



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO

**“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO CIVIL
ECUATORIANO EL CONTRATO DE ALQUILER DEL
VIENTRE, COMO UNA OPCIÓN PARA MATRIMONIOS O
PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD”**

Tesis previo la obtención del I título
de Abogada.

AUTOR : Valeria Jaqueline Pachar Ordoñez

DIRECTOR: Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez

LOJA - ECUADOR
2014

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado prolijamente el contenido y forma del presente trabajo de investigación jurídica presentado por la postulante: Valeria Jaqueline Pachar Ordoñez, bajo el título de **“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EL CONTRATO DE ALQUILER DEL VIENTRE, COMO UNA OPCIÓN PARA MATRIMONIOS O PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD”**, por lo que la presente tesis cumple con las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, septiembre del 2014


.....
Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Valeria Jaqueline Pachar Ordoñez, 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.

Firma:



Autor:

Valeria Jaqueline Pachar Ordoñez

Cédula:

1103269583

Fecha:

Loja, septiembre de 2014

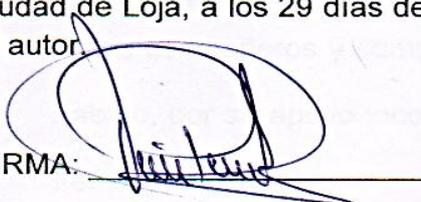
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Valeria Jaqueline Pachar Ordoñez, declaro ser autor(a) de la Tesis titulada: **"NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EL CONTRATO DE ALQUILER DEL VIENTRE, COMO UNA OPCIÓN PARA MATRIMONIOS O PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD"**; 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 29 días del mes de septiembre del dos mil catorce. Firma el autor.

FIRMA:



AUTOR: Valeria Jaqueline Pachar Ordoñez

CÉDULA: 1103269583

DIRECCIÓN: Saraguro, Calle y Guayaquil

CORREO ELECTRÓNICO: jaque18@hotmail.com

TELÉFONO CELULAR: 072200391 - 0997500421

DATOS COMPLEMENTARIOS:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez

DIRECTOR DE GRADO: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda (PRESIDENTE)

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos

Dr. Igor Eduardo Vivanco Muller

AGRADECIMIENTO

Con estas líneas expreso mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que me han apoyado y ayudado en mi trayectoria estudiantil, y concretamente, en la culminación de la presente Tesis de Licenciado y en particular, van dirigidos:

A mi director de la Tesis, Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez por el buen trato, el tiempo invertido, su enorme paciencia, su sensatez y pragmatismo con el que ha abordado las distintas etapas de la investigación;

A mis compañeros y compañeras con los que he compartido mi espacio de trabajo, por su apoyo incondicional, su saber ser y saber estar en todos los frentes.

A toda mi familia, que sin escatimar ningún esfuerzo de una u otra manera me apoyaron hasta culminar mi propósito de ser un profesional, e infundirme ánimo, cariño y serenidad para soportar el desgaste físico y mental.

Valeria Jaqueline Pachar Ordoñez

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico primero a Dios, por ser mi guía, mi Luz, por haberme ayudado y protegido durante todo el tiempo que obtuve mis conocimientos, en esta prestigiosa Universidad Nacional de Loja, a mi querida familia, quienes han sido el pilar fundamental de mi vida, por ser mi Inspiración y mi fuerza para seguir adelante y por su constante apoyo incondicional.

Valeria Jaqueline Pachar Ordoñez

TABLA DE CONTENIDOS

1. TITULO
2. RESUMEN
 - 2.1. Abstract
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. Marco Conceptual
 - 4.1.1. Vientre de Alquiler
 - 4.1.2. Maternidad Subrogada
 - 4.1.3. Gestación Subrogada
 - 4.1.4. Matrimonio.
 - 4.2. Marco Doctrinario
 - 4.2.1. Origen de la Maternidad Subrogada
 - 4.2.2. Origen y Evolución del Contrato del Vientre de alquiler
 - 4.3. Marco Jurídico
 - 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador
 - 4.3.2. Código Civil
 - 4.4. Legislación Comparada
 - 4.4.1. El Contrato de Alquiler de Vientre en la Legislación de Illinois
 - 4.4.2. El Contrato de Alquiler de Vientre en la Legislación de Uruguay
5. MATERIALES Y MÉTODOS
 - 5.1. Materiales Utilizados
 - 5.2. Métodos
 - 5.3. Procedimientos

- 5.4. Técnicas
- 6. RESULTADOS
 - 6.1. Resultado de la Aplicación de las Encuestas
 - 6.2. Resultado de la Aplicación de las Entrevistas
- 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. Verificación de Objetivos
 - 7.2. Contrastación de Hipótesis
 - 7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta Jurídica
- 8. CONCLUSIONES
- 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1. Propuesta de Reforma Jurídica
- 10. BIBLIOGRAFIA
- 11. ANEXOS
- 12. ÍNDICE

1. TITULO

“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EL CONTRATO DE ALQUILER DEL VIENTRE, COMO UNA OPCIÓN PARA MATRIMONIOS O PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD”

2.- RESUMEN

Para la mayoría de las personas dialogar sobre la maternidad subrogada, es necesario diferenciar dos aspectos importantes, entre el acto de subrogación o renta de un útero, y las personas que participan en el proceso; porque el acto de subrogación materna es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra persona con la intención de entregárselo después del nacimiento, contrato que en la mayoría de las veces no se cumple porque la madre se aferra al niño que trajo al mundo

Creo que desde el aspecto legal, la maternidad subrogada generalmente se lo como un acto 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 a favor de una pareja que figurará como padres de éste; pero el contrato o pacto verbal o escrito de la subrogación es muy complejo debido a que implica y comprende una gran variedad de elementos e involucra a varias personas en el proceso, porque inicialmente tenemos a la pareja o la persona que desea tener un hijo; pero que, por algún motivo la mujer no puede gestar al bebé y desea que alguien más lleve a término el embarazo, en este caso, se habla de pareja o persona contratante; pero luego se ubica a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a cambio de una compensación económica, a

esta mujer se le llama madre sustituta, al existir las dos partes se configura el contrato de subrogación mediante el cual la pareja contratante y la madre sustituta estipulan la causa, el objeto y la forma de cumplir con el acuerdo.

En estos casos deben existir los donantes o donadores de los gametos, esta es empleada cuando la pareja contratante se sirve de óvulos y espermatozoides ajenos para realizar la fecundación; por lo que el surgimiento de la maternidad subrogada ha provocado una ausencia de regulaciones que solucionen las problemáticas legales que conlleva y que, sin duda, deben ser atendidas.

Al parecer sobre la maternidad subrogada en algunos de los países de sur del Continente Americano, aún no legislan sobre esta nueva figura jurídica, en lo relacionado a la maternidad subrogada porque la mayoría de los habitantes de este sector del planeta son conservadores y piensan que está en contra de los principios morales y religiosos de las personas.

Nadie duda que el derecho de procreación es un derecho fundamental, quizá porque desde que comenzamos nuestra vida estudiantil, en las clases de ciencias naturales, nos enseñan que el ciclo de vida comprende nacer, crecer, reproducirse y morir; desde entonces consideramos que la reproducción es esencial para el ser

humano; esta igualdad entre el varón y la mujer es de vital importancia, pues enfatiza que ambos tienen derecho a ejercer las prerrogativas establecidas en ley natural, la cual está permitida en nuestro país, en lo relacionado al desarrollo científico y tecnológico es, no sólo una herramienta útil para el varón que desee tener descendencia y no posea una pareja estable lo logre, tecnología a la cual no podemos acceder primero porque no está legislado.

2.1. Abstract

For most people talk about surrogacy, it is necessary to distinguish two important aspects, the act of subrogation or renting a womb, and those involved in the process; because the act of maternal surrogacy is the practice whereby a woman or deed in her womb a child for another person with the intent to deliver it after birth contract that in most of the time is not met because the mother clings the child who brought the world.

I think from the legal aspect, surrogate motherhood generally it as an act that generates the birth of a child gestated by a woman subject to an agreement or commitment by which you must assign all rights to the newborn for a appear as couple's parents; but the contract or verbal or written agreement of surrogacy is very complex because it involves and includes a variety of elements and involves several people in the process, because initially we have to partner or the person who wants a child; but for some reason the woman is unable to carry the baby and want someone else to carry the pregnancy to term, in this case, one speaks of a contracting partner or person; but then it places the woman who is willing to lend her uterus to carry the pregnancy, either for altruistic reasons or in exchange for financial compensation, this woman called surrogate, to be the two sides set the surrogacy contract by which the contracting partner and the

surrogate stipulate the cause, purpose and how to comply with the agreement.

In these cases the donor or donors of gametes must exist, this is used when the contracting partner uses alien eggs and sperm for fertilization; so the emergence of surrogacy has caused a lack of legal regulations that solve the problems involved and certainly should be addressed.

Apparently about surrogacy in some of the countries south of the American continent, yet legislate this new legal form, in relation to surrogacy because most of the inhabitants of this part of the planet are conservative and think that is against the moral and religious principles of the people.

No one doubts that the right of procreation is a fundamental right, perhaps because since we started our student life in science classes teach us that the life cycle comprises born, grow, reproduce and die; since we believe that play is essential to humans; this equality between men and women is vital, since it emphasizes that both are entitled to exercise the privileges set forth in natural law, which is allowed in our country, in relation to scientific and technological development is not only a tool useful for male offspring and want to have a stable relationship does not hold it succeeds, technology which we cannot access this first because I do not legislated.

3.- INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada es un acto jurídico en el cual interviene como característica principal la voluntad, ya que sin esta no se podría desarrollar el contrato; es por el consentimiento entre personas que la madre subrogante acuerda con la madre subrogada ayudar a la gestación de una nueva vida, por ello la maternidad subrogada se basa en una decisión libre de las personas de la cual nacen derechos y obligaciones que benefician a los involucrados en esta relación; es decir, lo que buscan la paternidad al cumplir su objetivo de poder ser padres y transmitir su material genético y la madre portadora que busca ayudar al prójimo, que es lo que trata el presente tema de investigación.

Por lo tanto la maternidad subrogada radica en la posibilidad de permitir que parejas con problemas de procreación accedan a este método para, de esta manera, cumplir con su deseo de ser padres de un niño o una niña cuya herencia genética les corresponda; por ello se debe establecer que la maternidad subrogada no implica que el material genético de los padres esté vinculado con la persona que brinda el vehículo necesario para que este nuevo ser nazca, por tal razón he propuesto el tema intitulado **“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EL CONTRATO DE ALQUILER DEL VIENTRE, COMO UNA OPCIÓN PARA MATRIMONIOS O PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD”**; ya que es importante porque es un problema socio

jurídico de interés social en el que están vinculados el bien jurídico porque debe garantizar a las personas que son infértiles naturales o por enfermedad y desean convertirse en padres mediante el sistema de maternidad subrogada y que esta esté establecida legalmente en la ley correspondiente y de esta forma se cumpla en anhelo de aquellas personas.

El informe de la investigación se encuentra estructurado de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 144, del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja; y, se desglosa de la siguiente forma:

Parte Preliminar consta de: Portada, Certificación del Director, Declaratoria de Autoría, Carta de Autorización, Dedicatoria, Agradecimiento y Tabla de Contenidos.

Parte Introdutoria, esta contiene: Título, resumen en castellano e inglés, Introducción

Cuerpo del Informe: a) Revisión de Literatura, esta consigna; b) Marco Teórico, Marco Doctrinario; c) Marco Jurídico, Legislación Comparada, en la cual se encuentra desarrollada toda la teoría que contempla el trabajo de investigación.

La metodología, está compuesta por los materiales utilizados, que se relaciona con todos los elementos que son utilizados en todo el proceso para la elaboración de la tesis; métodos, procedimientos y técnicas, constituye, se compone de cómo, cuándo y para que se investiga.

Los resultados, están constituidos por la aplicación de las encuestas y entrevistas, comúnmente conocida como la investigación de campo, parte en la que se demuestra con cuadros, gráficos y el análisis de los resultados obtenidos en esta parte del proceso.

La discusión, es la parte en donde se realiza la comprobación de los objetivos generales y específicos, además la contratación de la hipótesis y este sub título culmina con la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal que planteo.

Por último tenemos las conclusiones, que son un resumen de todo el contenido del informe de investigación, las conclusiones que se relacionan con el tema y las recomendaciones, a continuación esta la propuesta jurídica, la bibliografía, anexos y por último el índice.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

De acuerdo a la doctrina y cualquiera que sea la disciplina, como investigador tengo que confrontar el problema que abordo, por ello debo contrastar la literatura, familiarizarme como encontrarla, leerla, asimilarla y escribirla, haciendo anotaciones y registros permanentes de la literatura, lo cual me sirve de recordatorio para citar y preparar las listas de referencia correctamente.

La revisión de la literatura la directamente en el acopio de las fuentes primarias, y como investigador estaba familiarizado con el campo de estudio, poseía información completa sobre los artículos, libros u otros materiales relevantes para mi investigación; antes de iniciar el acopio de la información realice las peticiones correspondientes a las instituciones que posee biblioteca para tener acceso a ellas y hacer uso de material de bibliotecas, filmotecas, hemerotecas, bancos de datos y servicios de información; sin embargo, es poco común que suceda esto porque en la ciudad de esmeraldas de donde provengo se cuenta con un número reducido de centros de acopio bibliográfico, donde muchas veces las colecciones son incompletas o no se encuentran actualizadas y no se dispone de muchos libros y otros documentos.

4.1. Marco Conceptual

El marco conceptual es muy importante porque constituye el proceso de todos aquellos elementos que intervienen en el proceso de la investigación; que a través de la revisión de publicaciones de varios autores y teorías se busca poder encontrar aquellas definiciones, conceptos y lineamientos para enmarcar la investigación e interpretar los resultados y las conclusiones que llegue a alcanzar.

