



## **ESCUELA DE JURISPRUDENCIA**

**Tema:**

**DERECHOS DE LA MUJER GESTANTE POR MATERNIDAD SUBROGADA  
EN RELACIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN ECUADOR**

**Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada**

**Línea de Investigación:**

**FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO Y SUS APLICACIONES**

**Autora:**

Joselyn Jovita Guevara López

**Director:**

Abg. Mg. Mayra Cristina Mena Mena

**Ambato – Ecuador**

**Julio 2022**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR SEDE AMBATO**  
**HOJA DE APROBACIÓN**

**Tema:**

DERECHOS DE LA MUJER GESTANTE POR MATERNIDAD SUBROGADA  
EN RELACION A LA SEGURIDAD JURIDICA EN ECUADOR

**Línea de Investigación:**

Fundamentos y Principios del Derecho y sus aplicaciones

**Autora:**

Joselyn Jovita Guevara López

Mayra Cristina Mena Mena, Ab. Mg.

**CALIFICADOR**

f. 

Andrea Marlene Altamirano Zavala, Ab. Mg.

**CALIFICADOR**

f. 

Edgar Washington Fiallos Paredes, Ab. Mg.

**CALIFICADOR**

f. 

Edgar Santiago Morales Morales, Ab. Mg.

**DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA**

f. 

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.

**SECRETARIO GENERAL PUCESA**

f. 



**Ambato – Ecuador**

**Julio – 2022**

## DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo: Joselyn Jovita Guevara López, con CC: 060417761-8, autora del trabajo de graduación intitulado: “DERECHOS DE LA MUJER GESTANTE POR MATERNIDAD SUBROGADA EN RELACION A LA SEGURIDAD JURIDICA EN ECUADOR”, previa a la obtención del título profesional de Abogada, en la escuela de Jurisprudencia.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad

Ambato, 2022



**JOSELYN JOVITA GUEVARA LOPEZ**

**CC. 060417761-8**

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios y a mi Virgen María Auxiliadora por darme salud, vida y ser mi guía a lo largo de mi vida.

A mi hermana Sofia Guevara, por ser mi ejemplo de constancia y esfuerzo académico, gracias por creer en mi hasta más que yo mismo, por siempre alentarme a seguir adelante, y cumplir mis metas y sueños.

A mi hermano Enrique Guevara, por ser mi compañía y alegría de mi vida.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato por llenarme de conocimientos y formarme como profesional.

A mis docentes de la carrera de Derecho, por ser parte fundamental en este proceso de aprendizaje.

Y un especial agradecimiento a mi Docente Tutora, Mg. Mayra Cristina Mena Mena, por su paciencia y apoyo incondicional en la realización de este proyecto final y a lo largo de mi carrera universitaria. Gracias por ser con sus alumnos a más de una docente un excelente ser humano.

## DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación dedico a los tres hombres de mi vida:

El hombre que me dio la vida. Mi Padre, Enrique M. Guevara. V.

Mi maestro, mi primer amor y ahora mi ángel que desde el cielo me cuida, celebra mis triunfos y guía cada uno de mis pasos. Lo cumplí papá. Te amo hasta que mi corazón deje de latir.

El hombre a quien yo di vida. Mi Hijo, Joaquín Valle.

Mi motor, mi vida y mi impulso diario. El tiempo es el mejor juez y entenderás que el tiempo que he sacrificado al no estar a tu lado ha tenido su recompensa y que todo esfuerzo es por y para ti. Te ama para siempre, mamá.

El hombre de mi vida. Mi Esposo. Andrés Valle.

Mi compañero de vida, de aventuras, de triunfos y derrotas. Gracias por ser mi apoyo incondicional, por nunca soltarme la mano, prometo ser para ti lo mismo y más. Te amo hasta que la muerte nos separe.

Así mismo dedico el presente trabajo a mi madre. Margarita López.

Mi mejor amiga, consejera y confidente. Mi ángel terrenal. Gracias por aspirar para tus hijos más de lo que la vida te brindo a ti. Eres la muestra del amor más puro que existe, porque solo anhelas triunfos y felicidad a tus hijos. Te amo con toda mi vida mamita. Solo le pido a Dios que nunca me faltes.

## RESUMEN

La presente investigación, se desarrollará en el contexto de los derechos que poseen las mujeres, los mismos que pueden llegar a ser vulnerados al ser parte de un procedimiento de maternidad subrogada en el Ecuador, esto es una problemática social latente que requiere una regulación jurídica urgente. Es por lo cual como objetivo general se plantea evaluar los derechos de las mujeres que pueden llegar a ser vulnerados por causa de la maternidad subrogada en el Ecuador, y como tareas investigativas se ha planteado los siguientes: Fundamentación teórica y jurídica de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador, diagnóstico de la situación de los derechos de las mujeres gestantes con relación al derecho de la seguridad jurídica en el Ecuador, determinación de criterios jurídicos los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador. La importancia de la investigación para el campo del derecho, se fundamenta en que, el Estado a través de su normativa es el ente encargado de la regulación de los problemas sociales que surjan en su población; este tema al ser nuevo, requiere un marco jurídico claro al respecto de la situación de los derechos de las mujeres, que se encontrarían en juego al ser parte de esta alternativa de reproducción; esto, apuntala el principio universal de seguridad jurídica, que implica la certeza a la que tiene derecho todo individuo.

**Palabras claves:** derechos, mujer gestante, maternidad subrogada, genética y seguridad jurídica.

## ABSTRACT

The following research investigates the infringements of women's rights with surrogate pregnancies in Ecuador. The procedure's violation on women's rights is a socially suppressed issue that requires immediate legal oversight. This is why, as a general objective, is proposed an evaluation of the women's rights that are at risk due to a surrogate pregnancy in Ecuador, and assign the following investigative activities: Theoretical foundation and legal rights of women with a surrogate pregnancy and its relationship to the rights to legal certainty in Ecuador, diagnostic of the rights of women with a surrogate pregnancy and its relationship to the rights to legal certainty in Ecuador, and the determination of the legal criteria for women with a surrogate pregnancy and its relationship to the rights to legal certainty in Ecuador. The significance for this research of law is based on the fact that the State through its regulations of social issues, is the entity responsible for the social issues that arise; this topic, though the topic is new, it requires a clear legal framework with respect to the women's rights who would be at stake on being part on this alternative pregnancy. This supports the universal principle of legal certainty, which implies the protection to which every individual is entitled to

**Keywords:** rights of pregnant women, surrogate pregnancy, genetics and legal certainty.

## ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
DEDICATORIA .....	v
RESUMEN .....	vi
ABSTRACT .....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I. ESTADO DEL ARTE Y PRÁCTICA.....	6
1.1. Los derechos de la mujer gestante .....	6
1.1.1. Normativa específica de derechos de protección a la mujer gestante .....	8
1.1.2. Normativa nacional .....	9
1.1.3. Normativa internacional .....	12
1.4. Maternidad Subrogada en el Ecuador.....	17
1.5. Antecedentes y origen .....	18
1.6. El derecho a la seguridad jurídica .....	20
1.6.1. Definición y Alcance.....	21
1.7. Normativa ecuatoriana.....	22
1.8. Aspectos bioéticos de la maternidad subrogada .....	23
CAPITULO II. DISEÑO METODOLOGICO .....	25
2.1. Metodología de investigación.....	25
2.2. Tácticas e instrumentos de recolección de la información .....	26
2.3. Población y muestreo.....	27
2.4. Propuesta de la investigación .....	29
CAPITULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	33
CONCLUSIONES.....	46
RECOMENDACIONES.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	49
ANEXOS .....	52

## INTRODUCCIÓN

Derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación a la seguridad jurídica en Ecuador es el tema propuesto para la presente investigación. En los últimos años han realizado varias investigaciones al respecto a la maternidad subrogada que tratan aspectos como: los argumentos en contra y a favor no solo a nivel mundial, sino, también latinoamericano. En el estudio realizado por Aco (2019), sobre Regulación de la Maternidad Subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019, se verificó si en dichos países se aceptaba la maternidad subrogada o la prohibían o si no tenía regulación alguna acerca de la subrogación por lo cual, se procedió a hacer un cuadro comparativo señalan los países que permitían la subrogación y los que la prohibían, luego se realizó unas tablas las cuales indicaban la cantidad de países que admitían la subrogación, una segunda tabla que indicaba la cantidad de países que no la prohibían y una tercer tabla donde indicaba la cantidad de países que no tenían regulación alguna acerca de la Maternidad Subrogada.

Cabe señalar que la conexión que surge con esta investigación es en relación con la búsqueda de una regulación normativa para la maternidad subrogada en el Ecuador, por otra parte, en España investigadores como García (2019) sobre la maternidad subrogada encontró que la maternidad subrogada en España se encuentra en evolución con la aprobación de la ley LTHR incluso brinda acceso al derecho a la paternidad.

En Colombia autores como Berta (2018), sobre La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente, encontró que el tema de maternidad subrogada han llevado a concluir que los derechos y las obligaciones que tienen las madres gestantes son verificar el consentimiento informado respecto a los riesgos médicos de la futura práctica, así como establecer una limitación en cuanto al número de veces que puede prestar su cuerpo para el procedimiento, haber tenido embarazos previos, tener idoneidad psico-física y una edad que no implique un embarazo de alto riesgo. Esta investigación aporta de gran manera a este trabajo de

titulación debido a que realiza un análisis de los derechos de las mujeres gestante y la normativa internacional que las ampara. Esta investigación permitirá realizar un análisis jurídico de la normativa internacional y realizar un cuadro comparativo entre las mismas.

En México García (2015) establece que no existe una ley que regule óptimamente a la maternidad subrogada en Estados como Sinaloa es permitida la práctica con la suscripción de un contrato entre las partes. La filiación puede darse mediante su legal inscripción en el registro civil, el investigador considera la importancia de una regulación de múltiples efectos que genera esta práctica de reproducción asistida en todo el país.

En Ecuador, se han realizado varias investigaciones sobre la maternidad subrogada Viteri (2019) sobre Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador, se encontró que La carencia de legislación en la materia en el Ecuador conlleva, que se desarrollen estas prácticas al arbitrio de quienes pretenden hacer uso de estas técnicas. Así, en este espacio del no derecho, los derechos de las personas intervinientes se colocan en un limbo que genera no pocas inconsistencias en el desarrollo de estos acuerdos, y cuyas consecuencias no son previsibles en su totalidad, esto acompañado del desarrollo de clandestinidad y reserva extrema sobre la práctica. Es así como investigación refleja la problemática latente en Ecuador sobre la falta de legislación interna que regula esta práctica, cuya consecuencia es clandestinidad. La conexión, que se encuentra con la investigación planteada es el análisis jurídico sobre los derechos de juego con relación a la maternidad subrogada.

