglesa conocida por ser la primera persona en nacer mediante la fecundación in vitro. Biografía Su nacimiento estuvo rodeado de mucha polémica, debido a ser el primer caso. Ha tenido que pasar por múltiples revisiones para comprobar su salud y demostrar que este tipo de fecundación es tan segura como la natural. A los 28 años, tuvo a su primer hijo mediante la fecundación normal. El bebé, llamado Cameron John Mullinder, nació el 20 de diciembre de 2006 en la localidad inglesa de Bristol. "Es diminuto, pesa 2,7 kilos, pero es perfecto", ha señalado Louise Brown, casada con Wesley Mullinder, de 37.*

¹⁰ *Técnicas de reproducción Asistida". Septiembre 2 de 2000. http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/webmec11/repro_human00.htm*

a) Inseminación artificial

“La inseminación artificial puede definirse como el acto médico consistente en la introducción del esperma al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación.”¹¹ El procedimiento de Inseminación artificial consta de varias fases: a) La estimulación del ovario b) La preparación del semen c) Y la propia inseminación.

No es nuestra intención invadir campos propios de ciencia médica, pero, se hace las siguientes acotaciones para tener una idea específica del tema y poder comprender de mejor manera la investigación propuesta. Y para ello debemos saber que el equipo médico deberá buscar el momento preciso para realizar la inseminación. Para esto se aplican diversas técnicas que detectan el día de la ovulación, siendo las más usadas: La curva de temperatura, el grado de apertura del cuello del útero, la abundancia de moco cervical, el seguimiento técnico del ciclo menstrual y la presencia de hormonas en el plasma sanguíneo.

En la inseminación artificial hay ausencia del acto copulatorio o relación sexual; sin embargo, en el momento en que los espermatozoides son introducidos en el canal vaginal, el útero o las trompas de Falopio - según el caso- realizarán el resto del proceso de forma natural. Lo artificial en este proceso es solo la forma de introducción del semen al tercio externo de la trompa de eustaquio, más no la fecundación misma.

b) Fecundación In Vitro

Fertilización “in vitro” se traduce literalmente como” fertilización en vidrio”. Entendemos como fecundación In vitro la modalidad de reproducción asistida en al cual la unión del gameto femenino y masculino se realiza en condiciones

¹¹ *ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS BOGOTA 2001*

extracorpóreas, es decir, la fecundación se lleva a cabo en un laboratorio utilizando un tubo de ensayo o crisol, y el óvulo fecundado es implantado luego en el útero de la mujer para continuar la gestación.

De la definición anterior, se deduce que para la realización de este procedimiento se deben cumplir varias etapas.

1ra. La obtención de los gametos que van a ser utilizados; la obtención de los óvulos se realiza bien por laparoscopia o bien mediante ultrasonido. Generalmente se utiliza una serie de medicamentos para inducir o estimular el desarrollo de varios folículos de los ovarios, con el fin de disponer del mayor número de óvulos posibles.

2da. La fecundación in vitro propiamente dicha; los óvulos extraídos son puestos en un líquido especial permaneciendo unas horas en incubadora; lo mismo ocurre con el semen obtenido. Transcurrido el tiempo necesario se ponen en contacto los gametos y 16 a 19 horas después se observa si se produjo la fecundación.

3ra. La transferencia embrionaria; en caso de que se haya dado la fecundación en la etapa anterior y los embriones se hayan desarrollado normalmente, se hará la transferencia del embrión o embriones al útero de la madre para que se realice el proceso de anidación y continúe el proceso embrionario de forma natural.

La principal característica de esta técnica de reproducción asistida es que la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la mujer, de tal manera que es en el laboratorio donde se ven los resultados del proceso. Este tipo de fecundación se aplica en numerosas clínicas existentes actualmente, y es utilizada por parejas que tienen problemas de esterilidad femenina ya sea por obstrucción de trompas o por ausencia de óvulos, por problemas de anomalía del útero, esterilidad de pareja por incompatibilidad genética o inmunología o por esterilidad masculina. La fecundación "in vitro" presenta soluciones a los

problemas que no pueden ser tratados por la medicina o por medio de inseminación artificial común.

c) Alquiler de vientres o maternidad sustituta o subrogada

Las definiciones que se han dado sobre maternidad sustituta o subrogada coinciden en afirmar que se trata del caso en el cual una mujer lleva en su vientre un ser humano, con el compromiso de entregárselo a otra mujer inmediatamente después de ocurrido el nacimiento; es decir existe un acuerdo previo de hacer una delegación o sustitución de la maternidad en otra mujer, para compensar una deficiencia reproductora en la mujer que se le entregará el hijo.

La principal característica de esta modalidad de reproducción artificial es que la madre que va criar al hijo no es la misma que lo lleva en su vientre, de tal manera que en el momento que se produce el nacimiento del bebe, éste es entregado al padre o a la madre genéticos, o a una pareja diferente, según el caso. La causa más común por la cual las parejas acuden a este tipo de reproducción, es la imposibilidad física de procrear por parte de la mujer.

Por cuestiones de forma se hace una breve descripción de la maternidad subrogada como una de las técnicas de reproducción asistida. En el presente título no se ha hecho mayor descripción del tema por cuanto en el desarrollo de la presente investigación se lo trata a fondo, y pues, de esta manera evitamos la repetición innecesaria.

d) Ventajas y desventajas de las técnicas de reproducción asistida

Sin lugar a dudas, los métodos de fecundación asistida estudiados en este capítulo presentan gran cantidad de soluciones a los problemas de infertilidad y esterilidad que obstaculizan la facultad de reproducción. “Miles de parejas están acudiendo actualmente a estos métodos ante la imposibilidad de tener sus propios hijos de modo natural, obteniendo una esperanza, que de otro

modo no sería posible. Sin embargo, han sido muchas las críticas que han surgido contra estos métodos, no solo a nivel moral, ético, psicológico y jurídico, sino también a nivel médico, debido a las desventajas e inconvenientes que estas técnicas pueden tener.”¹²

A continuación expondremos las principales ventajas y desventajas que se presentan en estas técnicas:

1. Ventajas: a) Personas que tienen algún tipo de infertilidad pueden llegar a procrear. b) Mujeres que tengan problemas a nivel del aparato reproductor pueden llegar a tener hijos. c) Estos métodos presentan beneficios psicológicos a las parejas ya que les da una esperanza de poder llegar a ser padres. d) El procedimiento por lo general no es doloroso. e) Es una práctica que está empezando a ser considerada como común, por lo tanto los centros de reproducción asistida están aumentando cada vez más.

2. Desventajas: a) El precio de estas técnicas es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ellas solo a personas que tengan suficiente capacidad económica. b) En varios casos se dan embarazos múltiples no deseados. c) Existen grandes inquietudes en el ámbito ético y moral sobre el límite de manipulación genética que se da en estos procedimientos. d) Eventuales efectos psicológicos y adversos en el núcleo familiar.

4.2. Marco Doctrinario

4.2.1. Antecedentes documentados de la maternidad subrogada

En el año 1976, en Estado Unidos se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial; quien lo patrocinó fue el abogado Noel Keane, quién creó el Surrogate Family Service Inc. Un controvertido caso de maternidad subrogada, puso el tema en debate en

¹² *ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA. Ibídem. Colombia-2001.*

Estados Unidos -caso Baby M- la mujer gestante Mary Beth Whitehead de 29 años de New Jersey, firmó un contrato el 6 de febrero de 1985, de tener un hijo para William y Elizabeth Stern. Por el contrato arreglado con el Centro de Infertilidad de Nueva York, la Sra. Whitehead accedió a que:

“en el mejor interés del niño, no desarrollaría ni intentaría desarrollar una relación padre-hijo con ningún niño (...) que pudiera concebir (...) y dejaría libremente la custodia a William Stern, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño; y renunciaría a todo derecho materno al mencionado niño según este acuerdo”. La Sra. Whitehead recibiría 10.000 dólares de “compensación por los servicios y los gastos” del Centro de Infertilidad como parte de un total de aproximadamente 25.000 dólares, que el Sr. Stern accedió a pagar al Centro. Del resto, 5.000 dólares, se destinaban a los costos médicos, legales y de seguros de la Sra. Whitehead durante el embarazo, y de 7.500 a 10.000 irían a parar al Centro en concepto de minuta.¹³”

Después de nacida su hija, la Sra. Whitehead y su marido decidieron no entregarla al matrimonio contratante. La madre gestante había sido inseminada con semen del varón de la pareja y los tribunales después de muchas apelaciones otorgaron la custodia de la niña al padre biológico, permitiendo a la madre sustituta poder visitarla.

4.2.2. Argumentos referentes a la maternidad subrogada

Al tiempo que topamos con el tema de la maternidad subrogada nos encontraremos con argumentos a favor y en contra de la misma.

La Universidad de Cartagena de Colombia, en un artículo publicado en la “Revista de Ciencias Biomédicas”, en cierta forma expone un argumento pragmático con respecto a la maternidad subrogada:

¹³ Disponible en Internet en: *Enciclopedia%20de%20Bio%C3%A9tica%20-%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.htm*

“La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente; los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.”¹⁴

4.2.2.1- Argumentos en contra de la maternidad subrogada

Comenzaremos señalando que la maternidad subrogada no goza de aceptación y ha tenido desde el principio grandes detractores, existiendo un clima general de repulsa en los diferentes ámbitos jurídicos y religiosos.

A veces, a la ligera se ha dicho que la maternidad subrogada es moralmente repugnante. Ello se debe a que en ella el móvil es el dinero y no el amor, lo que pervierte la relación que debe existir entre una madre y un hijo.

La Iglesia Católica se ha expresado contraria a la maternidad sustitutiva y así, “La Instrucción Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación de la Sagrada Congregación Para la Doctrina de la Fe”, señala como moralmente ilícita la maternidad sustitutiva, por las mismas razones que rechaza la fecundación artificial heteróloga:

“Es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra

¹⁴ *MATERNIDAD SUBROGADA (*) SURROGATE MOTHERHOOD Arteta Acosta Cindy1 Correspondencia: cindyarteta@hotmail.com Recibido para evaluación: noviembre 03 – 2010. Aceptado para publicación: febrero – 28 – 2011*

las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser conocido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físico, psíquicos y morales que la constituyen.”¹⁵

Como puede observarse, el fenómeno suele tacharse de indeseable pues actúa en la práctica en perjuicio del niño que es considerado como un objeto, como una “res intra commercium”. En realidad los problemas éticos de la maternidad subrogada son comunes a los generales de las nuevas técnicas de reproducción humana. ¿Tienen las parejas estériles el derecho inalienable de tener un niño, sea cual sea el método y el coste para la sociedad y para ellos mismos? ¿Pueden los niños ser tratados como productos de conveniencia?. ¿Puede determinarse por contrato la maternidad?. Ciertamente no hace muchos años estas cuestiones hubieran parecido absurdas, pero hoy en vista de lo que acontece están de plena actualidad.

Los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada pueden agruparse básicamente en los siguientes que expondremos a continuación:

1. La maternidad es un proceso natural y no incorpora otras variables que desnaturalicen el proceso y que sean moralmente inaceptable.
2. Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, sojuzgamiento y explotación de la mujer.
3. El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada, mercantiliza a los seres humanos y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener otra cosa.

¹⁵ HIGUERA, G.: «Bíogenética y Derecho». En *Revista Española de Derecho Canónico*, 44 (1987) págs. 7-35. Pág. 13.

4. Los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable.
5. Desprenderse de un hijo o hija y de la responsabilidad que implica es moralmente cuestionable.
6. Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales.
7. Es inmoral traer de esta forma un niño o niña al mundo habiendo muchos chicos que pueden ser adoptados.

4.2.2.2 - Argumentos a favor de la maternidad subrogada

Pero no todos son detractores y así los argumentos que socialmente han sido utilizados en favor de la maternidad subrogada son muy variados, siguiendo en este punto, los sintetizaremos del siguiente modo:

1ra. Se aduce que la infertilidad es una situación que debe remediarse, no debiendo excluirse la maternidad de sustitución que es el único camino que queda a muchas parejas.

2da. También se aduce que la maternidad portadora puede suponer un acto de generosidad de una mujer a otra y que no conlleva por sí necesariamente la comercialización del embarazo.

3ra. Por último, suele alegarse que no existe intrusión peyorativa de tercera persona y quienes no lo vean así que dejen libertad de opción contraria a los que no sientan igual.

En cierta forma al oponernos a la maternidad subrogada, estaríamos oponiéndonos a la libertad de las personas que sí desean traer un niño al mundo. De hecho la ciencia siempre ha sido una arma de doble filo que sabiéndole emplear correctamente hace mucho bien a la sociedad, y si la mal empleamos podemos destruirnos.

Hay que recordar que cuando se inventaba la luz eléctrica, muchos sectores se oponían porque decían que la noche por naturaleza divina es oscura y no puede ser alumbrada; o cuando en Francia querían canalizar el río siena, la curia de París se opuso porque se mantenía en que no se podía alterar el curso del río”¹⁶.

No podemos ser unos opositores acérrimos a la ciencia médica, pero, si es necesaria una cierta razonabilidad para aceptar o repudiar lo que creemos que es moralmente aceptable o inaceptable.

Autores como, Golombok S, Teman, que de hecho muy progresistas han dicho que:

“La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente; los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.”¹⁷

La maternidad subrogada debería estar controlada y regulada por el estado, como otras formas de acceso a la maternidad y la paternidad, así lo ha indicado Robertson, J. (1995), en su trabajo titulado “Madres sustitutas: no tan

¹⁶ *(Muchas posiciones que han sido aceptadas y hacen bien a la sociedad, pero, que en su debido momento tuvieron sus opositores)*

¹⁷ Golombok S, Teman E. *The social construction of surrogacy research: an anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood. Social Science & Medicine* 2008; 67: 1104-1112.

novedoso después de todo” en Luna, F. y Salles, A., Decisiones de Vida y muerte, Sudamericana, Buenos Aires.

Como ya señalamos, en este punto coincidimos plenamente con la opinión de Robertson para quien la maternidad sustituta es una modalidad más para acceder a la paternidad y la equipara a las otras formas de acceder a la misma sin transmisión de linaje genético. Pudiendo tener las mismas objeciones que en los otros casos, pero ninguna de ellas plantea un problema ético, si el estado cumple la tarea de regular la práctica cuidando a todas las partes involucradas, fundamentalmente a la madre sustituta, la cual no cuenta en general con un abogado o un asesor que cuide sus intereses, como asimismo los derechos del niño por nacer los cuales deberían ser cuidados especialmente.”¹⁸

¹⁸ *La bioética es la rama de la ética que se dedica a proveer los principios para la conducta correcta del humano respecto a la vida, tanto de la vida humana como de la vida no humana (animal y vegetal), así como al ambiente en el que pueden darse condiciones aceptables para la vida. En su sentido más amplio, la bioética, a diferencia de la ética médica, no se limita al ámbito médico, sino que incluye todos los problemas éticos que tienen que ver con la vida en general, extendiendo de esta manera su campo a cuestiones relacionadas con el medio ambiente y al trato debido a los animales. Se han formulado una serie de definiciones respecto a la disciplina de la Bioética, siendo una de ellas la adoptada por la Unidad Regional de Bioética de la OPS, con sede en Santiago de Chile y que, modificada por el S.J. Alfonso Llano Escobar en una revista de la especialidad, define a la Bioética como "el uso creativo del diálogo inter y transdisciplinar entre ciencias de la vida y valores humanos para formular, articular y, en la medida de lo posible, resolver algunos de los problemas planteados por la investigación y la intervención sobre la vida, el medio ambiente y el planeta Tierra" (http://www.riate.org/version/v1/recursos/cursolicenciasnavegable/cmo_citar_la_wiki_pedia.html)*

4.2.2.3- La maternidad subrogada desde el punto de vista de la biótica

Como ya lo hemos indicado; el tema de investigación por ser un tema reciente no deja de tener cierto punto de vista y ciertos criterios. La bioética, siendo una ciencia muy relacionada con la moral también se refiera a la maternidad subrogada. En la presente investigación, como se lo indica, no es mi intención tomar determinada posición a favor o en contra, sino exponer las distintas posiciones y sugerir una respuesta al problema.