A lo largo de esta sección daré al lector un claro concepto sobre la necesidad que se considere el reconocimiento de inseminaciones por la mala praxis médica en su conjunto, el marco conceptual además me ayudará a explicar por qué estoy llevando a cabo un proyecto de una manera determinada, también me ayuda a comprender y a utilizar las ideas de otras personas que han hecho trabajos similares.

El marco conceptual me ayudo a decidir y a explicar por qué he planteado el presente tema para investigar seguir este este proceso, basándome en las experiencias de los demás, y en lo que a nosotros nos gustaría explorar o descubrir.

4.1.1. Vientre de Alquiler

En este aspecto el analista Faraoni A., manifiesta sobre “El tema de la subrogación es muy complejo debido a que implica y comprende

una gran variedad de elementos e involucra a varias personas en el proceso. En primer lugar, se encuentra la pareja o la persona que desea tener un hijo pero que por algún motivo la mujer no puede gestar al bebé y desea que alguien más lleve a término el embarazo. En este caso se habla de padres intencionales o pareja o persona contratante. En segundo lugar, se ubica a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a cambio de una compensación económica. A esta mujer se le llama gestante o madre sustituta. En tercer lugar, está el contrato de subrogación mediante el cual el o los padres intencionales y la gestante estipulan la causa, el objeto y la forma de cumplir con el acuerdo”¹

Este tipo de embarazo son específicamente para parejas que no pueden engendrar, este puede ser el marido o la mujer y como es común en todas los matrimonios que debe existir la descendencia y no existir esta posibilidad y de este aspecto resulta las parejas que desean contratar a una madre sustituta, luego viene la tarea de buscar la mujer que desee alquilar su vientre y llevar a cabo el embarazo, lo cual se configura la otra parte para el contrato y luego viene el objeto del contrato y cumplir con el acuerdo pactado.

Bien no siempre los contratos son estáticos varían, siempre incluyen disposiciones relativas a los derechos y las responsabilidades de

¹ FARAONI, A.- LA MATERNIDAD SURROGADA.- Milano.-ITALIA.- 2002.

todas las partes, antes y durante el embarazo y después del nacimiento del niño, por último, la posible aportación de donadores de gametos, esta opción es empleada cuando los padres intencionales se sirven de óvulos o espermatozoides ajenos para realizar la fecundación.

Por ello el bebé puede ser hijo biológico de la madre sustituta el cual toma la denominación de subrogación tradicional, y es más controvertido, o, más comúnmente, ser fruto del óvulo de otra mujer, como una donante anónima o la contratante, el cual se lo ha denominado subrogación gestacional, este tipo está más aceptado, previamente fertilizada, implantado en el útero de la gestante mediante la técnica de transferencia de embriones, en este segundo caso, la gestante no tiene ninguna conexión genética con el o los bebé(s), siendo la madre biológica o la donante anónima la progenitora del o de los óvulo(s), la primera forma, la criatura puede ser el fruto de la inseminación artificial con espermatozoides de uno de los miembros de la pareja que alquila o con el de un donante ajeno.

Las razones más comunes para recurrir a estos métodos son infertilidad en mujeres que desean tener hijos, embarazos de riesgo o deseo de evitar pasar por el embarazo y el parto y también el caso de hombres solos o parejas homosexuales masculinas que desean ser padres, del como el caso del cantante Ricky Martí, que es muy conocido por la popularidad que tiene y existen otros casos que no

son muy populares, pero que han realizado peticiones a las autoridades correspondientes que desean adoptar, pretensiones a las cuales no han sido aceptadas.

Por el momento existe preocupación dice María Richard “De sociólogos, moralistas y juristas, además de los biólogos y médicos, ha existido desde el inicio de los primeros descubrimientos, sin embargo, será a partir de los años setenta, cuando principalmente se lleven a cabo los intentos más firmes de estudiar a profundidad el fenómeno de las técnicas destinadas a facilitar la procreación en todas sus vertientes, así como para establecer una reglamentación de conjunto que controle tanto su desarrollo como sus consecuencias, lo que ha sido definitivamente rechazado es la subrogación de úteros de animales y también el proyecto de utilizar cuerpos de mujeres en estado de coma, es decir en vida vegetativa, para implantarles óvulos fecundados, garantizando así un embarazo sin riesgos”²

Para las personas que desean tener familiar y que por alguna razón de infertilidad no pueden, existe la posibilidad de alquilar un vientre es uno de medios que tienen las parejas con dificultades para ser padres, pero el problema radica en que esta práctica en muchos países no está legalmente establecida, así como en otros si existe esta factibilidad y por ello muchas parejas lo hacen en otros países

² RICHARD, M, María P.-MATERNIDAD SUBROGADA.-España.-2011

donde sí está permitido, a menudo a través de agencias que lo gestionan todo.

Hace algún tiempo en la ciudad de Guayaquil, fue abordada por una periodista de medios televisivos una mujer de clase baja que vivía en la indigencia, quien manifestaba que por dos mil dólares alquilaba su vientre y además eso no era todo, sino que también daba un ovario para que lo fertilicen, que hasta el momento había alquilado siete veces su vientre, manifestaba que al principio si existió un poco de maternalismo por el bebé, pero luego se dio cuenta que todo lo que hacía era sobrevivir su pobreza.

4.1.2. Maternidad Subrogada

Al respecto Araya Hildara, menciona que “La maternidad subrogada se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madres de alquiler y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida y para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación por inseminación artificial, dependiendo del caso”³

Existen diferentes tipos de maternidad subrogada según el objetivo de la madre que aporta el vientre y el factor monetario, también puede

³ ARAYA, Hildara.-MATERNIDAD SIBROGADA.-Publicación de la Asociación Internacional para la Educación Prenatal.-Texas.-Estados Unidos.-2002.

categorizarse según la composición genética del bebé, es decir, quienes aporten el óvulo y el espermatozoide, es decir que existe un conjunto de técnicas que tienen como objetivo, lograr un embarazo a término, permitiendo asistir a un proceso generativo que por diferentes razones no se produce en forma espontánea y natural.

Por lo tanto la fecundación da comienzo a un itinerario sagrado que se mantiene inalterable en las distintas etapas de la vida, el embrión humano con su dotación genética que marca una realidad, transformándolo en un ser privilegiado dentro de la creación, de ahí que para la mujer ser madre es una experiencia que no tiene comparación porque dentro de su vientre gesta un hijo desarrolla cambios funcionales mediados por hormonas, que afectan el cerebro de la mujer embarazada que le dan el vínculo de apego preparándola para estar atenta a cualquier requerimiento del hijo, configuración que acompañará el vínculo madre-hijo en forma estable a lo largo de toda la vida.

Como dice Passo Elena que “La aplicación de técnicas de alta complejidad, crea situaciones de alerta, no solo para la madre sino para el hijo por las gestaciones múltiples, anomalías congénitas, anormalidades hormonales y efectos epigenéticos. El riesgo absoluto es todavía bajo, pero no es insustancial, deben ser dados a conocer los riesgos para la madre y los hijos antes de la decisión. Otras revisiones recientes analizan el riesgo de malformaciones congénitas,

de defectos del desarrollo neurológico, salud física y psicosocial y riesgo de cáncer”⁴

Al respecto creo que los principales factores de riesgo son las alteraciones que suceden a la infertilidad, las técnicas mismas, la edad de la madre y especialmente están asociados a los embarazos múltiples y el bajo peso al nacer, sin embargo se abogan por el seguimiento de los niños hasta la adolescencia y la edad adulta y llaman de nuevo la atención a que no se realice la transferencia de más de un embrión, en razón que la maternidad subrogada dejará huellas indelebles en la madre que gestó al hijo, perturbará la estructuración del cerebro maternal al interrumpir el vínculo materno.- filial, no sólo por la ausencia de lactancia sino por la privación del apego maternal que es fundamento de la familia y consolidación de virtudes de solidaridad, desprendimiento y fraternidad necesaria para una sociedad más justa

En este caso a la mujer se la considera como objeto, en la mayoría de los casos condicionada por problemas económicos, termina siendo usada, las cláusulas de los contratos revelan la obligatoriedad de exámenes médicos físicos y psíquicos, consumos de medicamentos, estudios ecográficos, posibilidad de aborto ante la existencia de una malformación, riguroso estilo de vida.

⁴ PASSO, Elena.- EL EMBRIÓN HUMANO UN FIN EN SÍ MISMO.-Editorial Dunken.-México 2010. pág.31

Pues en nuestro medio al no existir este tipo de contratos, en los cuales se obliga a la mujer gestante y su marido someterse a exámenes físicos y psicológicos solicitados tanto a criterio del médico tratante, como a pedido de los padres genéticos, asimismo se renuncia a la confidencialidad de los resultados de estudios realizados, el aborto selectivo y el peligro de muerte en la mujer gestante forman parte de las cláusulas del contrato a considerando que al término el embarazo, el niño nacido debe ser entregado a los padres genéticos, renunciando a todo tipo de reclamo; todos estos pasos se realizan en las naciones que existe la ley que regulariza este tipo de contrato de la maternidad subrogada.

4.1.3. Gestación Subrogada

Como dice la escritora Isabel Fulda que “Desde hace algún tiempo está convencida de que la gestación subrogada es el fenómeno reproductivo más complejo que enfrentamos actualmente, porque en ella confluyen dilemas morales y jurídicos, posibilidades tecnológicas antes inexistentes y realidades económicas desiguales, la gestación subrogada cuestiona uno de los principios más arraigados, no solamente en nuestra sociedad, sino también en nuestro derecho, porque la madre siempre es cierta, en la gestación subrogada el parto no resulta suficiente para determinar la maternidad, en un proceso de subrogación hasta cinco personas pueden ser directamente partícipes del proceso reproductivo: quienes fungirán como padres sociales, la

mujer gestante y las personas que proveen los gametos, qué significados queremos asignarle a estas relaciones es un reto que esta práctica nos obliga a enfrentar”⁵

De acuerdo a este análisis que realiza la escritora se puede apreciar que dentro del feminismo, la gestación subrogada comercial genera opiniones fuertes y opuestas, porque para algunas, la posibilidad de que una mujer reciba un pago por gestar un producto puede igualarse al comercio de niños actividad que es penada internacionalmente y es una muestra de explotación de las mujeres; para otras, la gestación subrogada le consideran un trabajo y que además es parte de la autonomía reproductiva de las mujeres que, de manera informada y con las debidas protecciones, deben poder obtener una remuneración por un servicio que tradicionalmente se ha considerado un rol natural de las mujeres: como existen dos grupos, las primeras que desean que este tipo de reproducción no se legalice al igual que el aborto, pero por otro lado otros grupo tienden a favorecer su regulación, todos estos comentarios se dan porque las primeras gestan hijos por amor y el otro lo hacen por comercio debido a la pobreza y se obligan a la gestación subrogada y al hecho biológico de la reproducción.

Lo cierto es que estos acuerdos tienden a llevarse a cabo en contextos de poder y de información, hecho que lleva a la aparición

⁵ FULDA, Isabel.-GESTACIÓN SUBROGADA.-Editada en México-2014.

de abusos de diferente índole; mujeres gestantes que son puestas en riesgo por procedimientos que no toman en cuenta sus derechos y su salud, padres contratantes que son estafados por agencias de subrogación, bebés que no pueden ser registrados en sus países de origen y por lo tanto terminan sin padres legales y sin nacionalidad.

Uno de los mayores conflictos relacionados con la práctica internacional de la gestación subrogada es la falta de reconocimiento por parte de países donde la subrogación comercial es ilegal de acuerdos llevados a cabo en países donde lo es, y uno de estos países es el nuestro que no dispone de una legislación sobre esta práctica de la maternidad subrogada, pero como todo lo prohibido es lo que más se practica, de echo en el Ecuador existe la práctica del vientre de alquiler en forma clandestina, de la cual no existen reportes ni datos estadísticos

La práctica de la maternidad subrogada, alquiler de vientre es una versión moderna de la maternidad, mientras el menor sea el hijo biológico de una de las partes o parejas opten por el alquiler de vientres o por la inseminación artificial para poder ser padres, pero surge el problema legal, para los médicos que realizan el proceso, para el padre que dona el semen, para la madre que alquila el vientre y el ovario, como determinar quiénes son los verdaderos padres para afiliarlo como ser nacido y tenga su nacionalidad.

4.1.4. Matrimonio.

El escritor analista Manuel Ossorio, define al matrimonio como “La unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales”⁶

Como se advierte de esta definición, tiene el elemento común de la perpetuidad o carácter vitalicio, pero que también admite el divorcio vincular porque la duración ilimitada del enlace está referida al propósito que anima a los contrayentes y que es también exigencia legal en el momento de la celebración; lo que no impide la posibilidad de que la unión conyugal quede rota posteriormente, con disolución del vínculo o sin ella, por circunstancias imprevistas de naturaleza grave; porque al establecerse como principio básica la idea de permanencia, lo que quiero señalar la inadmisibilidad del matrimonio que se contraigan por un plazo o un término preestablecido; sin embargo, no se puede desconocer que, por la evolución de las costumbres, el principio de la perpetuidad, como intención inicial, se encuentra en franca quiebra, porque ya se habla de la posibilidad legal de celebrar matrimonios a prueba, que consiste en la unión prematrimonial de la pareja entre un hombre y una mujer, como ensayo o experiencia para contraer luego el vínculo legal.

⁶ OSSORIO, Manuel.-DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES.-36ava. Edición.-Editorial Heliasta.-Buenos Aires Argentina.-2006.-Pág.-578.