De igual modo Barahona y Guerra (2020) en un trabajo sobre la Maternidad subrogada indican que en Ecuador la misma Carta Magna es el instrumento que ha permitido romper los anticuados paradigmas sobre la maternidad, puesto que se garantiza la libertad reproductiva libre de sesgos morales, religiosos, o de roles de género; así como el aprovechamiento de la ciencia médica en favor de la familia y derecho a la reproducción. ("FIPCAEC") Por lo tanto, guarda relación con el tema propuesto porque

se evidencia la problemática que surge por la falta de legislación que regule y garantice los derechos de las mujeres gestantes y de todos los involucrados en esta práctica.

Por otra parte Olivares y Cárcamo (2016) en un trabajo sobre la Maternidad Subrogada indican que en el Ecuador La falta de regulación de la Subrogación Gestacional, aplicable a través de la Técnica de Fecundación In Vitro, en el sistema jurídico y centros de infertilidad y esterilidad del Ecuador, que determine la licitud de estas prácticas en nuestra legislación, constituye un serio problema en el Ecuador, porque como es desconocimiento, el derecho se adecuará la realidad social y avances científicos que van presentándose. Por lo tanto, se relaciona con la temática propuesta debido a, que se vulnera el derecho a la seguridad jurídica reconocido en la Constitución de la República del Ecuador al no existir un norma previa, clara y aplicable por autoridades competentes.

La situación problemática encontrada para la elaboración del proyecto se destaca en que La maternidad subrogada no es una práctica nueva en el Ecuador, así lo determina el Ministerio de Salud Pública, en dicho informe como parte de sus recomendaciones determina que es urgente que el Ecuador promulgue una ley a favor de la maternidad subrogada, dicha normativa contendría las técnicas y los procedimientos adecuados para que esta técnica sea llevada a favor de las mujeres, que se encuentren involucradas en este método de reproducción asistida, al no existir dentro del ordenamiento jurídico una regulación en cuanto a la maternidad subrogada se vulneran los derechos de las mujeres. La nula atención que el Estado y sus autoridades proporcionan a la temática afecta diariamente a las mujeres quienes no se encuentran protegidas por la ley, vulnerado así su derecho a la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es un derecho fundamental reconocido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, que se caracteriza por la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. Se evidencia entonces que el derecho a la seguridad jurídica se vulnera a las mujeres dentro de un proceso de maternidad subrogada. Definición del problema: En la

presente investigación se pretende evaluar la normativa ecuatoriana con respecto a los derechos de las mujeres que son parte de un procedimiento de maternidad subrogada en relación a la seguridad jurídica.

El objetivo general es evaluar los derechos de las mujeres que pueden llegar a ser vulnerados por causa de la maternidad subrogada en el Ecuador. Para ello se presentan las siguientes tareas:

1. Fundamentación teórica y jurídica de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador.
2. Diagnóstico de la situación de los derechos de las mujeres gestantes con relación al derecho de la seguridad jurídica en el Ecuador.
3. Determinación de criterios jurídicos los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador.

Con lo antes mencionado es de vital importancia para la ejecución del presente estudio la aplicación de una metodología descriptiva, la que consta en responder las tareas antes propuestas, para ello es importante realizar un análisis de normativa nacional e internacional, con un abordaje comparativo, al igual que un estudio bibliográfico debido al uso doctrinario y jurídico. Lo dicho como método teórico, el método práctico es empleado a partir de la técnica de entrevistas como el instrumento necesario, se aplicará a cinco expertos en la materia Derecho de Familia, Bioética y Derecho, y Derecho Constitucional.

La importancia del presente estudio radica en lo novedoso que resulta el tema de maternidad subrogada en el Ecuador, entendiéndose a partir del enfoque garantistas de derechos que poseen las mujeres, los mismos que pueden llegar a ser vulnerados

al ser parte de un procedimiento de maternidad subrogada en el Ecuador, esto es una problemática social latente que requiere una regulación jurídica urgente.

## CAPITULO I. ESTADO DEL ARTE Y PRÁCTICA

### 1.1. Los derechos de la mujer gestante

Los derechos de la mujer gestante caben indicar que, están vinculados con la protección a su salud, es decir al momento de la firma del contrato las partes se obligan para entregar a la mujer todas las facilidades, cancelar los chequeos médicos y los gastos correspondientes al nacimiento del niño. Asimismo, mismo tiene el derecho de recibir el monto fijado por esta labor que realiza. La Constitución de la República del Ecuador (2008) indica que:

El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. (“Salud laboral en mujeres embarazadas y en periodo ... - ASPREC”) La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia Art. 43

Si bien es cierto, los derechos a la mujer embarazada son más laborales de acuerdo con la Constitución y la normativa infra constitucional, no deja de lado el sentido de la protección a la salud. La Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia (2014) indica que:

Toda mujer tiene derecho a la atención de salud gratuita y de calidad durante su embarazo, parto y posparto, así como al acceso a programas de salud sexual y reproductiva. De igual manera se otorgará sin costo la atención de salud a los recién nacidos-nacidas y niños-niñas menores de cinco años, como una acción de salud pública, responsabilidad del Estado.

Todos esos derechos mencionados hasta el momento son respecto a la mujer embarazada, mas no dirigida a la mujer gestante en caso de maternidad subrogada. El término de cuidado es mencionado en la Constitución a partir del artículo 35 sobre los grupos de atención prioritaria, los cuales la mujer embarazada es miembro. “El derecho al cuidado, como cualquier otro derecho reconocido constitucionalmente,

tiene tres elementos: i) el o la titular; ii) el contenido y alcance del derecho y iii) el sujeto obligado” (Sentencia N° 3-19-JP / 20, 2020, Corte Constitucional) Por lo tanto, todas las personas sin importar su sexo son titulares del derecho al cuidado, bajo el Estado, el es el obligado a reconocer y garantizar este derecho. La Corte Constitucional (2020) indica:

Un derecho reconocido, como en el presente caso el derecho al cuidado, permite a una persona o grupo de personas hacer o no hacer algo, y reclamar a terceros (funcionarios públicos o particulares) que hagan o no hagan algo. El o la titular, en base a un derecho reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o derivado de la dignidad, puede tener una expectativa positiva (acción) y negativa (omisión) por parte de un sujeto que tiene obligaciones correlativas al derecho (Sentencia N °3- 19-JP/20, 2020).

Con ello se evidencian los derechos de la madre gestante, al trabajo, a la no discriminación, a la salud; al haber firmado un contrato cabe mencionar que ambas partes poseen derechos y obligaciones para así. Martínez y Rodríguez (2012) indican que:

Para el caso de la madre subrogada, estas consistirán en: 1) permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico, 2) llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento de bebé, y 3) renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa (2012).

Las obligaciones de los padres biológicos y legales conforme al contrato suscrito por las partes se comprometen a pagar todos los gastos médicos de la madre gestante, además, adquirir los derechos de custodia, tenencia, patria potestad del niño. Finalmente, la entrega del dinero acordado con la madre. Ahora bien, otros derechos son inmersos a la maternidad subrogada, la madre gestante tiene derecho a la integridad física y psíquica. Castaño (2020) indica que:

El derecho a la integridad física es un derecho fundamental y su característica principal es cuidar y preservar físicamente la integridad del ser humano para evitar ser objeto de lecciones, torturas y demás. Básicamente la integridad en este contexto se entiende como estar bien, completo, con salud y sin daños (p.33).

La madre gestante en ese sentido es titular de este derecho, la integridad se relaciona con el cuidado, salud, al igual que no estar sometido a torturas ni tratos crueles inhumanos o degradantes, el derecho a la integridad está protegido y reconocido por la norma ecuatoriana mediante la Constitución de la República del Ecuador, al igual que por tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

Además, del mencionado derecho la madre gestante es titular del derecho a la intimidad de su información personal, y porque no decir que ella es capaz de accionar la garantía jurisdiccional de habeas data. El derecho a la intimidad está garantizado por la norma suprema en el artículo 66 numeral 19 y 20. Aránzazu (2018) indica que:

La protección de datos de carácter personal y habeas data aluden a la información de tipo personal que comprende todo aquello que una persona no quiere que los demás conozcan de ella y la capacidad que la persona tiene para disponer y decidir sobre estos datos (p.12).

Por consiguiente, un derecho relacionado a la mujer gestante es el derecho a la autonomía, este quiere decir que ella elige libremente someterse a este método de reproducción asistida para beneficiar a terceras personas. La Constitución de la República del Ecuador (2008)

“El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras” Art 66 núm. 9.

### **1.1.1. Normativa específica de derechos de protección a la mujer gestante**

Referente a la temática propuesta por la investigación en el Ecuador no existe una norma que regule la maternidad subrogada, y no existe investigación, aunque la práctica de maternidad subrogada es realizada en el país “la legislación nacional carece de normas en la materia, hecho que dificulta la investigación en el tema” (Viteri, 2019, p. 123).

El hecho de no regular la maternidad subrogada e ignorarla por completo de la agenda política y legislativa de los gobiernos de turno vulnera derechos; en principal a la seguridad jurídica, no existe una norma pública, previa sobre esta realidad social, cuya regulación es urgente. Derechos a la libre autonomía y decisión a la vida reproductiva de cada ciudadano, además de decidir sobre cuántos hijos pueden tener.

En el año 2016, se trató de entregar un proyecto de ley a la Asamblea Nacional denominada Ley Orgánica para la regulación del uso de técnicas de reproducción humana asistida, proyecto enfocado a la regulación de estas, sin embargo, fue ignorada por el pleno. Esto trae como consecuencia la existencia de centro dedicadas a la fertilidad por métodos de reproducción asistida clandestino que no cuentan con los debidos permisos para su funcionamiento.

### **1.1.2. Normativa nacional**

El Ecuador por medio de la Constitución protegió a la mujer embarazada al considerarla miembro del grupo de atención prioritaria, a la luz del artículo 35 del texto constitucional. Es así como desarrolla el contexto de protección a partir del artículo 43 de la misma norma legal, dicho articulado menciona que la mujer embarazada tiene derecho a no ser discriminada en ningún campo sea este laboral, educativo y social.

Además, el numeral segundo encuentra pertinente reconocer el derecho a brindar servicio de salud gratuitos referentes a la salud de la mujer, a continuación, el inciso tercero de la misma disposición legal la mujer embarazada tiene el derecho a la protección prioritaria sobre todo al cuidado materno durante el embarazo y post parto. El último inciso manifiesta que el estado dispondrá las facilidades para la recuperación de la mujer después del parto, incluso durante la lactancia. López (2021) afirma que:

Las mujeres embarazadas en razón del ordenamiento jurídico ajustado al principio de supremacía constitucional y por ende a un estado constitucionalista, las ha revestido de derechos y mecanismos para accionarlos, haciendo hincapié en el marco laboral con medidas que aseguren su bienestar y la del menor, así

como la recuperación física de la madre sin ser desvinculada de su trabajo (p.655).