En la bioética dice:

La subrogación despersonaliza la procreación y crea una distorsión entre la maternidad genética, gestacional y legal. Cuando la maternidad es deliberadamente delegada a otra mujer que no es la que va a dar a luz, el vínculo de apego que se crea durante la gestación se disgrega: el nexo complejo de naturaleza psicológico y físico se rompe con efectos aún desconocidos para el hijo y para la madre sustituta.

Se sabe que las hormonas producidas en la gestación inducen en la mujer un intenso proceso neurobiológico natural que configura al que se puede llamar “cerebro materno”. Con el embarazo, el cerebro de la mujer cambia, estructural y funcionalmente, al responder a las consignas básicas que recibe del feto y se crea un vínculo de apego entre la madre y el hijo conocido como “vínculo de apego afectivo y emocional” que forma parte del proceso biológico natural del embarazo.

“La relación de simbiosis crea fuertes nexos bioquímicos, físicos y psicológicos entre la madre y el hijo que no son fáciles de ignorar. El feto realiza importantes interacciones con el medio que lo rodea: con el fluido amniótico, el útero, los sonidos, los cambios hormonales, y responde a los estímulos de todos ellos. Estas actividades son vitales para un buen desarrollo del cerebro. El útero está poblado de borborismos, del latido del corazón y de la circulación de la sangre y por las voces externas. Las emociones de la madre, así como su estado

mental, ejercen una influencia muy importante en el bebé, pues éstas producen cambios arteriales y de nivel de catecolaminas que pasan la barrera de la placenta.”¹⁹

Respecto a la madre sustituta, la pregunta principal a responder sería si es posible un consentimiento verdaderamente informado y consciente por su parte, que en cierta forma asumiera a priori todas las emociones asociadas a la renuncia del niño después de haberlo gestado durante nueve meses.

“La maternidad subrogada es existencialmente impersonal reduce a la procreación a una producción, despojándola de cualquier valor humano, falsificándola mediante un proceso que cosifica la vida; la sexualidad se reduce a genitalidad y el embrión se convierte en una cosa a tener.”²⁰

Los embriones humanos, desde el momento de la concepción, son personas e individuos de la especie humana y, por tanto, sujetos de derecho. Es ilícito disponer de ellos como objeto de contratos.

“Las Técnicas de Reproducción Asistida, por las que se hace posible la subrogación, provocan una gran cantidad de pérdida de embriones que son considerados como simple “material biológico”. El embrión humano, en cuanto individuo de la especie humana tiene, desde el inicio de su existencia, es decir, desde la fecundación, el derecho a la vida y a la integridad física.”²¹

¹⁹ *Caso de Leveratto, B., Grinblat de Notrica, S., & Fermepin, E. (2001). Incidencia de lo prenatal en el vínculo materno-filial. Reflexiones en torno a la adopción y a la fertilización asistida. Psicoanálisis APdeBA, 23, (3).*

²⁰ *D’Agostino, F. (1996). Bioetica. Torino. Giappichelli.*

²¹ *Romano, L. (2000). Procreazione Assistita o Fecondazione Artificiale? Un Figlio a Tutti I Costi? Riflessioni Bioetiche. Università degli Studi di Napoli “Federico II” Dipartimento di Scienze Ostetrico-Ginecologiche Urologiche e Medicina della Riproduzione Master in Bioetica – Università Cattolica del S. Cuore, Roma.*

El cuerpo de la persona es la persona y, como tal, no está a la disposición de ella ni de terceros. “La maternidad subrogada propone una disociación intelectual y emocional de la madre sustituta con respecto a su cuerpo, pretendiendo hacer del mismo un simple instrumento necesario para llevar a cabo sus actividades vitales. La inviolabilidad de la persona prohíbe que el cuerpo humano y sus elementos puedan ser objeto de comercio y de propiedad.”²²

Desde el campo de la bioética se ha escrito muchísimo de la maternidad subrogada y sobre el mismo tema han corrido ríos de tinta, pero, hemos tratado de hacer una síntesis resaltando las principales ideas, posiciones y cuestionamientos.

4.2.3. El interés superior del niño

“El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.”²³

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

²² De Santiago, M. (1997). *Una perspectiva acerca de los fundamentos de la Bioética. En Biblioteca básica de Dupont Pharma para el médico de Atención Primaria. Barcelona: Doyma.*

²³ *DISPONIBLE EN LA WEB EN:*
https://es.wikipedia.org/wiki/Inter%C3%A9s_superior_del_ni%C3%B1o (27/06/2015)

Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no se los lesione, por ser una parte débil debido a su limitante que es la edad y son de fácil manipulación.

4.2.3.1.- El Interés Superior del Niño según la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

“El principio del interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Este principio aparece consagrado, en Italia, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. La Convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención. Lo anterior podría constituir un indicador del carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños.”²⁴

Este principio también ha sido ampliamente recogido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de

²⁴ *EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS The Best Interests of the Child Principle and the Interamerican Court of Human Rights Gonzalo Aguilar Cavallo* Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca-Campus Santiago gaguilar@utalca.cl. Pág. 223. (27/06/2015)

los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

El principio del interés superior del niño tiene un reconocimiento convencional en el artículo:

“Art. 3.- 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño”.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se aseguran de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente...”²⁵

La Convención sobre los Derechos del Niño CDN, enfatiza al decir que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones

²⁵ *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, artículo 3.*

públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En definitiva cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños que le son innatos y que deben ser respetados.

Por otra parte, Gatica y Chaimovic han señalado que “el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”.²⁶

4.2.3.2. El interés superior del niño en la Constitución de la República del Ecuador

Con motivo de la expedición de la nueva Constitución se recoge una serie de derechos fundamentales, entre ellos, como son el derecho de los niños con carácter de interés superior, y como producto de su adhesión a varios tratados internacionales, la legislación ecuatoriana ha incorporado en los últimos años diversas leyes destinadas a regular las actividades de niños, niñas y adolescentes, recogidas principalmente en los llamados grupos de atención prioritaria en el que se encuentran los niños.

²⁶ GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia. *“La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo, 2002.*

En la Carta Magna se menciona:

“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”²⁷

Los niños, niñas y adolescentes están considerados como un grupo vulnerable de la sociedad, de conformidad con el artículo 35 de la norma suprema que dice:

“Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”²⁸

Entre los postulados básicos del referido marco normativo figura el denominado principio de interés superior del niño, que no es otra cosa que la atención preferente que el estado, la sociedad y la familia deben brindar a todos los aspectos que garanticen el desarrollo integral y el disfrute pleno de derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de un marco de libertad, dignidad y equidad. Todo lo actuado en el campo jurídico resulta enteramente positivo, porque inserta al Ecuador dentro de la lista de países que luchan contra la

²⁷ *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Decreto Legislativo O Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Ultima modificación: 30-ene-2012 Estado: Vigente. (27/06/2015)*

²⁸ *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Decreto Legislativo O Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Ultima modificación: 30-ene-2012 Estado: Vigente. (27/06/2015)*

discriminación en materia de derechos de menores. La contraparte de estos significativos avances obtenidos en materia de política gubernamental, deben aportarlos el resto de la colectividad, para cuyo objeto resulta indispensable un cambio radical de mentalidad en la forma y manera de educar y tratar a nuestros niños.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. La maternidad como tal en la legislación ecuatoriana

En nuestro país no existe ninguna ley que prohíba o permita específicamente el tema de la maternidad subrogada, lo que ha generado de alguna manera que existan organizaciones o entidades que ofrezcan este tipo de servicios sin ningún control, por eso el gran interrogante es si en este país debería ser legalizada dicha práctica para que pueda ser reglamentada mediante diferentes mecanismos y llevada a cabo solo con la intervención de especialistas.

En nuestro país breves ensayos jurídicos se acercan al concepto de maternidad subrogada por parte de algunos juristas, pero debido al tratamiento que hoy gana terreno en la clínicas particulares que se especializan en temas de maternidad, con la globalización, el intercambio de información en cuestión segundos el tema de alquiler de vientres como el de las diferentes maneras de fertilización, procreación asistida y genética humana en el país, son hechos que día a día se van dando y que a los mismos se los ve como normales.

4.3.2. La maternidad subrogada en la legislación comparada

4.3.2.1. La maternidad subrogada en Brasil

En el indicado país no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) donde, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución o como la venimos llamando en este

trabajo maternidad subrogada, generalmente, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina²⁹. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.

De acuerdo con el Art. 199, párrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

“Artículo 199. 4.- La ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización.”

La Resolución brasileña ha seguido la tendencia europea (con excepción de Inglaterra), cuando ha elaborado un conjunto de disposiciones éticas relativas al donante, a la pareja y al médico. Las reglas de gratuidad, anonimato y consentimiento informado fueron debidamente previstas en la Resolución mencionada. Así, en la Sección IV, número 1 se establece que: "La donación nunca va a tener carácter lucrativo o comercial"³⁰. La noción proviene del principio fundamental según el cual el cuerpo humano, en todo o en parte, no puede ser objeto de comercialización.

²⁹ *El Consejo Federal de Medicina (CFM), colegio que regula la actividad profesional de los médicos en Brasil.*

³⁰ *RESOLUCIÓN CFM N 1358/92 DEL CONSEJO FEDERAL DE MEDICINA.*

La Resolución brasileña prevé (en el número 2 de la Sección IV) que "los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa"³¹. Si el Consejo Federal de Medicina erigió el anonimato como regla, esto se debe a una opción intencional hecha para proteger al niño, con el fin de que no se torne en víctima de problemas que puedan surgir entre el donante y los padres usuarios de la inseminación artificial. El anonimato protege a la pareja y al niño contra eventuales pretensiones del donante y este último queda protegido contra la búsqueda de su identidad. Sin embargo, como ya ha sido afirmado por algunos segmentos de la doctrina jurídica brasileña, el anonimato debe ser prohibido, por lo menos, en cuanto al establecimiento de la filiación con relación al donante.

El número 1 de la Sección II (Usuarios de las técnicas de RA³²) dispone que: "Toda mujer capaz, en los términos de la ley, que lo solicite y cuya indicación no se aparte de los límites de esta Resolución, puede ser receptora de las técnicas de R.A"³³, siempre que lo haya acordado de manera libre y consciente en documento de consentimiento informado".

4.3.2.2. La maternidad subrogada en la India

La maternidad de alquiler en la India es barata y las leyes son flexibles desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de la India sentenció que la maternidad comercial estaba permitida en este país. Cabe decir, que es uno de los países en que se ha aprovechado la laxidad de la legislación en la materia para abusar de la práctica conocida internacionalmente.

4.3.2.3. La maternidad subrogada en Rusia

La Federación de Rusia es uno de los pocos países donde el alquiler de vientres está permitido legalmente.

³¹ RESOLUCIÓN CFM N 1358/92 *Ibidem...*

³² *Reproducción asistida...*

³³ *Ibidem...*

- Los aspectos legales de la maternidad subrogada se rigen por el Código de Familia Ruso³⁴ (artículos 51.4 y 52.3).
- La Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35),
- La Ley Federal N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5).
- La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.

Entre los vacíos de legislación rusa podemos destacar las siguientes cuestiones que aún carecen de una solución unívoca:

- La posibilidad de que las parejas de hecho sean acogidas por programas de subrogación gestacional.
- Utilización de madres de alquiler para la terapia de la infertilidad en mujeres solas;
- Alquiler de vientres para hombres solos.

El gran inconveniente de la legislación actual es que la madre de alquiler no está obligada a dar su consentimiento para que los padres biológicos sean inscritos como los padres del niño que haya gestado y, en principio, ella puede quedarse con el niño.

4.3.2.4. La maternidad subrogada en Suecia

En esta legislación no se permite el nacimiento de hijos por medio de maternidad subrogada, cuando se obtiene como pago una contraprestación en dinero, como ganancia del servicio prestado y para dar validez, además de cumplir con la prohibición de no comercializar con la maternidad subrogada, se

³⁴ *Federación de Rusia. Código Civil de la Federación Rusa (modificado por última vez el 29 de junio de 2009)*

debe dar eficacia jurídica a la relación de filiación de la madre contratante con el hijo, a través de la figura de la adopción.

Se impone un requisito en la Ley para que el procedimiento tenga validez y es que la mujer estéril adopte al niño de la madre que ha dado a luz, por que la legislación sueca, tampoco permite la adopción, cuando a cambio se da una retribución económica. En general no se permite el comercio para obtener hijos así se pueden realizar los contratos de “sustitución de útero”, pero sin que haya de por medio un compensación económica.

- El primer Estado en regular de forma específica la inseminación artificial fue Suecia, en su Ley de 1984/1.140, de fecha 20 de diciembre de 1984, que entró en vigencia el día 1 de marzo de 1985. La Ley de 1 de marzo de 1985 prohíbe la actividad de maternidad subrogada cuando existe remuneración económica e impide a la mujer estéril que participa y encarga la gestación de sustitución poder adoptar al hijo encargado a la gestante, porque el Derecho Civil sueco no permite la adopción cuando se produce retribución económica.

4.3.2.5. La maternidad subrogada en Estados Unidos

Estados Unidos. Éste es uno de los países más permisivos en cuanto a la procedencia de la maternidad subrogada, sin embargo, no todos sus Estados lo permiten, prohibiéndose expresamente en Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York.

California es considerado el Estado más liberal en esta materia, donde las parejas pueden recurrir a la maternidad subrogada a través de una agencia o de forma particular. La agencia más importante en este campo es Center for Surrogating Parenting, la cual ofrece los servicios médicos y jurídicos necesarios”³⁵.

³⁵ Disponible en Internet: http://www.masola.org/masola_014.php?reportaje=002. (04/05/09). 21Cfr. Entrevista

De acuerdo con la legislación californiana, el dinero que recibiría la madre gestante no correspondería a un “pago” contractual, sino a una “compensación” por todos los gastos que implica un embarazo. Se permite, además, la inscripción del nacimiento y de la filiación de los padres que han acudido a la figura de la maternidad subrogada en la Dirección Registral Californiana.

Muchas parejas de diversas partes del mundo, viajan hasta California para celebrar un pacto de subrogación de maternidad, cuando la legislación de su propio país se los prohíbe o bien no lo regulan. Esta situación se ha denominado “el turismo procreativo.”, ya que en este Estado se brinda la seguridad jurídica necesaria para la celebración de un contrato de maternidad subrogada, al regularse los efectos del mismo, ya sea, respecto a la determinación de la filiación del hijo nacido mediante esta técnica de reproducción asistida o bien frente al incumplimiento del contrato, más allá de los efectos que el pacto tendrá en el país de origen de las partes que lo celebran.

4.3.2.6. La maternidad subrogada en Ucrania

La legislación de ucrania es amplia, y taxativa respecto de los procesos de reproducción humana asistida, siempre con la implementación de medidas que salvaguardan los derechos del que está por nacer, con imposición de normas favorables a las parejas infértiles. Siempre con observancia del Ministerio De Salud, La Convención Sobre La Protección De Los Derechos Humanos Y La Dignidad, como la aplicación de las preocupaciones de la biología y la medicina: Convención Sobre Los Derechos Humanos Y La Biomedicina, de fecha 04 de abril 1997.

A) El artículo 1 del Código Civil de Ucrania establece “que todos los no patrimoniales personales y las relaciones de propiedad (relaciones públicas) basándose en los principios de igualdad jurídica, la declaración libre de la voluntad, la independencia característica de sus partidos se rigen por la Legislación Civil.”