Cualquiera que sea la finalidad del matrimonio se constituye en un tema cuyas soluciones no son coincidentes, porque para algunos es solo la procreación de los hijos, para otros es la ayuda mutua, moral y material entre los cónyuges, para otros es la satisfacción sexual, es posible que los aspectos mencionados encierran el verdadero objetivo de la institución; pues bien es posible que la primera y la tercera finalidad se las pueda lograr fuera del matrimonio; debemos percibir que este el fin es social que consiste en servir de fundamento al grupo familiar que es, a su vez, la base de un determinado concepto de organización de la comunidad.

4.2. Marco Doctrinario

El marco doctrinario es el conjunto de principios y criterios de tipo doctrinal y conceptual que como investigador debo asumir porque me, a enfocar el problema de investigación y comprenderlo en toda su magnitud, de manera que encuadre y de esta forma contribuya a encontrar la realidad investigada, logrando un diagnóstico que permita acciones posteriores.

El objetivo del Marco Doctrinal es sustentar teóricamente la investigación, lo que implica analizar y exponer aquellas teorías y sus diversos enfoques, investigaciones y antecedentes que se consideren válidos para profundizar en el estudio además permite ampliar la descripción y análisis del problema de estudio planteado, orienta la organización de datos o hechos significativos para descubrir las relaciones de un problema con las teorías ya existentes e integra la teoría con los demás elementos de la investigación.

4.2.1. Origen de la Maternidad Subrogada

Como es de conocimiento general en nuestra historia cultural, el ser humano tiene los conocimientos científicos, la tecnología necesaria, el empeño y el talento para dominar los procesos biológicos que tienen relación directa con el origen y desarrollo de la vida, ciencia y tecnología que no se encuentra disponible en nuestro medio, pero en

los países desarrollados, han clonado animales, únicamente falta que lo hagan con el hombre que por el momento esta actividad está prohibida.

Como dice Merlyn Sacoto que en la historia “La reproducción invitro es una de las técnicas que ha sido utilizada por los pueblos antiguos como por ejemplo el griego, romano y árabe, tanto para la fecundación vegetal como la animal; tal como ocurrió en 1322 cuando un jeque árabe fecundó a su yegua al colocar una esponja cuyo contenido era el semen de un caballo, en su aparato reproductor, cuando se encontraba en celo, por lo que la misma quedó preñada; Lázaro Spallanzini logró que ocurra la fecundación extracorpórea de huevos de rana, al igual que una fecundación exitosa en su perra”⁷

Esta primera forma de inseminación, como está expuesto por la investigadora dan la primera señal y los avances de la fecundación que inicialmente fue aplicada en animales, desde la cual se ha impulsado el desarrollo de las técnicas de reproducción para los humanos, estos últimos no es aceptada en muchos países por motivos religiosos, costumbres y porque la tecnología no está al alcance de los médicos del Ecuador.

⁷ SACOTO, Merlyn S. DERECHO Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Editado por la Evolución Médica y sus perspectivas legales en el Ecuador. Quito: (2006).

La fecundación in vitro es una técnica de reproducción asistida en la que la fertilización se realiza en exterior del cuerpo, por lo general en una placa de Petri en un laboratorio, para una mejor comprensión el término in vitro es porque al inicio de la técnica se utilizaron recipientes de cristal para realizar la fecundación, ahora en la modernidad se utilizan placas de Petri es decir de plástico, en los actuales momentos es una de las técnicas más comunes por su utilización en la reproducción de asistida, además es la más costosa porque, consiste en la unión del espermatozoide y el óvulo en un laboratorio para formar un embrión que luego es transferido a tu útero.

De los pocos conocimientos empíricos y la investigación que he realizado relacionado al tema, la fecundación in vitro (FIV) es una técnica que persigue la generación de un embrión humano mediante la fecundación de un ovo-cito que es la parte anterior al óvulo, por un espermatozoide maduro, en medios de cultivo, el procedimiento de fecundación es natural, a pesar de llevarse a cabo en el laboratorio, para ello se debe ubicar unos doscientos mil espermatozoides alrededor del óvulo, para que uno de ellos lo fecunde, los óvulos fecundados permanecen en incubadora varios días antes de ser implantados en el útero materno, lógicamente estos son conocimientos generales, los técnicos los posee el médico.

La mencionada escritora continua realizando el análisis y dice que “En 1864 Montegazza congeló espermatozoides a quince grados bajo

cero para que en 1866 dos 2 años más tarde, fueran implantados en el útero de una mujer; en 1790 John Hunter fue el primero en culminar con éxito un embarazo por inseminación artificial; en 1828, treinta años después, Nicolás de Nancy uso la misma técnica en una mujer frígida; en 1944 fue fecundado en probeta un óvulo humano mismo que tiempo después murió; en 1953, uso semen congelado en una inseminación humana cuyo resultado fue un embrión fecundado in vitro que logró sobrevivir más allá del estado de mórula.; a finales de 1960 se utilizó la hiperestimulación ovárica controlada para lograr aumentar la producción de óvulos; en 1971 se logró mantener vivo, por más de 60 días, en un tubo de ensayo, a un embrión humano, hecho que fue repudiado por la iglesia; por otra parte en 1978, nace en Gran Bretaña la primera bebé probeta convirtiéndose en el primer ser humano nacido vivo concebido mediante la técnica de fertilización in vitro”⁸

Por lo que expone la escritora e historiadora, se puede deducir que los primeros pasos para la inseminación artificial o embarazo asistido, ha transcurrido en mucho tiempo, porque los primeros fueron aplicados en ganado vacuno para mejorar la raza, porque comprar el reproductor era muy costoso y difícil el transporte para traerlos desde Europa, pero transportar la esperma del animal era cómodo, de ahí que la ciencia se interesó por solucionar el problema de las mujeres

⁸ SACOTO, Merlyn S. DERECHO Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Editado por la Evolución Médica y sus perspectivas legales en el Ecuador. Quito: (2006).

que sufrían de esterilidad y ahora es un método que está tomando fuerza y abriéndose un mercado para mujeres que alquilan su vientre, mujeres que a través de este método pueden convertirse en madres, que en algunos de ellos no es aceptada por motivos culturales, sin embargo se los realiza en forma clandestina ilusionadas por la cantidad de dinero que pagan los padres progenitores, por lo regular siempre buscan personas de escasos recursos económicos para este tipo de contrato.

La antes citada analista histórica sobre la reproducción, menciona que “Entre 1984 y 1985, Brasil y Colombia fueron los países pioneros a nivel sudamericano en nacimientos ocurridos a través de la fecundación in vitro, el doctor Sacha Geller fundador del Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción, tenía como objetivo vincular parejas estériles con madres subrogantes, su labor dio resultados 1983 cuando una madre subrogante gestó un niño para su hermana gemela; el 27 de marzo de 1986 se produce el nacimiento de “Baby M, esta madre además era donante del ovulo”⁹

En este tipo de contrato de alquiler del vientre pueden suceder que se puede romper el contrato, porque algunas de las mujeres que realizan este tipo de trabajo porque a más de alquilar el vientre deben poner un ovulo, lo cual algunas madres se niegan a entregar a la bebé luego

⁹ SACOTO, Merlyn S. DERECHO Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Editado por la Evolución Médica y sus perspectivas legales en el Ecuador. Quito: (2006).

de culminada la gestación y proceden a reconocerla como suya, lo cual puede llegarse a iniciar un proceso legal para determinar de quien son los derechos del recién nacido, pero se puede clarificar que si la madre subrogante pone el ovulo tiene los derechos se dividen con el donador de la esperma, pero en el caso que solo ponga el vientre, pues el bebé será de los donantes, desde mi punto de vista.

Como dice Mallma Sacoto que “En Gran Bretaña en 1987 la Agencia Surrogate Parenting Association cobró la suma de 14 mil libras a una pareja subrogada, que había contratado los servicios de una madre subrogante, En 1994 un matrimonio japonés con problemas de salud, edad avanzada para procrear, cuya posibilidad de adopción había sido negada, recurrió a contratar el útero de una madre subrogante para que sea ella quien lleve adelante el proceso de gestación; El 17 de febrero del 2000, en Roma, una pareja fue autorizada por el tribunal Romano para utilizar los servicios de una madre subrogante debido a la malformación en el aparato genital de la mujer, lo que no le permitía tener bebés”¹⁰

De acuerdo a los adelantos y descubrimientos de la ciencia, se han construido diversos criterios alrededor de la maternidad subrogada, dando lugar a ciertos criterios, como considerar que la maternidad subrogada va en contra de la ética, la moral, la religión y las buenas

¹⁰ SACOTO Mallma.- ALQUILER DE VIENTRE Y SUS PROBLEMAS DE FILIACIÓN.- Editora Jurídica Cevallos.-. 2008.

costumbres al romper con el vínculo de procreación entre un hombre y una mujer, seres que conforman una pareja; otro de los comentarios comunes es que mientras que el otro grupo sostiene que el derecho y la ciencia van acompañados, debido a que el derecho debe apoyar los avances científicos y tecnológicos para alcanzar el desarrollo del ser humano.

Las técnicas de reproducción asistida han ido evolucionando y generalizando su aplicación por lo que es posible que ocurran partos a través de ella nivel mundial; por lo que es necesario resolver muchos de los problemas jurídicos que dichas técnicas ocasionan como es el caso de la filiación de las criaturas producto de este procedimiento; ya que la maternidad de alquiler o maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida, que ocurre cuando la madre biológica no puede culminar o llevar adelante una gestación normal, por lo que se obtienen sus óvulos, que se fecundan de forma exterior, para luego insertar el embrión dentro del útero de la madre subrogante quien presta o cede su útero para llevar adelante el embarazo.

Desde mi punto de vista, la madre subrogante madre de alquiler es una mujer fértil, que mediante un contrato pacta ser inseminada artificialmente con el semen del hombre de la pareja subrogada; o bien, con el embrión que posee la carga genética de la pareja

subrogada y que se encuentra obligada a gestar y dar a luz a la criatura, renunciando a la custodia de la misma para terminar con los posibles derechos filiatorios y permitir que la pareja subrogada pueda tomar en adopción a dicha criatura; por lo que es pertinente hacer notar que actualmente las sociedades latinoamericanas parecen justificar cierto tipo de conductas respecto de las cuales lamentablemente el derecho aún no se ha pronunciado, como lo que ocurre con las técnicas de reproducción asistida, que en un comienzo fueron expuestas como un tema tabú, pero que hoy en día son conocidas por la mayoría de la población.

Por lo que sin duda alguna el Estado tiene el deber de garantizar los derechos reproductivos; lamentablemente en el Ecuador la Seguridad Social no ofrece la posibilidad de que las parejas afiliadas a la misma, con problemas de fertilidad, accedan a la inseminación artificial, lo que refleja la negativa de las políticas estatales para procrear, y ciertamente favorece a la política económica de reducción de pobreza por medio de la reducción de la población.

4.2.2. Origen y Evolución del Contrato del Vientre de Alquiler

Para el analista Vidal Jaime, la “La historia del Contrato las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando

un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración; posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social”¹¹

En el Continente Americano de acuerdo al análisis realizado por el exponente hace notar que en 1975, se realizó el primero contrato de vientre de alquiler pero no especifica si este fue verbal o escrito, lo único que se puede deducir que existió un acuerdo entre la madre sustituta y los padres adoptantes, no existen más especificaciones sobre las formalidades del mismo, porque lo único que se dice es que en Estados Unidos una empresa anunció por cierto medio escrito que se solicitaba mujeres que deseen alquilar su vientre para que sean inseminadas artificialmente.

El citado analista menciona que “Uno de los casos más resonantes fue el denominado “Baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern, el contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora,

¹¹ VIDAL M, JAIME.- LAS NUEVAS FORMAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.-EDITORIAL. CIVITAS, MADRID.-ESPAÑA.- 1988.- PÁG.-180.

de no crear una relación materno-filial con él bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías”¹²

En este nuevo párrafo se puede deducir que luego de haber pactado el compromiso de alquiler del vientre mediante un contrato, la una parte se negó a entregar el bebé, lo cual incumplía la responsabilidad adquirida, que era de gestar un bebé para otra persona, pero esto se debe a que la mamá le llegó a tener afecto al recién nacido porque al parecer el cincuenta por ciento era parte de su cuerpo por el ovulo que era suyo y solo la esperma era de los contratantes.

El contrato de madre subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.

Como dice Ferguson S. “Un contrato de maternidad subrogada significa un acuerdo por medio del cual una persona no casada con el contribuyente de la esperma acuerda por una contraprestación de

¹² VIDAL M, JAIME.- LAS NUEVAS FORMAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.-EDITORIAL. CIVITAS, MADRID.-ESPAÑA.- 1988.- PÁG.-180.

valor ser inseminada, llevar el feto resultante hasta el nacimiento, y luego entregar al contribuyente de la esperma la custodia y todos los derechos y obligaciones del recién nacido”¹³

Al respecto del contrato de ascendencia subrogada significa un contrato, acuerdo o arreglo en el cual una mujer acuerda concebir un niño mediante inseminación natural o artificial, o en el cual una mujer acuerda sustituir en la gestación, y voluntariamente renunciar a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño, se presume que en un contrato, acuerdo o arreglo en el cual la mujer acuerda concebir un niño por medio de inseminación natural o artificial por una persona diferente a su esposo, o en el cual la mujer acuerda sustituir en la gestación, incluye una provisión, expresa o no, de que la mujer renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño, el contrato de maternidad subrogada puede ser de dos tipos, el altruista y comercial, el primero se refiere cuando la madre no recibe pago alguno por el alquiler de su vientre, o si recibe alguna contraprestación, esta se limita al pago de los gastos derivados del embarazo, pero el contrato de maternidad subrogada de carácter comercial existe cuando la madre sí recibe un pago como contraprestación de las obligaciones derivadas del contrato: pago que puede consistir, no solamente en una suma de dinero, sino también en la entrega de objetos, servicios o cualquier otra cosa de valor pecuniario, el contrato de vientre de alquiler, es nuevo en la práctica

¹³ FERGUSON, SA.- LOS CONTRATOS DE SUBROGACIÓN.- vol. 4.- Publicado por la Universidad Duquesne.- Estados Unidos.- 1995.

porque anteriormente solo bastaba la palabra para que se lleve a efecto tal o cual compromiso, por lo tanto es un nuevo contrato que debe considerar la nueva legislación civil, porque en cierto modo es una nueva forma de trabajo de ahí se puede deducir que el contrato de vientre de alquiler surge el momento que en algunos países europea y también latinos han aprobado leyes con cierta normativa que trata de regular este tipo de procreación del ser humano.