Cierto es que, el Estado ecuatoriano a partir de la Constitución de Montecristi fue declarado como Estado de derechos y justicia social; lo cual quiere decir que en todo ámbito el respeto de los derechos fundamentales es fundamental, este es el nuevo enfoque del estado, velar siempre los derechos humanos. Lo dicho guarda relación con la histórica discriminación generada hacia la mujer, el Estado optó por una opción a fin de evitar que continúe la situación, a razón de eso facilita el acceso a la mujer en el área laboral, y prevé que no se cometa su discriminación por el simple hecho de serlo.

Cabe señalar, que la intención de la Constitución al crear los derechos a la mujer embarazada se enfatizó en el área laboral, en vista de eso el Código de Trabajo amplía este desarrolla, cuyo texto reza. Código de Trabajo (2005) establece que:

Toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales. La ausencia al trabajo se justificará mediante la presentación de un certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de éste, por otro profesional; certificado en el que se debe constar la fecha probable del parto o la fecha en que tal hecho se ha producido Art. 152.

De igual manera, el artículo en mención establece el derecho a la licencia para el padre incluso una extensión de ella cuando el nacimiento haya sido prematuro, y, en su caso que el niño haya nacido con una enfermedad. El Código, también prevé casos de la muerte de la madre en el parto o durante el postparto, al suceder aquello el padre hará uso de la licencia materna por el tiempo establecido en la ley. Además, hay que puntualizar que la mujer tiene el derecho a la permanencia en su trabajo bajo el artículo 153 establece que:

“No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas

que fija el artículo anterior” (Código de Trabajo, 2005, art.153,p.46,).

Lo dicho en concordancia con el artículo 331 de la Constitución de la República del Ecuador, menciona que el Estado garantiza la igualdad en el acceso de empleo a las mujeres, además a la formación y promoción laboral; un derecho que el mismo artículo establece es la remuneración equitativa entre hombres y mujeres, este derecho aún es un factor de lucha del movimiento feminista, incluso en países desarrollados del primer mundo no se logra por completo este derecho, en donde las mujeres reciben un salario menor que sus compañeros hombres.

El artículo 331 de la Constitución en el último inciso expresa, que se prohíbe cualquier tipo de discriminación dirigida a la mujer indirecta o directamente relacionados al ámbito laboral. Sobretudo existe mayor protección a la mujer en estado de gestación el Código de Trabajo, norma infra constitucional así lo indica, la normativa busca la estabilidad laboral de la mujer gestante.

De esta forma, se prohíbe el despido de la mujer en estado de gestación y también se imposibilita el desahucio siempre y cuando el embarazo específicamente sea el motivo por el cual surge este despido; por lo que, se prevé según el caso contemplado en líneas anteriores, una indemnización equivalente a un año de la remuneración que la trabajadora venía percibiendo (López, 2021, p.666).

En caso de vulneración de este derecho, la acción para imponer sería el despido ineficaz, López (2021) señala que “que pretende que la relación laboral no sea considerada como interrumpida”. De esta manera queda plasmada la protección jurídica englobado a los derechos de la mujer gestante en el Ecuador, sin embargo, el Estado al haber ratificado varios tratados internacionales de derechos humanos es importante resumir en breve cuales son y que tipo de derechos amplían dentro de estos.

### 1.1.3. Normativa internacional

En ese sentido la normativa internacional por medio de los tratados y convenios internacionales sobre la protección a la mujer y en especial atención a la mujer embarazada ratificados por el estado ecuatoriano, tomados en cuenta para la presente investigación son: La Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Declaración y Plataforma de Acción

La Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) "Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil" Art 11, núm. 2, lit b. De esta forma, el tratado internacional establece los derechos que tienen las mujeres, este artículo hace mención del derecho a la mujer embarazada. El literal d del mismo tratado internacional expresa la especial protección que el Estado parte cubrirá en el embarazo en los tipos de trabajo que puedan ser perjudiciales para ella por su estado de gestión. El Convenio de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) indica que:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia. Art 12, lit b.

Lo dicho se relaciona con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en cuanto al artículo 6 que manifiesta el derecho a la protección a la vida de los niños, los estados parte están obligados de garantizar este derecho; de igual manera la Convención indica, que se garantiza la supervivencia y el desarrollo del niño. Todo este conjunto de derechos vinculado con la protección de la familia, como aquel núcleo de la sociedad.

Ahora bien, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing fue creada con el objeto de empoderar a las mujeres, se promulgó en el año de 1995, marcó la hoja de ruta a nivel internacional. Con respecto a la temática que ahonda a la presente investigación el objetivo estratégico C1 sobre la obligación estatal de fomentar el acceso de la mujer durante toda su vida a la salud, información, estos de buena calidad y costo accesible. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995) indica que:

Formular políticas especiales, preparar programas y promulgar las leyes necesarias para reducir y eliminar los riesgos para la salud relacionados con el medio ambiente y con el trabajo de la mujer en el hogar, en el lugar de trabajo y en cualquier otra parte, prestando atención a las mujeres embarazadas y lactantes (p.74).

A su vez, el mismo tratado internacional contempla en la medida N<sup>o</sup> 165 la dedicación a promover la independencia de la mujer, acceso al trabajo, un trabajo adecuado. El literal c respectivamente señala que los estados miembros adoptarán todas las medidas que fueren necesarias para respetar la función reproductiva de la mujer. Además, ordena la eliminación de cualquier tipo de discriminación de la mujer en el campo laboral por parte de los empleadores, tales como no contratar o despedir a las mujeres embarazada o a aquellas, que se encuentran en periodo de lactancia.

De igual manera, la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, tratado internacional emitido por la OIT que protege los derechos de la mujer gestante. La declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975) establece que:

No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encintas estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos Art. 8

El instrumento internacional desarrolla ampliamente los derechos en torno al trabajo para las mujeres, hace énfasis en manifestar que las mujeres tienen el derecho a la

igualdad de remuneración, y por supuesto que los estados parte garantizarán los derechos en ella descritos. Con el mismo orden de ideas, el artículo 8 numeral 3 del tratado internacional citado indica que la maternidad es una función social, es por eso por lo que la normativa brinda la protección; la disposición legal protege a todas las mujeres trabajadoras, recomienda a los estados parte que todos los gastos referentes a la maternidad sean cubiertos por la seguridad social.

Es necesario mencionar al Convenio sobre la protección de la maternidad del 2000, es el tratado internacional más reciente el cual acoge a los tratados internacionales antes descritos, en virtud de eso dedicado a toda mujer, el Convenio es aplicado a las mujeres trabajadoras sin importar el tipo de trabajo que emplee. Específicamente, el artículo 3 habla sobre la salud de las mujeres establece que “deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo” (Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, art.3). Por consiguiente, el Convenio sobre la protección de la maternidad (2000) indica que:

1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.
2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada." (“Convenio C183 - Convenio sobre la protección de la ...”)
3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al director general de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad.
4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.
5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto Art.4

Con referencia a las madres lactantes, el artículo 10 del Convenio en mención específica que las mujeres tienen derecho a interrumpir su jornada laboral para cumplir con la lactancia de su hijo, incluso el segundo inciso del Convenio establece que tales interrupciones para la lactancia serán fijadas a libre disposición de la legislación ecuatoriana.

La maternidad subrogada en varios países es regulada por normativa específica sobre el derecho de familia, algunos enfocan su protección exclusiva a parejas heterosexuales incluso, que sean casadas, es un requisito importante. A continuación, se presenta una gráfica comparativa con respecto a lo mencionado.

*Tabla 1 Maternidad subrogada en diversos países*

PAIS	ARTÍCULO	SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
INDIA	Artículo 3 Capítulo Regulación de clínicas de subrogación.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La ley Surrogacy (Regulation) bill del año 2016, está dedicada solo a personas de la India que tengan problemas de infertilidad.</li> <li>• Prohibió la practica a extranjeros.</li> <li>• Exclusiva para parejas heterosexuales.</li> </ul>
ISRAEL	Ley 5756	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La ley se encuentra en creación, apenas en julio del 2021 se aprueba la ley de maternidad subrogada.</li> <li>• Se derogan leyes que permitían la maternidad subrogada a parejas heterosexuales.</li> </ul>
NEPAL	Sentencia Corte Suprema del 2016	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicada exclusivamente a parejas nepalesas casadas.</li> <li>• Es ilegal la practica si la realizan las parejas homosexuales, transgénero.</li> </ul>
UCRANIA	Código de Familia de Ucrania, artículo 123 Orden Ministerio de Salud de Ucrania N° 787.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ucrania sí ofrece el servicio de maternidad subrogada a extranjeros. Está prohibida para parejas homosexuales y solteros.</li> <li>• Establece la filiación materna y paterna de los niños</li> <li>• En Ucrania es legal la compensación económica a la madre, no existe un monto fijado.</li> </ul>

ECUADOR	Constitución de la República del Ecuador, 2008 artículo 66 numeral 9 y 10.	<ul style="list-style-type: none"> <li>La maternidad subrogada en el Ecuador es una práctica clandestina en el país, el Ecuador no regula la práctica.</li> </ul>
---------	----------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Elaboración propia

Conforme a lo mencionado, no queda más que decir la diferencia entre algunos países y el Ecuador, un caso notable es Ucrania, país es donde la maternidad subrogada casi no tiene límites, la única exigencia es para parejas casadas y heterosexuales, incluso permite la maternidad subrogada para extranjeros. Caso contrario a la India cuya ley vigente lo ha prohibido.

En igual sentido se presenta una gráfica propuesta por Ucrania, estos son los pasos por seguir para la maternidad subrogada propuesta por una página web <https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-ucrania/>, en donde los padres contratantes accederían a investigar información respecto a esta práctica.



Ilustración 1 Fuente: tomado a partir de <https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-ucrania/>

Por lo tanto, en Ucrania existen alrededor de treinta clínicas dirigidas a los métodos de reproducción asistida, han nacido doce mil niños bajo esta práctica, Ucrania gracias a su tecnología avanzada y a la regulación amplia de leyes a lo que respecta este tema, lo ha concebido como un país médico turístico.

Las personas que acceden a este método son mayores de edad, el proceso es estrictamente confidencial. Por consiguiente, los derechos de los contratantes de maternidad subrogada son: en primer lugar, recurrir ante el servicio de madre en casos de que la pareja este casado siempre y cuando tengan problemas de infertilidad. En tal sentido, la pareja contratante cancela el monto fijado en el contrato a la madre, ella esta obligada por el contrato a entregar al recién nacido a los padres justo después de parto, así que la patria potestas y demás derechos son de los padres biológicos, ella no tiene derecho a acudir al sistema judicial para reclamos legales.

#### **1.4. Maternidad Subrogada en el Ecuador**

En el presente apartado son presentadas diferentes definiciones sobre la maternidad subrogada, para Cadavid y Barrera (2016) indican que: “La maternidad subrogada es una práctica de reproducción asistida, nacida inicialmente con el fin de que aquellas personas que por razones o enfermedades fisiológicas se les hacía imposible convertirse en padres de manera natural” (p.10).