El artículo 6 del Código Civil de Ucrania, establece que: 1) Las partes tienen la autoridad para firmar un contrato que, aunque no previstas por los actos que la legislación civil, se ajustaría a los principios fundamentales de la legislación civil. 2) Las partes tienen la autoridad para regular las relaciones entre ellos, que no están regulados por los actos que la legislación civil, en un contrato, que está previsto por tales actos. 3) Las partes contratantes podrán retirarse de las disposiciones de los actos de la legislación civil y regular la relación entre ellos como les parezca conveniente. 4) Disposiciones de las piezas de uno, dos y tres del presente artículo se aplican también a las autoridades unilaterales.

El artículo 627 del Código Civil de Ucrania, que define la naturaleza libre del contrato. Por lo tanto, un contrato, en virtud del cual una de las partes entra en el compromiso de llevar a cabo un niño concebido por el método de fertilización in vitro para la otra parte, mientras que la otra parte entra en el compromiso de aceptar tales servicios y efectuar el pago por ellos, se cumplirá, en su totalidad, a los requisitos legales.

El artículo 628 del Código Civil de Ucrania, que establece el tema del contrato. El artículo 629 del Código Civil de Ucrania, que establece el carácter vinculante del contrato.

El artículo 639 del Código Civil de Ucrania, que establece la forma del contrato.

B) El artículo 123 del Código de la Familia de Ucrania regula los aspectos del origen de un bebé concebido con la ayuda de técnicas reproductivas. Por lo tanto, la parte 2 del artículo define los cónyuges que han concebido un hijo con la ayuda de técnicas de reproducción como los padres de ese niño.

Aparte de ello, el punto 2.2 de p. 2 de la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania N ° 140 / 5, de 18 de mayo de 2003, establece el procedimiento de la perfección de la patria potestad sobre la base de una declaración ante notario que autoriza dicha acción que se publicará por una mujer que dio a luz para el niño.

Por lo tanto, de conformidad con los hechos descritos en la norma de la legislación ucraniana, los cónyuges destacándose como los clientes bajo el contrato con su madre de alquiler están expresamente definidos como los padres del niño concebido con la ayuda de los procesos reproductivos. Todo y cualquier relación entre una madre de alquiler, el cliente y la institución médica debe ser regulada por un contrato de fertilización, in vitro, inseminación artificial o la que se considere, la más adecuada.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

En un trabajo de investigación, el apartado de «materiales y métodos» es muy importante, ya que de su correcta elaboración y aplicación dependen la fiabilidad y calidad de los resultados del estudio.

Es sumamente necesario referirnos a los materiales y métodos en todo trabajo de investigación, ya que de su correcta elaboración y aplicación depende la fiabilidad y la calidad de los resultados obtenidos en la investigación.

Asimismo, es relevante el análisis de esta sección dentro de este trabajo de investigación; aquí nos referimos a los materiales y métodos utilizados dentro de la parte de vinculación con la colectividad, naturalmente para receptar y tener un criterio objetivo con respecto al tema de la “NECESIDAD DE INCREMENTAR AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA UNA DISPOSICIÓN QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA.”

5.1. Materiales

Para ejecutar la presente investigación se procedió a recolectar información de algunos libros, códigos, reglamentos, enciclopedias, textos universitarios, folletos, trípticos, etc., todos estos relacionados con el presente tema de tesis. En esta investigación, también se han utilizado recursos materiales, didácticos y bibliotecarios.

Entre los recursos didácticos: El Código Civil Ecuatoriano, páginas del internet, periódicos de noticias online; LEXUS, “Diccionario Enciclopédico”; enciclopedia jurídica OMEBA; Revista Jurídica Derechoecuador; fielweb; lexis, etc. Entre los recursos bibliotecarios: Biblioteca de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; bibliotecas virtuales.

5.2. Métodos

Los métodos utilizados fueron tres: el inductivo, que dentro del marco teórico permitió fundamentar en parte la propuesta a través de la revisión de legislaciones extranjeras, que con cada una de sus especificaciones, a su vez facilitó crear una serie de recomendaciones que deberían tomarse en cuenta al momento de regular el sistema legal de la maternidad subrogada observando las limitantes de nuestro propio ordenamiento y en atención a la realidad social ecuatoriana; el método deductivo de igual manera dentro del marco teórico, facilitó a través de la descripción general de las teorías de manera general, profundizar los argumentos del elemento voluntario en este tipo de procedimientos, el mismo que se lo ha desarrollado en la parte literaria de la presente investigación. Finalmente el método analítico-sintético fue de mucha importancia permitiendo que una serie de datos de investigación documental recopilados a través de las encuestas, que luego se tabulan, analizan y se describen y nos permiten tener una idea clara de la apreciación social con respecto de un tema que por su naturaleza misma y su novedad es cuestionado.

En el proceso de la presente investigación se aplicó el método científico. Entendido como el camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. De hecho, es válida la concreción del método científico hipotético deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación propuesta.

Partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procedió al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad en la problemática de investigación. Asimismo, se verificó las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico, muy aplicado a las ciencias jurídicas, implicó determinar el tipo de investigación a realizarse. Desde un inicio me propuse realizar una

investigación en el campo enfocada específicamente en la problemática planteada, quizá, pudiendo decir de un vacío legal con respecto a la maternidad subrogada, siempre tomando como base el método científico, lógico y analítico.

Método científico, en las siguientes etapas:

- a. Elección y enunciado del problema.
- b. Estructuración de un marco teórico.
- c. Establecimiento de hipótesis.
- d. Contraste de hipótesis.
- e. Resultados de la investigación.
- f. Propuestas.

Método lógico: Deductivo-inductivo. Se aplicó la deducción en la elaboración y contraste de la hipótesis; y la inducción cuando sobre la base de las distintas opiniones receptadas llegamos a la generalización del problema investigado.

Método analítico, al haberse organizado y analizado los resultados obtenidos en las encuestas.

5.3. Procedimientos y técnicas

En lo concerniente a las técnicas de investigación de campo, recurrí a la técnica de la encuesta, la misma que la diseñe con un formulario compuesto de cinco preguntas; se aplicó a un número de treinta personas quienes a su vez han sido profesionales del derecho (abogados en libre ejercicio profesional) de esta ciudad de Loja.

Las preguntas constantes en las encuestas han sido abiertas y de opción múltiple; a dos preguntas, la número tres y cinco se les ha enlazado una

pregunta descriptiva para que los encuestados den sus aportes, así como se podrán comprobar en el siguiente título.

Estamos de acuerdo que una encuesta es un estudio observacional en el que el investigador busca recopilar datos por medio de un cuestionario previamente diseñado, sin modificar el entorno ni controlar el proceso que está en observación (como sí lo hace en un experimento). Los datos se obtienen realizando un conjunto de preguntas normalizadas dirigidas a una muestra representativa o al conjunto total de la población estadística en estudio, en este caso integrada por personas, con el fin de conocer estados de opinión, características o hechos específicos. Aunque el tema es amplio, sin embargo, se ha procedido a seleccionar las preguntas más convenientes, de acuerdo con la naturaleza de la investigación y los objetivos e hipótesis previamente determinados en el proyecto de investigación.

6. RESULTADOS

6.1. Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la investigación de campo

En la presente tesis he procedido a elaborar cinco preguntas, las mismas que tienen estrecha relación tanto con el tema investigado, como con los objetivos que constan en el proyecto y la hipótesis planteada. Las preguntas redactadas son de opciones múltiples y cerradas; el cuestionario ha sido elaborado bajo la supervisión del director de tesis; se ha creído conveniente aplicar la clase de preguntas descritas y la cantidad de preguntas, asimismo, ya indicadas, por cuanto ellas nos llevan a encontrar, contrastar y verificar los resultados.

Con la información recabada de la muestra poblacional, es posible tener una información muy importante y así tener una idea clara de la maternidad subrogada para así comprobar la necesidad de legislar este tema social que hemos venido describiendo.

6.2. Resultados de la encuesta

Se refiere a la interpretación estadística cuantitativa, su análisis minucioso, y la tabulación de cada una de las preguntas constantes en la encuestas. Una vez obtenida, tabulada, analizada e interpretada la presente información, se ha obtenido los siguientes resultados:

PRIMERA PREGUNTA:

1.- ¿Tiene conocimiento del tema de la maternidad subrogada en el Ecuador?

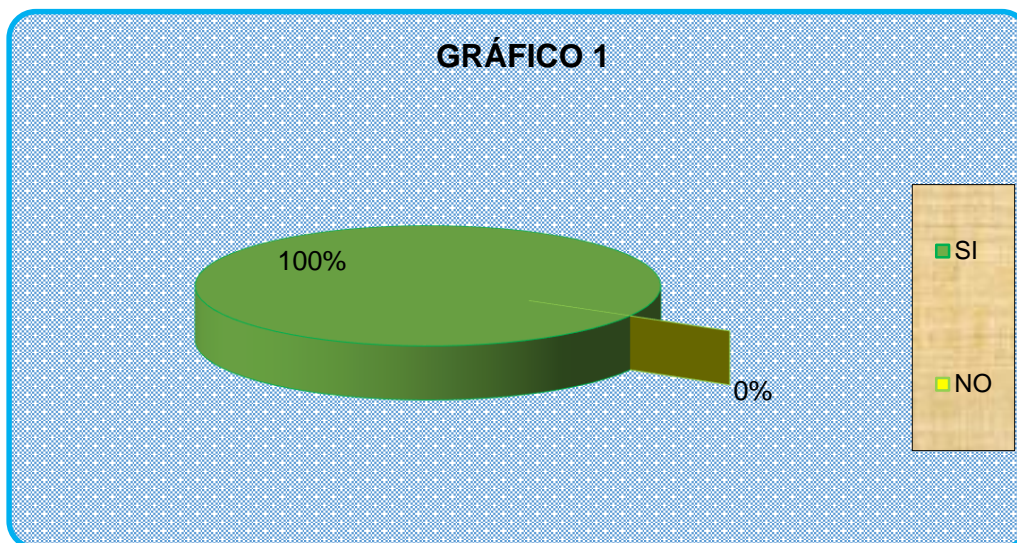
SI ()

NO ()

| VARIABLES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 30 | 100% |
| NO | 0 | 0% |
| TOTAL | 30 | 100% |

FUENTE: Abogados en libre ejercicio profesional de Loja.

ELABORACIÓN: La autora.



INTERPRETACIÓN:

Al tiempo que se ha realizado la presente investigación de campo, se ha dirigido el cuestionario de preguntas a profesionales del derecho de esta ciudad de Loja. Ellos muy amablemente han procedido a contestar todas y cada una de las preguntas constantes en el cuestionario.

Normalmente, como abogados en libre ejercicio profesional, y con la intelectualidad que le caracteriza al foro lojano, ellos han pedido que se les deje el cuestionario para luego retirarlo y a mi parecer los aportes dados en las respuestas han sido muy importantes, como se muestre en este título.

En la primera pregunta; de las 30 personas que corresponden al 100%; treinta han sabido manifestar que, efectivamente, tienen conocimiento del tema en nuestro país. En cuanto la totalidad del universo encuestado ha contestado afirmativamente conocer del tema de la maternidad subrogada, la segunda opción en cuanto al desconocimiento le correspondería el 0%.

ANÁLISIS:

A pesar de que por lo general no se obtiene una respuesta afirmativa al 100%, pues, tratándose de profesionales del derecho, en este caso, ellos han contestado afirmativamente conocer del tema de la maternidad subrogada; al tiempo que se procedía con la encuestas, más se referían a la maternidad de alquiler.

Asimismo, hacían comentarios que este es un tema cuestionado en el ámbito de la ética y la moral, pero, que era propio del avance científico. Como siempre lo científico aplicable a lo humano y ante el surgimiento del avance de la ciencia, siempre hay divergencias de criterios. También, en una de las entrevistas a pesar que no estaba en la encuesta al margen de la misma han puesto que crear vida es bueno, lo malo es el destruirla; y que todo lo que cree la vida y lo que ayude a serla mejor, es bueno; como el caso de la penicilina, un avance científico que a ninguna persona se le ocurriría que está mal. En un inicio la iglesia decía que dejen que los enfermos agonicen en paz, esa era la voluntad del señor y no se le debía suministrar penicilina, pero, creo que ahora a nadie se le ocurriría dejarse morir por no dejarse suministrar antibióticos.

Lo dicho en el párrafo precedente es el criterio de uno de los encuestados, como ejemplo me ha parecido bien por lo que he creído conveniente transcribirlo.

SEGUNDA PREGUNTA:

2.- En el tema de la maternidad subrogada. ¿Usted tiene conocimiento si la misma se encuentra legislada?

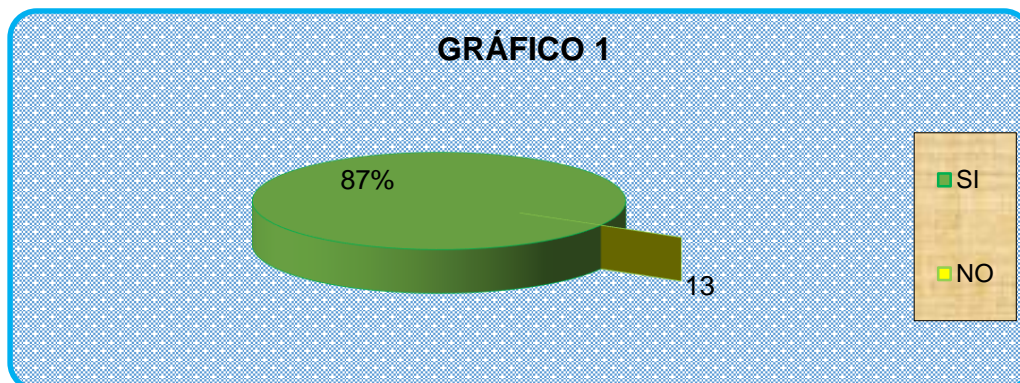
SI ()

NO ()

| VARIABLES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 26 | 87% |
| NO | 4 | 13% |
| TOTAL | 30 | 100% |

FUENTE: Abogados en libre ejercicio profesional de Loja.

ELABORACIÓN: La autora.



INTERPRETACIÓN:

En esta segunda pregunta; de las 30 personas que corresponden al 100%; veintiséis han dicho que si tienen conocimiento de que la misma no se encuentra legislada, esto corresponde al 87%; en cambio el otro 13%, que son cuatro personas han sabido manifestar que no conocen que el tema esté o no esté legislado.

ANÁLISIS:

A pesar que los encuestados son abogados en libre ejercicio profesional, el trece por ciento ha dicho que no conoce que la maternidad subrogada se encuentra legislada. Haber tenido una respuesta de no conocer que el tema se encuentre normativizado, creo que es una manera muy objetiva de responder de un profesional del derecho, por cuanto nuestro país, es uno de los países con más normas existentes, y es difícil o humanamente imposible conocer todo el sistema legal ecuatoriano.

Asimismo, el 87% ha dicho conocer que la maternidad subrogada no se encuentra legislada.

TERCERA PREGUNTA:

3. ¿Conoce las causas por las que las personas recurren a tener sus hijos bajo la modalidad de maternidad subrogada?

Si ()

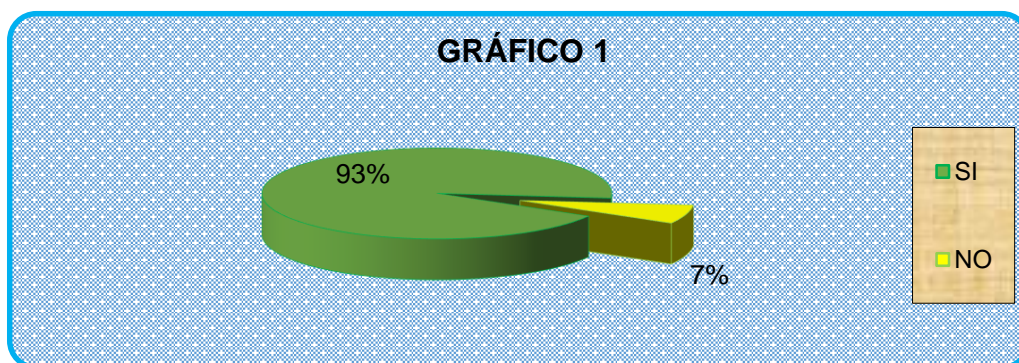
No ()

De ser afirmativa la respuesta, indique las causas:

| VARIABLES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 28 | 93% |
| NO | 2 | 7% |
| TOTAL | 30 | 100% |

FUENTE: Abogados en libre ejercicio profesional de Loja.