Como dice el historiador Calle C. que “El primer rasgo característico de la experiencia norteamericana frente a los contratos de maternidad subrogada es que estos se encuentran regulados por una serie de reglas y principios jurídicos que tienen origen legislativo y judicial, lo anterior, debido a que algunos estados de la unión americana han promulgado leyes particulares o especiales sobre la materia, mientras que otros se han abstenido de hacerlo, dejando en este último caso la regulación del contrato a la jurisprudencia, es decir, a las decisiones de los jueces”¹⁴

Que en el caso de las legislaciones estatales en materia de contratos de maternidad subrogada, estas fueron promulgadas con el propósito de establecer de manera clara los derechos de custodia del recién nacido y por el otro, proteger a las partes del contrato por el establecimiento de estándares y salvaguardas que respetarán el orden público del estado; igualmente, la jurisprudencia también ha

¹⁴ GALLEE, CL.-CONTRATOS DE SUBROGACIÓN DE MADRE.- Publicación de la Revista de Derecho de la Salud, American.- Vol. 6, 1992.

sido una fuente fundamental en la construcción del análisis jurídico de los contratos de maternidad subrogada, sin embargo, debe destacarse que la propia jurisprudencia ha resaltado que el mejor escenario para construir una aproximación jurídica al fenómeno de maternidad subrogada es mediante el poder legislativo.

Por lo que esta primera característica de la experiencia norteamericana difiere a lo que acontece en los países del Sub Continente Americano, pues, como he mencionó anteriormente, no existe actualmente una regulación particular sobre el contrato de maternidad subrogada, no obstante, sí se han presentado varios intentos legislativos, aunque fallidos, por regularlo, precisamente, la ausencia de regulación, sumada al reconocimiento de la ocurrencia del fenómeno de la maternidad subrogada en el país, motivó la presentación de diversos proyectos de ley, no podemos estar ajenos al vacío jurídico que en la actualidad se encuentra en nuestro ordenamiento; la práctica reiterada de esta figura en nuestro país hace necesaria la urgente actividad del legislador para reglamentar una situación que no puede ser ajena a la evolución de la procreación de la humanidad.

En nuestro país no existe este tipo de trabajo si se puede llamar así por ello no se ha legislado sobre el contrato de maternidad subrogada, es la falta de una postura uniforme frente a su validez o invalidez jurídica, En efecto, ciertas personas rechazan de manera expresa y

clara la celebración de estos contratos porque aducen que está en contra de la moral y de los principios cristianos pero las personas que desean tener familia y que están impedidos por haber sido declarados infértiles, reconocen la validez, aunque en algunos casos, siempre y cuando se cumpla con un procedimiento especial establecido por la ley, que en nuestro caso no existe ninguna legislación al respecto por lo que sería indispensable que exista una ley que regule esta actividad porque actualmente se la realiza en forma clandestina.

Creo que es muy importante ahora que se está disgregando parte del Código Civil y creando el Código de la Familia, Niñez y Adolescencia, sería el momento oportuno para que se determine en cualquiera de las leyes este tipo nuevo contrato, con la finalidad que se proteja a las madres sustitutas en el campo legal y en lo futuro evitar problemas de carácter legal por la informalidad a la pueda conducir por no existir la ley correspondiente que regule este tipo de actividad, que es muy delicada porque se trata de una vida humana la que va a ser objeto de controversias cuando nazca.

4.3. Marco Jurídico

La doctrina o filosofía jurídica básica y fundamental es la que orientó mi trabajo científico jurídico, en la elaboración del proyecto y de la tesis porque es el fundamento y el cimiento necesario para que tenga el carácter científico y además constituya la garantía que no marchó a ciegas en mi investigación, sino que voy con paso seguro en el campo de la investigación jurídica, con la finalidad que se cumplan los presupuestos planteados de la parte jurídica.

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador-Capítulo Sexto.-Derecho de Libertad.-Art. 67.-La familia, sus tipos y el matrimonio, determina que “Se reconoce 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 los derechos y oportunidades de sus integrantes”¹⁵

En este artículo está claramente descrito que se garantiza la familia, y esta está compuesta por el padre, la madre y los hijos; pero en el caso que exista la infertilidad del matrimonio como forma familiar a la que se refiere la Constitución, estaríamos frente a una utopía

¹⁵ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.-EDICIONES JURIDICAS “EL FORUM”.-Quito Ecuador.-2010.-Art. 67

porque no se garantiza la procreación de quienes tienen inconvenientes de infertilidad por lo tanto no está garantizada la familia para este tipo de matrimonios por lo que es indispensable que en alguna ley se regule o conste el contrato de alquiler del vientre para la solución de este grupo de personas que anhelan tener su propia familia.

La citada ley en el Art. 69, numeral 1, establece que “Se promoverá la maternidad y la paternidad responsable; la madre y el padre estarán al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”¹⁶

4.3.2. Código Civil

El Código Civil que en la actualidad se encuentra vigente, no contempla el contrato de alquiler del vientre, lo cual nuestro país se encuentra un poco retrasado en este aspecto porque soluciona unos problemas pero otros no y que son muy importantes en la vida de la familia en especial de los matrimonios y parejas que se encuentran médicamente declarados infértiles, sea el hombre o la mujer, pero que tienen el deseo de ser padres y cumplir con su cometido y se encuentran vedados de esta posibilidad porque en el país no está reconocido de este tipo de contrato, además no existe ley alguna que

¹⁶ IBIDEM.-Ob.-Cit.-Art. 69

garantice la práctica de esta forma de reproducirse a través de medios artificiales, por lo que creo que es necesario una pronta reforma de la ley citada.

4.4. Legislación Comparada

4.4.1. El Contrato de Alquiler de Vientre en la Legislación de Illinois

Ley de subrogación gestacional del estado de Illinois.

“La ley de subrogación gestacional del estado de Illinois ofrece la oportunidad a parejas (tanto heterosexuales como del mismo sexo) que desean formar una familia utilizando los servicios de Subrogación gestacional. La ley de Subrogación gestacional establece que al nacer un bebe por medio de subrogación gestacional los futuros padres tienen custodia absoluta y derechos parentales completos, de forma inmediata, al nacimiento del bebe. El fundamento de la ley es evitar reclamos de derechos parentales por parte de la madre portadora y evitar la necesidad de adopción, reconociendo a ambos futuros padres como padres del bebe (a excepción del caso de parejas del mismo sexo) Derechos parentales o de filiación.

En el estado de Illinois los nombres de los futuros padres aparecerán como “madre” y “padre” en la primera y única partida de nacimiento emitida, siempre y cuando los requisitos legales se hayan cumplido y los documentos hayan sido correctamente presentados y ejecutados antes del nacimiento del bebe. Illinois es en este momento el único estado que reconoce derechos parentales o de filiación sin un

procedimiento judicial y reconoce la paternidad de los futuros padres inmediatamente al nacimiento del bebe.

Requisitos de elegibilidad; a) Para la madre portadora: 1- Debe tener por los menos 21 años de edad. 2- Debe haber dado a luz a por lo menos un bebe. 3- Debe haber completado evaluaciones médicas y psicológicas. 4- Debe haber hecho una consulta legal con un abogado independiente con respecto a los términos y consecuencias del acuerdo de Subrogación gestacional; y 5- Debe haber obtenido un seguro médico con una póliza que cubra problemas médicos mayores y hospitalizaciones, y que se extienda por el termino del embarazo y 8 semanas subsiguientes al nacimiento del bebe (esta póliza puede ser adquirida por los futuros padres si así se decide en el contrato) Si la madre portadora es casada, su marido también debe haber prestado su consentimiento a los términos del acuerdo de Subrogación Gestacional, cumplir con los requisitos y desistir de la custodia del bebe) Requisitos para los futuros padres: 1- Deben tener una necesidad médica para la Subrogación Gestacional, determinada y certificada por un médico con licencia para la práctica en el estado de Illinois. 2- Por lo menos uno de los padres debe ser aportante del material genético (uno de ellos debe proporcionar los óvulos o los espermatozoides) para los embriones transferidos a la portadora gestacional. 3- Deben pasar una evaluación psicológica; 4- Deben hacer una consulta legal con un abogado independiente con respecto

a los términos y consecuencias del acuerdo de subrogación gestacional.

Según la ley de subrogación gestacional por lo menos uno de los padres debe estar genéticamente relacionado con el bebe, sin importar si la pareja está o no casada. Si una persona soltera participa en un acuerdo de subrogación gestacional, esta persona debe proporcionar su propio material genético para la creación del embrión. Los futuros padres tienen custodia única y derechos parentales completos inmediatamente al nacimiento, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de la ley. Si para llegar al embarazo se hubiera utilizado un donante de espermatozoides o una donante de óvulos, estos donantes no tienen ningún vínculo legal con el bebe.

Requisitos contractuales: Un contrato que cumpla los requisitos siguientes se presumirá ejecutable por la ley estatal:1- Debe estar escrito y ejecutado antes de cualquier procedimiento medico (a excepción de las primeras evaluaciones físicas y psicológicas para determinar elegibilidad), por las personas involucradas (las madre portadora, su esposo (si lo hubiera) y los futuros padres;2- Debe incluir un consentimiento por escrito de que cada persona involucrada ha recibido información con respecto a los aspectos y obligaciones legales, financieras y otras obligaciones contractuales como resultado del acuerdo de subrogación gestacional;3- Los términos de compensación deben estar claramente definidos, y los fondos deben

encontrarse depositados en una cuenta “escrow” (deposito en garantía bajo la custodia de un tercero) antes de comenzar con cualquier procedimiento medico (a excepción de las primeras evaluaciones físicas y psicológicas para determinar elegibilidad); 4- Deben suscribirlo dos testigos competentes. 5- La madre portadora (y su marido si es casada) deben estar expresamente de acuerdo por medio del contrato a: a- Someterse a las transferencias embrionarias, esperar a quedar embarazada y dar a luz a él bebe; y b- Desistir de la custodia del bebe, entregándole está a los futuros padres de modo inmediato al nacimiento del bebe. c. La madre portadora tiene derecho a elegir a su propio medico (luego de una consulta con los futuros padres) para cuidado pre-natal y parto. 6- Los futuros padres deben estar expresamente de acuerdo por medio del contrato a: a- Aceptar la custodia del bebe inmediatamente al nacimiento; y b- Asumir responsabilidad completa para la manutención del bebe inmediatamente al nacimiento.

Antes de entrar en alguno de estos acuerdos se requiere un contrato legal que cumpla con la ley del estado de Illinois para clarificar las intenciones y proteger los derechos de todos los involucrados. La ley no requiere estatus de residente. Los futuros padres deben aceptar los derechos parentales, por más que hubiera un cambio de circunstancias, incluyendo algún error de laboratorio que tenga como resultado que él bebe, no esté relacionado genéticamente con ellos. Otros puntos específicos que constan en el contrato incluyen arreglos

con respecto a procedimientos médicos, reembolso de gastos, obligaciones de manutención y cuestiones de seguro médico.

Para facilitar que el nombre de los futuros padres este en la partida de nacimiento, se deberán presentar, antes del nacimiento, los documentos legales al “Departamento de Salud del estado de Illinois”, el registro civil y los registros del hospital en que la madre portadora planea el parto. Los documentos legales serán representando a cada persona involucrada y el médico (certificando la necesidad médica para el acuerdo de maternidad subrogada)

Parejas del mismo sexo deberán hacer una adopción por parte del segundo padre/madre para establecer un derecho parental con el padre/madre no genéticamente relacionado con él bebe, el proceso explicado anteriormente permitirá que el padre/madre relacionado genéticamente pueda tener su nombre en la partida de nacimiento original, pero se requiere un proceso legal adicional para completar el proceso de paternidad en Illinois para el segundo padre/madre del mismo sexo”¹⁷

ANALISIS

La ley de este país en la presente normativa tiene disposiciones sobre la Subrogación gestacional establece que al nacer un bebe por

¹⁷ LEY DE SUBROGACIÓN GESTACIONAL DEL ESTADO ILLINOIS DE LOS ESTADOS UNIDOS

medio de subrogación gestacional los futuros padres tienen custodia absoluta y derechos parentales completos, de forma inmediata, al nacimiento del bebé, esto lo hace evitar reclamos de derechos parentales por parte de la madre portadora y evitar la necesidad de adopción, entre los requisitos más importantes es que deben ser mayores de edad y para optar por este medio convertirse en padres deben tener una prescripción médica en la que aseguren que no puede ser padres directamente por tal o cual razón, luego que se cumpla los requisitos establecidos para el efecto el contrato debe cumplirse en su totalidad, sin reclamo de ninguna índole.