En cuanto al verbo subrogar de acuerdo con el diccionario de la Academia de la Lengua Española está relacionado con sustituir algo, esa es la definición contemplada en este elemental diccionario. El Ministerio de Salud Pública (2018) indica que:

El concepto de maternidad subrogada implica la práctica por la que una mujer gesta en su cuerpo un bebé previo pacto, compromiso o contrato, que incluye una cláusula de cesión, al término de la gestación, de todos sus derechos sobre el recién nacido (p.12).

No cabe duda alguna que, la maternidad subrogada o, también conocida como vientre de alquiler es la práctica para asistir a una pareja que por alguna razón no tienen hijos biológicos, sea por razón de infertilidad u otros problemas de salud o simplemente por elección. Esta práctica ha existido para garantizar el derecho y deseo de tener una familia, el Ecuador no es la excepción. “En igual modo deberemos definir el término

subrogar, para entender su contexto en el fenómeno de la Maternidad Subrogada. Comúnmente la palabra subrogar se concibe como el hecho de sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra” (Viteri, 2019, p.18).

Por ello, es necesario relacionar el término subrogar con la maternidad, Viteri (2019) “según la doctrina la maternidad es parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores” (p.22).

### **1.5. Antecedentes y origen**

La historia de 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 (Martínez, 2009, p. 1) (“madres subrogadas - SlideShare”)

Si bien es cierto, el párrafo anterior transcribe el primer antecedente verificado sobre la maternidad subrogada en el mundo, sin embargo, se considera que su origen es anterior a ello incluso que esta práctica asistida data en la edad media.

"El origen de la maternidad subrogada es un tema controversial, pues se sostiene que esta data desde la Antigüedad." (“Maternidad Subrogada - VSIP.INFO”) El código del rey Hammurabi creado en Mesopotamia en 1780 a. disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación (Ley 146), perdiendo así el marido todo derecho a repudiar a su esposa (Martínez, 2015, p. 6).

Como bien se expresa en líneas anteriores no existe una fecha exacta, muchos autores señalan al Código de Hammurabi como el pionero de la maternidad subrogada, si es bien esta práctica, aunque legal en ese tiempo, hoy sería considera

como discriminatoria y violatoria de derechos humanos, así como no ser sometido a tortura, ni tratos crueles, inhumanos y degradantes al ser considerada como esclavas.

Posterior a ello, con lo que respecta a la evolución de la maternidad subrogada se encuentra a “En la india, de acuerdo con las leyes de Manú, la religión prescribía que la mujer estéril se reemplazara al cabo de ocho años” (Martínez, 2015, p. 23). En la Biblia en el libro de Genesis, Sarah quien es estéril entrego a su esposo Abraham a una esclava egipcia, al igual que el caso de Raquel y Jacob que utilizaron a su esclava Bilha con el objeto de procrear a un hijo.

Para autores que sostiene el primer punto de vista expuesto en este acápite, los métodos de reproducción asistida nacen en el siglo XX, en Estados Unidos, para 1940 se crea el primer Banco de Semen en Estados Unidos,” para 1944 tiene lugar la práctica de la primera fecundación extracorpórea de embriones humanos, 8 realizada por los biólogos John rock y Meneen” (Martínez, 2015, p. 14). Martínez (2015) indica que:

en 1953 en Estados Unidos, se presentan los primeros embarazos con semen congelado. "Durante 1969 se practicó una fertilización in vitro de gametos humanos en reino Unido y en 1975, a través de un anuncio publicado en un periódico de california, una pareja infecunda solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente." (“MATERNIDAD SUBROGADA UNA MIRADA A LAS EMOCIONES”) Esta publicación y las que siguieron favorecieron la creación de las sociedades de préstamos de úteros, siendo las pioneras la Surrogate Family Service inc, que concretó en 1976 el primer acuerdo de maternidad subrogada a través de una inseminación artificial, financiada por el abogado Noel Keane, así como la Surrogate Parenting Associates que desde su fundación en 1979 por richard Levine, en Luisville (Kentucky) tenía como misión la celebración de contratos de subrogación (p.22). (“Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México”)

Los casos que llamaron la atención del público norteamericano fue Louise Brown, uno de los primeros, Louise fue concebida fuera del vientre materno, claro que la donante

de óvulo fue su misma madre quien contrató a una mujer para esta labor. En Londres él bebé, Cotton, nació el 3 de enero 1984. Martínez (2015) indica que:

En 1989 la celebración del contrato de gestación subrogada entre el matrimonio Whitehead y el señor Stern, cuya nulidad, a pesar de haber sido decretada por la Suprema Corte de New Jersey, ante el reconocimiento de la maternidad de la señora Mary Beth Whitehead, determinó entregar la custodia de la menor al padre biológico, William Stern (p.359).

El caso fue, la madre gestante se oponía a entregar al bebe después de dar a luz, incumplió en ese sentido con el contrato, la Corte de Nueva Jersey determinó que el padre biológico era su el donante de espermatozoides, el señor Stern. EL juez en sentencia resolvió que la custodia les correspondía a sus padres biológicos. El contrato entre las partes fue declarado válido en sentencia, además, se comprobó que la gestante tenía problemas psicológicos así que el juez la descartó como su cuidadora. Guzmán (2007) indica que:

Los términos del contrato, como se reproducen en los hechos de la sentencia, fueron que la señora Whitehead se obligó a intentar la concepción a través de la inseminación artificial, de llevar a cabo el embarazo, parir y entregar el niño o niña al señor Stern, renunciando a sus derechos de potestad y dando por hecho que este acto era en interés del menor. Por otro lado, se convino que el nombre de los Stern aparecería en el certificado de nacimiento; que la señora Whitehead asumiría el riesgo del embarazo y del parto y se sometería a un examen psiquiátrico, a costa del señor Stern. El derecho de dar el nombre al niño(a) le correspondía a Stern (p.156).

## **1.6. El derecho a la seguridad jurídica**

El derecho a la seguridad jurídica contemplado en la Constitución de la República del Ecuador adentra un derecho de especial protección, que significa la existencia de normas en el ordenamiento jurídico con las características de ser previas y públicas.

De acuerdo con lo antes dicho, la seguridad jurídica siempre es accionada por medio de las garantías jurisdiccionales existentes en la Constitución como son: la acción

extraordinaria de protección o la acción de protección para accionar la vulneración de derechos fundamentales.

El derecho mencionado nace por medio de la Constitución de Montecristi en el año 2008, a la par de su protección internacional por medio de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, o bien de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 más desarrollada en cuanto a su definición, alcance y responsabilidad de cada estado de integrar este derecho en su ordenamiento jurídico interno.

### **1.6.1. Definición y Alcance.**

La Corte Constitucional del Ecuador al respecto de la seguridad jurídica y su definición ha encontrado en la Sentencia N<sup>o</sup> 045-15-SEP-CC lo siguiente:

En lo que se refiere al derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación con la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico estarán determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional (p.18).

Ahora bien, por lo tanto, el derecho a la seguridad jurídica es aquel pilar fundamental para el correcto funcionamiento de la práctica judicial, la expectativa que surge por ella es la esperanza que dentro de ley existan normas, y derechos que protejan al ciudadano, y sobremanera el respeto que cada funcionario estatal tendría frente a esto “debido a la seguridad jurídica un ciudadano es capaz de hacer proteger o defender sus derechos respecto a otros frente al Estado, no existiría la seguridad jurídica sin un Estado que tiene como obligación protegerla” (Reinoso & Zamora, 2021, p. 66).

## 1.7. Normativa ecuatoriana

La seguridad jurídica está reconocida en el Ecuador principalmente por la Constitución” El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 82)

En ese sentido, la Constitución manifiesta que por medio de la seguridad jurídica las normas son aplicadas previamente, dichas normas serían claras y públicas. Solo con este lineamiento se respeta a los derechos fundamentales por parte de los operadores de justicia, o funcionarios de cualquier ámbito estatal, así bien se traduce a la seguridad jurídica como el pilar por medio del cual se centra la confianza ciudadana por las normas pertenecientes al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El Código Orgánico de la Función Judicial (2009) establece que “Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas” Art. 25. Esto referente a la seguridad jurídica, incluso es importante mencionar que el artículo 172 de la norma suprema que expresa como obligación de los operadores de justicia estar sujetos a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley interna en general.

No cabe duda de que, la seguridad jurídica está íntimamente relacionada con el debido proceso, en cuanto a la garantía de que una persona sería juzgada siempre y cuando exista una ley previa al cometimiento de la infracción, principio de legalidad o conocido en latín como *nullum crime, nulla poena sine lege*- La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le

aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento Art. 76, lit 3.

Por lo tanto, el derecho antes mencionado, también se encuentra garantizado por el Código Orgánico Integral Penal (2014) que establece que “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla” Art.5.

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José de 1969 estableció dentro de esta carta de protección de derechos al principio de legalidad y de retroactividad como obligación de los estados parte que suscribieron este tratado internacional indica que:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (Convención Americana de derechos humanos, 1969, art.9

El Ecuador al haber ratificado la Convención y sobre todo al haber reconocido su jurisdicción y competencia de los organismos del sistema interamericano, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en la obligación bajo el artículo dos de la CADH a garantizar los derechos en ella contemplados, además de armonizar la normativa interna con la Convención con el objeto de garantizar los derechos por medio de la Constitución y las normas inferiores.

### **1.8. Aspectos bioéticos de la maternidad subrogada**

Al respecto de los aspectos bioéticos de la maternidad subrogada, es importante decir que la Bioética es aquella rama, que se encarga de cuestionar los asuntos éticos, permite la formulación de preguntas respecto a la conducta humana, está vinculada más aún a la enfermería y salud. “La bioética es, por consiguiente, una reflexión ética

sobre cómo ejercería ese poder sobre los procesos de reproducción y gestación humana que la tecnología moderna ha puesto en manos del hombre” (Adame,2002, p.22).

Algo importante por dilucidar, es la importancia de la bioética para la regulación de las normas, en ese sentido la bioética actúa como una fuente de razones para interpretar las circunstancias de la conducta humanos, tal es el ejemplo de los métodos de reproducción asistida, un comportamiento humano novedoso, que para la postura ética o incluso de la iglesia católica proponen estar en contra.

La bioética va a permitir llegar a conclusiones como si es moralmente aceptable la maternidad subrogada, sobre todo las condiciones o límites, es un análisis profundo emitido por un Comité de Bioética especializado en el área. La mencionada rama encuentra una problemática sobre la maternidad subrogada en cuanto es un acto completamente comercial, en donde se contrata a una mujer por su cuerpo. Por lo que el término maternidad subrogada o vientre de alquiler no es el adecuado” Tampoco el concepto ‘maternidad por sustitución’ parece correcto, desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible” (García y Cayuela, 2019, p.2).