ELABORACIÓN: La autora.



INTERPRETACIÓN:

En esta tercera pregunta; de las 30 personas que corresponden al 100%; veintiocho han sabido manifestar que conocen las causas por las que las personas recurren a la maternidad subrogada; en cambio el 7% han contestado no conocer las causas por las que las personas que quieren tener sus hijos recurren a esta modalidad de maternidad.

ANÁLISIS:

A esta tercera pregunta se la ha formulado como una pregunta cerrada, no obstante, a continuación de la misma se le ha enlazado otra pregunta abierta en el sentido que “en caso de ser afirmativa la respuesta, indique las causas”.

Entre las principales causas que los encuestados creen que llevan a los padres a tener hijos bajo esta modalidad es la infertilidad e imposibilidad para procrear los mismos. En esencia el deseo de tener hijos es connatural a todas personas y es parte de la naturaleza misma del ser humano y de la sobrevivencia. Hasta el punto que se podría decir que la ciencia médica ha avanzado en este campo con la clara necesidad de poder suplir el problema de la infertilidad que sufren muchas parejas, y el hecho de no poder tener hijos en forma natural ya es duro y traumático.

CUARTA PREGUNTA:

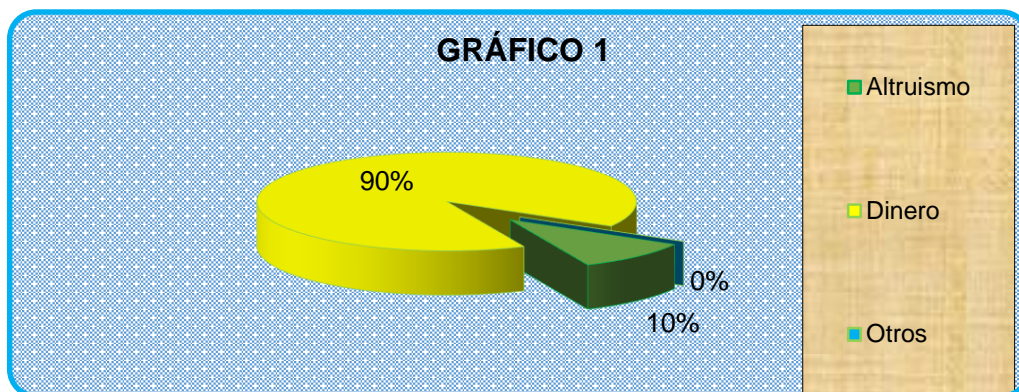
4. ¿Sabe usted cuáles son los motivos por los que las mujeres acceden a alquilar los vientres?

- a) Altruismo. ()
- b) Dinero. ()
- c) Otros. ()

| VARIABLES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| Altruismo | 3 | 10% |
| Dinero | 27 | 90% |
| Otros | 0 | 0% |
| TOTAL | 30 | 100% |

FUENTE: Abogados en libre ejercicio profesional de Loja.

ELABORACIÓN: La autora.



INTERPRETACIÓN:

En la cuarta pregunta, que ha correspondido al motivo por el que una mujer alquila el vientre está; de las 30 personas que corresponden al 100%; 27 persona que equivalen al 90 por ciento han dicho que el principal motivo es el dinero, mientras que el 10 por ciento restante han dicho que es altruismo.

ANÁLISIS:

Ya en el fondo del asunto, saber si es el dinero o el altruismo, es un tanto difícil de saber, si diríamos que las dos cosas al mismo tiempo se confabulan sería más objetivo decir. Si concurrimos al internet y en el buscador ponemos la palabra “vientres de alquiler” podremos darnos cuenta que hay mucha oferta en lo que es la maternidad subrogada y siempre está de por medio el dinero. Generalmente, en los anuncios la cantidad de dinero que se ofrece es muy aceptable ya que va de los 15 mil dólares a los 50 mil dólares³⁶.

³⁶ *Ver anexo III*

QUINTA PREGUNTA:

5. ¿Usted considera que se debería legislar en nuestro país esta modalidad de maternidad?

SI ()

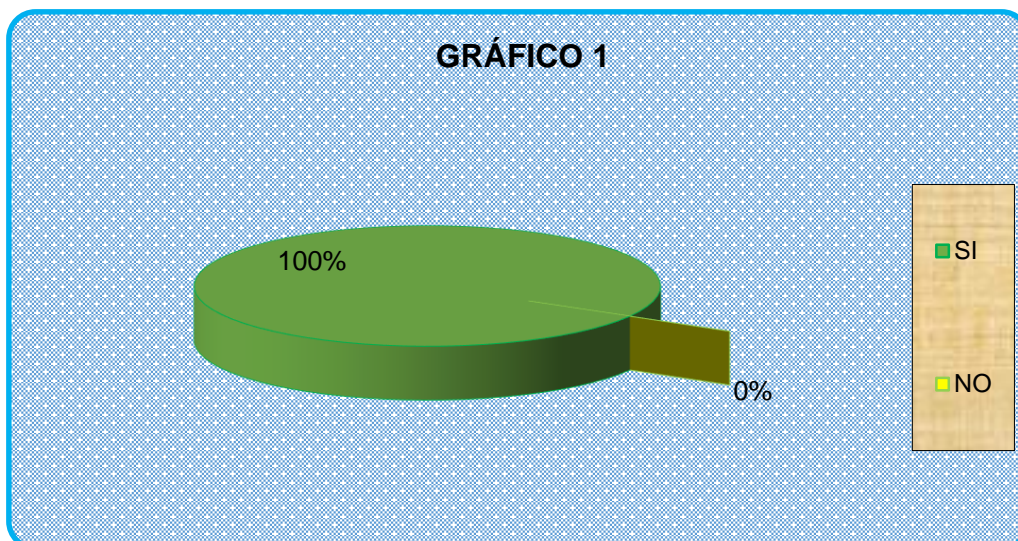
NO ()

¿Por qué....?

| VARIABLES | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 30 | 100% |
| NO | 0 | 0% |
| TOTAL | 30 | 100% |

FUENTE: Abogados en libre ejercicio profesional de Loja.

ELABORACIÓN: La autora.



INTERPRETACIÓN:

Finalmente en la quinta pregunta que nos hemos referido a la necesidad de legislar ésta modalidad de maternidad subrogada. De las 30 personas que corresponden al 100%; todas están de acuerdo que se legisle esta modalidad de maternidad subrogada.

ANÁLISIS:

Como en el caso de la pregunta tres se les ha pedido a los encuestados que expliquen la necesidad de legislar, ellos han dicho que es una realidad que se está viviendo, es un hecho que causa inquietud y novedad, reacciones a favor y en contra.

Cuando ciertos hechos sociales no se legislan tienden a crear problemas a posteriori y la tarea del derecho es prever los supuestos de hecho que deben ser legislados. Los legisladores deberían pronunciarse ya sea a favor o prohibiéndola, pero, es una necesidad porque no podemos tapar el sol con un dedo y decir que esto no ocurre en nuestro país. Así han opinado los encuestados en esta pregunta.

7. DISCUSIÓN

En el proyecto de investigación me planteé determinados objetivos tanto generales como específicos; de la misma manera, determiné una hipótesis, y al final de esta sección procedo a verificar los objetivos y a contrastar la hipótesis. También, he creído conveniente en este título referirme a la fundamentación jurídica de la propuesta legal de reforma.

7.1. Verificación de objetivos

El objetivo primario es el propósito primordial en la búsqueda de determinados conocimientos por ello posee una autonomía propia. A este objetivo se le denomina Objetivo General, pues abarca todas las expectativas que la investigación conlleva en su propósito mismo. De este objetivo general se desglosan una serie de objetivos secundarios a los que denominamos Objetivos Específicos, estos son en sí una fragmentación que permitirá alcanzar con mayor facilidad el objetivo general. Los objetivos específicos son una esquematización que permite evaluar, comparar y determinar si el objetivo general responde a los resultados logrados.

Para lograr la mejor orientación dentro de esta investigación en todos los objetivos hemos tratado de redactarlos tan claramente como sea posible, ya que somos conscientes que las conclusiones se referirán a la comprobación de los mismos.

Así, una vez concluida la investigación, luego de realizar el análisis y la interpretación de los resultados, conforme a la tabulación de los resultados obtenidos, y después del análisis jurídico he podido cumplir con los objetivos propuestos en el proyecto de investigación. Así se verifican a continuación:

Objetivo general:

En el proyecto de investigación se propuso como objetivo general:

❖ **“Realizar un estudio jurídico-analítico y doctrinario de la maternidad subrogada en el Ecuador.”**

En la presente investigación se ha cumplido con el objetivo propuesto en el proyecto de tesis. Efectivamente, en el marco doctrinario y jurídico se ha hecho un análisis minucioso de la maternidad subrogada, siempre, con un enfoque a nuestra realidad ecuatoriana.

Hemos puesto al final de la investigación anexos de la maternidad subrogada en el Ecuador como una realidad y un fenómeno social existente, y donde el jurisconsulto, Jorge Zavala Egas, afirma que como no existe una legislación que prohíba o apruebe este proceso, se puede hacer bajo un contrato típico, como de arrendamiento por ejemplo, en el cual se estipule que la madre sustituta va a prestar el vientre a los padres; pero así se firme ese contrato, los padres originales deben adoptar al niño para que éste lleve sus apellidos o para que sea sacado del país, en caso de ser extranjeros. Si se incumple este proceso, la madre original estaría usurpando la identidad de la madre biológica que en este caso es la que presta el útero.

Objetivos específicos:

En la misma forma como nos habíamos planteado un objetivo general, también, me propuse objetivos específicos:

❖ **“Determinar si existen normativas jurídicas que regulen la maternidad subrogada en el Ecuador.”**

La inexistente normativa que regule la maternidad subrogada ha sido debidamente comprobada a lo largo de toda la investigación tanto en la revisión de literatura como en la investigación de campo, en tal situación, podemos decir que sí se ha cumplido con este objetivo propuesto en el proyecto de investigación.

Para verificar este objetivo hemos recurrido al “El Sistema Integrado de la Legislación Ecuatoriana eSilec”, siendo la misma, la más completa, eficiente y

confiable herramienta de investigación jurídica del Ecuador; que almacena y organiza todas las leyes, todos los actos normativos y administrativos, y toda la jurisprudencia de última instancia que se ha publicado en instrumentos oficiales desde inicios de la República.

❖ **“Establecer la aceptación y el conocimiento de las personas, que en nuestro medio, tienen de la maternidad subrogada.”**

El conjunto total de la población estadística en estudio fueron profesionales del derecho (abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Loja). En este caso por haber sido la muestra un grupo de personas con su nivel de formación académica conocen todos del tema; y, en cuanto a la aceptación de que se legisle esta modalidad de maternidad, asimismo, todos los encuestados están de acuerdo, así verificado como cumplido este objetivo.

❖ **“Identificar las causas y motivos por los que se daría paso a la maternidad subrogada tanto de la persona que alquila el vientre como de las personas que desean ser padres.”**

Las causas y los motivos, de igual manera, se han determinado desde el inicio de la investigación. Ya en el desarrollo de la investigación hemos determinado que en el caso de los padres que desean tener sus hijos bajo esta modalidad, generalmente es la infertilidad y la imposibilidad de tenerlos de forma natural; y en el caso de las mujeres que facilitan la maternidad subrogada a través del alquiler de los vientres, generalmente lo hacen por dinero y en un menor grado por altruismo.

Como consta en los anexos es fácil darnos cuenta que en la Web hay infinidad de anuncios que ofertan la maternidad subrogada, sobre todo de las grandes ciudades, siempre dejando en claro una considerable suma de dinero.

7.2. Contrastación de hipótesis

En el presente trabajo de investigación se procede a contrastar el supuesto de hecho planteado al inicio de la investigación, en el que había propuesto la siguiente hipótesis:

- ❖ **“La maternidad subrogada es un problema socio-jurídico que no se encuentra normada legalmente en nuestro país.”**

Por regla general la hipótesis de las investigación se las llega a comprobar con la investigación de campo, pero, en nuestro caso no ha sido complicado comprobar la misma ya que ha sido suficiente revisar la normativa ecuatoriana y saber que esta figura jurídica aún no se encuentra legislada.

Para saber que es un problema socio-jurídico hemos expuesto en el marco conceptual las opiniones a favor y en contra en torno al tema investigado (discusiones éticas, morales, etc.). De igual forma se determina que el Estado como ente regulador y ante el surgimiento de un hecho social que cause controversia tiene la obligación de regularlo a través de la normatividad legal.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta legal de reforma

- a)** La sociedad ha tenido mucho tiempo para idear caminos de fertilización. Desde hace unas décadas la fecundidad y la maternidad han pasado a pertenecer al “orden médico”. Los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos han posibilitado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción asistidas como alternativas a la esterilidad, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo. Ahora la concepción y la maternidad ya no dependen sólo del azar y la incertidumbre³⁷.

³⁷ *REVISTA CIENCIA S B I O M É D I C A S* ARTÍCULO DE REVISIÓN
MATERNIDAD SUBROGADA () SURROGATE MOTHERHOOD* Arteta Acosta Cindy1
Correspondencia: cindyarteta@hotmail.com Recibido para evaluación: noviembre 03
– 2010. Aceptado para publicación: febrero – 28 – 2011

- b)** Es por esto que en la actualidad encontramos múltiples problemas legales, éticos, bioéticos y sociales, que plantean a la humanidad nuevos conflictos para los cuales no está preparada, pues exigen nuevas formas de razonamiento, nuevas intuiciones, nuevos principios, nuevos enfoques y tratamientos, tal es el caso de la maternidad subrogada. Es importante saber que no solo el ámbito científico tiene responsabilidad en el asunto, sino también el aspecto legal y social que deben tomar una postura con respecto a esta temática.
- c)** Como ya se había dicho al inicio de este trabajo, no es mi intención, tomar determinada posición por el tema investigado, sino, que mi principal propuesta es que existe una necesidad en normativizar esta práctica; que sea favor o en contra, esto les corresponderá determinar a los señores legisladores. No obstante, con fines académicos hago esta propuesta jurídica, desde el punto de la procedencia de la misma en el Ecuador.
- d)** La maternidad subrogada a través de las prácticas de reproducción asistida, en nuestros medios ha sido medianamente positiva, ya que la falta de ley que regule la aplicación de estas técnicas de reproducción humana ha motivado que las mujeres de subrogación uterina lo hagan con fines de lucro como se puede determinar de la cantidad de anuncios en la web.
- e)** Asimismo, según los parámetros obtenidos en todo el proceso investigativo determinamos la necesidad de proponer un proyecto de ley donde la ley proteja legalmente a las partes interesadas que se sometan a la práctica de la subrogación gestacional a través de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y que se convierta en una actividad sin fines de lucros, que se haga por factores médicos comprobables de esterilidad irreversible en la mujer y con ello garantizar con mayor eficacia los principios que amparan la dignidad del ser humano y el acceso a las técnicas de reproducción humana.