4.4.2. El Contrato de Alquiler de Vientre en la Legislación de Uruguay

Código Civil Uruguayo

“Desde el punto de vista de la "madre subrogante" al tratarse normalmente de un contrato suscrito en forma verbal, existen varios aspectos a destacar: a) a pesar de ser un contrato verbal, igual sería de aplicación el Art 1391 del C.C que preceptúa," los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma".

b) Existen principios doctrinarios muy arraigados en el ordenamiento jurídico uruguayo y que provienen del D. Romano, como aquel que

dice que madre de una criatura es aquella que lo ha gestado, procreado y parido. El Art 16 prescribe "cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudiría a los fundamentos de las leyes análogas y si todavía subsistiere la duda, se acudiría a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso. Previéndose la posibilidad de que en caso de existir laguna legal, cosa que sucede, por no existir norma jurídica que regule el problema.

c) El C.C en su art 242, permite la puesta en práctica de la investigación de la maternidad, siempre que tenga por objeto la prueba del hecho del parto y la identidad del hijo.

Al respecto, no podrá existir ninguna duda que dicha criatura en el instante de su nacimiento y frente a los especialistas en la materia, provendría de la gestante. Muy distinto sería probar si el origen de dicha criatura, se remonta a un presunto pacto verbal celebrado entre ambas partes en el cual sus supuestos padres acordaron con la gestante la locación de su vientre celebrando en esta forma un contrato innominado carente de toda regulación, con un objeto y causa de por sí ilícitos, contrario a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, humanamente repulsivo y directamente opuesto al C.C referentes a que no puede ser objeto de un contrato algo que de hecho se encuentra fuera del comercio de los hombres (Art 1282 del

C.C) y que hiere a la propia dignidad humana, como ser el derecho a la vida y a la comercialización de un ser humano.

d) Asimismo, en busca del ansiado hijo ¿cuántas futuras vidas humanas se han sacrificado?

El hecho de buscar el embrión con el desarrollo más perfecto, significa un holocausto brutal de muchos otros, que sin llegar a alcanzar la perfección tan ansiada, han debido ser sacrificados. La fecundación in vitro genera entonces embriones humanos llamados "supernumerarios". Este término de utilización corriente en la jerga médica, alude en realidad a situaciones diferentes. La primera comprende a los embriones que serán implantados ulteriormente para cumplir con el proyecto de la pareja de tener un hijo. ¿No sería un tipo de aborto colectivo que de por sí ya contaba con la anuencia de los propios donantes (Art 325 y 55 del C. Penal)? La segunda corresponde a los embriones que no serán utilizados en el marco del proyecto de la pareja; este excedente de embriones es la más de las veces congelado.

¿Qué espera el Estado para tomar medidas para prohibir absolutamente estas prácticas, salvando así a la especie humana, puesta en peligro por la realización de estas investigaciones?

¿No sería acaso volver a la idea de que el proceso de la vida puede en sí mismo quedar reducido a un tema de investigación, a que el

embrión es algo que bien puede ser vendido y patentado?, tal concepción no es aceptable. La ley debe impedir una práctica y sancionar penalmente toda infracción señalada.

c) Por último ¿no se estaría involucrando el sagrado principio de libertad, tutelado en la sección II capítulo 1 " Derechos, deberes y garantías Art 7 de la carta Magna uruguaya, al utilizar una persona para obtener nuestros propios fines?

En última instancia, los problemas de filiación provocados por la práctica de la maternidad de sustitución simple, solo provienen de la comprobación de que una forma de poligamia con cooperación en la concepción en la crianza de los hijos, tal como se la conoce en otras sociedades, o incluso un adulterio más o menos admitido o disimulado, son aquí reemplazados por un acto técnico muy simple que no requiere otra cosa que una inseminación artificial. Existe una doble disociación, por un lado una carnal y por otro una psicológica.

Pensamos que es urgente una regulación normativa del tema, que aun cuando coincida con ciertas libertades, libertad de investigación, libertad de los pacientes, es producto de que lo está ya en juego, no son solo elementos del cuerpo, sino de un embrión, es decir de la posibilidad de que exista un ser humano. No es un ser humano que

pueda defenderse, sino un valor expuesto a todos a todos los peligros que hay que proteger”¹⁸

ANALISIS

Al respecto de éste Sud Americano, menciona que la madre subrogante al tratarse normalmente de un contrato suscrito en forma verbal, existen varios aspectos a destacar, en el caso que el contrato sea verbal, igual sería de aplicación tiene las misma connotación que el escrito como esta preceptuado la correspondiente ley de los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma, lo cierto del caso que en este latino ya existe una ley que regula el alquiler del vientre con todas las cláusulas que un contrato cualquiera y que debe cumplirse al pie de la letra, sin más dilaciones, porque así se comprometen las partes el uno a dar y el otros a recibir.

¹⁸ CÓDIGO CIVIL URUGUAYO VIGENTE

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Los materiales utilizados

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura misma del informe de la tesis, como son la computadora, los libros y leyes enunciadas de la siguiente manera: Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, y varios libros de doctrina relacionado con el tema, material didáctico de oficina como hojas de papel bond, esferográficos, computadora, impresora, Internet los mismos que sirvieron como elementos para la elaboración y desarrollo del marco conceptual, jurídico y doctrinario; además para el estudio de la legislación comparada, finalmente me ha servido para entender mucho más a fondo la problemática investigada y para estructurar el informe final de tesis.

5.2. Métodos

La aplicación de un método, es para obtener aplicaciones similares pero no siempre ocurre que la aplicación metodológica obtenga los resultados apetecibles, sin embargo se posibilita tener el orden y la lógica interna, para poder detectar los errores del proceso o resultado requerido, pero no siempre se procediera con una progresión lógica disponiendo los elementos de cierto modo, no sabríamos con certeza si los resultados obtenidos procedían de nuestra aplicación o del azar.

Durante el proceso del presente trabajo de investigación utilice el método científico que ha sido el instrumento más adecuado que me permitió llegar al conocimiento desarrollo, ejecución y dar posibles soluciones a la problemática planteada, mediante la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva; a través de procesos lógicos requeridos, es por ello que en la presente investigación hice uso de algunos métodos y técnicas del método científico como el método inductivo, deductivo, descriptivo, la observación, el análisis y la síntesis.

Utilice el método inductivo desde la recolección de la información partiendo de los principios particulares, en virtud de la necesidad del planteamiento del problema, descomponiéndolo en sus elementos principales y a través de la síntesis llegué a conclusiones generales, el método deductivo que me permitió obtener información general para llegar a casos específicos los mismos que me ayudaron a la elaboración de la propuesta jurídica; por otra parte utilicé el método descriptivo, para presentar mediante cuadros y gráficos el problema tal y como se presenta en la realidad objetiva.

5.3. Procedimientos

Para la recolección de datos, fue necesario recurrir a fuentes bibliográficas que me permitan manipular de mejor manera la presentación; además hice uso de bibliotecas, personales, particulares y de diferentes instituciones, además del internet para

recopilar y clasificar la información de acuerdo al contenido e importancia.

Durante la recolección de la información de campo, por la naturaleza de la investigación utilicé la encuesta, la misma que fue aplicada a treinta profesionales del Derecho, quienes manifiestan sus opiniones sobre la necesidad que exista el contrato de vientre de alquiler, además utilice la entrevista, que la realice a tres profesionales de la Unidad Judicial y reconocidos juristas de ciudad de donde provengo, quienes expusieron sus opiniones respecto del problema planteado.

Para concretar los resultados obtenidos, los mismos que están representados en cuadros estadísticos y a través del método hipotético-deductivo me sirvió para contrastar la hipótesis y verificar los objetivos planteados; posteriormente me sirvieron de sustento para elaborar las conclusiones y recomendaciones, así como de la propuesta jurídica en pos de dar solución al problema planteado.

Luego de concluido el sustento y fundamento teórico del trabajo de investigación, seguidamente presento el desarrollo del trabajo de campo en todas sus dimensiones, de análisis, síntesis y representación de resultados, que reflejan la opinión de profesionales del Derecho, posiciones que fundamentan el vacío legal para la solución del problema de la falta del contrato de vientre de alquiler por la trascendencia jurídica y social, del tema desarrollado.

5.4. Técnicas.

Para la elaboración de la parte teórica me auxilié principalmente de la técnica del fichaje, que consistió en la elaboración de fichas nemotécnicas y bibliográficas, las mismas que me permitieron recopilar la información apropiada para fundamentar adecuadamente la parte teórica del presente trabajo investigativo.

En lo que se refiere a las técnicas utilizadas en el trabajo de investigación de campo, empleé la técnica de la encuesta, la entrevista y fueron aplicadas de manera directa es decir acudí a la Unidad Judicial y los consultorios jurídicos, el formulario aplicado constó de cinco preguntas; y la entrevista la realice con la colaboración de dos prestigiosos Juristas, todos los profesionales desarrollan sus labores en la Unidad Judicial de la ciudad de donde provengo.

Los criterios y sugerencias de los profesionales requeridos, sustentan la importancia y trascendencia jurídica y social del tema planteado, y obtenidos los resultados, realicé la comparación con los referentes teóricos y empíricos, así como la bibliográfica que fue realizada con el propósito de elaborar las conclusiones, recomendaciones y principalmente en la culminación del trabajo de investigación a formular la propuesta de reforma; y de esta manera desarrollar lo planificado en el proyecto de investigación y además cumplir con la

guía que para el efecto consta en la página virtual de la Universidad Nacional de Loja, en la Modalidad de Estudios a Distancia.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de Aplicación de las Encuestas

De acuerdo al planteamiento en la metodología del proyecto de tesis previo a optar el título de Abogada, debidamente aprobado, y con la finalidad de obtener la información efectiva y oportuna de la población investigada; Utilicé como técnicas: la encuesta contenida en cinco interrogantes que fueron dirigidas a treinta personas: entre ellos a Abogados en libre ejercicio profesional, de la misma forma apliqué dos entrevistas que constan de cuatro preguntas dirigidas a Jueces, estas inquietudes me permitieron obtener información valiosa sobre el problema planteado.

Las encuestas y entrevistas están elaboradas basándose en los objetivos e hipótesis del proyecto de tesis de abogado y que una vez interpretadas y analizadas, podré determinar si se cumplen con los objetivos planteados y la contrastación de la hipótesis.

Primera Pregunta

¿Considera usted, que el actual Código Civil, no contiene en su normativa el contrato de alquiler del vientre como una solución a los matrimonios o parejas con problemas de infertilidad?

SI () NO ()

CUADRO Nro. 1.

INDICADOR	VARIABLE	PORCENTAJE
SI	28	93,3%
NO	2	6,7%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Jueces, Abogados Libre Ejercicio y Padres Infértiles
ELABORADA: Valeria Jacqueline Pachar Ordoñez



INTERPRETACIÓN

Del total del universo encuestado, 28 personas, que corresponden al 93,3%, manifiestan que no existe el contrato de alquiler de vientre para madres sustitutas; el 6,7%, que constituyen 2 encuestados; dicen que no están de acuerdo que exista este tipo de contrato.

ANÁLISIS

En nuestro medio el nombre mismo del contrato de alquiler de vientre causa extrañeza para algunas personas, pero luego de una

explicación lo que significa esta nueva modalidad de actividad que conscientemente realizan un buen número de mujeres, creen que el Código Civil debe contener disposiciones que regulen este tipo de presteza, porque en el país existen un gran número de parejas que desean ser padres de familia y no desean adoptar, sino tener un hijo suyo y esta sería una oportunidad para que se cumpla ese sueño anhelado de muchas parejas, ya que la esterilidad puede y de hecho existe por muchas circunstancias naturales o por causa de alguna enfermedad que imposibilita a la mujer convertirse en madre.

Segunda Pregunta

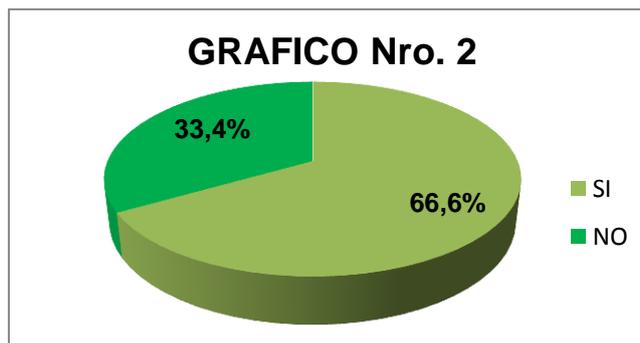
¿Cree usted, que es necesario incorporar en el Código Civil, la modalidad del contrato especial de alquiler del vientre de mujeres sustitutas o de embarazo subrogado?

SI () NO ()

CUADRO Nro. 2

INDICADOR	VARIABLE	PORCENTAJE
SI	20	66,6%
NO	10	33,4%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Jueces, Abogados Libre Ejercicio y Padres Infértiles
ELABORADA: Valeria Jacqueline Pachar Ordoñez



INTERPRETACIÓN

El 66,6%, de indagados, que constituyen 20 personas, exteriorizan que el Código Civil debe contener en forma explícita la nueva modalidad de contrato para las mujeres que desean prestar los servicios de madres sustitutas; 10, que son el 33,4%; creen que no es necesario, que en la normativa exista este tipo de contrato porque está en contra de la moral de las personas.

ANÁLISIS

Como es nueva concepción o denominación de labor genética, si bien no está concebida en la legislación civil u otras leyes y que las autoridades deben considerarlo al contrato de la maternidad subrogada con la finalidad que esté garantizado el contrato, que las dos partes realizan, ya que actualmente esta nueva forma de compromiso como es la de servir de madre sustituta y llevar a cabo la gestación de un nuevo ser por el lapso de treinta semanas; el otro

porcentaje, indica que no es necesario que exista este tipo de contratos, porque manifiestan que la procreación mediante este sistema está en contra de los principios cristianos y culturales de nuestro país por lo tanto no es necesario que exista esta nueva forma de traer hijos al mundo.