Por lo que, se expresa la complejidad sobre la bioética y la maternidad subrogada, en primer lugar, porque la bioética afirma que la maternidad subrogada afecta el derecho a la dignidad humana. García y Cayuela (2019) indica que:

De los diferentes argumentos encontrados en la bibliografía sobre estas cuestiones, en el presente estudio nos centraremos en aquella centrada en la cuestión de si el uso del útero de la mujer para obtener un hijo a cambio de dinero y por medio de un contrato (recordemos, la forma comercial de la G.S.) es inmoral porque supone una apropiación y explotación de la mujer (p.44).

## **CAPITULO II. DISEÑO METODOLOGICO**

### **2.1. Metodología de investigación**

La investigación es realizada a partir de un diseño metodológico con un paradigma crítico propositivo, en tal sentido que, se empleó una revisión sobre la información actual sobre el tema planteado en la investigación, este es los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación al derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador, se empleó un análisis jurídico y doctrinario relevante a lo mencionado, se toma en cuenta la normativa interna del país, Constitución de la República del Ecuador, Código de Trabajo, demuestra así que no existe una norma específica que regule los derechos de la madre gestante por maternidad subrogada. El enfoque epistemológico, que se desarrolló en la investigación fueron entrevistas a distintos expertos en Derecho de familia y médicos especialistas en reproducción asistida.

Para la presente investigación fue aplicado como método general el analítico, en vista, que se analizaron los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en el Ecuador, por lo determina que dentro del ordenamiento jurídico no existe norma que regule este procedimiento médico, peor aún una norma específica sobre la maternidad subrogada, vulnera en ese sentido el derecho a la seguridad jurídica. El método específico fue el derecho comparado, se realizó un estudio con diferentes legislaciones para verificar la regulación o no de la maternidad subrogada a nivel internacional, por medio del mencionado análisis comparativo se determinó que la falta de normativa de regulación de los derechos de mujer gestante en el Ecuador son vulnerados, principalmente se afecta el derecho a la seguridad jurídica al no existir norma alguna que proteja esta práctica médica llevada a cabo en la clandestinidad.

Con relación a la modalidad de campo se aplicaron entrevistas a cinco jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato, se realizaron siete preguntas referentes a los derechos de las mujeres gestantes, al igual que el

derecho a la seguridad jurídica frente a la maternidad subrogada en el Ecuador, además se realizaron entrevistas dirigidas a tres médicos especialistas en la rama de reproducción asistida. Esto con el objeto de comprender el paradigma médico y recolectar datos, para llegar a una conclusión más certera.

## **2.2. Tácticas e instrumentos de recolección de la información**

Para la presente investigación como técnicas e instrumentos de recolección de información fueron utilizadas la bibliográfica documental y de campo, la primera de ellas, modalidad bibliográfica documental se utilizaron varias fuentes, la primaria empleó libros, normativa nacional e internacional y artículos científicos referentes a la temática propuesta. Con relación a las fuentes secundarias se aplicaron revistas jurídicas y jurisprudencia. La modalidad para la recolección de información de campo fue aplicadas entrevistas, estos cuestionarios fueron dirigidas a cinco jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Ambato. Al igual que otro tipo de cuestionarios fue aplicado a tres médicos especialistas en reproducción asistida y fertilidad.

La aplicación de entrevistas a jueces de las Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia estableció los derechos de la mujer gestante en país, si son vulnerado a causa de la falta de regulación de la maternidad subrogada, en vista de ello proponen la legislación de una normativa específica sobre maternidad subrogada y el alcance de los derechos de la mujer gestante, es completamente ignorada. En igual sentido, la aplicación de entrevistas a médicos especialistas en fertilidad y reproducción asistida permitió comprender como se lleva a cabo estos procesos, los profesionales opinan que el Ecuador no ha legalizado la práctica de maternidad subrogada, pero tienen conocimiento que centros sin autorización la realiza desde años, sin embargo, el Estado siempre ha ignorado este tema.

### 2.3. Población y muestreo

Como se dijo en líneas anteriores para la presente investigación, se aplicaron entrevistas a profesionales del área del Derecho, en específico a jueces de Familia la, que se llevó a cabo una sola vez, de manera presencial. Se adjunta evidencia.

*Tabla 2 Población y muestra: Abogados*

<b>NOMBRE DEL PROFESIONAL</b>	<b>ESPECIALIDAD</b>
Dr. Gabriel Barragán.	Familia
Mg. Eliana del Rocío Rodríguez	Familia
Mg. Walter Parra Molina	Familia
Mg. Bayardo Gamboa	Familia
Dr. Jorge Arcos	Familia

Fuente: Elaboración propia

De igual manera, se realizó las entrevistas dirigidas a profesionales de la salud, a tres médicos especialistas en reproducción asistida. Llevada a cabo de manera presencial.

*Tabla 3 Población y muestra: Profesionales en Ginecología*

<b>NOMBRE DEL PROFESIONAL</b>	<b>ESPECIALIDAD</b>
Dra. Ana María Faicán	Ginecología
Dra. Yajaira Benalcázar	Ginecología
Dra. Mayra Portero	Obstetricia

Fuente: Elaboración propia

Las tareas propuestas para la realización de la investigación fueron:

1. Fundamentación teórica y jurídica de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador.

2. Diagnóstico de la situación de los derechos de las mujeres gestantes con relación al derecho de la seguridad jurídica en el Ecuador.
3. Determinación de criterios jurídicos los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador.

La investigación presente alcanzó las tareas planteadas al inicio del documento, en tal sentido con respecto a la primera tarea referente a la fundamentación teórica y jurídica de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador. En tal sentido, se determina, que el Ecuador no regula efectivamente los derechos de la mujer gestante, tan solo introduce a las mujeres embarazadas como parte del grupo de atención prioritaria, e indica que la mujer embarazada es titular de derechos a la protección y no discriminación; asimismo, la normativa interna por medio del Código del Trabajo especifica la no discriminación e igualdad de oportunidades para la mujer embarazada, enfatiza en la prohibición del despido en estado de gestación. Mas allá de eso, la normativa ecuatoriana no desarrolla, por lo tanto, omite a la mujer gestante en el proceso de maternidad subrogada, el Ecuador y su legislador ignore esta realidad y problemática social, la maternidad subrogada es practicada clandestinamente.

La importancia de la investigación para el campo del derecho se fundamenta en que, el Estado a través de su normativa es el ente encargado de la regulación de los problemas sociales que surjan en su población; este tema al ser nuevo, requiere un marco jurídico claro al respecto de la situación de los derechos de las mujeres, que se encontrarían en juego al ser parte de esta alternativa de reproducción; , esto, apuntala el principio universal de seguridad jurídica, que implica la certeza a la que tiene derecho todo individuo.

En cuanto a la segunda tarea planteada para la investigación es el diagnóstico de la situación de los derechos de las mujeres gestantes con relación al derecho de la seguridad jurídica en el Ecuador, se logró cumplir a cabalidad, se determinó que la

situación es altamente problemática en el Ecuador como se dijo en líneas previas el derecho a la seguridad jurídica acorde a la Constitución por el artículo 82 de la misma norma, indica la existencia de normas previas, públicas y claras; en evidencia la maternidad subrogada carece de estos calificativos en el Ecuador, al comparar con otros países como Ucrania o la India en donde su protección legal es exclusivamente dedicada a parejas infértiles.

Referente a la última tarea sobre la determinación de criterios jurídicos de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador. El país necesita de urgencia la creación de una normativa clara sobre maternidad subrogada, en ella existiría el objeto, alcance de protección de la ley, definición sobre la reproducción asistida, así como la maternidad subrogada. Tal normativa especificaría si la práctica de la maternidad subrogada es oneroso o altruista, si se encuentra dedicada exclusivamente a parejas casadas que no pueden concebir hijos, o si es el caso de parejas homosexuales. Todo ello especificaría la norma. Además del contrato que celebran las partes para obligarse mutuamente. Establecer los requisitos para acceder a la maternidad subrogada, derechos de la mujer gestante, derechos de los padres biológicos y obligaciones de las partes contratantes.

#### **2.4. Propuesta de la investigación**

Con lo dicho en el presente capítulo, resulta imperioso realizar una propuesta frente a esta problemática, en tal sentido la tercera tarea de la investigación es la determinar criterios jurídicos de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador. Su definición, alcance jurídico y de protección son los requisitos para el cumplimiento de una ley específica sobre la maternidad subrogada.

Considerando que el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la

existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

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

Considerando que el artículo 43 de la Constitución de la República del Ecuador señala “El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia”.

Considerando que el artículo 66 literal 10 de la Constitución de la República del Ecuador señala que “El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”.

Artículo 1, El objeto de la Ley de maternidad subrogada propondría como objeto la protección de los derechos de la madre gestante y de los interviene en el proceso de maternidad subrogada

Artículo 2, La definición de maternidad subrogada, que se establecería en la ley sería se entiende por maternidad subrogada es el acto mediante el cual una pareja heterosexual legalmente casada en el país, cumplen el requisito de ecuatorianos, adquieren mediante una tercera persona

(madre gestante) su ayuda para concebir su hijo o hija biológico, , ellos son infértiles.

Artículo 4, Requisitos para la procedencia de maternidad subrogada, este sería el tercer artículo de la citada ley, como requisitos se establecerían;

1. Ser ecuatorianos. 2. Casados entre sí, 3. Infertilidad.

Previo a aceptarse el procedimiento se estaría sujeto a un informe psicológico y de trabajadora social, en vista de conocer la situación familiar en la, que se encuentra la familia esto para cumplir el principio del interés superior del niño establecido en el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador. Finalmente, el artículo 5 los derechos de la mujer gestantes serían los amparados por la Constitución por medio del artículo 35 del citado cuerpo legal, en concordancia con el artículo 43.

El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 43).

Además de lo señalado, la Constitución incluye los siguientes numerales:

5. La madre gestante tendrá derecho a que todos los gastos referentes a salud en el embarazo serán cubiertos por los padres biológicos.
6. La madre gestante tendrá derecho a la retribución económica que hayan pactado las partes.

El artículo 6 sobre el derecho de los padres biológicos, los padres biológicos por maternidad subrogada tendrán derecho a que una vez que el niño naciera reclamar la entrega inmediata del menor, posterior a ello se procederá con su debida inscripción en el registro civil como su hijo.6.2 Los padres biológicos tendrán derecho a la

protección de la familia biológico, se entiende con lo dicho a la formada por padre, madre, descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad de los niños, niñas y adolescentes.