- f)** Para los profesionales del derecho y las personas que nos encontramos inmersas en la ciencia jurídica, es una obligación conocer la realidad social existente en torno a los problemas que se ven envueltas las parejas que se someten a la práctica de la subrogación gestacional en nuestro país, así como la falencia que existe en nuestro ordenamiento legal, en cuanto a la regulación de estas técnicas científicas y de los centros que la aplican cuya práctica se vuelve cada día mucho más frecuente.
- g)** Asimismo, no podemos dejar atender que la sociedad está directamente involucrada con los avances científicos en materia de reproducción humana porque todos los actores son partes de ella, así tenemos directores médicos especialistas de los centros de infertilidad y esterilidad, las parejas y las mujeres que subrogan sus úteros, los abogados, los jueces, fiscales son parte de una misma sociedad, es por ello que todos debemos involucrarnos en conocer y proponer una ley que garantice la seguridad jurídica en todas las personas que intervienen en estos procesos.
- h)** En el reproductor en línea youtube existen ciertos documentales e información que hablan de la maternidad subrogada; en periódicos en línea y los anuncios que se publicitan en la web se hace conocer esta modalidad de maternidad, no obstante, vale aclarar en este punto que la mayoría de mujeres que subrogan sus úteros son de condiciones económicas bajas, muchas de ellas lo hacen para cancelar sus estudios, pagar deudas, incluso para solventar económicamente su hogar, lo que ocasiona que se oferten sus vientres a parejas que quizás para solucionar su esterilidad acudan a estas mujeres sin presentir que se puede distorsionar la finalidad de esta modalidad.
- i)** Es innegable analizar el avance de la ciencia que actualmente avanza a pasos agigantados en relación, y muchas veces no al mismo ritmo de la ciencia jurídica en nuestro país y la realidad social, por tanto, es indispensable impulsar la propuesta de un proyecto de ley, que regule

esta práctica de subrogación gestacional a través de aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

- j)** Ahora, si analizaríamos los beneficios de legislar la maternidad subrogada, efectivamente, los favorecidos serían: a) Las mujeres que tienen esterilidad irreversible comprobable. b) Los centros de infertilidad y esterilidad que cuenten con un instrumento jurídico que regule sus obligaciones legales, a la que deben sujetarse en el desarrollo diario de sus actividades relativas a la protección, fomento y reparación de la fertilidad de sus pacientes. c) Los jueces civiles que al momento de presentarse un caso de naturaleza científica tendrían un sustento legal en el que guiarse. d) Los abogados en libre ejercicio por cuanto se les brindaría un mayor conocimiento de la relación que debe existir entre la ciencia, las leyes y la moral, dependiendo de la posición que adopten.
- k)** El derecho reproductivo es tan fundamental en el ser humano, que nace predestinado a cumplir con esa función natural de prolongación de la especie, el mismo código de ética médica de nuestro país, confirma el derecho que tienen las personas a acceder a las técnicas de fecundación in vitro, en institutos o centros de investigación autorizados, cuando se ven afectados naturalmente al derecho que tienen de reproducirse, por ende es lógico que este derecho biológico se vea actualmente sustentado por la aplicación de otras derivaciones que nacen como complemento de estas técnicas de fecundación artificial y es el recurso de la subrogación gestacional que en la actualidad suplantando bienes jurídicos como la maternidad, y que la doctrina la denomina como una forma admisible de participación en la procreación, o como una de las manifestaciones o facultad que tiene la pareja a elegir el medio a través del cual desea procrear.
- l)** Por tanto los principios que inspiran la protección del ser humano y el fomento de los métodos de salud y el acceso a la subrogación gestacional como una forma positiva de orden terapéutico. Referente a esto cabe recalcar que surge una regulación a la aplicación de esta

práctica por tanto finalmente solo sería admitida a los cónyuges previo consentimiento de los mismos y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales, amparándonos al interés superior del menor de edad a nacer dentro de una familia y donde estas técnicas de reproducción artificial estén restringidas a casos verdaderamente excepcionales, donde no medie un lucro entre las partes sino un fin altruista de ayudar a aquellas parejas que no pueden gestar naturalmente a su propio hijo, casos que se considerarían como positivos tanto legal como moralmente, porque no avasalla la dignidad humana ni el orden público.

- m)** El numeral 9 del artículo 11 de la Constitución señala: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”; esta disposición constitucional es uno de los principios y deberes que se impone el Estado mismo en cuanto a sus ciudadanos.
- n)** Los niños, niñas y adolescentes están considerados como un grupo vulnerable de la sociedad, de conformidad con el artículo 35 de la norma suprema que dice: “Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”
- o)** El artículo 44 de la Constitución establece la obligación del Estado de garantizar a las niñas, niños y adolescentes “su interés superior”, consistente en que sus "derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"; además, de ser privilegiados sus derechos, ellos constan dentro del grupo de atención prioritaria.

p) El artículo 45 de la Carta Magna dispone que: “los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos además de los específicos de su edad. Tendrán derechos a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria”.

8. CONCLUSIONES

Luego de haber hecho la investigación bibliográfica y de campo se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

- ❖ Son procedentes las técnicas de reproducción asistida, entre estas la maternidad subrogada, siempre y cuando se lo realice tomando en consideración el Interés Superior del niño.
- ❖ Que nuestro sistema legal ecuatoriano no contempla normativa alguna que regule de forma específica la maternidad subrogada, situación, que genera una necesidad expedir una Ley que Regule la Maternidad Subrogada.
- ❖ En lo referente a la maternidad subrogada no ha existido y es necesaria una política pública que percibiendo las necesidades de la sociedad no vaya en contra de los intereses de las partes, pero tampoco en contra los principios que una sociedad quiere hacer prevalecer, como tampoco lesionar los derechos de los niños so pretexto de avances científicos o corrientes modernas de pensamiento.
- ❖ El estudio de la maternidad subrogada ha demostrado ser un tema de interés jurídico y social. Esto por cuanto con en el avance de la ciencia, la tecnología y la globalización en sí, el tema de la maternidad subrogada gana terreno en todos los países del mundo y nuestro país no es la excepción, para ello basta darnos cuenta que en el internet se publicita cantidad de anuncios en las principales ciudades de, casi en la mayoría de los casos, estando de por medio el dinero
- ❖ En nuestro país está esta modalidad de maternidad es una técnica susceptible que lo realicen las parejas que carecen de úteros o de esterilidad irreversible; para ellos es posible aplicarlo sin previsión legal alguna, mientras que este método no esté prohibido por las leyes vigentes, por tanto al no estar regulado por nuestras leyes este método constituye un fenómeno que se lo puede aplicar sin previsión legal alguna.

- ❖ Que maternidad sustituta, maternidad subrogada o alquiler de vientre son los nombres con los que se denomina habitualmente a la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o niña fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días, a otra persona o pareja renunciando a sus propios derechos como madre, frecuentemente a cambio de una suma de dinero o por altruismo.
- ❖ Los métodos de reproducción humana asistida, nacen con el afán del hombre por suplir las falencias de infertilidad que la misma naturaleza se ha encargado de sembrar en las parejas en edad reproductiva.
- ❖ A pesar de que la maternidad subrogada es regulada en algunos países del mundo ya sea permitiendo o prohibiéndola, ésta no es la tendencia mayoritaria, en efecto, la regla general es el vacío normativo frente a esta materia, como ocurre precisamente en nuestro país.
- ❖ En el derecho comparado, la maternidad subrogada no ha recibido un tratamiento uniforme, lo que ha planteado dificultades a la hora de aplicar el derecho al caso concreto. Si bien, existen ciertos países donde la maternidad subrogada ha sido regulada por el derecho, sin embargo, existen vacíos normativos respecto de la procedencia y regulación en la práctica.
- ❖ Al tiempo que se da técnica de reproducción asistida (maternidad subrogada), uno de los elementos claves e indispensables, es que exista la libre e incondicionada voluntad en las personas que intervienen.
- ❖ La discusión del régimen jurídico de la maternidad subrogada es muy amplio, y podría tomar nuevos giros a medida que el concepto tradicional de la maternidad vaya modernizándose. Sin embargo, no deja de ser un tema de discusión apasionante, sobre todo considerando la trascendental importancia, jurídica, social y moral.

9. RECOMENDACIONES

En la presente investigación me es necesario detallar las siguientes recomendaciones:

- ❖ A medida que ha ido evolucionado el Derecho, también han aparecido nuevas situaciones y hechos sociales que es necesario que se los regule. Uno de los hechos es la maternidad subrogada en el Ecuador que se convierte en una necesidad imperante a la espera de una respuesta legal. Es importante saber que no solo el ámbito científico tiene responsabilidad en el asunto, sino también el aspecto legal y social que deben tomar una postura con respecto a esta temática.
- ❖ Que sería necesario que las personas que se someten a estos procedimientos de maternidad tengan cuidado y lo hagan en la libertad plena y que conozcan de los posibles problemas que pudieren surgir ya sea en lo legal, morales o psicológicos.
- ❖ En la actualidad la sociedad ha evolucionado de una manera vertiginosa, debido a los adelantos científicos y tecnológicos, dejando notoriamente desactualizado a nuestro sistema jurídico, por ello, es que legislación vigente debe actualizarse para poder responder a las exigencias de un nuevo mundo jurídico que nos ha tocado vivir ya que sus postulados y principios son propios de otras épocas, lo que se traduce en algo totalmente obsoleto y lejos de la realidad social.
- ❖ Es necesario que la Asamblea Nacional expide una ley que regule esta modalidad de maternidad subrogada. Pues, los vacíos legales en temas tan trascendentes como el que se trata en la presente investigación, pueden desencadenar no solo en un problema ético sino de repercusiones incluso legales, por tanto a partir de la creación de una ley que regule estas modalidad de maternidad se prevería posibles inconvenientes y sobre todo se velaría por el interés superior del niño concebido por estas técnicas.

- ❖ Que la Universidad Nacional de Loja se realice conferencia en temas tan trascendentes como el que se ha planteado en la presente tesis, para ello, puede invitarse a juristas de renombrados como el Dr. Jorge Zavala Egas que ha tocado el tema, y también profesionales en el campo de la bioética, y así poder construir la ciencia jurídica con miras a dar una mejor solución a los problemas sociales.
- ❖ Hablar de la “maternidad subrogada” de por si es un tema que va a causar cierta inquietud, con criterios a favor y en contra; en mi caso como mujer se hace un poco cuestionable; en base a la premisa indicada los estudiantes de la carrera de derecho de la Universidad Nacional de Loja deberían animarse a dirigir sus trabajos investigativos en temas que están latentes en la sociedad, necesitan respuestas, y que por prejuicios a veces no se los quiere tocar.

9.1 PROPUESTA JURÍDICA

La siguiente propuesta jurídica surge como una respuesta al problema de la falta de legislación en el Ecuador que regule la maternidad subrogada.

El Artículo 102 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que: “Las ecuatorianas y ecuatorianos, incluidos aquellos domiciliados en el exterior, en forma individual o colectiva, podrán presentar sus propuestas y proyectos a todos los niveles de gobierno a través de los mecanismos previstos en la Constitución y la ley”. Razón por la cual se presenta la propuesta de Ley al CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; y la incorporación de un nuevo articulado al mencionado cuerpo legal.

9.2. Proyecto de Ley al Código de la Niñez y Adolescencia y la incorporación de un nuevo articulado al mencionado cuerpo legal



LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

Que, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 determina que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”;

Que, el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador establece la obligación del Estado de garantizar a las niñas, niños y adolescentes "su interés superior", consistente en que sus "derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”;

Que, el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución de la República determina que es deber del Estado proteger a las familias transnacionales y los derechos de sus miembros;

Que, el artículo 45 de la Constitución, dispone que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos además de los

específicos de su edad. Tendrán derechos a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria;

Que la Asamblea Nacional del Ecuador de acuerdo con el Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador, tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas del sistema legal ecuatoriano;

Que, en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero del 2003, se publicó el Código de la Niñez y Adolescencia; y, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR EXPIDE LA SIGUIENTE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:

Al final del Segundo Libro del CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, incorpórese la siguiente disposición:

Art. 1.- “En lo relativo a la maternidad subrogada se estará a lo que dispone la Ley que Regula la Maternidad Subrogada.”

Disposición Final.- La presente Ley, entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito, en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los.... días del mes de... de 201... f).- Gabriela Rivadeneira Burbano, PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL. f).- Dra. Libia Rivas Ordóñez, SECRETARIA GENERAL.

9.3. Proyecto de Ley que Regula la Maternidad Subrogada



LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que se hace necesario que el Estado legisle y controle la maternidad subrogada para evitar que se convierta en un negocio lucrativo, además se evitarían abusos y problemas que pudieran surgir en el proceso.

Que, los principios proclamados en la Constitución de la República del Ecuador y los Tratados Internacionales se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia, reafirmando los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona y que han decidido promover el progreso social.

Que, la Constitución de la República en los artículos 45 y 66 numeral veintiocho garantizan el derecho a la identidad, incluyendo el derecho a tener nombre y apellido, derecho que jurídicamente se establece por la filiación, la misma que constituye el vínculo jurídico entre dos personas ya sea por origen natural o por un acto jurídico. El derecho a la identidad permite establecer la procedencia de los hijos/as respecto de los padres/madres, pues en la mayoría de los casos es

de esa relación que se desprende la identificación de la persona, que la individualiza en relación a las demás y que tiene incidencia directa en la construcción de la personalidad y en el ejercicio de otros derechos.

Que, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificada por el Ecuador el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, por Decreto Supremo No. 1883, publicado en el Registro Oficial 452 de 27 de Octubre de 1977, en su artículo 18 textualmente indica que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos...”.

Que, la Convención de los Derechos del niño, ratificada por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1330, publicado en el Registro Oficial No. 400 de 21 de Marzo de 1990, en su artículo 7 señala que “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. La Convención citada señala que el derecho en análisis debe ser preservado por los niños/as durante toda su vida, es decir, no es dable que una persona éste sujeta a variaciones indiscriminadas por tratarse de un elemento importante de su identidad, al respecto el artículo 8 señala:” 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Que, la Constitución de la República del Ecuador dentro de los derechos de libertad, en el artículo 66 numeral diez garantiza el derecho de procreación, textualmente expresa: "El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener". Éste es un derecho de titularidad y ejercicio individual o compartido de los habitantes, en condiciones de igualdad, protección al deseo a la maternidad o paternidad que, encuentra una de sus fuentes en la responsabilidad del hecho filial.

Que, los nuevos esquemas familiares que han transformado una concepción unívoca y clásica de la noción tradicional de parentesco biológico, se expresan el artículo 67 de la Constitución de la República:" Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes".

Que, el artículo 69 de la Constitución de la República establece ciertas disposiciones con el objeto de proteger los derechos de los integrantes de la familia, referentes a la filiación; así los numerales 6 y 7 señalan:" 6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción. 7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella".

Que, ante problema de salud pública que representa la infertilidad y esterilidad humana dentro de las parejas ecuatorianas para procrear, la ciencia contemporánea ha dado la oportunidad de encontrar soluciones médicas que garanticen el derecho de aquellos impedidos a tener descendencia y que es obligación del Estado prever la regulación y los efectos de la filiación derivadas de la técnicas de reproducción asistida y de la maternidad subrogada desde

una perspectiva objetiva, sin prejuicios, teniendo como pilares fundamentales la voluntad pro creacional y el amor familiar.

Que, las posiciones clásicas de determinar la maternidad o paternidad por el mero hecho biológico desconocen la realidad imperante en la complejidad de las relaciones interpersonales del mundo actual, de la evolución de la ciencia médica en beneficio de la reproducción humana asistida y de las nuevas formas de filiación que los ordenamientos jurídicos han concebido para hacer frente a estas complejas realidades.

Que, la procreación ya no es resultado inmediato de la sexualidad, sino que se comparte con la intencionalidad, la voluntariedad y la planificación a la hora de procrear con la ayuda indispensable de la ciencia siempre en miras del respeto de los Derechos Fundamentales de las personas.

Que el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución señala: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”; esta disposición constitucional es uno de los principios y deberes que se impone el Estado mismo en cuanto a sus ciudadanos.