Tercera Pregunta

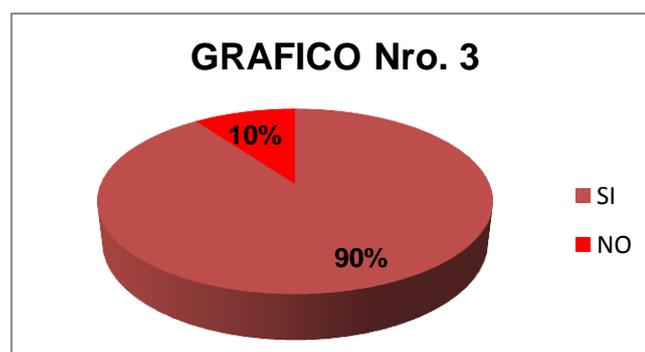
¿Considera usted que el Código Civil ecuatoriano, en lo relacionado a la contratación, adolece de insuficiencia jurídica al no considerar en su normatividad, la modalidad especial del contrato de alquiler del vientre para la fertilización in vitro?

SI () NO ()

CUADRO Nro. 3

INDICADOR	VARIABLE	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Jueces, Abogados Libre Ejercicio y Padres Infértiles
ELABORADA: Valeria Jacqueline Pachar Ordoñez



INTERPRETACIÓN

Del universo indagado el 90%, que son 27 personas, expresan que el actual Código Civil adolece de insuficiencia jurídica porque no contempla el contrato de embarazo subrogado; pero 3 encuestados que constituyen el 10%, creen que no es necesaria reforma alguna tratándose de la reproducción humana en forma artificial.

ANÁLISIS

Estoy de acuerdo con la mayoría, que la actual Legislación Civil, adolece de insuficiencia jurídica porque la modalidad de actividad denominado embarazo subrogado o servicios subrogados actividad que se realiza en forma clandestina y sería muy importante para los hombres casados y su esposa no puede convertirse en madre o también hombres que son gais que desea convertirse en padre como lo ha hecho el cantante Riki Martí, en fin sería la solución para muchas personas, en nuestro medio todavía no se ha legislado a este respecto por lo que es importante estar a la altura de otros países en los avances científicos.

Cuarta Pregunta

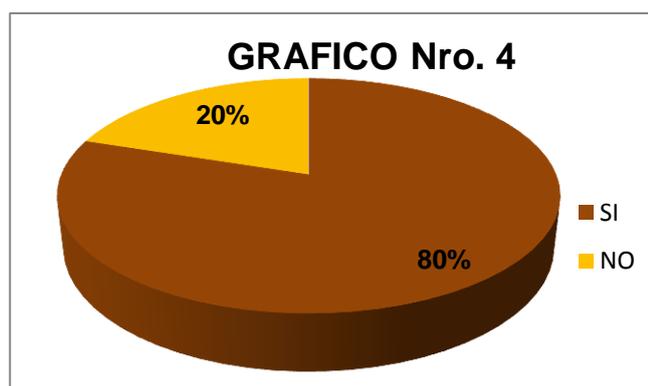
¿Considera usted, que esta modalidad de contratación especial de maternidad subrogada de servicios, solucionará y garantizará los problemas de los matrimonios o parejas infértiles?

SI () NO ()

CUADRO Nro. 4

INDICADOR	VARIABLE	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Jueces, Abogados Libre Ejercicio y Trabajadores
ELABORADA: Patricio Albán Espinoza



INTERPRETACIÓN

Un gran porcentaje de encuestados en un número de 24 que son el 80%, manifiestan que el contrato de maternidad subrogada solucionará el problema de muchas parejas o matrimonios infértiles; pero el 20%, constituyen 6 personas, indican que para las personas que no pueden tener familia pueda adoptarla.

ANÁLISIS

En este aspecto pienso que la solución sería en parte porque este tratamiento requiere de un sin número de tratamientos especializados, lo cual en el Ecuador no existe, además las personas que optarán por este procedimiento deben tener facilidades económicas por esto es costoso ya que deben viajar a otros países en donde existen este tipo de laboratorios, ya aquí en el nuestro no existe y de haberlo, el acceso sería para pocas personas en otras palabras para las que tengan una buena posición económica, pero si el estado trae esta tecnología y forma a los especialistas bueno estaría al alcance de todos y entonces solucionaría el problema de un sin número de matrimonios que se encuentran sin familia por la infertilidad que son muchos; pero un número reducido no está de acuerdo con este sistema, por estar fuera de los límites culturales.

Quinta Pregunta

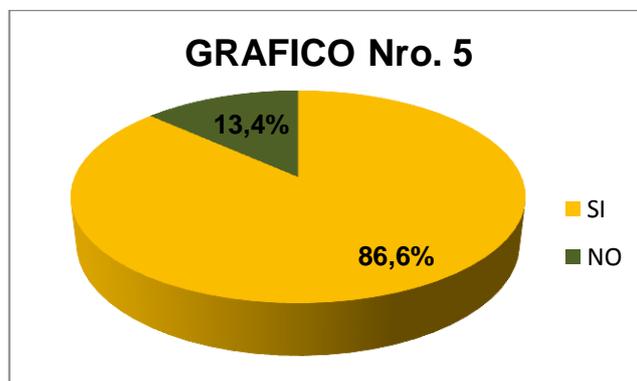
Cree usted que, es necesario reformar el Código Civil Ecuatoriano, incorporando en su normatividad la modalidad especial del contrato prestación de servicios de madres sustitutas con la finalidad que las personas que sufren de infertilidad puedan sr padres?

SI () NO ()

CUADRO Nro. 5

INDICADOR	VARIABLE	PORCENTAJE
SI	26	86,6%
NO	4	13,4%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Jueces, Abogados Libre Ejercicio y Trabajadores
ELABORADA: Patricio Albán Espinoza



INTERPRETACIÓN

Existe un número importante de 26 encuestados que bordea el 86,6%, que explican que se debe reformar el actual Código Civil incluyendo el contrato de locación de alquiler del vientre; aunque en forma minoritaria 4 encuestados que dan el 13,4%, no están de acuerdo con las reformas a la normativa civil al respecto del citado contrato.

ANÁLISIS

Nuestra legislación Civil está en vigencia hace algún tiempo, definitivamente ha desempeñado un papel trascendental en la regulación de las relaciones de la familia, es importante que se reforme en primer lugar, porque existiendo el contrato de embarazo subrogado o de madre sustituta, con la finalidad de estar acorde a otros países vecinos que ya tiene una ley que regula esta actividad procreadora de la familia como lo es Uruguay, Colombia y otros, aunque los encuestados en menor número se resisten a que existe la reproducción asistida o como se la conoce en forma artificial, con la finalidad que les cumpla el deseo de ser padres aquellos matrimonio que no pueden tener familia por múltiples razones, aunque un porcentaje muy pequeño está en desacuerdo por la reforma de la ley para la procreación artificial de la humanidad.

6.2. Resultado de Aplicación de las Entrevistas

Primer Entrevistado

Primera Pregunta

¿Considera usted, que el actual Código Civil, no regula en forma adecuada el contrato de alquiler del vientre en favor de los matrimonios que pueden tener familia?

Respuesta

El Código Civil, se encuentra desactualizado a partir que entro en vigencia la nueva constitución, en la que existen algunas disposiciones que deben constar en la legislación civil, como la de regular la procreación in vitro mediante el contrato de alquiler del vientre.

Los servicios de alquiler del vientre es un tipo de contrato que en otras legislaciones ya está regulado, mediante la cual los matrimonios o parejas que no puede tener familia, puedan obtener familia mediante esta opción del embarazo subrogado o madre sustituta, que en todas partes existen mujeres dispuestas a realizar este clase de contratos que en su mayoría lo hacen por falta de recursos económicos, son persona que están dispuestas a vender hasta parte de su cuerpo con

la finalidad de obtener dinero para sobrevivir, pero para este tipo de contrato las mujeres deben estar en óptimas condiciones de salud.

Segunda Pregunta

¿Considera usted que el Código Civil Ecuatoriano, en lo relacionado a la contratación, adolece de insuficiencia jurídica al no considerar en su normatividad, la modalidad especial del contrato de alquiler del vientre como servicio para las parejas que sufren de infertilidad?

Respuesta

En toda ley, cuando se cambia la Constitución que constituye la columna vertebral y que fue modificada, automáticamente el resto de leyes deben ser modificadas de acuerdo a lo dispuesto en la ley superior por lo tanto la mayoría adolece de insuficiencia al igual que el Código Civil.

Al mencionar que la presente ley citada adolece de insuficiencia jurídica, porque no contempla el contrato de alquiler del vientre para en este inseminarlo artificialmente ya sea in vitro o por medio de la prestación del ovulo de la madre sustituta, contrato que en países europeos se encuentran vigente desde hace muchos años, aún en el nuestro solo tenemos noticias que existe este tipo de tecnología para

la procreación, aunque de acuerdo a o sondeado existe una resistencia por este tipo de contrato.

Tercera Pregunta

¿Cree usted, que es necesario incorporar en el Código Civil Ecuatoriano, el contrato especial gestación subrogada en beneficio de las mujeres que sufren de infertilidad?

Respuesta

Es muy importante para los matrimonios o parejas que sufren de infertilidad se incorpore en el Código Civil esta nueva modalidad de contrato de prestación de servicios alquilando el vientre, para matrimonios infértiles.

En realidad en otros países, la cuestión del alquiler del vientre le dan mucha importancia, y se encuentran en constante actualización de sus leyes en especial las que se refieren esta materia, porque no se le puede dar un calificativo muy exacto en que si es un trabajo o una actividad biológica, pero por la connotación que tiene es de carácter biológico que porque se trata de fertilización e incubación de un ovario de la mujer en forma artificial con la finalidad de dar vida a un nuevo

ser el cual tendrá por padres a los donantes ya sea del semen o de las dos partes que forman al ser humano.

Cuarta Pregunta

Cree usted que, es necesario reformar el Código Civil Ecuatoriano, incorporando en su normativa la modalidad del contrato de madres sustitutas?

Respuesta

El Código Civil debe reformarse cada vez que surge una nueva modalidad de contrato, como es el caso del alquiler del vientre, para la solución del problema de matrimonios infértiles.

En la actualidad la falta del contrato de alquiler del vientre se instituido la práctica ilegal de alquiler de vientre con subrogación materna en el país, es una realidad observable que motivó el interés del investigador para abordar el tema materia de la presente investigación, con la finalidad de proponer las bases teórico-doctrinarias adecuadas que puedan sustentar la legalización del alquiler de vientre en el Ecuador, para proteger el derecho de filiación de los niños, en este sentido, el problema de falta de legislación permite que se realicen este tipo de prácticas de inseminación artificial en forma clandestina.

Segundo Entrevistado

Primera Pregunta

¿Considera usted, que el actual Código Civil, no regula en forma adecuada el contrato de alquiler del vientre en favor de los matrimonios que pueden tener familia?

Respuesta

La actual Legislación Civil, no puede regular algunas actividades en especial el contrato de alquiler del vientre como un servicio que ofrecen algunas mujeres, por la necesidad del dinero lo cual no presta ninguna seguridad futuros padres que dan este tipo de auxilio.

Existen algunas leyes que no se han actualizado desde su creación y el Código civil no es la excepción es uno de ellos porque en el existen algunos vacíos legales, que se han creado con el avance de la tecnología y la modernización en la que avanza la humanidad, a la cual la ley se ha rezagado y no puede garantizar a los padres infértiles o parejas que sufren de infertilidad para tener familia realizar el contrato de alquiler de un vientre para poder tener su propia familia, aunque existe la opción de la adopción la cual está sujeta a que el hijo adoptivo una vez que cumpla la edad puede renunciar a los apellidos adoptivos y llevar el de sus padres biológicos.

Segunda Pregunta

¿Considera usted que el Código Civil Ecuatoriano, en lo relacionado a la contratación, adolece de insuficiencia jurídica al no considerar en su normatividad, la modalidad especial del contrato de alquiler del vientre como servicio para las parejas que sufren de infertilidad?

Respuesta

El Código Civil, adolece de insuficiencia jurídica, por lo que es imperante, que su normativa contenga disposiciones sobre el contrato de alquiler del vientre.

Pienso que el entrevistado está en lo cierto, que nuestra legislación civil adolece de vacíos legales, en lo relacionado al contrato de alquiler del vientre para la inseminación artificial o las otras formas que existen a nivel mundial, que han sustituido a la adopción en los países desarrollados, porque este tipo de contrato está vigente, al cual se han acogido un sin número de matrimonios que sufren de infertilidad en el caso de las mujeres, o también puede ser de la otra forma que el hombre es el infértil para lo cual la mujer o los dos en conjunto deciden comprar la esperma en los bancos de esta tipo que existen a disposición de la colectividad infértil.

Tercera Pregunta

¿Cree usted, que es necesario incorporar en el Código Civil Ecuatoriano, el contrato especial gestación subrogada en beneficio de las mujeres que sufren de infertilidad?

Respuesta

Creo que es responsabilidad de las autoridades de turno, que estén pendientes al surgimiento de nuevas modalidades de actividades como el contrato de alquiler de vientre, que en la actualidad no consta en la ley civil.

La sociedad está en constantes cambios muy pronto en el país los matrimonios o parejas infértiles van a pedir al gobierno que legisle al respecto que exista el contrato de alquiler del vientre para que se legalice esta actividad que se realiza en forma clandestina, pero en países vecinos donde existe la tecnología como Colombia, Uruguay, con la finalidad que los matrimonios o las personas que son calificadas han sido comprobadas medicinalmente que sufren de infertilidad opten por esta nueva modalidad bajo contrato de alquiler del vientre, como también se conoce madres sustitutas en beneficio de aquellas parejas que no pueden tener familia.

Cuarta Pregunta

Cree usted que, es necesario reformar el Código Civil Ecuatoriano, incorporando en su normativa la modalidad del contrato de madres sustitutas?

Respuesta

Es necesario que el Código Civil vigente en nuestro país, reforme su normativa introduciendo disposiciones relacionadas con el contrato de alquiler del vientre servicios que se ofertan en forma encubierta.