Con la propuesta antes planteada, se cumpliría con el derecho a la seguridad jurídica y finalmente, se obtendría una protección legal ante los procesos de maternidad subrogada, que se llevan a cabo en el Ecuador, debido a que en un principio la situación problemática encontrada para la elaboración del proyecto se destaca en que esta no es una práctica nueva, así lo determina el Ministerio de Salud Pública, en dicho informe como parte de sus recomendaciones determina que es urgente que el Ecuador promulgue una ley a favor de la maternidad subrogada, dicha normativa contendría las técnicas y los procedimientos adecuados para que esta técnica sea llevada a favor de las mujeres, que se encuentren involucradas en este método de reproducción asistida, al no existir dentro del ordenamiento jurídico una regulación en cuanto a la maternidad subrogada se vulneran los derechos de las mujeres. La nula atención que el Estado y sus autoridades proporcionan a la temática afecta diariamente a las mujeres quienes no se encuentran protegidas por la ley, vulnerado así su derecho a la seguridad jurídica.

### **CAPITULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

La investigación denominada Los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación al derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador, la importancia de la investigación para el campo del derecho se fundamenta en que, el Estado a través de su normativa es el ente encargado de la regulación de los problemas sociales que surjan en su población; este tema al ser nuevo, requiere un marco jurídico claro al respecto de la situación de los derechos de las mujeres, que se encontrarían en juego al ser parte de esta alternativa de reproducción; , esto, apuntala el principio universal de seguridad jurídica, que implica la certeza a la que tiene derecho todo individuo.

Para el desarrollo de resultado de la investigación se recurrió a especialistas en derecho de familia, a jueces de la Unidad Judicial antes mencionada en el cantón Ambato y Riobamba. Y a la sub decana de la facultad de jurisprudencia de la Universidad Tecnológica Indoamérica.

Así mismo por medio de redes sociales se logró identificar el caso de una mujer que por medio de la plataforma “TIK TOK” anunciaba y promocionaba su vientre con la finalidad de prestarlo para la práctica de maternidad subrogada, en el cual a cambio de este solicitaba la cantidad de \$15.000 a más de gastos médicos, alimenticios, vivienda, entre otros. Se adjunta evidencia.



Ilustración 2 Tomado a partir de: <https://vm.tiktok.com/ZMNRoMbsk/>

Con este caso antes mencionado podemos evidenciar que en el Ecuador existe un mercado negro de vientres de alquiler, el cual muy notoriamente no se encuentra regulado o normado, de tal forma que puede inferir en la vulneración de derechos de cualquiera de las partes involucradas en el proceso.

Tabla 4 Entrevistas abogados

<b>PREGUNTAS</b>	<b>DR. GABRIEL BARRAGÁN</b>	<b>AB. ELIANA DEL ROCÍO RODRÍGUEZ</b>	<b>AB. WALTER PARRA MOLINA</b>	<b>AB. BAYARDO GAMBOA</b>	<b>DR. JORGE ARCOS</b>
¿Conoce usted que es la maternidad subrogada?	Si	En el Ecuador no existe una norma específica	No	Si	No
¿Considera usted que la maternidad subrogada, garantiza el derecho de seguridad jurídica las mujeres que son parte de este procedimiento ?	No, porque no existe en la legislación.	Si, porque permite garantizar el derecho constitucional de tener familia y procrear.	No, porque no puede haber seguridad jurídica de algo que no está normado en ninguna ley	No, no hay regulación sobre maternidad subrogada en nuestra legislación	No, porque debido a que esta práctica, se desarrollaría en varios escenarios del derecho (civil, laboral, familia, penal) y constitucional debido a posibles vulneraciones
¿Considera que en la práctica de la maternidad subrogada debería de legalizarse en el Ecuador para garantizar los derechos de las mujeres gestantes que se presentan para este procedimiento ?	Es necesario como garantía del estado como tutela de derechos de todos los ciudadanos.	Si, existen varios estudios que encuentran factible la M.S, velaría ahí la salud de la madre gestante y futura.	Si, por cuanto la madre subrogada y por ende el feto tienen derecho a la salud	No, las normas se adaptan a la evolución de la sociedad, la nuestra aún debe pasar por otros temas antes al planteado	Si, en lo posible tutelar los derechos de la madre gestante y el fruto de la concepción
¿Considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Ecuador vulnera el derecho a la seguridad jurídica?	Si	Si, muchas mujeres que aspiran ser madres viven en tormento, y en forma clandestina pagan a otros para que puedan tener hijos	No, la seguridad jurídica es la aplicación de normas previas, claras, públicas y por supuesto en la existencia de estas normas	No, precisamente porque no está regulado este tema.	Si, vulnera el derecho a la tutela efectiva. Desde el ámbito administrativo, judicial y constitucional

¿Considera importante reconocer los derechos de la mujer gestante?	Si, además, de todos los intervinientes	Si, se legaliza se reduce el riesgo de muerte en la madre gestora y las depresiones, y suicidios de madres que no pueden dar a luz o procrear.	Si, por cuanto en el mismo sentido las mujeres embarazadas independientemente de la forma de embarazarse	Si, para garantizar su derecho	Si, a través de un debido proceso y atendiendo las circunstancias del caso concreto
¿Considera que esta práctica debe realizarse libremente en el Ecuador?	No, necesita regulación estricta	Debe ser legalizada	No, en un estado de derechos y justicia los derechos de todas las personas deben estar protegidos y en un marco legal que garantice el derecho de las partes	No, debe regularse, en sociedades como la nuestra con tanta dificultad económica, el tema debe estar regulado.	Si, es necesario que la realidad social armonice con la legislación y en este contexto, a través de las normas tutelar el derecho de las personas.
¿La maternidad subrogada es usualmente legalizada por medio de un contrato, considera usted que dicho contrato sería considerado válido en Ecuador?	Si consta en un contrato por ser voluntad de las partes. Pero este contrato debería estar basado en la normativa.	No, Mientras no se legalice el asunto es imposible que se valide un contrato de esta naturaleza.	No, jamás puede ser legal	No, porque debe ajustarse a parámetros previamente establecidos	Si, la máxima jurídica, lo que no está prohibido, se entenderá permitido. Analizado las estipulaciones contractuales que no caigan en el escenario ilícito.

Fuente: Elaboración propia

## **Análisis de los abogados expertos en derecho de familia**

Los derechos de la mujer gestante en el Ecuador, es un tema nulo, no existe investigación, peor aún norma alguna que regule esta práctica médica, llevada a cabo en la clandestinidad en el país, es así por lo, que se aplicó las entrevistas a abogados expertos en Derecho de Familia, en especial a jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato y Riobamba, además de la docente investigadora Eliana Roció Rodríguez de la Universidad Tecnológica Indoamérica.

La primera pregunta se enfocó en determinar si ¿Conoce usted que es la maternidad subrogada?, por lo que la mayoría de las entrevistas respondieron a este interrogante de que si, a la par varios de ellos manifiestan de que en el Ecuador no existe una norma específica.

La segunda pregunta dentro del cuestionario aplicado a los expertos es ¿Considera usted que la maternidad subrogada, garantiza el derecho de seguridad jurídica las mujeres que son parte de este procedimiento?, para a lo que los entrevistados mencionaron que: cuatro de ellos respondieron a que no se garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las mujeres, esto al no existir norma alguna en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por ejemplo, el Dr. Walter Parra menciona que no puede haber seguridad jurídica de algo que no está normado en ninguna ley. Este derecho este garantizado en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 82, cuyo texto expresa” El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.82).

¿Considera que en la práctica de la maternidad subrogada debería de legalizarse en el Ecuador para garantizar los derechos de las mujeres gestantes, que se presentan para este procedimiento?, fue la pregunta tres, aplicada a los expertos en derecho de familia, en donde se evidencia que de los cuatro entrevistados tres coinciden que

efectivamente se legalizaría la maternidad subrogada en el Ecuador para garantizar los derechos de las mujeres gestantes, “es necesario como garantía del estado como tutela de derechos de todos los ciudadanos”, así se expresó el Dr. Barragán Juez de la Unidad Judicial de Familia, Niñez, y Adolescencia del cantón Ambato. Al igual que existen criterios de las entrevistas sobre que si la maternidad subrogada se encontraría legalizada se velarían así los derechos a la salud de la madre gestante, también derechos conexos a todos los participantes de esta práctica médica.

El Dr. Bayardo Gamboa Juez de la Unidad de Familia, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba planteo su opinión frente a la pregunta número tres del cuestionario, es así como el sostiene que No, las normas de adaptación a la evolución de la sociedad, la nuestra aún debe pasar por otros temas antes al planteado. Así se expresó el Juzgador antes mencionado considera que el Ecuador aún enfrenta otro tipo de temas controversiales, como son el aborto, y el matrimonio igualitario (tema ya legalizado en el país).

¿Considera usted que la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Ecuador vulnera el derecho a la seguridad jurídica?, es la pregunta cuatro planteada en el cuestionario dirigida a los entrevistados. Por lo que en este punto respondieron de la siguiente manera: tres profesionales contestaron que, si vulnera el derecho a la seguridad jurídica, sin embargo, dos contestaron que no. La abogada Eliana del Rocío Rodríguez opina que existe una vulneración terrible de parte del Estado, institución máxima encargada de velar, respetar y hacer respetar los derechos de todos los ciudadanos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales de derechos humanos “muchas mujeres que aspiran ser madres viven en tormento, y en forma clandestina pagan a otros”, es la opinión de la profesional en mención. Por lo contrario, el Dr. Walter Parra manifestó que, la seguridad jurídica es la aplicación de normas previas, claras, públicas y por supuesto en la existencia de estas normas. Por lo que considera que este derecho no se encuentra vulnerado al no existir una norma previa, clara, pública al respecto de la temática en estudio.

Cabe mencionar en este punto que al tomar en cuenta las palabras de la Dra. Rodríguez muchas mujeres desean ser madres, sin embargo aspectos biológicos no las permiten, es por eso que acuden ante personas como madres sustitutas, este procedimiento es muy común en países del primer mundo, algunos lo permiten libremente para extranjeros como el caso de Ucrania, país pionero en todo el mundo que ejerce esta práctica médica sin impedimento, es una práctica sin tabú, sin miedo, sin restricciones de ninguna clase.

¿Considera importante reconocer los derechos de la mujer gestante?, fue la quinta interrogante que los entrevistados contestaron. Por lo que de la siguiente manera todos los entrevistados contestaron que si consideran importante reconocer los derechos de la mujer gestante, por lo que es importante en este punto mencionar que en su defecto el Ecuador por medio de su legislación, la Constitución de la República y el Código de Trabajo garantizan ciertos derechos, algunos completamente fuera del contexto respecto a la temática aquí planteada, por cuanto no se centra en la madre gestante al no existir la regulación de la maternidad subrogada, sin embargo la misma norma suprema garantiza todas las formas de familia y por supuesto garantiza el derecho que tiene todo ciudadano al respeto a su vida sexual y a la libre opción de cuantos hijos o hijas desean tener. La normativa antes mencionada se enfoca solo en los derechos al trabajo y a la no discriminación de la mujer embarazada en su ámbito laboral, además de ser considerada como miembro de grupo de atención prioritaria según el artículo 35 de la Constitución.