Que los niños, niñas y adolescentes están considerados como un grupo vulnerable de la sociedad, de conformidad con el artículo 35 de la norma suprema que dice: “Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”

Que el artículo 44 de la Constitución establece la obligación del Estado de garantizar a las niñas, niños y adolescentes “su interés superior”, consistente

en que sus "derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"; además, de ser privilegiados sus derechos, ellos constan dentro del grupo de atención prioritaria.

Que el artículo 45 de la Carta Magna dispone que: "los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos además de los específicos de su edad. Tendrán derechos a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria".

EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES CONSTITUCIONALES DETERMINADAS EN LA CARTA MAGNA, ESTE ÓRGANO LEGISLATIVO EXPIDE LA SIGUIENTE, LEY QUE REGULA LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Art. 1.- La Maternidad Subrogada. Se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, en cuyo caso, la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante sustituta que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.

Art. 2.- Sin fines de lucro.- La Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer. Dentro del acuerdo entre la madre gestante y los padres subrogantes, bajo ningún motivo habrá dinero u ofrecimientos onerosos, ya que este procedimiento se lo realizará por fines altruistas y terapéuticos, excepto, los gastos médicos debidamente comprobados de la madre portadora.

Art. 3.- Mujer Gestante Sustituta. Para los fines legales entiéndase como tal a la mujer con capacidad de goce y ejercicio que a título gratuito se compromete

mediante un instrumento jurídico, a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja hombre y mujer que aportan su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el nacimiento. A quien le corresponderán los derechos derivados del estado de gravidez hasta el nacimiento.

Art. 4.- Madre Subrogada. Entiéndase como tal a la mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta su material genético para la fecundación, y que se compromete mediante el instrumento jurídico desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica.

Art. 5.- Padre Subrogado. Es el hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta su material genético para la fecundación y con obligaciones propias de la paternidad desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone el presente Código respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica.

Art. 6.- Instrumentos jurídico entre las partes intervinientes. El acuerdo que conlleve la maternidad subrogada se lo hará mediante instrumento jurídico suscrito ante un Notario, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual una mujer con capacidad de goce y ejercicio se compromete gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo; lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio hombre y mujer que aportan su carga o material genético a través de un ovulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante sustituta y que concluye con el nacimiento.

Art. 7.- Responsabilidades de los médicos tratantes. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente

de las consecuencias médicas y legales de la implantación de células en el cuerpo de una mujer gestante sustituta. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación.

Art. 8.- Las técnicas de reproducción humana asistida practicadas en el Ecuador se guiarán por el respeto al derecho a la vida, a la salud reproductiva, la dignidad humana y demás derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en los Instrumentos Internacionales que versen sobre la materia.

Art. 9.- Cuando en el proceso reproductivo intervenga la mujer gestante mencionada en el artículo anterior, en virtud de este acuerdo o contrato que exprese la voluntad procreacional, se presumirá como madre legal a la mujer comitente o subrogante, ya sea que ésta última provea o no el óvulo; y la calidad de padre legal se le atribuirá al varón comitente, cónyuge o conviviente de la madre legal. El niño o los niños concebidos serán considerados hijos legítimos de la pareja comitente.

Art. 10.- Las parejas en matrimonio o en unión libre -hombre y mujer- podrán hacer uso de la técnica de subrogación gestacional a través de las técnicas de reproducción asistida, cuando hayan agotado primero los recursos terapéuticos para concebir, y de una vez informados sobre la adopción, renuncien a ella.

Art. 11.- La pareja y la mujer de subrogación gestacional previo a la aplicación de estas técnicas deberán someterse a una evaluación clínica completa, incluyéndose las siguientes: 1. Examen físico y psicológico completo. 2. Análisis de enfermedades de transmisión sexual. 3. Grupo sanguíneo y factor Rh, HIV 1, HIV 2, hepatitis B y C. 4. Evidencia de normalidad uterina y/o tubárica.

Art. 12.- La pareja deberá someterse a continua evaluación social y psicológica de su entorno familiar previo al proceso de fecundación, la misma que determinará mediante visto bueno del psicólogo clínico y trabajador social, la estabilidad emocional y social de la pareja en pro del mejor interés del menor.

Art. 13.- Se establece la filiación, y la correspondiente paternidad y maternidad, por el hecho de haber sido concebida una persona a través de técnicas de reproducción humana asistida. Quienes voluntariamente hayan prestado su consentimiento previo y dirigido para la realización de estos procedimientos, ostentaran la calidad de padre o madre legal, según corresponda. La ley no hace ninguna distinción en los derechos de los hijos, basada en la diversa forma de probar la filiación.

Art. 14.- La voluntad procreacional y el consentimiento expreso dentro de los procedimientos médicos o técnicas de reproducción humana asistida constituyen el factor primordial y determinante para establecer la filiación entre el concebido y/o nacido y sus padres legales.

Art. 15.- El contrato de maternidad subrogada es el instrumento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la mujer gestante, la pareja subrogante y los médicos intervinientes, acuerdan concretar el procedimiento de la maternidad subrogada.

Art. 16.- El contrato se formaliza con el acuerdo de estas voluntades y se perfecciona con la aprobación por parte de la autoridad competente, no surtiendo efecto jurídico alguno hasta entonces. Una vez aprobado y registrado este instrumento por la autoridad competente se generará el vínculo filial a favor de los subrogantes desde el momento de la concepción del nuevo ser.

Art. 17.- En caso de incumplimiento de las obligaciones originadas por la celebración de este contrato por parte de la mujer gestante o de la pareja subrogante, será competente de conocer la controversia o resolver la acción interpuesta, el Juez de la Niñez y la Adolescencia del lugar en donde se

hubiere celebrado el contrato de maternidad subrogada, atendiendo a las circunstancias del caso y privilegiando el interés superior del niño o niña.

Art. 18.- La subrogación gestacional será únicamente realizada en casos médicos comprobados científicamente en donde la esterilidad provenga por problemas relacionados con el útero de la mujer y se compruebe que no puede llevar a cabo la gestación natural de su hijo.

DISPOSICIÓN FINAL

PRIMERA.- La presente Ley que Regula la Maternidad Subrogada, entrara en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito, en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los.... días del mes de... de 201... f).- Gabriela Rivadeneira Burbano, PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL. f).- Dra. Libia Rivas Ordóñez, SECRETARIA GENERAL.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ *ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS BOGOTA 2001*
- ❖ *Caso de Leveratto, B., Grinblat de Notrica, S., & Fermepin, E. (2001). Incidencia de lo prenatal en el vínculo materno-filial. Reflexiones en torno a la adopción y a la fertilización asistida. Psicoanálisis APdeBA, 23, (3).*
- ❖ *CODIGO CIVIL (LIBRO I) Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005 Ultima modificación: 03-dic-2012 Estado: Vigente*
- ❖ *CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008.*
- ❖ *De Santiago, M. (1997). Una perspectiva acerca de los fundamentos de la Bioética. En Biblioteca básica de Dupont Pharma para el médico de Atención Primaria. Barcelona: Doyma.*
- ❖ *Diccionario de la lengua española (DRAE) (1.ª edición: 1780, 23.ª edición actual: 2014)*
- ❖ *DIEGO PAÚL LÍGER ALDÁS. Propuesta para la regulación jurídica de la maternidad subrogada.... Inédito. Pág. 35.*
- ❖ *DISPONIBLE EN LA WEB:*

<http://www.familiaqueesyqueno.es.org/Isidoro/TEXTOS/LA%20MATERNIDAD.htm>
- ❖ *DISPONIBLE EN LA WEB: <http://es.thefreedictionary.com/maternidad>*
- ❖ *DISPONIBLE EN LA WEB:*

http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/webmec11/repro_human00.htm
- ❖ *Enciclopedia Jurídica Omeba.*

- ❖ *Federación de Rusia. Código Civil de la Federación Rusa (modificado por última vez el 29 de junio de 2009)*
- ❖ *Golombok S, Teman E. The social construction of surrogacy research: an anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood. Social Science & Medicine 2008; 67: 1104-1112.*
- ❖ *HIGUERA, G.: «Biógenética y Derecho». En Revista Española de Derecho Canónico, 44 (1987)págs. 7-35. Pág. 13.*
- ❖ *LA GESTACION POR SUSTITUCION: DILEMAS ETICOS Y JURÍDICOS RAFAEL SANCHEZ ARISTI Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Madrid.*
- ❖ *LA MATERNIDAD SUBROGADA: UNA CONFRONTACIÓN ENTRE ITALIA Y MÉXICO Surrogate Motherhood D: Cristiana Baffone. Pág. 450.*
- ❖ *Disponible en Internet en: Enciclopedia%20de%20Bio%20C3%A9tica%20-%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.htm*
- ❖ *MATERNIDAD SUBROGADA (*) SURROGATE MOTHERHOOD Arteta Acosta Cindy1 Correspondencia: cindyarteta@hotmail.com Recibido para evaluación: noviembre 03 – 2010. Aceptado para publicación: febrero – 28 – 2011*
- ❖ *REVISTA CIENCIAS BIOMÉDICAS ARTÍCULO DE REVISIÓN MATERNIDAD SUBROGADA () SURROGATE MOTHERHOOD Arteta Acosta Cindy1 Correspondencia: cindyarteta@hotmail.com Recibido para evaluación: noviembre 03 – 2010. Aceptado para publicación: febrero – 28 – 2011.*
- ❖ *Revista Judicial. Derechoecuador. com.*

- ❖ *Revista: El Consejo Federal de Medicina (CFM), colegio que regula la actividad profesional de los médicos en Brasil. 2010.*
- ❖ *Romano, L. (2000). Procreazione Assistita o Fecondazione Artificiale? Un Figlio a Tutti I Costi? Riflessioni Bioetiche. Università degli Studi di Napoli "Federico II" Dipartimento di Scienze Ostetrico-Ginecologiche Urologiche e Medicina della Riproduzione Master in Bioetica – Università Cattolica del S. Cuore, Roma.*
- ❖ *Técnicas de reproducción Asistida". Septiembre 2 de 2000.*
- ❖ <http://www.fielweb.com>
- ❖ <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>
- ❖ <http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Portada> ENCICLOPEDIA DE CONTENIDO LIBRE.

11. ANEXOS:

ANEXO 1



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

NECESIDAD DE INCREMENTAR AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA
ADOLESCENCIA UNA DISPOSICIÓN QUE REGULE LA
MATERNIDAD SUBROGADA.

*Proyecto de tesis previo a
obtener el título de
Abogada*

AUTORA:

ZOILA NARCIZA SARANGO SACA.

LOJA – ECUADOR

2014

1. TITULO:

NECESIDAD DE INCREMENTAR AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA UNA DISPOSICIÓN QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2. PROBLEMÁTICA:

En el Ecuador como en todo país del mundo ha existido el problema de la infertilidad o esterilidad en las parejas que tienen el deseo natural del ser padres; cuando han habido estos problemas y las mujeres que quieren ser madres han sido incapaces de gestar a sus hijos en sus vientres, una solución ha sido recurrir a la adopción, figura jurídica existente que se encuentra claramente regulada en la legislación ecuatoriana.

Con el pasar del tiempo y con el avance de la ciencia surge una nueva modalidad de maternidad que es la maternidad subrogada, procedimiento por el cual el embrión de la pareja infértil es implantado en el vientre de una mujer, apta para ello; llamada madre subrogada o gestante, quien al no compartir genes con el concebido, al momento de su nacimiento es entregado a quienes tuvieron la intención de traerlo al mundo y de asumir el rol legal de padre o madre, según corresponda.

Esta figura viene a convertirse en estos días en una opción extraordinaria para solucionar los problemas de reproducción antes descritos, debido a que la misma permite tener descendencia con genes propios, opción preferida por la mayoría de las personas antes de recurrir a la adopción.

No obstante, nuestro sistema jurídico ecuatoriano no contempla aun estas nuevas realidades ni mucho menos sus efectos dentro del campo jurídico, específicamente el referido a la filiación.

En el Código de la Niñez y la Adolescencia, no existe norma alguna que exprese o determine el hecho esencial para otorgar la calidad de madre o padre legal de una persona, pese a esto se deduce que madre es aquella quien

ha dado a luz a la criatura y por presunción legal, padre es quien se encuentra casado con la madre o quien voluntariamente lo ha reconocido como suyo.

Lamentablemente en nuestro país, esta falta de disposición mencionada ha hecho que la práctica de la Maternidad Subrogada se realice sin ningún tipo de control y aunque no existen registros o estadísticas oficiales, se conoce su oferta en varias clínicas especializadas, existiendo riesgos latentes en el campo médico, ético y legal, sobretodo en el caso de presentarse ante la justicia ordinaria un conflicto entre los intervinientes, disputándose los derechos parento filiales y en sí, la patria potestad y tenencia del menor. Dándose el caso de que existiese la maternidad biológica, genética o de deseo, la interrogante tendiente a responder es quien predomina en esta situación, a quien la ley otorgará la calidad de madre o padre; o si es válido o no en nuestro país un contrato de subrogación materna.

Tomando como fundamentos esta problemática haré un análisis socio-jurídico y trataré de dilucidar todos los interrogantes jurídicos que se deriven de la presente investigación y así poder encontrar soluciones válidas a los problemas existentes ante la falta de normativa que regula la maternidad subrogada en el régimen jurídico ecuatoriano.

3. JUSTIFICACIÓN:

Mi proyecto es un trabajo de investigación en el que se especifica qué es lo que quiero investigar me propongo estudiar y cómo tengo planificada la realización de mi estudio, por lo que siempre debe elaborarse antes de iniciar la investigación. Aquí encontraré con el máximo posible de detalle, precisión y claridad pertinente el plan de investigación científica. Incluye sus aspectos y pasos fundamentales, colocados en tiempo y espacio. Por lo que una vez más podemos afirmar, que el Proyecto de Investigación, constituye el documento base del investigador, cuyas especificaciones le permiten orientarse al ejecutar el trabajo.

Como estudiante de la Universidad Nacional de Loja de la carrera de Derecho y futura abogada de los Tribunales de la República, cumpliendo con lo establecido en el Art. 135 del Reglamento del Régimen Académico, elaboro el presente Proyecto de Investigación, previo al desarrollo de mi tesis como requisito previo para optar al Título Profesional de Abogada, cuyo tema es Necesidad de Incrementar al Código de la Niñez y la Adolescencia una Disposición que Regule la Maternidad Subrogada.

Plenamente se justifica el presente trabajo de investigación porque cumple con lo estipulado en el Reglamento General de la Universidad Nacional de Loja, cuya misión y visión es vincularse con la colectividad y así poder ayudar a la solución de los problemas que aquejan a nuestra sociedad.

Como estudiante y futura profesional del derecho estoy consciente que el derecho se transforma día a día y no permanece estático; es más por la misma dialéctica de la ciencia jurídica, con el devenir del tiempo van apareciendo nuevos problemas jurídicos que deben ser investigados y a los mismos encontrarles soluciones válidas.

El presente trabajo de investigación se enmarca dentro de los contenidos contemplados en el diseño curricular de la Carrera de Derecho por formar parte del extenso campo de la investigación y la formación profesional.

La importancia en el aspecto académico, porque gracias a este trabajo de investigación, podre realizar y conocer a fondo que a través de la investigación jurídica se puede conocer problemas que surgen en la sociedad y que al mismo tiempo éstos no están legislados.

La importancia en el vínculo social, como estudiante y futura Abogada de la República, siendo el derecho mi campo, me concierne analizar y proponer soluciones a todo aquello que se considere un problema social que requiere de la intervención del derecho.

La importancia en el vínculo jurídico.

El Derecho es una ciencia que se encarga de regular las realidades de cada sociedad, pero a veces cuestiones nuevas como la maternidad subrogada se quedan excluidas durante algún tiempo, pese a verificarse de manera fáctica. Considero que es absolutamente necesario que se regule esta práctica en nuestro país para evitar que se sigan produciendo conflictos contrarios a las normas vigentes, afectando al interés superior del niño y la familia, cuestiones que conforman la base de una sociedad y que tiene un principio constitucional.