Al momento un gran número de matrimonio o parejas sufren de este gran mal de la infertilidad, que desean en convertirse en padres y no quieren optar por la adopción, sino que desean tener un hijo de su propia sangre y al existir una ley que facilite o que garantice o que exista el contrato de alquiler del vientre para que puedan inseminar lo con la esperma del esposo, o la creación in vitro que consiste en la extracción del ovulo y la esperma del matrimonio infértil y fertilizarlo en tubo de vitro para luego implantarlo en el útero la madre sustituta, actividad que se dificulta porque no existe la tecnología ni los especialistas en biología para este tipo de labor.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

Para el desarrollo de la presente investigación formulé un objetivo general y tres objetivos específicos con la finalidad de demostrar que la falta del contrato de alquiler del vientre, no se encuentra vigente en nuestra legislación civil.

Objetivo General.

"Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario a cerca de la falta de normatividad en el Código Civil, en lo relacionado al contrato de alquiler de vientre, para que se beneficien las familias que son estériles y desean tener familia"

El objetivo general plantado se ha cumplido en todo el desarrollo de la tesis, en especial en la parte la revisión de la literatura para ello se realizó el acopio una amplia información teórica, detallada en el Marco Teórico Conceptual, y a la vez se realizó un análisis jurídico, crítico y doctrinario referente al Código Civil en lo relacionado al vacío legal que existe sobre la falta del contrato de alquiler del vientre como una solución a la infertilidad de un gran número de matrimonios.

Objetivos específicos.

"Demostrar la insuficiencia normativa que adolece el Código Civil, al no contemplar en su normativa el contrato de alquiler de vientre que permite que los matrimonios infértiles puedan tener familia"

El presente objetivo se verifica con los resultados obtenidos en la tercera pregunta de la encuesta en la cual la mayoría de los encuestados consideran que es necesario que exista el contrato de alquiler del vientre en beneficio de las matrimonios declarados infértiles, también se cumple con algunos de los conceptos y en el desarrollo del marco doctrinario en donde demuestro que no está regulado en la ley de la materia correspondiente, lo que sí es verdad que existe la práctica anónima de la inseminación artificial o la prestación de los servicios de madres sustitutas, actividad que se van a realizarlas en los países vecinos en donde existe esta práctica legalmente constituida y regulada, ya que en el nuestro no existe esta tecnología.

"Revisar la bibliografía especializada acerca de las normas que existen y de qué forma se puede solucionar el problema del contrato de alquiler de vientre en favor de los matrimonios que sufren de infertilidad y desean ser padres mediante este sistema"

Este objetivo se verifica por medio de los resultados obtenidos en la segunda y cuarta pregunta, porque la mayoría de los encuestados

consideran que si es necesario que existe el mencionado contrato de madres sustitutas, además se cumple el objetivo en el desarrollo de la revisión de la literatura, en sus tres acápites, esto es el marco conceptual, y en la legislación comparada.

“Proponer un proyecto de Reforma al Código Civil, incorporando en su normativa el contrato de alquiler de vientre, con la finalidad que se beneficien los matrimonios que desean ser padres, pero adolecen de infertilidad”

Este objetivo se cumple porque la mayoría de los encuestados y entrevistados de la quinta y cuarta pregunta respectivamente, están de acuerdo que se debe reformar el Código Civil, incorporando en su normativa el nuevo contrato de alquiler del vientre en beneficio de los matrimonios y parejas que tienen problemas de infertilidad, por lo que es necesario que los señores y señoras Asambleístas legislen en favor de las personas que sufren de infertilidad y puedan convertirse en padres biológicos mediante el sistema de inseminación artificial o de in vitro, tecnología y especialistas que debe estar a cargo del Estado porque a nivel de empresas privadas las personas de escasos recursos económicos no podrán alcanzar este anhelado sueño de ser padres.

7.2. Contrastación de Hipótesis

Con el propósito de la contrastación de las hipótesis, procederé a transcribirlas:

“La falta de normatividad en el Código Civil, que no contemplar en su normativa el contrato de alquiler del vientre, para que los matrimonios infértiles puedan optar por este medio y convertirse en padres, constituye un problema social”

Dentro de la presente tesis, he realizado un amplio estudio relacionado a la falta del contrato del alquiler del vientre para las madres sustitutas o gestación subrogada pueda aplicarse en el país con la finalidad de solventar los problemas de los matrimonios o de parejas que sobrellevan la infertilidad natural o adquirida por accidente o enfermedad, pero están deseosos de ser padres biológicos, pero la falta de normativa les impide esta esperanza; De igual forma con las respuestas obtenidas en las preguntas de las encuestas y de las entrevista se logró tener una comprobación más efectiva que acredita que la falta de este tipo de contrato no permite solucionar un sin número de problemas de infertilidad, ya que la mayoría no son aparentes para la adopción que es una las opciones para ser padres.

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal

Para la escritora Richard María, menciona que “Una madre de alquiler o gestante subrogada es una mujer que acepta, por acuerdo, quedar embarazada mediante técnicas de reproducción asistida, con el objetivo de engendrar y dar a luz un niño que será criado como propio por una pareja o por una persona soltera, es una maternidad por sustitución mediante un contrato de gestación, también denominado útero/vientre de alquiler, maternidad subrogada, gestación subrogada, subrogación gestacional o gestación por sustitución”¹⁹

Cuando hablamos de contrato de gestación, se involucra a un sin número de personas iniciando por la pareja o la persona que desea tener un hijo pero que por algún motivo la mujer no puede gestar al bebé y desea que alguien se haga cargo del embarazo; esos se constituyen en los padres intencionales o pareja o persona contratante; luego tenemos a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar cabo el embarazo, en forma altruistas o por una compensación económica; a esta mujer se la denomina gestante o madre sustituta, por otro lado está el contrato de subrogación mediante el cual el o los padres intencionales y la gestante estipulan la causa, el objeto y la forma de cumplir con el acuerdo, aunque los contratos varían, porque incluyen disposiciones relacionadas a los

¹⁹ RICHARD, María.-MATERINIDAD SUBROGADA.-Edición.-Universidad de Nuevo León México.-2008.-

derechos y las responsabilidades de todas las partes, antes y durante el embarazo y después del nacimiento del niño; finalmente, la posible aportación de donadores de gemelos, esta opción es empleada cuando los padres intencionales se sirven de óvulos y/o espermatozoides ajenos para realizar la fecundación.

Como dice la analista Ana Delgado, que “La maternidad subrogada es una figura que se ha utilizado en diversas partes del mundo, sin embargo, los estudios sobre ellas presenta alta complejidad, debido a circunstancias como los adelantos tecnológicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad”²⁰

La maternidad subrogada es, como conocemos, consiste en la reproducción humana asistida a través de la cual una mujer gesta al hijo de una tercera o terceras personas y da a luz ese hijo, en el caso de nuestra propuesta de investigación el contrato sería sin ánimo de lucro, el fin es meramente altruista o solidario, por ello en la mayoría de los casos la mujer gestante será una mujer cercana a los progenitores subrogantes o los padres del bebé.

La ciencia en este aspecto ha evolucionado en forma alarmante, hasta el punto de clonar animales y se encuentran en experimentos para clonar personas con fines médicos esto es reproduciendo células madres para reemplazar ciertas partes del cuerpo, pero en si los

²⁰ DELGADO Ana.-LA MATERNIDAD SUBROGADA.-Editora.-Universidad de Autónoma de México.-2004-Pág.- 38

científicos están direccionados a la clonación del hombre, por lo que la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé, esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, con el fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas, lo que quiero resaltar con el presente análisis, es que los países desarrollados disponen de todos estos adelantos científicos, en nuestro país este tipo de contrato constituye una novedad que hasta cierto punto se lo considera como un acto inmoral.

Como afirma el escritor evangélico Daniel Iglesias, estima que la “explotación del ser humano realizada a través de este tipo de contrato, porque no solo los que sufren de infertilidad pueden alquilar un vientre, pueden hacerlo las lesbianas, gay, por ello se convierte en un negocio de la reproducción humana artificial tiende en última instancia a convertir al ser humano en un producto industrial más, comprable y vendible por catálogo”²¹

Desde el punto de vista del escritor citado, se podría decir que este contrato podría dar esa apreciación porque existe ejemplos de personas que han realizado este tipo de contratos como el caso del cantante puertorriqueño Ricky Martí, que alquilo un vientre y se

²¹ ILGESIAS, Daniel.-LOS CONTRATOS DE VIENTRE DE ALQUILER, MATERNIDAD SUBROGADA.-Edición revista Fe y Paz.-España.-2005.

convirtió en padre siendo el gay, lo propio puede ocurrir con las mujeres pero en el caso de nuestro país, este tipo de contrato se lo realizaría por fines sentimentales y también médicos porque estaría disponible solo para matrimonios que son declarados medicinalmente infértiles y ellos desean convertirse en padres mediante este sistema el alquiler de un vientre.

En la legislación en nuestro país existe no se ha legislado en lo relacionado al vientre de alquiler o subrogada, entendiendo ésta como la situación que da cuando una mujer acepta, por acuerdo previo, quedar embarazada con el objetivo de engendrar y dar a luz un niño que va a ser criado como hijo propio por una pareja o persona soltera, es una maternidad por sustitución mediante un contrato de gestación.

En nuestro país no se ha regulado este tipo de situación, que se presenta en los casos que se produce el llamado vientre de alquiler, no obstante que ya existen clínicas en este tipo de gestación en que el ovulo de una mujer es fecundado *in vitro* e implantado en el útero de otra, que es la gestante y solo se presta para encubar producto mediante la técnica de transferencia de embriones, sin ningún vínculo biológico que les una, la gestante no tiene ninguna conexión genética con el bebé, siendo la madre biológica la donante del óvulo, todo esto a cambio, en algunos casos, de una remuneración económica a favor de la gestante, podrían presentarse al

respecto conflictos en cuanto al tratamiento de este tipo de relación contractual, en caso de incumplimiento de una de las partes, o en caso de controversia con relación a quien a de considerarse legítimamente la madre.

Como dice María Navarro en su obra que “Las razones más comunes para recurrir a estos métodos son infertilidad en mujeres que desean tener hijos, embarazos de riesgo o deseo de evitar pasar por el embarazo y el parto y también el caso de hombres solos o parejas homosexuales masculinas que desean ser padres”²²

A este respecto debemos preocuparnos como personas moralistas, en especial los biólogos y médicos sobre este sistema de embarazo evitando que no se degenerate con la finalidad que se cumplan los objetivos, que el contrato de alquiler del vientre es específicamente para matrimonios legalmente constituidos en nuestro país y no para parejas gay de hombres y mujeres que por capricho desean tener hijos mediante este sistema, como en países europeos y creo esta es una de las razones por lo hasta la presente fecha no se ha legislado sobre este tema, porque el estado en estos momentos tiene un problema en manos con el reconocimiento de las uniones de hecho, entre gay que ahora quieren que se les autorice casarse como cualquier pareja heterosexual.

²² NAVARRO, María-VIENTRES DE ALQUILER, MAGTERNIDAD SUBROGADA.-Folleto de la Legislación Popular Madrileña.- España.-2014.-Pag.- 74

La Constitución de la República del Ecuador-Capítulo Sexto.-Derecho de Libertad.-Art. 67.-La familia, sus tipos y el matrimonio, determina que “Se reconoce 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 los derechos y oportunidades de sus integrantes”²³

De acuerdo a este precepto constitucional, la familia está garantizada en todas sus formas, siempre y cuando esta se haya constituido mediante un vínculo jurídico, con lo cual se cumple la propuesta de mi tema de investigación sobre el contrato del vientre de alquiler, que solo sea para parejas conformadas de acuerdo a la ley.

La citada ley en el Art. 69, numeral 1, establece que “Se promoverá la maternidad y la paternidad responsable; la madre y el padre estarán al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”²⁴

Este numeral se relaciona directamente porque se refiere a la maternidad y paternidad, a la cual se le enuncia un sin número de responsabilidades y lo que creo es necesario, que exista cierta normatividad que les facilite a las personas que sufren el problema de

²³ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.-EDICIONES JURIDICAS “EL FORUM”.-Quito Ecuador.-2010.-Art. 67

²⁴ IBIDEM.-Ob.-Cit.-Art. 69

la infertilidad se regule mediante el contratos de vientre de alquiler como un contrato legítimo y reconocido por el Estado ecuatoriano, para garantizar no solo la maternidad, sino además, el interés superior del niño, puesto que la ley vigente no contempla, de que la maternidad se establece por el hecho del alumbramiento, cuando la ciencia ha avanzado de tal manera, hace que hoy en día este hecho sea cuestionable, puesto que en el caso de la fertilización invitro el material genético de la creatura corresponde a una mujer que no es la que le da a luz.

El Código Civil dentro de la normativa de los contratos no se encuentra estipulado el contrato de vientre de alquiler, por lo que es necesario que ya es tiempo que se legisle este que es muy importante, que la ciencia a avanzado, que en otros países ya se encuentra en vigencia este tipo de contrato al cual pueden acceder las personas que sufren de infertilidad, pero lo que se desea es que en el país el mismo no se degenere y se lo utilice con otros fines.

8. CONCLUSIONES

Que los cambios antropológicos y éticos han impactado en la sociedad actual, desvirtuando el concepto de procreación, el lenguaje del cuerpo expresado en el acto conyugal queda reducido al proceso biológico de reproducción, como necesidad a la que está llamada la especie.

Que, las parejas en su deseo de ser padres, supone un desafío, es innegable este deseo genuino de ver proyectado el amor de la pareja en el futuro con la llegada de un hijo, pero es un deber informar que de las técnicas de referencia, se derivan variantes que implican manipulación de material biológico y ponen en riesgo la vida del embrión.