Con lo dicho el Dr. Barragán Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia considera que es importante el reconocimiento de los derechos de las madres gestantes, además, de todos los intervinientes en el proceso de maternidad subrogada, esto debido a que existen los padres biológicos del niño, padre y madre que, también tienen derechos, el principal de ellos es la entrega de su bebé. Y el cumplimiento del acuerdo que tuvieron con la madre gestante. Si se legaliza se reduce el riesgo de muerte en la madre gestora y las depresiones, y suicidios de madres que no pueden dar a luz o procrear. Es la opinión de la Dra. Eliana Rodríguez. A su vez el

Dr. Walter Parra indica que es importante la legalización por cuanto en el mismo sentido las mujeres embarazadas independientemente de la forma de embarazarse son titulares de derechos.

Por último, el Dr. Jorge Arcos encuentra que es importante reconocer los derechos de la madre gestante a través de un debido proceso y atienden las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, resulta imposible atender de manera concreta cada caso en específico, debido a que la ley conlleva el carácter de general, es así dirigida para todo el público.

Con respecto a la sexta pregunta sobre si ¿Considera que esta práctica debe realizarse libremente en el Ecuador? Los entrevistados respondieron de la siguiente manera, cuatro de ellos dijeron que sí, mientras uno optó por no. En palabras del Dr. Barragán manifestó que no puede ser una práctica libre debido a que necesita ser legislada y regulada en el ordenamiento jurídico primero, lo cual coincide con la respuesta de la Dra. Eliana Rodríguez. La opinión del Dr. Walter Parra fue “No, en un estado de derechos y justicia los derechos de todas las personas deben estar protegidos y en un marco legal que garantice el derecho de las partes”. Por lo tanto, no puede ser una práctica llevada a cabo de manera libre, es importante en primer lugar, legislar y reconocer la maternidad subrogada en el país. El Juez Bayardo Gamboa considera que la maternidad subrogada no puede llevarse a cabo de manera libre, por lo que debe regularse, en sociedades como la nuestra con tanta dificultad económica, el tema debe estar regulado. Así manifiesta el juzgador. El Dr. Jorge Arcos opina que, si puede ser llevado a cabo de manera libre la maternidad subrogada, sin embargo, aclara que es necesario que la realidad social armonice con la legislación y en este contexto, a través de las normas tutelar el derecho de las personas.

Para finalizar la séptima pregunta fue dirigida de la siguiente manera ¿La maternidad subrogada es usualmente legalizada por medio de un contrato, considera usted que dicho contrato sería considerado válido en Ecuador?, a la cual los entrevistados respondieron dos que, si consideran que el contrato será válido en el Ecuador,

mientras que tres respondieron que no. Por ejemplo, el Dr. Barragán opina que sí constaría en un contrato por ser voluntad de las partes. Pero este contrato debería estar basado en la normativa. A su vez la Doctora Eliana del Rocío señala que en primer lugar se legalizaría la maternidad subrogada en el país, para el efecto. Caso contrario un contrato de esta naturaleza no sería considerado válido en el Ecuador. Por su parte el Dr. Walter Para manifiesta que no es considerado válido el contrato de maternidad subrogado en el país, no sería legal. Para Bayardo Gamboa es necesario que conste en un contrato por ser voluntad de las partes. Pero este contrato debería estar basado en la normativa. Finalmente, Jorge Arcos opina Si, la máxima jurídica, lo que no está prohibido, se entenderá permitido. Analizado las estipulaciones contractuales que no caigan en el escenario ilícito.

Bajo estos parámetros se establecieron las entrevistas aplicadas a los diferentes profesionales del derecho, la maternidad subrogada conforme los mismos entrevistados indican la 'problemática surgida por la maternidad subrogada en el país, pues consideran que es vital una regulación de este tema, algo que el gobierno no atiende a ignora. La maternidad subrogada no es un tema nuevo; sin embargo, hacen caso omiso que en el país se realiza esta práctica de acuerdo al informe realizado por el Ministerio de Salud, y recomiendan que el Ecuador legaliza esta práctica y la regula mediante una normativa específica, es especial atención a los derechos involucrados.

## Entrevistas a médicos especialistas en fertilidad

Tabla 5 Entrevistas a médicos

PREGUNTAS	DRA. ANA MARIA FAICAN.	DRA. YAJAIRA BENALCÁZAR	OBS. MAYRA PORTERO
¿En sus palabras que es la maternidad subrogada?	Es un contrato que una mujer alquila su vientre para la gestación completa y luego del parte renuncia sus derechos como madre.	También llamado vientre de alquiler consiste en un acuerdo en el que una mujer acepta concebir un niño de otra pareja de padres.	Es un procedimiento por el cual una mujer presta o alquila su vientre a otra para albergar una vida.
¿Considera que en el Ecuador se realiza esta práctica?	No, no existen leyes que aprueben este tipo de contrato	Si, es una práctica que se realiza a nivel mundial por lo que también se realiza en Ecuador. Pero existe poca información sobre este proceso	Si, pero de forma informal o clandestina.
¿Qué opina sobre la falta de regulación de la maternidad subrogada cree que es necesaria una ley?	Si, la práctica de maternidad subrogada debe tener una base legal que ayude las partes involucradas, con educación previa de lo que se trata	Siempre es necesario establecer normas y regulaciones en un proceso como el de la maternidad subrogada, es un contrato entre dos partes	Si, porque este tipo de procesos necesitan regularse para beneficio de ambas partes.
Podría ser posible que exista un rechazo del ADN de la madre biológica en el vientre de la madre subrogada, ¿qué sucederían ese caso?	Se produce un aborto	Cuando se realiza una fecundación in vitro y se coloca el embrión en el útero de la madre subrogada puede existir problemas en la implantación que llevan a un aborto espontáneo.	Se produce un arrojito
¿Considera que las mujeres que se prestan para esta práctica pueden verse afectadas físicas o psicológicamente?	Si, las etapas de la gestación producen cambios biológicos en la madre. Esto causa el trauma psicológico	Si, debe existir una valoración psicológica previa en la que se determine que la madre subrogada está preparada para entregar a un niño que sintió crecer en su vientre. Pueden presentarse complicaciones propias de embarazo que lleven a problemas de salud en la madre subrogada	Si, porque la madre que presta el vientre se prepara nueve meses emocionalmente para tener esa nueva vida en sus brazos y la biológica no
Considera que es seguro en términos de salud para las mujeres	Si, con profesionales capacitados.	Si, previamente debe realizarse un control preconcepcional con	Si, con los expertos adecuados se puede

realizar el procedimiento de la maternidad subrogada		una valoración física y psicológica de la madre subrogada para determinar factores de riesgo que puedan complicar el embarazo. Y en caso de encontrar determinadas situaciones de riesgo no se debe continuar el procedimiento, sin embargo, con la valoración y seguimiento adecuado del embarazo, la madre puede llegar a término sin complicaciones.	llevar un buen proceso.
------------------------------------------------------	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------

Fuente: Elaboración propia

### **Análisis de las profesionales en fertilidad**

Las tres especialistas por medio de las entrevistas dieron su opinión respecto a la temática propuesta en la investigación, en primer lugar, las tres profesionales de la salud sostienen que la maternidad subrogada no es una práctica nueva en el Ecuador, y aún sin ley alguna que la regularice se la lleva a cabo clandestinamente.

Se les pregunto que en sus palabras describan la maternidad subrogada, por lo que, para ellas, Dra. Ana María Faican, Dra. Yajaira Benalcázar y Obs. Mayra Portero respondieron que es un proceso en el cual una mujer presta su vientre, Faican se concentró en definirlo como un contrato entre dos partes, mientras que Benalcázar en un acuerdo, finalmente la obstetra Portero lo conceptualiza como un procedimiento. Todas ellas están en lo correcto, sin embargo, cuesta definirlo en el país al no existir una ley que establezca la misma. Una definición más certera sería el procedimiento en donde una mujer presta o alquila su vientre, debido a que no existe forma legal de validar un contrato de esta clase en el Ecuador.

La segunda pregunta, que se les hizo fue ¿Considera que en el Ecuador se realiza esta práctica?, a la que los entrevistados respondieron de la siguiente manera; dos acordaron que sí, mientras que la primera de ellas de ellos contesto que no, la Doctora Faican manifestaba su negativa por que indica que no hay forma de que en Ecuador concedan un contrato de esta clase, y tiene razón. Las dos profesionales restantes en cuanto a la pregunta indican que esta práctica si se la realizan, pero de forma informal o clandestina. Esto concuerda con la manifestado en toda la investigación, donde es evidente que la regulación no detiene esta práctica, pero si contrae ciertos problemas legales y afectación a derechos fundamentales, como es el estudiado, la seguridad jurídica.

¿Qué opina sobre la falta de regulación de la maternidad subrogada cree que es necesaria una ley? Es la tercera pregunta, a lo cual las entrevistadas opinan que efectivamente se necesita de una ley que permita la regulación de la maternidad subrogada en el Ecuador. Podría ser posible que exista un rechazo del ADN de la madre biológica en el vientre de la madre subrogada, ¿qué sucederían ese caso?, es la siguiente pregunta, dos de las tres las profesionales de la salud entrevistadas opinaron, que se producen abortos o arrojos como consecuencia de esta práctica médica. La Doctora Benalcázar da un análisis más amplio, ella manifiesta que cuando se realiza una fecundación in vitro y se coloca el embrión en el útero de la madre subrogada puede existir problemas en la implantación que llevan a un aborto espontaneo.

La siguiente pregunta se enfocó en considerar que las mujeres, que se prestan para esta práctica pueden verse afectadas físicas o psicológicamente, las entrevistadas opinan que si existe una alternación tanto física o psicológica. Nuevamente la Doctora Benalcázar expone un análisis frente a la pregunta, opina que debe existir una valoración psicológica previa en la, que se determine que la madre subrogada está preparada para entregar a un niño que sintió crecer en su vientre. Pueden presentarse complicaciones propias de embarazo que lleven a problemas de salud en la madre

subrogada. Algo muy certero, el criterio medico debería ser considerado al momento de crear una ley de regulación de la maternidad subrogada en el Ecuador.

La última pregunta aplicada en el cuestionario fue si considera que es seguro en términos de salud para las mujeres realizar el procedimiento de la maternidad subrogada. En ese sentido todos los entrevistados respondieron que sí, claro es que esta práctica de fertilidad sería realizada por profesionales capacitados en el área. Además, Si, previamente debe realizarse un control preconcepcional con una valoración física y psicológica de la madre subrogada para determinar factores de riesgo que puedan complicar el embarazo. Y en caso de encontrar determinadas situaciones de riesgo no se debe continuar el procedimiento, sin embargo, con la valoración y seguimiento adecuado del embarazo, la madre puede llegar a término sin complicaciones.