4. OBJETIVOS:

4.1. Objetivo General:

Realizar un estudio jurídico-analítico y doctrinario de la maternidad subrogada en el Ecuador.

4.2. Objetivos Específicos:

- Determinar si existen normativas jurídicas que regulen la maternidad subrogada en el Ecuador.
- Establecer la aceptación y el conocimiento de las personas, que en nuestro medio, tienen de la maternidad subrogada.
- Identificar las causas y motivos por los que se daría paso a la maternidad subrogada tanto de la persona que alquila el vientre como de las personas que desean ser padres.

5. HIPOTESIS:

La maternidad subrogada es un problema socio-jurídico que no se encuentra normada legalmente en nuestro país.

6. MARCO TEORICO:

Maternidad Subrogada: Significado y origen.

La maternidad subrogada, junto a otros nombres - gestación sustitutiva y alquiler de vientre- denominan habitualmente la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre; frecuentemente es realizada a cambio de dinero. Las motivaciones que pueden llevar a una pareja o persona, a solicitar esta práctica son variadas, entre ellas se comparten: a) Esterilidad/Infertilidad de la persona o pareja, para llevar a término un embarazo; b) Incapacidad para soportar “posibles consecuencias” que podrían ocurrir en la etapa gestacional.

En el año 1976,³⁸ en Estado Unidos se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial, quién lo patrocinó fue el abogado Noel Keane, quién creó el *SurrogateFamilyService Inc.*

Un controvertido caso de maternidad subrogada, puso el tema en debate en Estados Unidos-caso Baby M- la mujer gestante Mary Beth Whitehead de 29 años de New Jersey, firmó un contrato el 6 de febrero de 1985, de tener un hijo para William y Elizabeth Stern.

Por el contrato arreglado con el Centro de Infertilidad de Nueva York, la Sra.Whitehead accedió a que: *“en el mejor interés del niño, no desarrollaría ni intentaría desarrollar una relación padre-hijo con ningún niño (...) que pudiera concebir (...) y dejaría libremente la custodia a William Stern, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño; y renunciaría a todo derecho materno al mencionado niño según este acuerdo”*. La Sra. Whitehead recibiría 10.000 dólares de “compensación por los servicios y los gastos” del Centro de Infertilidad como parte de un total de aproximadamente 25.000 dólares, que el

³⁸ *DISPONIBLE EN LA WEB EN:*
<http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada> (28/06/2015)

Sr. Stern accedió a pagar al Centro. Del resto, 5.000 dólares, se destinaban a los costos médicos, legales y de seguros de la Sra. Whitehead durante el embarazo, y de 7.500 a 10.000 irían a parar al Centro en concepto de minuta.”

Después de nacida su hija, la Sra. Whitehead y su marido decidieron no entregarla al matrimonio contratante. La madre gestante había sido inseminada con semen del varón de la pareja y los tribunales después de muchas apelaciones otorgaron la custodia de la niña al padre biológico, permitiendo a la madre sustituta poder visitarla.

Adentrándonos un poco más en el tema en análisis podemos decir que la evolución médica en el campo de la reproducción humana destruyó el principio del derecho romano que atribuía la maternidad por el hecho del parto y la paternidad por una presunción derivada del matrimonio: “Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant”, debido a que a través de la fecundación in vitro y la inseminación artificial, quien lleve a cabo la gestación y el trabajo de parto no será necesariamente la misma mujer que ha proporcionado el óvulo y cuya carga genética será heredada.

Dentro de la denominada Maternidad Subrogada, puede haber tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la que suele llamarse “comitente”, que toma la iniciativa y decisión última y es causa eficiente de dicho nacimiento; la que pone el óvulo (maternidad genética) y la que lleva a cabo la gestación (maternidad de gestación). A veces esas tres funciones pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el derecho debe resolver cual es la maternidad relevante; es decir, la maternidad legal, entendida como la atribución de la función jurídica social de madre.

El hecho de posicionarnos a favor de la maternidad siguiendo un criterio de consanguinidad fijándonos en el hecho de la titularidad del gameto femenino, o por la circunstancia determinante del parto (partus sequitur ventrem), o finalmente por la perspectiva de una relación de la filiación más social, afectiva

y cultural en contra de las anteriores posturas basadas en una concepción puramente biogenética, debe ser examinado prolijamente, analizando cada uno de sus supuestos, ventajas y obstáculos.

Concepto y terminología

Para Cano (2007) subrogar significa: Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros (pág. 1).

Manasevich (2008) manifiesta: Jurídicamente la subrogación no tiene otra significación que la de la palabra misma: remplazar, sustituir algo o alguien por otra cosa o persona.

En consecuencia, consiste en sustituir una persona o cosa por otra persona o cosa, en términos tales que nueva pase a ocupar la misma situación jurídica de la anterior (pág. 677).

Sánchez (1994) señala al respecto: Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste (pág. 136).

Desde una perspectiva más jurídica, Pérez Monge (2002) también la define como: Aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino) (pág. 329). “Se anida el embrión en el vientre de una mujer distinta a la que quiere la maternidad, esto es, la que presta su vientre para llevar al hijo de otra” (Sanz, 2002, pág. 141).

Existen varios tipos de maternidad según la doctrina. La maternidad genética, la maternidad biológica y maternidad legal. La primera es aquella que se obtiene mediante el material genético, en este sentido, sería la madre genética aquella que aporta su óvulo para la consecución de un embarazo. La maternidad gestacional está dada por quien lleva al niño en su vientre y lo da a luz, se fija por el hecho del nacimiento o parto. Y la maternidad legal es a quien la ley la atribuye esta calidad.

Según nuestro ordenamiento jurídico, la maternidad biológica y la maternidad legal son atribuidas a la misma mujer debido a la presunción legal existente fijada por el hecho del parto; es decir, será madre quien dé a luz a la criatura.

Modalidades

En la obra “Maternidad por Sustitución. Solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana”, Medina (1997) distingue dos modalidades dentro de la maternidad subrogada:

Maternidad Subrogada o “Madre Portante”: Aquel por el cual a una mujer se le transfiere uno o varios embriones, fertilizados con los gametos de los padres requerentes; es decir una pareja estéril.

“Madre Gestante” o Aportación de vientre y de óvulo: Donde una mujer acepta ser inseminada con semen del marido o pareja estable de una mujer que no puede concebir.

En pocas palabras, mientras que en la primera la madre subrogada sólo aporta la gestación (por eso se la llama “portante”), en la segunda; además de eso, aporta el gameto femenino, su óvulo.

Existe para otros autores una tercera modalidad que se suscita cuando el embrión o embriones han sido producto de gametos ajenos a la pareja y a la madre subrogada; es decir, son fruto de la donación. Sin embargo, aquí el propósito de esta figura es el concebir hijos que tengan identidad genética al

menos con uno de los dos miembros de la pareja, ¿cuál sería el objeto de contratar a una mujer para que tenga un niño que no es de mi pareja ni mío?; en este caso sería viable analizar la coherencia de recurrir a la adopción de niños ya nacidos para darles un hogar.

Maternidades inmersas dentro de la Maternidad Subrogada

Maternidad genética: Recae sobre aquella mujer que aporta el material genético (óvulo).

Maternidad de gestación o portante: Se le atribuye a la mujer que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo.

Maternidad biológica: Es aquella que abarca las dos anteriores, es decir aportando el óvulo y la gestación.

Madre legal o jurídica: Aquella que la ley reconoce como tal.

Madre comitente o de deseo: Es aquella que quiere y anhela al niño, y que puede coincidir o no, con algunas de las maternidades anteriores. Posee la voluntad pro creacional.

Esta clase de distinción será aquella que nos servirá en el transcurso de esta investigación.

7. METODOLOGÍA:

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico. Entendido como el camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación,. Para luego

verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación que queremos realizar: en el presente caso me propongo realizar una investigación “socio - jurídica”, que se concreta en una investigación del Derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, esto es, relativa al efecto social que cumple la norma o a la carencia de esta en determinadas relaciones sociales o interindividuales, de modo concreto, en la maternidad subrogada como un problema socio-jurídico que no se encuentra regulada legalmente en el Ecuador.

- **Método científico**, en las siguientes etapas:
 - a. Elección y enunciado del problema.
 - b. Estructuración de un marco teórico.
 - c. Establecimiento de hipótesis.
 - d. Prueba de hipótesis.
 - e. Resultados.
 - f. Propuestas.
- **Método lógico**: Deductivo-inductivo. Aplicamos la deducción en la elaboración de hipótesis, y la inducción, cuando sobre la base de las distintas opiniones receptadas, llegamos a la generalización del problema.
- **Método analítico**, organizar los datos obtenidos de tal forma que nos faciliten la evaluación de la hipótesis.

El presente trabajo de investigación lo realizaré aplicando el método científico inductivo y deductivo, las técnicas de investigación como observación. Encuestas, entrevistas, bibliografía y trabajo de campo.

Técnicas de investigación:

- 1) Documental, mediante el empleo de:
 - Fichas bibliográficas y nemotécnicas
- 2) De campo, a través de la aplicación de 30 encuestas a una muestra de la población.
- 3) La observación.
- 4) La técnica estadística de presentación de datos, por medio de diagramas comparativos de sectores, donde los resultados se expresan en porcentajes.

8. CRONOGRAMA

| ACTIVIDADES SEMANALES | | | | | JULIO | | | | AGOSTO | | | | SEPTIEMBRE | | | | OCTUBRE | | | | NOVIEMBRE | | | | DICIEMBRE | | | |
|---|---|---|---|---|-------|---|---|---|--------|---|---|---|------------|---|---|---|---------|---|---|---|-----------|---|---|---|-----------|---|---|---|
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 |
| SEMANA | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Presentación del Proyecto | | | X | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Revisión del Proyecto de Tesis | | | | X | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Desarrollo de la Tesis – Revisión Literaria | | | | | | | X | X | X | X | X | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Investigación de campo | | | | | | | | | | | | X | X | X | X | X | | | | | | | | | | | | |
| Tabulación de | | | | | | | | | | | | | | | | | | X | X | X | x | x | X | | | | | |

8.3. RECURSOS FINANCIEROS:

| | | |
|---|--------------------------------|------------|
| ○ | Materiales de escritorio | \$.200,00 |
| ○ | Bibliografías especializadas | \$.200,00 |
| ○ | Contratación de internet | \$.200,00 |
| ○ | Transporte y movilización | \$.300,00 |
| ○ | Copias, impresiones. | \$.100,00 |
| ○ | Reproducción del informe final | \$.100,00 |
| ○ | Gastos varios e imprevistos | \$.200,00 |

| | |
|--------------|----------------|
| TOTAL | \$1.300.00 USD |
|--------------|----------------|

El total de gastos asciende a la suma de mil trescientos dólares americanos que serán financiados por el postulante.

9. BIBLIOGRAFÍA:

- Bernal Camargo, Diana Rocío: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Maternidad Subrogada y Derecho de Familia. Revista Republicana ISSN: 1909 – 4450, No. 6 revista.urepublicana.edu.co.
- Biblioteca de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.
- Bibliotecas virtuales.
- Bolton, Raquel, MATERNIDAD SUBROGADA, en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética, URL: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada>.
- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- CABENELLAS, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental.” Decima Sexta Edición, Impreso en Colombia, 2003.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- Diccionario Jurídico Ángel Osorio.
- Enciclopedia Jurídica Omeba.

- Enciclopedias (OMEBA, GER)
- <http://www.fielweb.com>
- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:PortadaENCICLPEDIA> DE
CONTENIDO LIBRE.
- Internet.
- Juan Pablo II, Carta Apostólica MulierisDignitatem, sobre la dignidad y la vocación de la mujer. Roma 15 de Agosto 1988. VI: 18.
www.vatican.va
- LEXUS, “Diccionario Enciclopédico”, Ediciones Trébol S.L., Barcelona, 1998.
- LEXUS, “Diccionario Enciclopédico”, Ediciones Trébol S.L., Barcelona, 1998.
- Libros.
- Microsoft ® Encarta ® 2009. © 1993- 2008 Microsoft Corporation.
- Revista Judicial. Derecho ecuador. com. Etc.

ANEXO 2

CUESTIONARIO PARA LAS ENCUENTAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Solicito su valiosa opinión sobre la problemática de la investigación titulada “NECESIDAD DE INCREMENTAR AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA UNA DISPOSICIÓN QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA.” Información que la requiero para fines de investigación académico de pregrado en jurisprudencia.

1.- ¿Tiene conocimiento del tema de la maternidad subrogada en el Ecuador?

SI ()

NO ()

2.- En el tema de la maternidad subrogada. ¿Usted tiene conocimiento si la misma se encuentra legislada?

SI ()

NO ()

3. ¿Conoce las causas por las que las personas recurren a tener sus hijos bajo la modalidad de maternidad subrogada?

Si ()

No ()

De ser afirmativa la respuesta, indique las causas:

4. ¿Sabe usted cuáles son los motivos por los que las mujeres acceden a alquilar los vientres?

a) Altruismo. ()

b) Dinero. ()

c) Otros. ()

5. ¿Usted considera que se debería legislar en nuestro país esta modalidad de maternidad?

SI ()

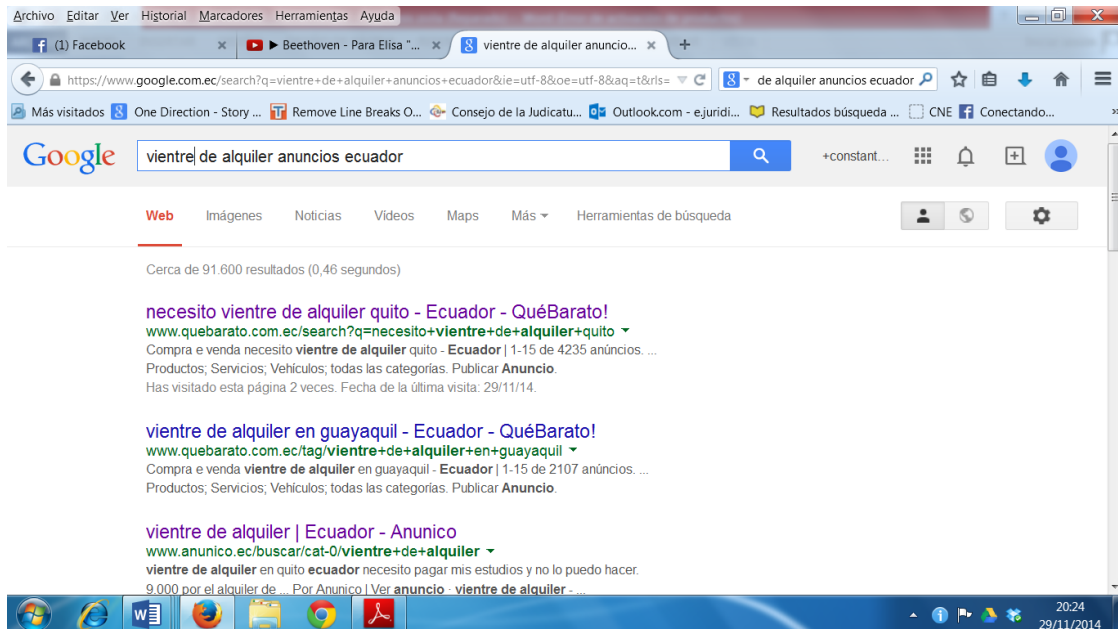
NO ()

¿Por qué....?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO 3

ANUNCIOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN INTERNET



Negocios
Servicios
Vehículos

Ecuador

Azuay
Bolivar
Cañar
Carchi
Chimborazo
Cotopaxi
El Oro
Esmeraldas
Galápagos
Guayas
Imbabura
Loja
Los Rios
Manabí
Morona Santiago
Napó
Orellana
Pastaza



Ventre de alquiler | Pichincha

Pichincha | Servicios | Otros servicios | Pichincha

vientre de alquiler en quito ecuador necesito pagar mis estudios y no lo puedo hacer. 9.000 por el alquiler de mi vientre soy sana soltera sin problemas tengo

Por Anunico | [Ver anuncio](#)



Ventre de alquiler | Esmeraldas

Esmeraldas | Servicios | Otros servicios | Esmeraldas

hola me llamo elizabeth y estoy dando mi vientre en alquiler total seriedad llamar al 988758048 o escribir a elizabethfun22@hotmail.com el precio es de

Por Anunico | [Ver anuncio](#)



Busco un vientre de alquiler

En cualquier provincia | Servicios | Otros servicios

hola somos un matrimonio formal el cual por motivo de salud no podemos tener un hijo razon por la cual estamos buscando alguna mujer de buenos

Por Anunico | [Ver anuncio](#)



Busco un vientre de alquiler

ANEXO 4

ARTÍCULOS DE PRENSA



The screenshot shows the homepage of the EXTRA.ec website. At the top, there is a navigation bar with links for RSS, ED. ANTERIORES, CÓDIGO DE ÉTICA, REQUERIMIENTOS OFICIALES, PERIÓDICO DIGITAL, and TRIPLEIMPACTO. A search bar is also present. Below the navigation bar, there is a banner for 'SUSCRÍBETE ¡YA! en Extra en Tablets' with the tagline 'Disfruta de contenido ¡Explosivo!'. The main content area features a news article with the headline '¡Miles de dólares por un vientre prestado!' and a sub-headline 'En Internet se pueden encontrar anuncios de alquiler de vientres e interesados en encontrar mujeres sanas que brinden este servicio.' The article includes a small image of a woman's torso and a quote from María Belén Merizalde. To the right of the article, there is a sidebar with a 'LO NUEVO' section containing several news snippets.