Que, frente a este deseo, es necesario y urgente que los profesionales de salud, informen sobre los posibles efectos que pueden experimentar aquellas mujeres que se someten a una técnica de Fertilización Artificial y las posibles consecuencias para su hijo.

Que, Cuando una pareja no puede procrear tiene la posibilidad de acudir a los avances de la tecnología y la medicina para que por medio de la reproducción asistida y con la ayuda de la maternidad subrogada le sea factible llegar a un embarazo que culmine con el nacimiento de un nuevo ser humano.

Que, existen distintas corrientes a nivel nacional que aceptan la viabilidad de la procreación por medio de este método, proponiendo un cambio a la gestación y sustituyéndola por la libertad y responsabilidad de ser padres, defendiendo así el interés superior del niño.

Que, por su naturaleza jurídica la maternidad subrogada es un acto jurídico en el cual interviene como característica principal la voluntad, ya que sin esta no se podría desarrollar el contrato; es por el consentimiento entre personas que la madre subrogante acuerda con la madre subrogada ayudar a la gestación de una nueva vida. Así la maternidad subrogada se basa en una decisión libre de las personas de la cual nacen derechos y obligaciones que benefician a los involucrados en esta relación; es decir, los que buscan la paternidad al cumplir su objetivo de poder ser padres y transmitir su material genético y la madre portadora que busca ayudar al prójimo.

Que, a nivel de otros países se ha abierto un gran debate de carácter ético, moral, político y jurídico, se debe entender que es una práctica jurídica que no lesiona derechos y que más bien propende a la procreación responsable.

9. RECOMENDACIONES

Que, el derecho es una ciencia que se encuentra en constante evolución, cambio y perfeccionamiento; es por este motivo que el ordenamiento jurídico puede ajustarse o modificarse a las nuevas situaciones jurídicas, a las que la Asamblea tiene responsabilidad de legislar.

Que, es responsabilidad del desarrollo tecnológico y médico, intuir en los estudiantes la enseñanza de esta nueva tecnología que pronto puede ser una especialidad para los futuros galenos que serán quienes solucionen el problema de la infertilidad de muchos matrimonios.

Que, el Gobierno ecuatoriano y demás autoridades se incremente la especialidad de ciencia biológica en las nuevas universidades que está construyendo que muy pronto entraran a funcionar en la cual se debe aprovechar para tecnificar a los médicos en este tipo de procreación en forma genética.

Que, es hora, que los Colegios de Médicos elaboren alguna ley y la sometan a discusión de la Asamblea Nacional, con la finalidad que se

practique la maternidad subrogada en el país, poniendo especial atención en la gratuidad y parcialidad cuando se elaboren los contratos, con la finalidad que exista la legalidad del contrato.

Que, esta clase de actividades, deben estar limitadas, por la legislación correspondiente de la materia con la finalidad de evitar el mal uso de esta práctica de la ciencia biológica.

Que, la escuela de medicina del país deben ampliar su pensum de estudios de tal forma que se establezca una nueva especialidad como lo es la biología específicamente los relacionado a la inseminación artificial o in vitro, con la finalidad de obtener profesionales que solucionen el problema de la infertilidad.

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

QUE, Es deber de la Función Legislativa adecuar el marco legal ecuatoriano a las actuales circunstancias que vive la sociedad ecuatoriana.

QUE, La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 67, Reconoce a la familia en sus diversos tipos como el 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, la Constitución de la República del Ecuador en el Art.69, numeral 1.-establece que; se promoverá los derechos la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, de desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 129, numeral seis, expide la siguiente.

LEY REFORMATORIA AL CODIGO CIVIL

Art.1.- En el Código Civil, dentro de la clasificación de los contratos añádase uno de subrogación gestacional que diga lo siguiente:

a) "las parejas heterosexuales como del mismo sexo, que deseen formar una familia utilizando los servicios de subrogación gestacional, arrendamiento de vientre-por medio del cual los futuros padres adquieren la custodia absoluta y los derechos parentales a partir del nacimiento del bebe.

b) Por el contrato de subrogación gestacional las partes contratantes quedan impedidos de realizar cualquier tipo de reclamo de derechos parentales.

c) Requisitos de elegibilidad; a) Para la madre portadora: 1- Debe tener por los menos 21 años de edad. 2- Debe haber dado a luz a por lo menos un bebe. 3- Debe haber completado evaluaciones médicas y psicológicas. 4- Debe haber hecho una consulta legal con un abogado independiente con respecto a los términos y consecuencias del acuerdo de Subrogación gestacional; y 5- Debe haber obtenido un seguro médico con una póliza que cubra problemas médicos mayores y hospitalizaciones, y que se extienda por el termino del embarazo y 8 semanas subsiguientes al nacimiento del bebe (esta póliza puede ser adquirida por los futuros padres si así se decide en el contrato)Si la

madre portadora es casada, su marido también debe haber prestado su consentimiento a los términos del acuerdo de Subrogación Gestacional, cumplir con los requisitos y desistir de la custodia del bebe) Requisitos para los futuros padres:1- Deben tener una necesidad médica para la Subrogación Gestacional, determinada y certificada por un médico con licencia para la práctica en el estado de Illinois.2- Por lo menos uno de los padres debe ser aportante del material genético (uno de ellos debe proporcionar los óvulos o los espermatozoides) para los embriones transferidos a la portadora gestacional. 3- Deben pasar una evaluación psicológica; 4- Deben hacer una consulta legal con un abogado independiente con respecto a los términos y consecuencias del acuerdo de subrogación gestacional.

Art. 2, la presente Ley Reformatoria al Código Civil, entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, a los... días del mes de....., del 2014.

f).....

Presidente

f).....

Secretario

10. BIBLIOGRAFÍA

ARAYA, HILDARA.-MATERNIDAD SIBROGADA.-PUBLICACIÓN DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL PARA LA EDUCACIÓN PRENATAL.-TEXAS.-ESTADOS UNIDOS.-2002.

CÓDIGO CIVIL URUGUAYO VIGENTE

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.-EDICIONES JURIDICAS “EL FORUM”.-QUITO ECUADOR.-2010.-ART. 67

CHOMALI, FERNANDO.- EL ESTATUTO DEL EMBRIÓN HUMANO.- EDITADO POR EL INSTITUTO DE BIOÉTICA DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES. ARGENTINA.- 2005

DELGADO ANA.-LA MATERNIDAD SUBROGADA.-EDITORIA.- UNIVERSIDAD DE AUTÓNOMA DE MÉXICO.-2004

DONADIO MAGGI DE GANDOLFI, M.- FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA ÉTICA BIOMÉDICA. INSTITUTO DE ÉTICA BIOMÉDICA DE LA FACULTADA DE MEDICINA DE LA UCA SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES. -2007.

FARAONI, A.- LA MATERNIDAD SURROGADA.- MILANO.-ITALIA.-
2002.

FERGUSON, SA.- LOS CONTRATOS DE SUBROGACIÓN.- VOL. 4.-
PUBLICADO POR LA UNIVERSIDAD DUQUESNE.- ESTADOS
UNIDOS.- 1995.

FULDA, ISABEL.-GESTACIÓN SUBROGADA.-EDITADA EN MÉXICO-
2014.

GALLEE, CL.-CONTRATOS DE SUBROGACIÓN DE MADRE.-
PUBLICACIÓN DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SALUD,
AMERICAN.- VOL. 6, 1992.

ILGESIAS, DANIEL.-LOS CONTRATOS DE VIENTRE DE
ALQUILER, MATERNIDAD SUBROGADA.-EDICIÓN REVISTA FE Y
PAZ.-ESPAÑA.-2005.

LEY DE SUBROGACIÓN GESTACIONAL DEL ESTADO ILLINOIS
DE LOS ESTADOS UNIDOS

NAVARRO, MARÍA-VIENTRES DE ALQUILER, MAGTERNIDAD
SUBROGADA.-FOLLETO DE LA LEGISLACIÓN POPULAR
MADRILEÑA.-ESPAÑA.-2014

OSSORIO, MANUEL.-DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES.-36AVA. EDICIÓN.-EDITORIAL HELIESTA.-BUENOS AIRES ARGENTINA.-2006

LÓPEZ M, NATALIA.-LOS QUINCE PRIMEROS DÍAS DE UNA VIDA HUMANA.- EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S.A.- SEGUNDA EDICIÓN.-NAVARRA.-ESPAÑA.- 2006.

PASSO, ELENA.- EL EMBRIÓN HUMANO UN FIN EN SÍ MISMO.- EDITORIAL DUNKEN.-MÉXICO 2010. PÁG.31

RICHARD, M, MARÍA P.-MATERNIDAD SUBROGADA.-ESPAÑA.- 2011

SACOTO, MERLYN S. DERECHO Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA. EDITADO POR LA EVOLUCIÓN MÉDICA Y SUS PERSPECTIVAS LEGALES EN EL ECUADOR. QUITO: (2006).

SACOTO MALLMA.- ALQUILER DE VIENTRE Y SUS PROBLEMAS DE FILIACIÓN.- EDITORA JURÍDICA CEVALLOS.-. 2008.

VIDAL M, JAIME.- LAS NUEVAS FORMAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.-EDITORIAL. CIVITAS, MADRID.-ESPAÑA.- 1988.-

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Con la finalidad de sustentar el trabajo de investigación de la tesis intitulada **“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EL CONTRATO DE ALQUILER DEL VIENTRE, COMO UNA OPCIÓN PARA MATRIMONIOS O PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD”**; para lo cual solicito muy comedidamente se digne colaborar contestando las preguntas de la siguiente **ENCUESTA**, por lo que le antelo mis debidos agradecimientos de consideración y estima.

Primera Pregunta

¿Considera usted, que el actual Código Civil, no contiene en su normativa el contrato de alquiler del vientre como una solución a los matrimonios o parejas con problemas de infertilidad?

SI () NO ()

Segunda Pregunta

¿Cree usted, que es necesario incorporar en el Código Civil, la modalidad del contrato especial de alquiler del vientre de mujeres sustitutas o de embarazo subrogado?

SI () NO ()

Tercera Pregunta

¿Considera usted que el Código Civil ecuatoriano, en lo relacionado a la contratación, adolece de insuficiencia jurídica al no considerar en su normatividad, la modalidad especial del contrato de alquiler del vientre para la fertilización in vitro?

SI () NO ()

Cuarta Pregunta

¿Considera usted, que esta modalidad de contratación especial de maternidad subrogada de servicios, solucionará y garantizará los problemas de los matrimonios o parejas infértiles?

SI () NO ()

Quinta Pregunta

Cree usted que, es necesario reformar el Código Civil Ecuatoriano, incorporando en su normatividad la modalidad especial del contrato prestación de servicios de madres sustitutas con la finalidad que las personas que sufren de infertilidad puedan sr padres?

SI

()

NO

()



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Con la finalidad de sustentar el trabajo de investigación de la tesis intitulada **“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO EL CONTRATO DE ALQUILER DEL VIENTRE, COMO UNA OPCIÓN PARA MATRIMONIOS O PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD”**; para lo cual solicito muy comedidamente se digne colaborar contestando las preguntas de la siguiente **ENTREVISTA**, por lo que le antelo mis debidos agradecimientos de consideración y estima.

Primera Pregunta

¿Considera usted, que el actual Código Civil, no regula en forma adecuada el contrato de alquiler del vientre en favor de los matrimonios que pueden tener familia?

.....
.....
.....

Segunda Pregunta

¿Considera usted que el Código Civil Ecuatoriano, en lo relacionado a la contratación, adolece de insuficiencia jurídica al no considerar en su normatividad, la modalidad especial del contrato de alquiler del vientre como servicio para las parejas que sufren de infertilidad?

.....
.....
.....

Tercera Pregunta

¿Cree usted, que es necesario incorporar en el Código Civil Ecuatoriano, el contrato especial gestación subrogada en beneficio de las mujeres que sufren de infertilidad?

.....
.....
.....

Cuarta Pregunta

Cree usted que, es necesario reformar el Código Civil Ecuatoriano, incorporando en su normativa la modalidad del contrato de madres sustitutas?

.....
.....
.....

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
AGRADECIMIENTO	VI
DEDICATORIA	VII
TABLA DE CONTENIDOS	VIII
1. TITULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. Abstract	5
3. INTRODUCCIÓN	7
4. REVISIÓN DE LITERATURA	10
4.1. Marco Conceptual	11
4.1.1. Vientre de Alquiler	11
4.1.2. Maternidad Subrogada	15
4.1.3. Gestación Subrogada	18
4.1.4. Matrimonio.	21
4.2. Marco Doctrinario	22
4.2.1. Origen de la Maternidad Subrogada	23
4.2.2. Origen y Evolución del Contrato del Vientre de alquiler	30
4.3. Marco Jurídico	37
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador	37

4.3.2. Código Civil	38
4.4. Legislación Comparada	40
4.4.1. El Contrato de Alquiler de Vientre en la Legislación de Illinois	40
4.4.2. El Contrato de Alquiler de Vientre en la Legislación de Uruguay	45
5. MATERIALES Y MÉTODOS	50
5.1. Materiales Utilizados	50
5.2. Métodos	50
5.3. Procedimientos	51
5.4. Técnicas	53
6. RESULTADOS	55
6.1. Resultado de la Aplicación de las Encuestas	55
6.2. Resultado de la Aplicación de las Entrevistas	65
7. DISCUSIÓN	73
7.1. Verificación de Objetivos	73
7.2. Contrastación de Hipótesis	76
7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta Jurídica	77
8. CONCLUSIONES	84
9. RECOMENDACIONES	86
9.1. Propuesta de Reforma Jurídica	88
10. BIBLIOGRAFÍA	91
11. ANEXOS	94
12. ÍNDICE	99