La necesidad de realizar entrevistas a profesionales en este área de la medicina radico establecer la opinión de la ginecología y su influencia o afectación en la maternidad subrogada y su falta de regulación en el país, durante la investigación se analizó la ciencia del derecho y muy poco se inclinó hacia el lado médico de la maternidad subrogada, ahora con la opinión médica profesional se comprueba con el apoyo de las entrevistadas la práctica de la fertilidad afecta, debido a, que se realiza de forma clandestina, los profesionales se ven en riesgo cuando realizan esta práctica porque no saben cómo actuar, saben cómo tratarla y cuál es el procedimiento médico, pero el legal no, y más allá de asesorar en su consulta no pueden hacer.

## CONCLUSIONES

Una vez realizada la fundamentación teórica y jurídica de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada con relación al derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador, se concluye que:

- Con la fundamentación teórica y jurídica de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador, se evidenció la urgente necesidad de regular la temática en el país, con lo que se establece que la seguridad jurídica, se ve afectada porque la maternidad subrogada es realizada de manera clandestina.
- Se realizó un diagnóstico de la situación de los derechos de las mujeres gestantes con relación al derecho de la seguridad jurídica en el Ecuador. Los derechos de las mujeres gestantes en síntesis son ignorados por no decir inexistentes en el país. Con relación al derecho de la seguridad jurídica en el Ecuador, se determinó que la situación es altamente problemática en el Ecuador, el derecho a la seguridad jurídica acorde a la Constitución por el artículo 82 de la misma norma, indica que es la existencia de normas previas, públicas y claras; en evidencia la maternidad subrogada carece de estos calificativos en el Ecuador, al comparar con otros países como Ucrania o la India en donde su protección legal es exclusivamente dedicada a parejas infértiles.
- La determinación de criterios jurídicos sobre los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador, destaca la importancia de los criterios jurídicos de los derechos de la mujer gestante por maternidad subrogada, en relación con el derecho a la seguridad jurídica en el Ecuador; lo cual, fue desarrollado en el capítulo dos de la presente investigación. La normativa específica definiría el objeto y alcance de protección de la ley, definición sobre la reproducción asistida, así como la

maternidad subrogada, tal normativa especificaría si la práctica de la maternidad subrogada es onerosa o altruista, si se encuentra dedicada exclusivamente a parejas casadas que no pueden concebir hijos, o si es el caso de parejas homosexuales. Todo ello especificaría la norma. Además, del contrato que celebran las partes para obligarse mutuamente, se establecerían los requisitos para acceder a la maternidad subrogada, derechos de la mujer gestante, derechos de los padres biológicos y obligaciones de las partes contratantes.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda la regulación de la maternidad subrogada en el Ecuador, a fin de salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica en el país, derecho consagrado en el Constitución de la República del Ecuador.
- Se recomienda brindar un procedimiento accesible y ágil para garantizar los derechos de las partes que intervendrían en un proceso de maternidad subrogada.
- Se recomienda el apoyo del Sistema de Salud Nacional, a fin de realizar un estudio que brinde las necesidades tanto de la madre subrogante como la biológica para el correcto funcionamiento de proceso de embarazo y entrega del niño o niña.
- Se recomienda, también en caso de ser necesario la reforma de leyes que no se encuentren de acuerdo con la maternidad subrogada.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albornoz, M., Velarde, M. (2020). Aproximación a la gestación por sustitución. Recuperado de <https://archivos.Juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/5a.pdf>.
- Aparisi, A. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de bioética* (2), pp. 163-170.
- Arroyo, A. (2020). Gestación por sustitución: La dignidad humana en juego. Estudios de Deusto. *Revista de Derecho Publico* 68 (2), 41-73 [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020) pp 41-73.
- Barahona, D y Guerra, M. (2021). La maternidad subrogada en el Ecuador. *FIPCAEC* (6). pp. 191-214. <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1.337>.
- Briseño, C., Jurado, H., (2018). Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente.
- Corte Constitucional (2020). Sentencia No. 3-19-JP/20. Corte Constitucional del Ecuador.
- Emaldi, A. (2020). Reflexiones éticas y propuestas jurídicas sobre la maternidad subrogada en España. *Revista Iberoamericana de Bioética*, (14), 01-12. Recuperado de <https://doi.org/10.14422/rib.i14.y2020.009>.
- Espinoza, K., Erazo, J., Ormanza, D. Narváez, (2020). Maternidad subrogada desde la perspectiva constitucional en el Ecuador.

- García, D. y Cayuela, S. (2019). Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía. *Revista de Filosofía*. <https://dx.doi.org/10.5209/resf.57976>
- Gonzales, A. (2019). Derechos fundamentales y subrogación materna en México: la regulación en Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México. *UACJ. Revista Especializada en Investigación Jurídica*, año 4, núm. 7.
- Guzmán, A. (2007). La subrogación de la maternidad IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*(20), pp. 114-125.
- Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, (43), pp. 421-440.
- López-Moya, D. F. (2021). La protección legal a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritaria. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 654-666.
- Martínez, K., y Rodríguez, C. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica *Revista Jurídicas*, 18(1), 74-90. <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>
- Martínez, V. (2015) Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México *Dikaion*( 24), núm. 2, diciembre, , pp. 353-382. Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia
- Motta, Y. (2021). Maternidad subrogada: análisis de los derechos fundamentales. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 5 (5), 7183- 7199
- Notrica, F., Cotado, F., Curti, P. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *Revista IUS*. Vol.11 no.39.

ONU (1995). Declaración y plataforma de acción de Beijing.

Pulla Abad, Cristina. La maternidad subrogada y los derechos involucrados en este proceso en el sistema jurídico ecuatoriano. Cuenca, 2020. Artículo. Universidad Católica de Cuenca. Jefatura de Posgrado.

Reinoso, R. y Zamora, A. (2021). Vulneración de la seguridad jurídica por los funcionarios públicos en el Ecuador. *FIPCAEC* (6) No 3 Septiembre, Edición Especial 2021, pp. 58-82

Rodríguez, C. Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: la experiencia esta estadounidense. *Revista derecha (Valdivia)*. (25) (2).pp.59- 81.

Rosales, V. (2018). La maternidad subrogada: propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. ("La maternidad subrogada: propuesta para considerarla como ...") *USDQ LAW REVIEW*, (V). p.17, doi:10.18272/lr.v5i1.1221.

The surrogacy regulation bill (2018) India.

Valero, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales.

Viteri, M. (2019). "*Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador.*" ("*UASB-Digital: Problemas jurídicos derivados de la ...*") (tesis de posgrado) Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.

## ANEXOS

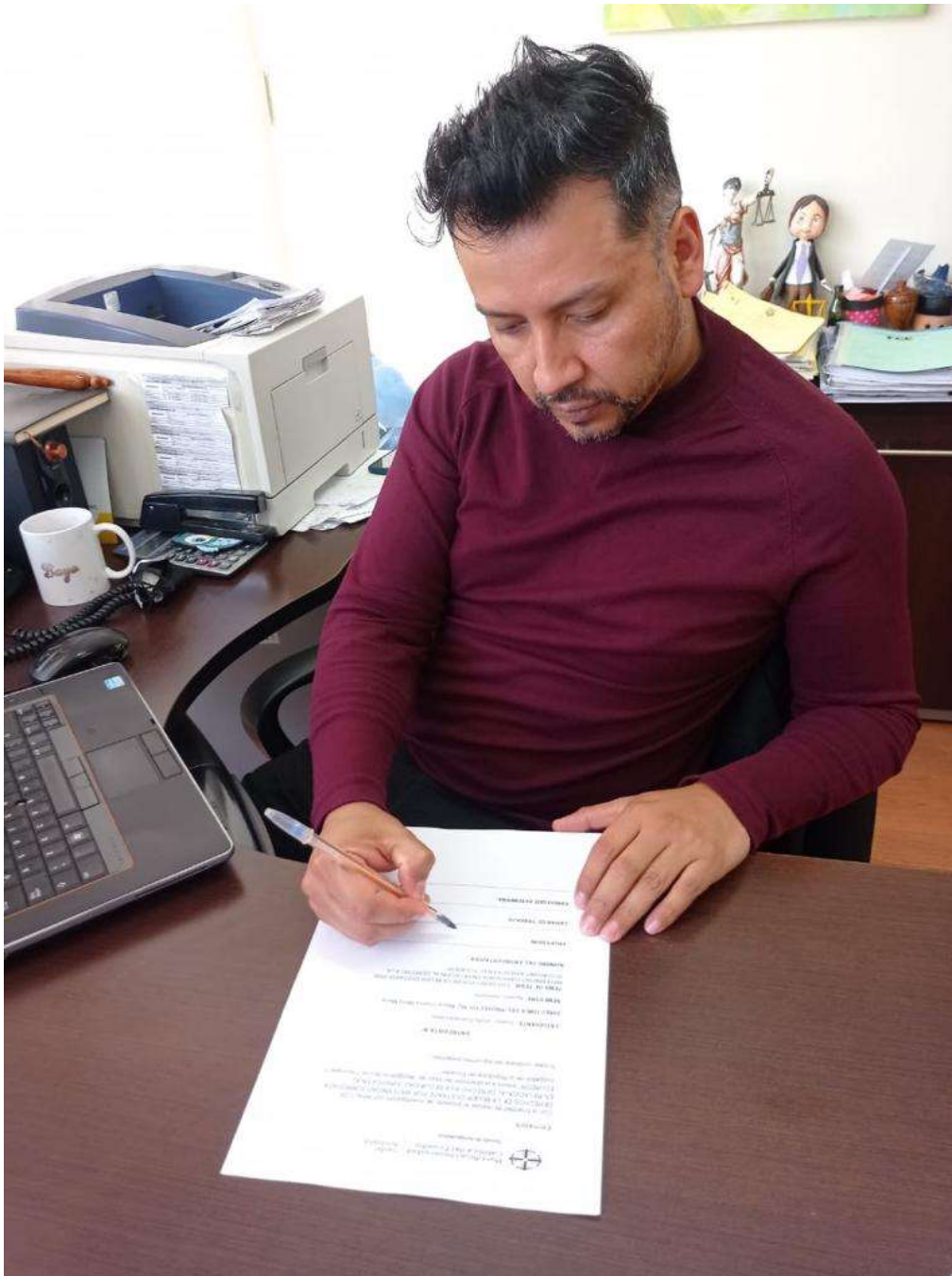
### Entrevistas



*Mg. Eliana del Rocío Rodríguez Salcedo*  
*Sub Decana Facultad de Derecho Universidad Tecnológica Indoamérica*



*Mg. Walter Molina.  
Juez Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez Y Adolescencia Riobamba*



*Mg. Bayardo Gamboa.  
Juez Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez Y Adolescencia Riobamba*



*Dra. Yajaira Benalcazar  
Ginecóloga Obstetra*



*Dra. Ana María Faican  
Ginecóloga Obstetra*



*Dra. Mayra Portero  
Obstetra*