María Belén Merizalde

Las dificultades económicas obligaron a “Mariana” a tomar la decisión de alquilar su vientre.

La mujer, de 35 años, tiene dos hijas, pero hace más de una década su esposo las abandonó y jamás se ha preocupado por enviarles ni un solo centavo.

“Mis hijas crecieron y los gastos también, darles el estudio cada vez es más difícil”, dijo la mujer.

Según “Mariana”, una de sus amigas le contó del negocio de alquilar su vientre y le mencionó que inclusive es una buena obra, pues muchas parejas no pueden concebir y ella podría ayudar a que un sueño se haga realidad.

La desesperación por conseguir dinero hizo que publicara un anuncio en Internet para ofrecer un vientre de alquiler.

“He recibido varias llamadas, pero nunca se concreta nada, así que no he tenido la oportunidad todavía de ganar dinero por este medio”, aseguró “Mariana”.

La mujer dice que el precio lo fija con la pareja que la contacte, para lo cual establecería una cita.

Después de una larga búsqueda en Internet fueron varios los anuncios que aparecieron para ofrecer el alquiler de vientres. Se pueden encontrar oferentes de todas partes del país y a más de ello se propone viajar dentro y fuera del país para efectuar el negocio.

Al contactarla, “Verónica” aseguró que hace dos meses colocó en Internet su número de teléfono y lo que proponía, pues una amiga lo hizo y ganó una buena cantidad de dinero.

Mencionó que el precio de su vientre es de 15.000 dólares, pero que se podría llegar a un acuerdo nada menos por 13.000, que es lo que necesita para cubrir una deuda que la “ahorca”.

Afirmó que tiene un pequeño de 2 años completamente saludable, por lo que está confiada que si gesta a otro ser no tendría inconvenientes.

“Verónica”, de 31 años, comenta que si los padres se ponen de acuerdo con la cantidad, no firman ningún contrato, lo único que vale es la palabra.

“Les hago conocer mi casa, a mi hijo, para que tengan seguridad de que nada malo va a ocurrir”, indicó.

Dijo que los chequeos médicos mensuales y una buena alimentación corren por su cuenta, pero que el costo de la clínica y el proceso de fertilización tienen que pagarlo los posibles padres.

“Dependiendo de la clínica donde quieran que dé a luz, el valor total podría ser hasta de 25.000 dólares”, agregó.

Después de todas las indicaciones dadas señaló que apenas salga el bebé de su vientre la primera en cargarlo será la mamá, como símbolo de que no existe ningún lazo filial.

“Ni veo al bebé para evitar sentimientos”, recalcó.

En el limbo

Al final de la conversación “Verónica” solicitó mucha reserva, pues según ella este negocio no es legal y no quisiera tener problemas con la justicia.

El abogado Alexander Barahona consideró que existe un vacío jurídico con respecto a la maternidad subrogante.

“No hay ninguna ley que apruebe esta práctica materna, pero tampoco una que lo prohíba”, aseguró el profesional.

Para Barahona, la maternidad subrogante, más conocida como vientres de alquiler, es un negocio en el que se atenta contra los derechos humanos y se degrada a la mujer.

En Estados Unidos, el alquiler de vientres si está tipificado dentro de la Constitución, mientras que en países como Francia, España e Italia está expresamente prohibido.

En la Constitución ecuatoriana las leyes no tipifican este nuevo método para concebir una vida, pero sí es necesario para no convertirlo en un simple negocio, según Barahona.

En busca de la felicidad

“Tengo 29 años, soy homosexual y quiero que me ayuden a cumplir el sueño de mi vida, que es ser papá”, dice un comentario en una página en que se ofrecen vientres de alquiler.

Varios son los anuncios que se exponen de parejas y personas solas que buscan convertirse en padres, a pesar de los altos costos de este proceso.

“Somos una pareja que desea ser completamente feliz con la presencia de un bebé, alguien que quiera ayudarnos a hacer realidad nuestro sueño que nos ayude”, dice otro comentario.

A pedidos como estos, las respuestas son variadas, no solamente de mujeres ecuatorianas, sino que también colombianas y peruanas brindan sus servicios de maternidad subrogante.

Pensarlo dos veces

Problemas como cáncer uterino, miomas, mal formación congénita son las principales causas para que una mujer no pueda alojar en su vientre a un óvulo fecundado, según el ginecólogo Rafael Reinoso.

El experto en procesos de fertilidad sostiene que para alquilar un vientre se debe realizar un procedimiento de fertilización in vitro (fuera del cuerpo), con los óvulos de la futura madre y el espermatozoides de su pareja que es fecundado en un laboratorio.

“Al cuarto día de fecundación se tienen más de cinco embriones, de los cuales se utiliza uno, que es insertado en el útero de la madre subrogante”.

Para el profesional, este proceso podría llegar a ser antitético, pues los embriones sobrantes muchas veces se botan y estos constituyen un ser vivo.

“En la Constitución se dice que el ser tiene derechos desde su concepción, entonces se atentaría contra la vida”, manifestó el médico.

“Este procedimiento no se hace a vista general, creo que en 4 o 5 centros de fertilidad se realiza”, agregó.

Para Reinoso, a veces hay que aceptar las decisiones de la naturaleza y no insistir en procedimientos que no podrían ser los más adecuados.

“Lo ideal para quienes alquilan su vientre es no sobrepasar los 35 años para evitar riesgos”, dijo.

Para el experto la pareja debe pensar dos veces o incluso más, antes de tomar una decisión como esta”³⁹.



Más ecuatorianas ofrecen procrear a cambio de dinero

En internet se encuentran decenas de anuncios de mujeres que se ofertan. Hay clínicas que brindan el tratamiento con madres sustitutas, pero un juez dice que es ilegal.

³⁹ Fuente: <http://www.extra.ec/ediciones/2012/08/30/cronica/miles-de--dolares-por--un-ventre--prestado/>

Quiero ayudarles a cumplir el sueño de ser padres, para ello alquilo mi vientre donde cuidaré a su futuro bebé, soy una mujer seria, de 29 años, tez blanca, muy sana, soltera, sin ningún tipo de vicio, estudio Psicología.

Anuncios como estos están publicados por decenas de ecuatorianas en Internet, mujeres entre los 20 y 37 años de edad, la mayoría de Quito y Guayaquil, que se muestran como las más interesadas.

Los \$15 mil que les cobró una amiga a una pareja de extranjeros por alquilar su útero, fue lo que incentivó a Vanessa, quien desde hace tres años promociona sus servicios por Internet, aunque todavía nadie los ha requerido. Ella sigue esperando.

"Tengo 28 años, el anuncio está desde que tengo 25, el mes pasado un señor me contactó, pero el negocio no se efectuó porque le pedí \$12 mil y aparentemente él no quiso pagar. No cobraré menos de eso", comentó tranquila y segura. Vanessa está casada desde hace siete años y tiene un hijo de cinco; ella considera que ésta es una buena forma de ayudar a las personas y también de conseguir dinero.

Según el genetista, Xavier Blum, este tratamiento se realiza básicamente cuando el útero de la verdadera madre no está disponible.

"Cuando la madre puede producir óvulos y el esposo tiene espermias, se hace un procedimiento de fertilización in vitro, donde se extraen los óvulos de la madre original y se mezclan con los espermias del esposo, los embriones que se producen se los transfiere a la madre sustituta, dependiendo la edad: si es mayor de 37 se transplantan 3 pre-embriones y si es menor 2 pre-embriones", explica Blum quien trabaja en INNAlFEST, un instituto guayaquileño dedicado a los tratamientos de infertilidad.

Blum asegura que antes de realizar el tratamiento, los padres tienen que conseguir a la madre sustituta y realizar un contrato para asegurar que el niño se quede con ellos.

Por otro lado, uno de los requisitos que pide el instituto es que los padres y la madre sustituta se realicen pruebas psicológicas para determinar si están aptos o no para el tratamiento.

Sin embargo, el psicólogo Carlos Burgos comenta que sería un error pensar que un peritaje psiquiátrico o psicológico es garantía de éxito para una familia. Lo que tratan de averiguar es si la pareja tiene cierta estabilidad emocional.

En Ecuador no hay cifras de cuántos niños han nacido bajo este procedimiento, ni de cuántos institutos lo realizan, pero se calcula que comenzó en 2006.

En lo que va del año INNAIFEST ha efectuado un tratamiento de útero subrogado y se calcula que desde 2008 se han realizado 10" casos aproximadamente a personas nacionales y extranjeras. Pero no es la única que ofrece este tratamiento. (TN)

Un contrato sin legislación

Según el Juez décimo cuarto de la Niñez y Adolescencia, Carlos Pinto, en Ecuador no se puede hacer este tipo de métodos ya que carecemos de una legislación y, en caso de que se haga, si la madre sustituta quiere quedarse con el niño tiene todo derecho de hacerlo, porque ante la Constitución ella es la única madre.

Sin embargo, el doctor en jurisprudencia, Jorge Zavala Egas, afirma que como no existe una legislación que prohíba o apruebe este proceso, se puede hacer bajo un contrato típico, como de arrendamiento por ejemplo, en el cual se estipule que la madre sustituta va a prestar el vientre a los padres; pero así se firme ese contrato, los padres originales deben adoptar al niño para que éste lleve sus apellidos o para que sea sacado del país, en caso de ser extranjeros.

Si se incumple este proceso, la madre original estaría usurpando la identidad de la madre biológica que en este caso es la que presta el útero.

Según el Código Penal, la pena por usurpación de identidad varía de uno a tres años de prisión.

Es un fenómeno mundial

En 2007, una mujer de 51 años dio a luz a sus propios gemelos nietos. El hecho ocurrió en Brasil, país en el que sólo se permite la subrogación cuando se lleva a cabo entre familiares y no hay pago alguno de por medio.

En 2011, Kristine Casey, una mujer de 61 años de edad y residente de Chicago, parió a su propio nieto, después que su hija le pidiera fertilizar el esperma de su esposo, porque la segunda no podía concebir.

En la India este negocio mueve más de \$400 millones al año, según cálculos realizados. La opción de gestación por otra persona o subrogación gestante se ha ido extendiendo en varios países pero no en todos. En Francia, Italia y España está expresamente prohibida. En Gran Bretaña, Bélgica, México y Brasil está permitida, pero bajo ciertas condiciones.

Los artistas recurren a ella: desde los hijos de Michael Jackson, hasta los de Ricky Martin y el español Migué Bosé, han nacido en vientres alquilados. (TN)⁴⁰

⁴⁰ Fuente. <http://www.elcomercio.com.ec/?force=1>

INDICE

| | |
|--|-----|
| CERTIFICACIÓN | II |
| DEDICATORIA | V |
| AGRADECIMIENTO | VI |
| TABLA DE CONTENIDOS | VII |
| 1. TITULO | 1 |
| 2. RESUMEN | 2 |
| Abstract..... | 4 |
| 3. INTRODUCCIÓN | 5 |
| 4. REVISIÓN DE LITERATURA | 9 |
| 4.1. Marco Conceptual | 9 |
| 4.1.1. Qué es la maternidad...? | 9 |
| 4.1.2. Definición de la maternidad subrogada | 11 |
| 4.1.3. Tipos de maternidad subrogada | 12 |
| 4.1.4. Maternidades inmersas dentro de la maternidad subrogada..... | 13 |
| 4.1.5. Técnicas de reproducción asistida | 13 |
| a) Inseminación artificial..... | 15 |
| c) Alquiler de vientres o maternidad sustituta o subrogada | 17 |
| 4.2. Marco Doctrinario | 18 |
| 4.2.1. Antecedentes documentados de la maternidad subrogada..... | 18 |
| 4.2.2. Argumentos referentes a la maternidad subrogada..... | 19 |
| 4.2.2.1- Argumentos en contra de la maternidad subrogada | 20 |
| 4.2.2.2 - Argumentos a favor de la maternidad subrogada | 22 |
| 4.2.2.3- La maternidad subrogada desde el punto de vista de la biótica | 25 |
| 4.2.3. El interés superior del niño | 27 |
| 4.2.3.1.- El Interés Superior del Niño según la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño..... | 28 |
| 4.2.3.2. El interés superior del niño en la Constitución de la República del Ecuador | 30 |
| 4.3. Marco Jurídico | 32 |
| 4.3.1. La maternidad como tal en la legislación ecuatoriana..... | 32 |
| 4.3.2. La maternidad subrogada en la legislación comparada..... | 32 |
| 4.3.2.1. La maternidad subrogada en Brasil..... | 32 |
| 4.3.2.2. La maternidad subrogada en la India | 34 |

| | |
|--|------------|
| 4.3.2.3. La maternidad subrogada en Rusia | 34 |
| 4.3.2.4. La maternidad subrogada en Suecia | 35 |
| 4.3.2.5. La maternidad subrogada en Estados Unidos..... | 36 |
| 4.3.2.6. La maternidad subrogada en Ucrania | 37 |
| 5. MATERIALES Y MÉTODOS | 40 |
| 5.1. Materiales | 40 |
| 5.2. Métodos..... | 41 |
| 5.3. Procedimientos y técnicas..... | 42 |
| 6. RESULTADOS | 44 |
| 6.1. Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la investigación de campo..... | 44 |
| 6.2. Resultados de la encuesta..... | 44 |
| 7. DISCUSIÓN | 55 |
| 7.1. Verificación de objetivos | 55 |
| 7.2. Contrastación de hipótesis..... | 58 |
| 7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta legal de reforma | 58 |
| 8. CONCLUSIONES | 64 |
| 9. RECOMENDACIONES | 66 |
| 9.1 PROPUESTA JURÍDICA | 68 |
| 9.2. Proyecto de Ley al Código de la Niñez y Adolescencia y la incorporación de un nuevo articulado al mencionado cuerpo legal..... | 69 |
| 9.3. Proyecto de Ley que Regula la Maternidad Subrogada..... | 71 |
| 10. BIBLIOGRAFÍA | 80 |
| 11. ANEXOS:..... | 83 |
| ANEXO 1 | 83 |
| ANEXO 2 | 99 |
| ANEXO 3 | 101 |
| ANEXO 4 | 103 |
| INDICE | 111 |